

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

GENEL İŞLEM ŞARTLARININ
TİCARİ İŞLERDE UYGULANABİLİRLİĞİ

SEYİT YILMAZER

2501151433

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. SUAT SARI

İSTANBUL 2019

ÖZ
GENEL İŞLEM ŞARTLARININ
TİCARİ İŞLERDE UYGULANABİLİRLİĞİ

SEYİT YILMAZER

Sözleşme özgürlüğü ve liberal ekonomi düzeninin uygulamaya hâkim olmasıyla birlikte kişi ve kurumlar, gerek işlemlerinde yeknesaklığı sağlama gerek ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacıyla hiçbir şekilde karşı tarafın katılımı olmaksın önceden ve tek taraflı hükümler düzenleyerek bu hükümleri karşı taraf ile imzalayacakları sözleşme hükmü haline getirme yoluna gitmişlerdir. Bu sayede sözleşmenin bir tarafı anılan koşulları daha sözleşmede imzalanmadan tek taraflı olarak düzenleyen, diğer tarafı ise anılan koşulları tartışma imkânı dahi bulamayan, önceden hazırlanan sözleşme hükümlerine doğrudan dahil olan konumuna gelmiştir. Bunun sonucu olarak da kural olarak karşılıklı birbirine uygun irade beyanları ile kurulması gereken sözleşmelerde, tarafların sözleşme imzalanmadan önce karşılıklı tartışma imkânı bulamadıkları ve taraflardan birinin öncesinde hiçbir şekilde hazırlık sürecine katılmadığı hükümler yer almaya başlamıştır. Bunun üzerine de pozitif hukuk kaynaklarında sözleşmedeki hükümlerin hazırlanmasına hiçbir şekilde dahil olmayan tarafı koruyacak kurallar düzenlenmeye başlanmıştır.

Hukukumuzda bu şekilde hazırlanan genel şartlara ilişkin 6098 sayılı Kanundan önce 4077 sayılı Kanunda “Haksız Şartlar” başlıklı 6. maddesi ile düzenleme getirilmişse de anılan düzenleme sadece tüketici işlemlerinde ve tüketici olan kişilere karşı koruma getirdiği için karşı tarafın tüketici olmadığı genel hükümlere tâbi olan işlemler ile ticari işlere uygulanamıyordu. Bunun sonucu olarak da kanun koyucu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda genel işlem koşulları düzenlemiş ve genel işlem koşullarının yürürlük, içerik ve yorum denetimine ilişkin bir kısım özel hükümler ihdas etmiştir.

Ne var ki genel işlem koşullarının genel hükümlerde düzenlenmesi ve bununla birlikte 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda genel işlem koşullarına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemesi; niteliği gereği kendine özgü birtakım kural ve ilkeleri barındıran ticari işlerde ve tacirler arasında genel işlem koşullarının uygulanıp

uygulanamayacağı tartışmasını beraberinde getirmiştir. Gerçekten de çalışmamızda detaylı bir şekilde açıklanacağı üzere söz konusu genel işlem koşullarının uygulanması bakımından ticari işler hakkında herhangi bir kısıtlama bulunmasa da ticari iş ve ticari işin baskın süjesi tacirlerin kurdukları sözleşmelerde, 6098 sayılı Kanununun genel hükümlerinde düzenlenen genel işlem koşullarının doğrudan uygulanması hükmün konuluş amacına ve ticari hayatın kendi özgü kural ve ilkelerine aykırı sonuçların doğumuna sebep olabilecektir. Bu sebeple genel işlem koşullarının ticari işlerde uygulanabilirliğini konu alan çalışmamız uygulamada karşılaşılabilecek sorunlara karşı yeknesak uygulanabilir çözüm sağlama amacını taşımaktadır.

Bu kapsamda işbu çalışmamızda genel işlem koşullarının ticari işlerde ve tacirler arasında uygulanıp uygulanamayacağı, ticari işlerde niçin genel işlem koşullarının uygulanmasına gerek olduğu, uygulanacak ise gözetilmesi gereken kriterler, tacirin basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, maddi hukukta tacirler bakımından uygulanmayan veya uygulanması ertelenen hükümlerin içerik denetimine etkisi üzerinde durulacak ve anılan hususlar hakkında sonuç ve çözüm önerileri sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tacir, Ticari İş, Genel İşlem Şartları

ABSTRACT

APPLICABILITY OF STANDART BUSINESS TERMS IN COMMERCIAL TRANSACTIONS

SEYIT YILMAZER

With the advent of the freedom of contract and the spread of the liberal economic order, individuals and commercial entities have adopted the practice of inserting unilateral terms and conditions that would become part and parcel of a contract with the intention of developing a uniform practice for similar transactions in the future and to for having precedent template contract, which would preclude any involvement by the counterpart to the contract. Consequently, while one party to the contract assumed the role of the party who unilaterally drew up the terms of the contract even prior to the signing of the contract, the other party who was unable to intervene in any way to the preparation of the contract inevitably had to submit to and become bound by the terms and conditions of a contract on which he had no opportunity to negotiate. As a result of the above, it became necessary over time to develop norms that would provide protection to the party who was not in any way involved with the drawing up of the contract and who was devoid of any opportunity to negotiate the terms of the contract, whereas the latter would under normal circumstances require the reflection of the parties mutual and free will.

Notwithstanding the provision under Article 6, titled ‘Unfair Terms’, of Law No. 4077 on the Protection of the Consumer, which were in place prior to the enactment of Law No. 6098 on the Code of Obligations relating to general transaction in general, the said prior provision was not applicable for commercial transactions where one of the parties was not a consumer since it only provided protection in consumer-related transactions and vis-à-vis individuals who were deemed to be consumers.

Since standart business terms have been regulated through the general provisions of the Code of Obligations and not through Law No. 6102 on the Turkish Commercial Code, which is silent on this issue has raised the question as to whether such terms would be equally applicable in circumstances where both parties are merchants or the subject matter of the contract is one that involves a commercial transaction, which is regulated through certain rules and provisions that stem from the inherent and peculiar nature of trade and commerce. In fact, as will be explored and illustrated in this academic work, whilst there exists no explicit restrictions on the applicability of general trading terms in commercial transactions, in view of the particular nature of commercial transactions as well as the fact that merchants are the principal actors in such contracts, the application of such general trading terms that were designed with general circumstances in mind, could have an adverse effect on the special rules and principles of commercial life. This study, therefore, intends to provide a uniform solution from an academic perspective with respect to the applicability of general transactional terms in commercial practice.

Within the framework of the abovementioned context, this study shall explore and attempt to provide answers as to whether standart business terms could be applicable where commercial transactions are concerned or in cases where both parties are merchants; why there is a need for general transactional terms to be used in commercial transactions, and if such terms are used the criteria that has to be taken into consideration; a merchant's obligation to act as a prudent businessman; the impact upon validity assessment of provisions are either not applied insofar as merchants are concerned or provisions which have been deferred. The thesis shall thereby attempting to provide suggested and proposals.

Keywords: Merchant, Commercial Transactions, Standart Business Term

ÖNSÖZ

Ticari standart sözleşmelerde, genel işlem koşullarını kullanan tacirin, karşı tarafın da tacir olduğu dolayısıyla basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü bulunduğu, bu sebeple kabul ettiği ve imzaladığı hükümlere karşı bunların genel işlem koşulu olduğunu iddia edemeyeceği; kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan tacirin ise genel işlem koşullarının tacirler ve ticari sözleşmeler bakımından uygulanmasını engelleyen bir hükmün bulunmadığı, uygulamada birçok ticari sözleşmede kendilerine müzakere ve görüşme fırsatı tanınmadığı, bu sebeple ticari sözleşmeler bakımından da genel işlem koşullarının uygulanması gerektiği şeklindeki iddiaları işbu çalışmamızın ortaya çıkışında etkili olmuştur. Bu sebeple işbu çalışmamızın ortaya çıkışındaki temel hukuki sorun karşısında yapılan değerlendirmelerin ve ne olması gerektiğine yönelik çözüm önerilerimizin gerek teoride gerek uygulamada karşılık bulması en büyük temennimizdir.

Akademik çalışmamız ile ilgili açıklamalara geçmeden önce yardımlarını ve desteklerini hiçbir şekilde esirgemeyen aynı zamanda danışmanlığımı yapan kıymetli hocam **Prof. Dr. Suat SARI**'ya; akademik anlamda bana vizyon ve ufuklar açan, kütüphanesini sunan, akademik eğitimim için ellerinden gelen her türlü imkanı sağlayan, çalışmama çok olumlu katkıları bulunan **Prof. Dr. Hüseyin ALTAŞ**'a; çeşitli vesilelerle özel hukuk alanında akademik değerlendirmelerde bulunduğum, çalışmama vizyon katan **Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU**'ya ve **Dr. Mehmet Nafi ARTEMEL**'e; tezimin hazırlanması sürecinde her zaman yanımda olan ve her türlü katkıyı veren, fikir alışverişinde bulunduğum, değerli ve çok kıymetli oda arkadaşım, meslektaşım **Av. Merve Meryem TURAN**'a; ellerinden gelen her türlü katkıyı sağlayan mesleki gelişimimde desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen **Av. Dr. Burcu SIRATAŞ** ve **Av. Başak YAKICI** başta olmak üzere üzerimde emeği bulunan kıymetli **Hukuk & Araştırma Ailesine** teşekkür ederim. Söz konusu akademik çalışmamın ortaya çıkışı hazırlık, araştırma, tamamlama evrelerinde yardımlarını gördüğüm, fakat burada isimlerini tek tek sayamadığım tüm değerli hocalarıma, meslektaşlarıma, lisans ve lisansüstü derslerini birlikte geçirdiğim tüm dost ve arkadaşlarıma teşekkür ederim.

Nihayet, işbu akademik çalışmamın her aşamasında maddi manevi her türlü desteği sağlayan, beni her zaman destekleyen ve çalışmamın nitelikli hale gelmesi için her türlü fedakarlığı ve özveriyi gösteren değerli ve kıymetli aileme, sevgili anneme, babama, kardeşime teşekkür ederim.

SEYİT YILMAZER

İSTANBUL, 2019



İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	vi
İÇİNDEKİLER.....	viii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM TİCARİ İŞ KAVRAMI

I. TİCARİ İŞ	2
A. TTK'nın 3. Maddesine Göre Ticari İş.....	2
1. TTK'da Düzenlenen Hususlar	3
2. Ticari İşletmeyi İlgilendiren İşlem ve Fiiller.....	6
A. TTK'nın 19. Maddesine Göre Ticari İş.....	10
1. Genel Olarak Ticari İş Karinesi.....	10
2. Gerçek Kişi Tacirler Açısından Ticari İş Karinesi	11
a. Genel Olarak.....	11
b. Gerçek Kişi Tacirlerde Ticari İş Karinesinin İstisnaları	12
i. İşlemin Ticari İşletmeyle İlgili Olmadığının Sözleşmenin Diğer Tarafına Açıkça Bildirilmesi.....	12
ii. İşin Ticari Sayılmasına Durumun Elverişli Olmaması.....	14
3. Tüzel Kişi Tacirler Açısından Ticari İş Karinesi.....	16
4. Taraflardan Yalnızca Biri İçin Ticari İş Niteliğinde Olan Sözleşmenin Diğer Taraflar İçin de Ticari İş Sayılması.....	17
a. Genel Olarak.....	17
b. Şartları.....	18
i. İşin Taraflardan Birisi İçin Ticari İş Niteliğinde Olması	18
ii. Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkinin Sözleşmeden Kaynaklanması.....	20

iii.	Kanunda Aksinin Kararlaştırılmamış Olması	21
------	---	----

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL İŞLEM KOŞULU VE UNSURLARI

I.	GENEL İŞLEM KOŞULU KAVRAMI VE TANIMI	23
II.	GENEL İŞLEM KOŞULLARININ UNSURLARI	26
A.	Bir Sözleşme İçeriğinde Yer Alarak Sözleşmenin Hükmü Olmak	27
B.	Önceden Tek Taraflı Hazırlanmak	29
C.	İleride Çok Sayıdaki Sözleşmede Kullanmak Amacıyla Hazırlanmak	33
D.	Taraflardan Birinin Sözleşmenin Kurulması Sırasında Karşı Tarafa Sunması	35
III.	HAKSIZ ŞART İLE GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İLİŞKİSİ	36
IV.	GENEL İŞ KOŞULLARI İLE GENEL İŞLEM KOŞULLARI İLİŞKİSİ	39
V.	GENEL İŞLEM KOŞULLARININ TARAFLARCA MÜZAKERE EDİLMESİ	40
VI.	GENEL İŞLEM KOŞULLARININ ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI	41

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ

TİCARİ İŞLER BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI

I.	TİCARİ İŞLER BAKIMINDAN UYGULANMA ALANININ DEĞERLENDİRİLMESİ	44
A.	Türk Borçlar Kanunu Yönünden	44
B.	Türk Ticaret Kanunu Yönünden	47
C.	Türk Medeni Kanunu Yönünden	49
D.	Diğer Mevzuat Hükümleri Yönünden	49

II. TİCARİ İŞLERDE GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ.....	51
A. YÜRÜRLÜK DENETİMİ	52
1. Genel Olarak	52
2. Ticari İşlerde Yürürlük Denetiminin Aşamaları.....	52
a. Bilgi Verme Aşaması.....	53
b. Kabul Etme Aşaması	54
3. Ticari İşlerde Şaşırtıcı Şart Denetimi	56
4. Yazılmamış Sayılma.....	59
a. Genel Olarak.....	59
b. Yazılmamış Sayılmanın Hukuki Niteliği.....	60
i. Eksiklik Yönünden Değerlendirilmesi	60
ii. İptal Edilebilirlik Yönünden Değerlendirilmesi	62
iii. Kesin Hükümsüzlük Yönünden Değerlendirilmesi	63
iv. Kısmi Hükümsüzlük yönünden Değerlendirilmesi.....	64
v. Yokluk Yönünden Değerlendirilmesi.....	66
vi. Doktrindeki Görüşler ve Kabul Ettiğimiz Düşüncemiz	68
c. Yazılmamış Sayılmanın Hukuki Sonuçları.....	69
B. İÇERİK DENETİMİ	72
1. Genel Olarak İçerik Denetimi	72
2. İçerik Denetiminde Esas Alınacak Dürüstlük Kuralının Somutlaştırılması	73
a. TBK'ya Göre İçerik Denetiminde Dürüstlük Kuralı	73
b. Haksız Rekabet Hükmü Olarak Dürüstlük Kuralına Aykırılık	76
3. Ticari Sözleşmelerde Yer Alan Genel İşlem Koşulu Niteliğindeki Özel Kayıtların Geçerliliğinin Değerlendirilmesi.....	78
a. Genel İşlem Koşulunu Kullanan Tarafa Tek Taraflı Değişiklik Yapma Hakkı Veren Hükümler	78
b. Genel İşlem Koşulları Sunulan Tarafın Zamanaşımı Def'inden Feragat Ettiğine İlişkin Hükümler.....	79
c. Genel İşlem Koşullarını Kullanan Tarafın Ticari Defter ve Kayıtlarının Münhasır Delil Olacağına İlişkin Hükümler.....	80

d. Genel İşlem Koşullarını Kullanan Taraf Lehine Sorumsuzluk Yetkisini Düzenleyen Hükümlerin Değerlendirilmesi.....	81
C. YORUM DENETİMİ	83
1. Genel Olarak Yorum Denetimi	83
2. Sözleşme Taraflarının Genel İşlem Koşulu Hükümlerinin Çatışmasında Yorum.....	84
II. TACİR VE TİCARİ İŞLER YÖNÜNDEN GENEL İŞLEM KOŞULLARININ UYGULANMASININ BASİRETİLİ BİR İŞ ADAMI GİBİ DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ ÖZELİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ.....	85
A. Genel Olarak Basiretli Bir İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğü	85
B. Genel İşlem Koşullarının Tacir ve Ticari İşler Yönünden Uygulanabilirliğinin Basiretli Bir İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğü ile Çelişmemesi	86
SONUÇ.....	90
KAYNAKÇA.....	93

KISALTMALAR LİSTESİ

A.e	: Aynı eser
A.g.e.	: Adı geçen eser
A.g.m.	: Adı geçen makale
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BK	: 818 Sayılı Borçlar Kanunu
BKK	: Banka Kartları ve Kredi Kartları Kurumu
Bkz.	: Bakınız
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
c.	: Cümle
C.	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
f.	: Fıkra
GSÜY	: Galatasaray Üniversitesi Yayınları.
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
m.	: Madde

MÜHFD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
No.	: Numara
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
s.a.	: Sayfa aralığı
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
TKHK	: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl

GİRİŞ

Genel işlem koşullarının TBK'nın genel hükümler bölümünde düzenlenmesi sonucu TMK'nın 5. maddesi gereği anılan düzenlemeler TTK'da yer almasa dahi bünyesine uygun düştüğü ölçüde ticari işlerde ve tacirler arasında da uygulama imkânı bulmaya başlamıştır. Bununla birlikte ticaret hukukuna hâkim olan tacirin basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü ve aynı zamanda TTK'da hükümler gereği tacir, ticari hayatın kendi dinamikleri gereği genel hükümlerden kaynaklanan birçok haktan faydalanamamaktadır. Halbuki tacirlere basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü yüklenmesi, tacirlerin müzakereye katılamadığı, hiçbir şekilde sözleşme hükümlerini değiştiremediği ve aynı zamanda içerik olarak da oldukça karmaşık şartlar barındıran sözleşme hükümleri karşısında korunmasında hukuki bir engel oluşturmamalıdır.

Gerçekten de genel hükümlerde düzenlenen hukuk kurallarının birtakım özel sözleşme ilişkilere doğrudan uygulanması hem anılan genel hükmün amacına aykırılık hem de sözleşme özelinde sözleşmenin kendisine has ilkelerin ihlali sonucunu doğurabilecektir. Nitekim bu çalışma genelinde de genel işlem koşullarının ticari işlerde hangi ölçüde uygulanacağı ve doğrudan uygulanması halinde ne gibi sonuçların doğacağı konuları üzerinde durulacaktır.

Dolayısıyla işbu çalışmamızda öncelikle tacir ve ticari iş kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklanacak; ardından çalışmamamızın temelini oluşturan genel işlem koşulları ve unsurları üzerinde durulacak; daha sonra ticari işlerde genel işlem koşulları uygulanırken göz önünde bulundurulması gereken birtakım kural ve ilkeler, doktrindeki görüşlerinden faydalanarak açıklanacaktır. Tüm bu açıklamalarımızın sonrasında “genel işlem koşullarının ticari işlerde uygulanabilirliği” meselesinde varılan sonuç ve çözüm önerileri açıklanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TİCARİ İŞ KAVRAMI

I. TİCARİ İŞ

A. TTK'nın 3. Maddesine Göre Ticari İş

TTK'nın “*Ticari İşler*” başlıklı 3/1 maddesine göre “Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir.” Anılan hüküm uyarınca kanun koyucu, ticari iş tanımını daraltıcı ve örnekleyici bir şekilde yapmamış; kişilerin anılan madde hükmüne uygun belli türdeki işlem ve eylemlerini ticari iş olarak kabul etmiştir¹.

Bu bakımdan TTK'nın 3/1 maddesinde düzenlenen ve kanun koyucunun ticari iş olarak kabul ettiği işlem ve eylemleri “*Bu Kanunda düzenlenen hususlar*” ve “*bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller*” olarak iki ayrı başlıkta incelemek mümkün olacaktır². Bunlardan “*Bu Kanunda düzenlenen hususlar*” TTK'da özel hükümler yoluyla düzenleme altına alınan iş ve eylemleri; “*bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve eylemler*” de TTK'da özel bir düzenleme olup olmadığına bakılmaksızın bir ticari işletmenin ticari işletme olma amacına uygun olarak yaptığı bütün iş ve eylemleri açıklamaktadır³.

1. TTK'da Düzenlenen Hususlar

Kanun koyucu, TTK'nın 3/1 maddesinde ticari işin tanımını yaparken, TTK'da düzenlenen hususların, tek başına TTK'da düzenlenmiş olmaları

¹ Sabih Arkan, **Ticari işletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 24. Baskı, Ankara, 2018, s.64; Hüseyin Ülgen/ /Mehmet Helvacı/ Abuzer Kendigelen/ Arslan Kaya/ Füsun Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.64.

² Arkan, **a.g.e.**, s.64

³ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, **a.g.e.**, s.64; Karahan, **a.g.e.**, s.54.

nedeniyle ticari iş niteliğinde olduğunu belirtmiştir⁴. Dolayısıyla anılan hüküm gereği, TTK'da düzenlenen tüm hususlar, tarafların tacir⁵ olup olmadığı veyahut ticari işletmelerini ilgilendirip ilgilendirmediğine bakılmaksızın mutlak anlamda ticari iş kabul edilmektedir⁶.

Bu şekilde TTK'da düzenlenen hususların mutlak şekilde ticari iş olarak kabul edilmesi bir anlamda hukuki öngörülebilirliği sağlamaktadır. Gerçekten de örneğin ticaret yapmaktan yasaklanan⁷ veyahut tacir sıfatını haiz olmayan kişiler, TTK'da düzenlenen bir hususta hukuki işlem yaptıklarında, anılan hukuki işleme TTK hükümlerinin uygulanacağını, uyuşmazlıkların asliye ticaret

⁴ Rıza Ayhan/Mehmet Özdamar/ Hayrettin Çağlar, **Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, 8.Bası, Yetkin Yayınevi, Eylül 2015, s.62.

⁵ TTK'nın 12. maddesine göre *“bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına kendi adına işleten kişiye”* tacir denir. Yargıtay da bu koşulların gerçekleşmesiyle birlikte tacir sıfatının kendiliğinden kazanılacağı görüşündedir. Nitekim Yargıtay 11. HD 09.01.2014 tarihli ve 2013/10054 E. 2014/361 K. sayılı *“6102 sayılı TTK'nın 12/1 inci maddesine göre bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir. Bu tanıma göre, bir gerçek kişinin ticaret sicilinden işletmesini terkin ettirmiş olması, koşulları varsa kendisinin tacir sıfatına etkili değildir.”* (Anılan kararın tamamı için bkz. www.kazanci.com Çevrimiçi: 13.04.2019, 18:18) kararında ticaret siciline kaydedilmiş olmanın tacir sıfatını kazanmak bakımından kurucu unsur olmadığını belirtmiştir.

⁶ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, **a.g.e.**, s.64; Sami Karahan, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş 27. Baskı, Mimoza Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2015, s.54. Aynı yönde Yargıtay 11. HD 12.11.2012 tarihli ve 2012/910 E. 2012/17825 K. sayılı *“Dava, bankadan rıza dışında çekilen para ile ilgili haksız işleme dayalı alacak istemine dair olup, TTK'da mutlak ticari iş olarak düzenlenen bankacılık işleminden kaynaklanmaktadır. Davanın bu niteliğine göre genel mahkemede görülmesi gerekir. Mahkemece, davalı vekilinin görev itirazı nazara alınarak isabetli şekilde görevsizlik kararı verilmiş ise de, davanın Asliye Ticaret Mahkemesinde görülmesi gerektiğini savunan davalı vekilinin aynı zamanda işbölümü itirazında bulunduğu nazara alınmamış, ayrıca yetki itirazı bulunmadığı halde görevsizlik karar ile birlikte resen bu hususta da karar verilmiştir. Mahkemece, dosyanın talep halinde İzmir Asliye Ticaret Mahkemesi'ne gönderilmesi ve yetki hususunun görevli mahkemede değerlendirilmesi gerekir.”* şeklindeki kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 13.05.2019, 15:21) Yargıtay 17. HD 31.05.2010 tarihli ve 2009/9853 E. 2010/4953 K. sayılı *“Dava, trafik sigorta poliçesinden kaynaklanan rücu tazminat istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, TTK'nda düzenlenen ve mutlak ticari işlerden olan sigorta sözleşmesinden kaynaklanmakta olup mahkemece, talep gibi, avans faiz oranına hükmetmek gerekirken, yasal faize karar verilmesi doğru değildir.”* şeklindeki kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 13.05.2019, 15:30)

⁷ Bununla birlikte TTK'nın 14. maddesine göre *“Kişisel durumları ya da yaptığı işlerin niteliği nedeniyle yahut meslek ve görevleri dolayısıyla, kanundan veya bir yargı kararından doğan bir yasağa aykırı bir şekilde ya da başka bir kişinin veya resmî bir makamın iznine gerek olmasına rağmen izin veya onay almadan bir ticari işletmeyi işleten kişi de tacir sayılır.”* Kanun koyucu bu düzenleme ile ticaretten yasaklanan kişilerin, söz konusu koşullar dahilinde tacir sayılarak, bu kişilerin unsur eksikliğinden faydalanarak, tacir sıfatını ve dolayısıyla da tacire bağlanan sorumluluklarını bertaraf etmesinin engellenmesi amaçlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Reha Pohoy/Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, 17. Baskı, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2018, s.13 vd.

mahkemelerinde görüleceğini açık kanun hükmü uyarınca öngörebilecektir.

Mutlak anlamda ticari işlerin bir diğer yansıması hukuki işlem güvenliğinde kendini göstermektedir. TTK'nın 3/1 maddesinin açık hükmü gereği TTK'nın 670 vd. maddelerinde düzenlenen kambiyo senetleri olan poliçe, bono ve çek, tacir sıfatını haiz olmayan veyahut ticaret yapmaktan yasaklanan kişiler arasında düzenlese de sadece TTK'da düzenlemiş olmaları sebebiyle ticari iş kabul edilecek ve TTK hükümlerine tabi tutulacaktır⁸. Kanaatimizce TTK'da düzenlenen hususlar yönünden tacir sıfatını haiz kişiler ile tacir sıfatını haiz olmayan kişilerin düzenlediği kambiyo senedinin bu şekilde aynı hukuki rejime tabi tutulması söz konusu senetlerin tedavül kolaylığının ve ticari hayattaki işlem güvenliğinin sağlanması bakımından önem arz etmektedir.

Bununla birlikte TTK'da düzenlenen hususların aksinin iddia edilemeyecek şekilde, bir diğer anlatımla mutlak anlamda ticari iş olarak kabul edilmesi uygulamada, söz konusu işlemi gerçekleştirirken ticari bir amaçları bulunmasa dahi işlemin tacir olmayan tarafları hakkında da ticari hükümlerin uygulanmasına sebep olacaktır⁹. Örneğin en basitinden iki öğrenci arasında ödünç sözleşmesi yapılmış olmakla birlikte, bunun teminatı olarak bir bono düzenlenmişse bu noktada artık mutlak anlamda ticari işten söz edileceğinden öğrencilerin basiretli bir iş adamı gibi davranmalarını beklemek gerecektir.

Öte yandan hükmün lafzında ifade edildiği üzere mutlak anlamda ticari iş, “*Bu Kanun'da yer alan hususlar*” ı kapsamaktadır. Bunun doğal sonucu olarak sadece sözleşmeler değil TTK'nın 54 vd. maddelerinde düzenlenen “haksız

⁸ Aynı yönde Yargıtay 12 HD 20.06.2011 tarihli ve 2010/31075 E. 2011/12490 K. sayılı “ *Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen her konu "ticarî iş" sayılır ve hakkında ticarî hükümler uygulanır. Kambiyo senetlerinin tanzimi, ciro ve tediye edilmesine ilişkin hususlar da TTK.'nın 583-735. maddelerinde düzenlenmiş olmakla, ticarî iş sayılır.*” şeklindeki kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 13.05.2019, 16:11)

⁹ Arkan, **a.g.e**, s.64.

rekabet¹⁰” ve TTK’nın 1286 vd. maddelerinde düzenlenen “çatma¹¹” gibi haksız fiil ve diğer eylemler de mutlak ticari iş niteliğindedir¹². Tüm bu hususların yanında en nihayetinde hukuki işlemin türü ve tarafları fark etmeksizin TTK’da düzenlenen bütün hususlar mutlak anlamda ticari iştir. Bu bakımdan sigorta sözleşmesi, taşıma sözleşmesi, kıymetli evrak kitabında yer alan kambiyo senetleri, kambiyo senetlerine benzeyen senetler, pay senetlerine ilişkin işlemler, şirketler hukukuna ilişkin tüm hukuki işlem ve fiiller, acentelik, cari hesap sözleşmesi, navlun sözleşmesi de TTK’da düzenlenmiş olmaları sebebiyle mutlak anlamda ticari iştir.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus ticarî hükümlerin, yalnızca TTK’da yer alan düzenlemelerden ibaret olmadığıdır. Gerçekten de TTK’nın yanında 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu başta olmak üzere genel ve özel nitelikteki birçok mevzuat düzenlenmesinde ticarî işlere özgü birtakım hükümler mevcuttur¹³. Hal böyle iken kanun koyucu TTK’nın 3/1 maddesinde mutlak anlamda ticari işleri tanımlarken “Bu Kanun” ibaresiyle doğrudan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa atıfta bulunduğundan ancak TTK’da düzenlenen hususlar mutlak anlamda ticari iş kabul edilmelidir. Aynı şekilde TTK’da düzenlenen hususlar ile ilgili özel olarak ihdas edilen 5941 sayılı Çek

¹⁰ Mutlak anlamda ticari işlerden haksız rekabet, TTK’nın 54 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. TTK’nın 54/2 maddesine göre “*Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyenaldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.*”

¹¹ Mutlak anlamda ticari işlerden çatma, TTK’nın 1286 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. TTK’nın 1286. maddesine göre “*Bu Bölüm hükümleri, iki veya daha çok geminin çarpışması çatma sonucu gemilere ve gemilerde bulunan insanlara veya eşyaya verilen zararın tazmini hakkında uygulanır. Geminin, bir manevrayı yapmak veya yapmamak yahut seyir kurallarına uymamak suretiyle başka bir gemiye veya gemide bulunan insanlara veya eşyaya çatma olmaksızın zarar vermesi hâlinde de, çatma hakkındaki hükümler uygulanır.*”

¹² Arkan, **a.g.e.**, s.64; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, **a.g.e.**, s.64; Karahan, **a.g.e.**, s.54; Bahtiyar, **a.g.e.**, s.49. Aynı yönde Yargıtay HGK 03.04.2002 tarihli ve 2002/4-174 E. 2002/259 K. sayılı “*Bir işin adi veya ticari iş olarak nitelendirilmesi ve bu işe hangi hükümlerin uygulanacağını belirlenmesi büyük öneme sahiptir. Ticari işin belirlenmesinde öncelikle TK.3 ve 21 maddesinin gözönünde bulundurulması gerekmektedir. TK nun 3. maddesi uyarınca ticari iş, TK da tanzim olunan hususlarla, bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer bir müesseseyi bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün muamele, FİİL ve İŞLER ticari iş olarak nitelendirilmiştir... ticari işi iki grupta ele almak mümkündür. Birinci grupta, TK da düzenlenen bütün hususlar ticari iştir... TK da düzenlenen bütün hususlar esas itibarıyla bir ticari işletmeyle ilgili olduğu için kanun gereği ticari iş sayılırlar.... birer haksız fiil olan Haksız Rekabet TK.56.vd ve Çatma TK.1216 vd Türk Ticaret Kanununda düzenlendiği için ticari iş sayılırlar.*” şeklindeki kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 13.05.2019, 17:01)

¹³ Karahan, **a.g.e.**, s.54.

Kanunu¹⁴, 6750 sayılı Ticari İşletmelerde Taşınır Rehni Kanunu¹⁵, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun¹⁶ gibi kanunlarda düzenlenen hususlar da TTK'nın 3. maddesinde düzenlenen anlamda mutlak ticarî iş değildir.

Bununla birlikte doktrinde kabul edildiği üzere TTK'nın 3. maddesinde TTK'da düzenlenen hususlar mutlak ticari iş olduğundan, bu hususların ticarî iş olmadıklarının iddia ve ispatı da mümkün değildir¹⁷. Tarafların kendi aralarındaki hukuki işlemlerde bu hususların aksini kararlaştırması dahi bunların ticarî iş olma niteliklerini hiçbir şekilde etkilemeyecektir. Bununla birlikte hukuki ilişkinin tarafları, sözleşme serbestisi çerçevesinde kendi aralarındaki iç ilişkilerde örneğin bir ticari işte TTK'nın 7. maddesinde düzenlenen teselsül ilkesinin aksini serbestçe kararlaştırabilirler¹⁸.

2. Ticari İşletmeyi İlgilendiren İşlem ve Fiiller

TTK'nın 3/1 maddesinde kanun koyucunun ticari iş olarak düzenlediği bir diğer husus ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve eylemlerdir. Hükmün lafzına bakıldığında 6102 sayılı TTK, mülga 6762 sayılı TTK'dan farklı “muamele, fiil ve işler” ibaresi yerine “işlem ve fiil” ibaresini tercih etmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu fiil, işlem ve dar anlamda iş kavramlarının tümünü içinde barındıran iş kavramından vazgeçmiştir¹⁹. Öte yandan anılan hüküm gereği bir ticari işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve eylemler, ayrıca TTK'da bu işlemleri düzenleyen özel bir düzenlemenin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın ticari iş olarak kabul edilmiştir. Bu sebeple tacir sıfatını haiz kişilerin ticari işletmeleriyle ilgili ve

¹⁴ 20.12.2009 tarihli ve 27438 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

¹⁵ 28.10.2016 tarihli ve 29871 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır

¹⁶ 13.12.1994 tarihli ve 22140 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

¹⁷ Karahan, **a.g.e.**, s.53

¹⁸ Teselsül karinesi TTK'nın 7. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükme göre “İki veya daha fazla kişi, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari niteliği haiz bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar. Ancak, kefil ve kefillere, taahhüt veya ödemenin yapılmadığı veya yerine getirilmediği ihbar edilmeden temerrüt faizi yürütülemez

¹⁹ Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s.74; Fatih Bilgili / Ertan Demirkapı, **Ticaret Hukuku Bilgisi**, Dora Yayıncılık, 15. Baskı, Şubat 2019, s.52. Bununla birlikte ticari işletmeyi ilgilendiren fiil ve işlemler tespit edilirken süje olarak hükmün konuluş amacından hareketle ticari hayatın olağan şartları altında, objektif ölçülere göre ve aynı alanda faaliyet gösteren bir ticarî işletme esas alınmalıdır. Bu yöndeki ayrıntılı görüş için bkz. Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s.74

TTK dışındaki başka kanun metinlerinde örneğin TBK'daki kira²⁰, eser²¹, ödünç²² sözleşmesi hükümlerine göre gerçekleştirdiği işlemler de ticari iş olarak kabul edilmektedir²³.

Ticari hayatın gelişim sürecinde tipik ve atipik birçok hukuki ilişki meydana gelmektedir. Bu haliyle ticari işletmeyi ilgilendiren işlemleri isim olarak sayma yoluna gitmek veyahut anılan işlemlerin tamamını düzenleyen tek bir pozitif kaynak oluşturmak mümkün olmadığı gibi ticari hayatın dinamizmine ve serbest piyasa koşullarına da uygun düşmeyecektir. Dolayısıyla ilgili madde söz edilen “bir ticari işletmeyi ilgilendiren diğer bütün işlem ve fiiller” ibaresinin hükmün düzenleniş amacına uygun şekilde geniş yorumlanması gerekmektedir²⁴. Bu bakımdan ticari işletme ile ilgili işlemler kavramı, sözleşmelerin yanında her türlü borcun doğumuna sebebiyle veren hukuki işlem, hukuki işlem benzeri fiil, hukuki

²⁰ Aynı yönde Yargıtay 11. HD 01.05.2006 tarihli ve 2005/4966 E. 2006/4943 K. sayılı “Dava, kira alacağı ile bakım ve onarım giderinin tahsili istemine ilişkindir. Ancak, tarafların tacir olduğu, uyumsuzluğun aralarındaki protokolden kaynaklandığı, TTK’nun 3, 4 ve 21 inci maddeleri hükümleri uyarınca davanın ticari nitelikte bulunduğu dikkate alınıp, hükmedilen alacağın talep gibi avans faiziyle tahsiline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde yasal faiz üzerinden hüküm kurulması doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiş ise de anılan yanlışlığın düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hükmün, HUMK’nun 438/7 nci maddesi uyarınca düzeltilerek onanması yoluna gidilmiştir.” şeklindeki kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi 14.05.2019, 14:04)

²¹ Aynı yönde Yargıtay 15. HD 01.10.2004 tarihli ve 2004/4095 E. 2004/4803 K. sayılı “Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan alacak nedeniyle yapılan icra takibine vaki itirazın iptali talebine ilişkindir. İşin metrajında, fiyatında ve ayıplı imalat yapıp yapılmadığının belirlenmesinde, dosya üzerinde yapılan inceleme ile sonuca ulaşılması mümkün değildir. Bu nedenle mahkemece yeniden oluşturulacak bilirkişi kuruluyla mahallinde keşif yapıp gerçekleştirilen işin metrajı, mevcut işteki ayıplı imalatlar ve sözleşmede kararlaştırılan bedeller dikkate alınıp davacının hakettiği tutarın belirlenmesi gerekir. Öte yandan ticari iş niteliğindeki eser sözleşmesinden kaynaklanmış alacaklar için talep halinde avans faizinin uygulanması gerekir. Alacaklı icra takibinde % 75 oranında faiz talep etmiş olduğundan, avans faizi talep ettiğinin kabulü gerekir. Buna rağmen yasal faize karar verilmesi hatalıdır.” şeklindeki kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 14.05.2019, 14:13)

²² Aynı yönde Yargıtay 12. HD 21.03.2005 tarihli ve 2005/2438 E. 2005/5807 K. sayılı “Alacaklıya ait bir para meblağının faiz geliri elde etmek amacıyla ödünç verilmesi veya herhangi bir şekilde bir süre borçluda kalması üzerine faiz ödenmesi öngörülmüşse bu faiz, kapital faizi niteliğindedir. Temerrüd faizi ise borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde de düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı müddetince varlığını sürdüren bir karşılıktır. H.G.K’nun 31.3.2003 T. ve 2004/12-163 E. 2004/184 K. sayılı K. Takip dayanağı ilamda ana para dışındaki faiz alacağı kapitale dönüşmüştür. Bankadaki mevduata işletilen faiz olması nedeniyle Ancak ilamda belirlenen tarihten itibaren uygulanacak temerrüd faizi borçlu bankanın tacir olması TTK 21. mad gereği ve ticari işlemten kaynaklanması nedeniyle 3095 Sayılı Kanunun 2. maddesinde yazılı olan avans faizdir..” şeklindeki kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 14.05.2019, 14:22)

²³ Hayri Domaniç/Erol Ulusoy, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, 5. Baskı, Arıkan Yayıncılık, 2008 s.42.

²⁴ Arkan, **a.g.e.**, s.64; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, **a.g.e.**, s.64.

fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğan işleri de kapsamaktadır²⁵.

TTK'nın 3/1 maddesi uyarınca ticari işi tespit ederken, ticari işletmeyi ilgilendiren fiil ve işlemlerinin neler olduğunun ve kapsamının doğru bir şekilde değerlendirilmesi gerekir. Örnek vermek gerekirse inşaat işi yapan bir ticarî işletmenin söz konusu inşaat işleri için gerekli malzemeleri satın alması ve bu yönde başta sözleşme olmak üzere hukuki işlemlerde bulunması ticarî faaliyet çerçevesinde değerlendirilmelidir. Aynı şekilde, söz konusu işletmenin inşa edeceği yapı için arsa satın alınması ve daha sonra inşa ettiği yapıyı satmak üzere reklam ve pazarlama faaliyetleri yürütmesi de hiç kuşkusuz işletmenin ticarî faaliyetlerinden olmasından ötürü ticari iştir²⁶. Buna karşılık ticarî işletmeyi ilgilendirmeyen diğer bir deyişle tacirin salt kişisel işlem ve fiilleri bu kapsamda ticari iş olarak değerlendirilemeyecektir. Bu kapsamda kanaatimizce örneğin, söz konusu inşaat işiyle uğraşan ticari işletmeyi doğrudan kendi adına işleten tacir, ticari işletmeye tahsis edilen bir araçla evine giderken maddi hasarlı bir trafik kazasına sebebiyet verirse bunu ticari iş olarak değerlendirmek mümkün olmayacaktır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere ticarî işletmeyi ilgilendiren işlem veya fiillerin geniş yorumlanması gerektiğinden ticarî faaliyet ile arasında uygun illiyet bağı olmak kaydıyla²⁷, söz konusu ticari işletme ile doğrudan veya dolaylı tüm işlem ve fiiller ticari iş olarak kabul edilmektedir²⁸. Bununla birlikte doktrinde, ticarî işletmenin ticari iş sayılan işlem ve fiillerin tarafı olmasının yanında bunların konusu da olabileceği ve bu yöndeki işlem ve eylemlerin de ticari iş niteliğinde

²⁵ Arkan, **a.g.e.**, s.65; Bilgili/Demirkapı, **a.g.e.**, s.32; Nurdan Orbay Ortaç, “**6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz**”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2014/2, s. 121. Aksi yönde anılan madde hükmündeki işlem ibaresinden yalnızca hukuki işlemlerin anlaşılmasını savunan görüş için bkz. Ayhan/Özdemir/Çağlar, **a.g.e.**, s.63.

²⁶ Karahan, **a.g.e.**, s.57.

²⁷ Arkan, **a.g.e.**, s.65, Aynı yönde Poroy/Yasaman'a göre “*Normal ticari hayat şartları altında, objektif bir ölçüye göre ve bahis konusu ticari işletme nevinden bir işletmenin fonksiyonu bakımından bir iş doğrudan doğruya ve dolayısıyla işletme ile ilgili veya „beraber getirdiği“ işlerden dayalı sayılabiliyorsa, o iş, ticari işletme ile ilgisi sebebiyle ticari olma niteliği alır. Bu durumda makul (uygun adequate) illiyet rabahtasının var olduğu gerekçesiyle İsviçre-Türk Medeni Hukuku'nda kabul edilmektedir.*” Ayrıntılı bilgi için bkz. Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s.74.

²⁸ Bahtiyar, **a.g.e.**, s.50.

olduğu kabul edilmektedir²⁹.

Son olarak, TTK'nın 3/1 maddesinde düzenlendiği şekilde bir ticarî işten bahsedilebilmek için ticarî bir işletmenin³⁰ varlığı gerekmektedir³¹. Dolayısıyla, ticarî faaliyette bulunan ancak yukarıda açıklamış olduğumuz esnaf işletmesini aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutma, bağımsızlık ve devamlılık şartlarını yerine getiremeyen ve dolayısıyla ticarî işletme niteliğine ulaşamamış olan esnaf işletmelerinin işlem ve fiilleri ticarî iş olarak kabul edilmemektedir. Aynı şekilde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu 12.11.1947 tarihli kararında³² sanat erbabının kendisinin veya çalışanının makine istimal suretiyle sanat eseri meydana getirilmesinin ve satılmasının ticari iş olmadığına

²⁹ Karahan, **a.g.e.**, s.54.

³⁰ TK'nın 11. maddesine göre ticari işletme *"Esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir."* Anılan hüküm uyarınca kanun koyucu bir işletmenin ticari işletme vasfına sahip olabilmesi için birtakım koşullar düzenlenmiştir. Bunlar hükmün lafzında da anlaşılabileceği üzere esnaf işletmesi için öngörülen geliri aşacak gelir sağlamayı hedef tutma, devamlılık ve bağımsızlıktır. Yargıtay'ın yerleşik içtihadı da görüşümüzü destekler niteliktedir. Örneğin Yargıtay 17. HD 16.04.2015 tarihli ve 2014/25145 E. 2015/5962 K. sayılı kararına göre *"Ticari işletme TTK 11. maddesinde Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir şeklinde tanımlanmıştır. Bir işletmenin ticari işletme olması için gerekli unsurları sayacak olursak Esnaf İşletmesini Aşan Düzeyde Gelir Sağlamayı Hedef Tutma Tüm işletmelerde olduğu gibi ticari işletmelerde de ekonomik yarar sağlama bir başka anlatımla gelir elde etme amacının bulunması şarttır. TTK 15. maddesinde esnaf işletmesi ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedenî çalışmasına dayanan ve geliri 11. maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi esnafı şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi elde edilen gelirin miktarı işletmenin esnaf işletmesi mi yoksa ticari işletme mi olduğunu belirleyici olacaktır. Bu sebeple bir işletmenin ticari işletme sayılması için Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak kararnamede belirlenen esnaf işletmeleri için öngörülen geliri aşan miktarda gelir elde edilmesi gerekmektedir. Devamlılık Yürütülen faaliyetler de devamlılık olmalıdır. Bir defa yapılan işler ticari işletme kavramı içinde yer alamazlar. Ancak faaliyetin niteliği gereği zaman zaman kesintiye uğraması faaliyetin devamlılığı unsurunu ortadan kaldırmaz. Örneğin okulların açık olduğu dönemde öğrencilere hizmet veren lokanta, kırtasiye gibi. Bağımsızlık Ticari işletmenin bir başka unsuru faaliyetlerin bağımsız olarak yürütülmesi gerekmektedir. Bu nedendir ki şubeler merkeze bağlı olarak faaliyet yürüttüklerinden ayrı ticari bir işletme sayılmazlar. Tüm unsurların bir arada olması durumunda bir işletme ticari işletme olarak nitelendirilebilecektir."* (Anılan kararın tamamı için bkz. www.kazanci.com Çevrimiçi: 03.04.2019, 22:32)

³¹ Domaniç/Ulusoy, **a.g.e.**, s.42.

³² Yargıtay İBHGK'nın 12.11.1947 tarihli ve 1947/15 E. 1947/22 K. sayılı *"Doktorun hastalarından gayri kimselere satmak üzere ilaç ve saire alıp satması ticari ise de, hastaları için kullanmak üzere bu maddeleri alması ve buna müteferri muameleleri ticari değildir. Binaenaleyh sanat erbabının gerek bizzat gerek işçi istihdam ve makine istimal suretiyle sanat eserlerini vücuda getirerek bu eserleri satması hususunun ticari muamele olmadığı Ticaret Kanunumuzun adı geçen on dokuzuncu maddesi hükmü icabından bulunmasına göre Diş Hekiminin hastası ile arasındaki hukuki münasebetin mahiyetini tamamen adi yani medeni olarak kabul etmek zaruridir."* şeklindeki kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi : 14.05.2019, 22:14).

hükmetmiştir.

Tüm bu açıkladığımız hususlardan hareketle kanun koyucu, TTK'nın 3/1 maddesi ile TTK'da düzenlenen hususların yanında ayrıca TTK'da düzenlenmemiş olmasa da ticari işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve eylemleri ticari iş kabul ederek, bunları ticari işin hüküm ve sonuçlarına tabi kılmıştır. Öte yandan hükmün lafzında da ifade edildiği üzere ticari işletmeyi doğrudan veya dolaylı ilgilendiren tüm hususlar her ne ad altında olursa olsun ticari iş niteliğindedir.

A. TTK'nın 19. Maddesine Göre Ticari İş

1. Genel Olarak Ticari İş Karinesi

Kanun koyucu yukarıda açıkladığımız üzere TTK'nın 3. maddesinin yanında anılan hükmün tamamlayıcısı³³ niteliğinde TTK'nın 19. maddesinde “*Ticari İş Karinesi*” başlıklı hükmü düzenlenmiştir. Anılan hükme göre “*Bir tacirin³⁴ borçlarının ticari olması asıldır. Ancak, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır. Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır.*”

Anılan hükümde görüldüğü üzere kanun koyucu öncelikle bir tacirin borçlarının ticari iş olduğuna ilişkin genel bir karine ortaya koymuş; ardından da gerçek kişi tacir yönünden bir kısım işlemlerin belli şartlarda ticari iş sayılmayacağını, tarafların biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler hakkında da kural olarak ticari iş karinesinin uygulanacağını düzenlemiştir. Bundan dolayı bir işin ticarî olup olmadığı belirlenirken, ilişkiye taraf olanlar açısından ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir³⁵.

³³ Tamer Bozkurt, **Ticari İşletme Hukuku**, 2. Bası, Legem Kitabevi, Ankara, 2018, s.45.

³⁴ TTK'nın merkezinde ticari işletme olduğu ve bu sebeple hükümde tacirin esas alınmasının TTK'nın geneline hâkim sistematik ile çeliştiği yönündeki eleştiriler için bkz. Arkan, **a.g.e.**, s.65; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, **a.g.e.**, s.65.

³⁵ Karahan, **a.g.e.**, s.55; Ali Bozer/Celal Göle, **Ticari İşletme Hukuku**, Bankacılık Enstitüsü Yayınları,

Bununla birlikte TTK'nın 19/1 maddesinde düzenlenen ticarî iş karinesi hem gerçek kişi tacirler hem de tüzel kişi tacirler yönünden kabul edilmiştir. Hükmün devamında gerçek kişi tacirler hakkında bir istisna getirildiğinden söz konusu istisna dışında kalan tüzel kişi tacirlerin yaptığı tüm işlemlerin aksi ispatlanamaz şekilde ticarî iş olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. Bu bakımdan işbu akademik çalışmamızda ticari iş karinesi gerçek kişi tacir ve tüzel kişi tacirler açısından aşağıda ayrı başlıklar altında değerlendirilecektir.

2. Gerçek Kişi Tacirler Açısından Ticarî İş Karinesi

a. Genel Olarak

TTK'nın 19. maddesinde kanun koyucu, tacirin borçlarının ticari olmasının asıl olduğunu düzenlendikten sonra gerçek kişi tacirlerin *“işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı”* takdirde borcun adi sayılacağını düzenlemiştir. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından da kabul edildiği üzere gerçek kişi tacir, ticarî işlerde bulunabileceği gibi adi işlerde de bulunabilmektedir³⁶. Bu bakımdan gerçek kişi tacirin, yapmış olduğu faaliyetin ticari veya adi faaliyet olması söz konusu faaliyetlerde gerçekleştirilen işlem ve eylemlere uygulanacak hükümlerin tespiti açısından birincil nitelikte önem taşımaktadır³⁷. Zira gerçek kişi tacirin faaliyetlerinin ticari bir faaliyet olduğu tespit

Ankara, 2013, s.32

³⁶ Arkan, **a.g.e.**, s.66; Karahan, **a.g.e.**, s.56.; Bilgili/Demirkapı, **a.g.e.**, s.32.

³⁷ Tacirin ticari olmayan işleriyle ilgili uyumsuzluklarda davanın tarafı tacir olsa dahi asliye ticaret mahkemelerinin görevsiz olduğu yönündeki Yargıtay 3. HD 19.11.2018 tarihli ve 2017/10853 E. 2018/11716 K. sayılı *“6102 Sayılı TTK 16/1.maddesinde Ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar ve TTK'nun 19. maddesinde Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır. Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır hükmü bulunmaktadır. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak söz konusu olmaz. Mahkeme duruşma yapmadan, yani taraflara tebligat yapıp onları dinlemeden dosya üzerinden de görevsizlik kararı verebilir. Taraflar da*

edilirse bu durumda ticari işlere özgü düzenlemeler uygulanacak; adi bir faaliyet olduğu tespit edilirse de tacir olmayan kişilere uygulanan genel hükümler veya mevzuatın işaret ettiği özel hükümler uygulama alanı bulacaktır.

TTK'nın 19/1 maddesinde kanun koyucu, gerçek kişi tacirin borçlarının ticari sayılması şeklindeki ticari iş karinesinin uygulanma alanına iki istisna getirmiştir³⁸. Bu istisnalardan ilki, hükmün lafzında da açıkça belirtildiği üzere gerçek kişi tacirin, işlemi yaparken bu işlemin ticarî işletmesine ilişkin bir işlem olmadığını karşı tarafa bildirmesidir. İkinci istisna ise, somut hukuki ilişkinin ticari sayılmasına elverişli olmamasıdır. Bu iki istisnai hâl dışında gerçek kişi tacirlerin tüm borçları TTK'nın 19/1 maddesinde düzenlenen karine gereği ticarî niteliktedir.

b. Gerçek Kişi Tacirlerde Ticarî İş Karinesinin İstisnaları

i. İşlemin Ticari İşletmeyle İlgili Olmadığının Sözleşmenin Diğer Tarafına Açıkça Bildirilmesi

Gerçek kişi tacirin taraf olduğu işlemler, TTK'nın 19/1 maddesi uyarınca

yargılama bitinceye kadar görev itirazında bulunabilirler. Görev itirazı yapılmış ise veya yapılmamış olsa bile re'sen mahkeme, ilk önce görevli olup olmadığını inceleyip, karara bağlamalıdır. Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında ise; taraflar arasındaki ticari araç (kamyonet) satım sözleşmesi ile davacının ikinci el araba satışı işi ile uğraşan davalıdan kamyonet satın aldığı, gerçek kişi olan davacının TTK hükümlerine göre tacir sıfatına haiz olup olmadığının araştırılarak, tacir olması halinde uyumsuzluğun çözümünün yukarıdaki yasa hükümleri de gözetildiğinde Asliye Ticaret Mahkemesi'nin görevi içinde olduğu, tacir sıfatını haiz olmadığına ise uyumsuzluğun 6502 Sayılı Kanun kapsamında kalmadığından Asliye Hukuk Mahkemesi olarak davanın görülmesi gerekir. O halde mahkemece, davanın taraflarının tacir olup olmamasına göre uyumsuzlukta Asliye Ticaret Mahkemesi'nin görevli olması halinde görevsizlik kararı verilmesi, değilse Asliye Hukuk Mahkemesi'nin görevli olması gözetilerek davaya devam edilmesi gerekirken bu husus göz ardı edilerek gerekli araştırma yapılmadan hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” şeklindeki kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 15.05.2019, 10:53)

³⁸ Aynı yönde Yargıtay HGK 25.12.2013 tarihli ve 2013/13-150 E. 2013/1696 K. sayılı “Yukarıda vurgulandığı üzere, bir tacirin borçlarının ticari olması asıl ise de, gerçek kişi olan bir tacir, yaptığı iş ve işlemin veya aldığı hizmetin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya muamele fiil veya işleminin ticari sayılmasına halin icabı, müsait bulunmadığı takdirde, bu işlemlerden doğan borç adi sayılacağına göre, taraflar arasındaki kredi kartı sözleşmesinin 8. Maddesinde kredi kartının ticari olarak kullanamayacağı açıkça düzenlenmiş bulunduğundan, davacı gerçek kişi tacirin ticari işletmesine ait araçlara yakıt alımı sırasında kredi kartını kullanması dolayısıyla ortaya çıkan borç ilişkisi ticari olmayıp, özel niteliktedir.” şeklindeki kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 15.05.2019, 11:07)

kural olarak, onun ticarî işletmesi ile ilgili olup ticari niteliktedir. Buna karşılık, gerçek kişi tacir, “işlemi yaptığı sırada, bu işlemin ticarî işletmesi ile ilgili olmadığını karşı tarafa açıkça bildirdiği” takdirde, artık bu işlem tacirin ticarî olmayan alanına ilişkin bir işlem ve dolayısıyla ticari olmayan adi iş olarak kabul edilir³⁹.

Bununla birlikte tacirin, bu durumu karşı tarafa bildirme yönündeki irade beyanı söz konusu işlemin adi iş sayılması için tek başına yeterli değildir. Zira, söz konusu işin ticari sayılıp sayılmaması, öncelikle işin niteliğiyle alakalıdır⁴⁰.

Gerçek kişi tacirin işlemin ticari işletmeyle ilgili olmadığını karşı tarafa, TTK’nın 19. maddesinin lafzında da anlaşılabacağı üzere işlemin gerçekleştiği anda bildirmesi gerekmektedir. Öte yandan anılan hükümde söz konusu bildirimin belirli bir şekilde yapılması gerektiği düzenlenmediğinden açık ve anlaşılır olmak kaydıyla yazılı veya sözlü olarak yapılması mümkündür. Hal böyle iken bildirimin yazılı olarak yapılmasının daha sonra bu konuda ortaya çıkacak bir uyuşmazlıkta ispat kolaylığı sağlayacağı kuşkusuzdur.

Öte yandan gerçek kişi tacirin işlem anında değil de işlem gerçekleştikten sonra söz konusu bildirim yapması halinde, bu durum işlemin niteliğini etkilemeyecektir. Nitekim TTK’nın 19/1 maddesindeki düzenleme sadece bir karineden ibaret olup; söz konusu karinenin aksini iddia ederek işin ticari iş olmadığını iddia eden gerçek kişi tacirin daha sonra işlem güvenliğini ve çelişkili davranış yasağını da göz önünde bulundurarak işin ticari işletmesinden kaynaklanmadığını ispatlayarak işin adi iş olarak kabul edilmesini sağlama hakkı bulunduğu kabulü gerekir. Aynı şekilde doktrinde gerçek kişi tacirin gerçeğe aykırı beyanda bulunma ihtimali de gözetilerek, işlemin ticarî işletmesi ile ilgili olduğunu bildirmesi halinde işlemin ticari iş olmasında menfaati bulunan tarafın bu hususun aksini iddia etme ve ispatlayabilme hakkının bulunduğu kabul edilmiştir⁴¹.

³⁹ Arkan, **a.g.e.**, s.66; Karahan, **a.g.e.**, s.55.

⁴⁰ Arkan, **a.g.e.**, s.66.

⁴¹ Mehmet Bahtiyar, **Ticarî İşletme Hukuku**, Yeni TTK’ya Uyarlanmış 19. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim, 2018, s.51.

ii. İşin Ticarî Sayılmasına Durumun Elverişli Olmaması

TTK'nın 19/1 maddesinde açıkça düzenlendiği üzere gerçek kişi tacirlerin yaptıkları işlemlerin ticarî iş olarak kabul edilmesine getirilen ikinci istisna, işin ticarî sayılmasına durumun elverişli olmamasıdır. Öyle ki kanun koyucu, bu istisnayı düzenlerken doğrudan işin niteliğini ön plana çıkarmış ve yukarıda açıklamış olduğumuz işlemin ticari işletmeyle ilgili olmadığına sözleşmenin karşı tarafa bildirilmesi gibi bir şart aramaksızın; doğrudan ticari iş sayılmaya elverişli olmayan durumların adi iş sayılacağını düzenlemiştir.

Tacir tarafından yapılan işlem ve fiillerin niteliğinin belirlenmesi konusunda mevzuatımızda örnekleyici dahi olsa herhangi bir düzenleme, yeknesak bir uygulama bulunmamaktadır⁴². Bundan dolayı bir işlem ya da fiilin ticarî sayılmasına durumun elverişli olup olmadığı hususunun her somut olay özelinde kendi şartları ve değişkinleri yönünden araştırılması, değerlendirilmesi gerekmektedir⁴³. Bununla birlikte örneğin, bir fabrikatörün evinde kullanmak amacıyla mobilya satın alması⁴⁴ gerçek kişi tacirin ailesiyle birlikte oturmak, ikamet etmek amacıyla ev kiralaması⁴⁵, bir konfeksiyon ticareti ile uğraşan kişinin evi için buzdolabı alması⁴⁶, gerçek kişi tacirin tatil yapma amacıyla karavan kiralaması, gerçek kişi tacirin ikamet ettiği eve ilişkin elektrik abone sözleşmesi imzalaması⁴⁷ gibi ticari hayatın dışında günlük yaşamın gereği olan ihtiyaçlara

⁴² Karahan, **a.g.e.**, s.56

⁴³ Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, **a.g.e.**, s.65; Karahan, **a.g.e.**, s.56

⁴⁴ Arkan, **a.g.e.**, s.66

⁴⁵ Bozer/Göle, **a.g.e.**, s.32.

⁴⁶ Arkan, **a.g.e.**, s.66, dn.1.

⁴⁷ Yargıtay 3 HD 19.12.2016 tarihli ve 2016/5580 E. 2016/15361 K. sayılı "TTK'nun 19.maddesinde "Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır. Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır hükmü bulunmaktadır. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine dair olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak söz konusu olmaz. Mahkeme duruşma yapmadan, yani taraflara tebligat yapıp onları dinlemeden dosya üzerinden de görevsizlik kararı verebilir. Taraflar da yargılama bitinceye kadar görev itirazında bulunabilirler. Görev itirazı yapılmış ise veya yapılmamış olsa bile re'sen mahkeme, ilk önce görevli olup olmadığını inceleyip, karara bağlamalıdır. Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında ise; davacının 5 ayrı aboneliğe dair olarak kendisinden haksız olarak tahsil edilen kayıp kaçak vb. Bedelleri Tüketici Hakem Heyeti'ne yaptığı 30.10.2014 tarihli başvurular ile talep ettiği, Tüketici Hakem Heyeti Başkanlığı'nın ise 30.04.2015 tarih ve 2015/ 885-886-887-888-889

yönelik işlem ve fiiller, durumun elverişli olmaması nedeniyle TTK'nın 19/1 maddesinde düzenlenen ticari sayılmaya elverişli olmayan işlere örnek gösterilebilir.

Gerçek kişi tacirin, bu şekilde ticari sayılmaya elverişli olmayan işlerde taraf sıfatının ne olacağı ve işin esası hakkında hangi hükümlere tabi olduğunun da tespit edilmesi gerekmektedir. Bu durumda yukarıda örnekleme yoluyla saydığımız gibi faaliyetlerde bulunacak gerçek kişi tacir 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında değerlendirilecek ve tüketici sayılacaktır⁴⁸. Gerçekten de tüketici TKHK'nın⁴⁹ 3/1-k maddesinde ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlandığından bu şekilde ticari sayılmaya elverişli olmayan işlerde bulunan gerçek kişi tacirin söz konusu işlemler özelinde hiç şüphesiz tüketici sayılması gerekmektedir. Bu sebeple anılan işlemler nedeniyle tüketici sıfatını kazanan gerçek kişi tacirden ticari olmayan işlem ve eylemleri açısından basiretli bir iş adamı gibi davranmasını beklemek TTK'nın 19/1 maddesinin amacına, basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlüğünün niteliğine ve hiç şüphesiz hakkaniyete aykırı olacaktır.

Son olarak, TTK'nın 19/1 maddesi uyarınca bir işin ticari iş mi olduğu yoksa adi iş mi olduğu değerlendirmesi yapılırken sözleşme niteliğinde olan işlemlerde karşı tarafın sıfatının da önem arz ettiğiidir. Zira aşağıda TTK'nın 19/2 maddesinde düzenlenen ticari iş karinesi açıklanırken detaylı bir şekilde bahsedileceği üzere tacirin adi faaliyet alanına gerçekleşen işlem bir sözleşme ise ve bu sözleşmenin karşı tarafı da tacir ise o iş karine olarak ticari iş kabul edilecektir. Bununla birlikte faaliyetin bu kapsamda ticari iş sayılması, adi faaliyet sahasında hareket eden gerçek

numaralı kararları ile bu kesintilerin EPDK kararı ile yapıldığı ve bu kararın iptali için Danıştay'da idari dava açılması gerektiğinden bahisle görevsizlik kararları verdiği anlaşılmaktadır. Ancak dosya kapsamında yer alan abonelik gruplarını gösterir davalı şirket kayıtları incelendiğinde ise, 00000096411 ile 00000118920 numaralı aboneliklerin ticarethane grubuna ait olduğu, diğer 3 adet aboneliğin ise mesken grubuna ait olduğu anlaşılmakla, 00000096411 ile 00000118920 numaralı abonelikler yönünden davaya Ticaret Mahkemesi sıfatıyla bakılması gerektiğinden bahisle görevsizlik kararı verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi doğru görülmemiştir.” şeklindeki kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 15.05.2019, 13:23)

⁴⁸ Arkan, a.g.e., s.66.

⁴⁹ 28.11.2013 tarihli ve 28835 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

kişi tacirin TKHK hükümlerinden yararlanmasına da hâlel getirmeyecektir⁵⁰.

3. Tüzel Kişi Tacirler Açısından Ticarî İş Karinesi

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere kanun koyucu, TTK'nın 19/1 maddesinde tacirin borçlarının ticari olmasının asıl olduğunu düzenledikten sonra gerçek kişi tacirler hakkında birtakım istisnalar getirmiştir. Bu haliyle anılan hükümde tüzel kişi tacirler bakımından herhangi bir sınırlama getirilmediğinden tüzel kişi tacirler hakkında ticari iş karinesinin mutlak olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür⁵¹. Öyle ki doktrinde, tüzel kişi tacirin adi iş sahasının bulunmadığından hareketle, tüzel kişi tacirin TTK'nın 19/1 maddesinde düzenlenen ticari iş karinesinin aksini iddia edemeyeceği kabul edilmektedir⁵².

Öte yandan doktrinde, tüzel kişi tacirlerin adi iş faaliyetlerinin bulunmadığı ve tüm faaliyetlerinin mutlak anlamda ticari iş olduğundan hareketle hiçbir koşulda tüketici sayılmayacaklarını, yaptıkları herhangi bir işlemin TKHK'ya tabi olmayacağı savunulmaktadır⁵³. Bu görüşe göre tacir olmayan tüzel kişiler örneğin ticari işletme işletmeyen dernek ve vakıflar tüketici olabilirler⁵⁴. Buna karşılık

⁵⁰ Arkan, **a.g.e.**, s.67.

⁵¹ Arkan, **a.g.e.**, s.66; Karahan, **a.g.e.**, s.56.; Bahtiyar, **a.g.e.**, s. 50. Aynı yönde Yargıtay 23 HD 31.01.2019 tarihli ve 2016/2388 E. 2019/236 K. sayılı “Somut olayda, davacı Kooperatif olup yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere tacir sayılmaktadır. Diğer davalı Bir İnş. Taah. Turiz Ltd.Şti.nin tüzel kişi tacir olduğu konusunda herhangi bir kuşku ve duraksama söz konusu değildir. TTK'nın 19. maddesi hükmü gözetildiğinde bu yönü itibariyle dahi uyumsuzluğun ticari nitelikte olduğu konusunda tereddüt etmemek gerekir. Taraflar arasındaki uyumsuzluk arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmakta olup tüzel kişi tacirin tüm işleri ticari nitelikte olduğundan ister arsa sahibi olsun ister kat karşılığı işin yapımını üstlenen yüklenici konumunda olsun yaptığı ticari işletmesi ile ilgilidir. Zira arsa sahibi dahi olsa taşınmazlar şirket mal varlığının duran varlıklar kapsamında aktif olarak bilançosunda yer alan ticari işletmeye dahi olan bir mal varlığıdır. Kooperatifin yüklenici olması durumunda ise zaten yapımını üstlendiği daireleri satmak suretiyle ticari işletmeye kar sağlama amacı güttüğünden inşaat ve imalat yapım işlerinin ticari işletme ile ilgili olduğu konusunda bir kuşku ve duraksama söz konusu değildir.” şeklindeki kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 15.05.2019, 16:20)

⁵² Karahan, **a.g.e.**, s.56.; Bahtiyar, **a.g.e.**, s. 50.

⁵³ Arkan, **a.g.e.**, s.66. Aynı yönde Yargıtay 3 HD 21.05.2018 tarihli ve 2016/19026 E. 2018/5510 K. sayılı “Abonelik sözleşmesinin incelenmesinde üzerinde Otomotiv San. ve Tic. Ltd.Şti kaşesinin bulunduğu ve hattın tarifesinin ise olduğu anlaşılmakla, söz konusu hattın şirket hattı mı, yoksa bireysel hat mı olduğunun mahkemece araştırılması gerektiği sabittir. Nitekim, söz konusu hattın şirket hattı olduğu tespit edilirse mahkemece Ticaret Mahkemelerinin görevli olduğu düşünülmektedir görevsizlik kararı verilmesi gerektiği kuşkusuzdur.” şeklindeki kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 15.05.2019, 16:38)

⁵⁴ Arkan, **a.g.e.**, s.66, dn.2.

doktrindeki karşı görüş ise tüzel kişi tacirlerin tüm işlerinin ticari sayılmasının onların tüketici sayılmalarına hâlel getirmeyeceğini savunmaktadır⁵⁵.

Kanaatimizce tüzel kişi tacirin tüketici sayılıp sayılmayacağının değerlendirilmesinde TTK'nın 19/1 maddesinde düzenlenen ticari iş karinesinin yanında TKHK'da düzenlenen tüketici tanımının da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Yukarıda da açıkladığımız üzere TKHK'nın 3/1-k maddesinde tüketici, *“ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi”* olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla kanun koyucu tüketiciyi tanımlarken ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden tüzel kişinin de varlığını kabul etmiştir. Ancak tüzel kişi tacir, söz konusu hükümde belirtilen tüzel kişiden daha özel bir statü olduğundan burada TTK'nın 19/1 maddesindeki düzenlemenin kıyasen uygulanması gerekmektedir. Bu sebeple tüzel kişi tacirlerin, bir tüketici işleminde bulunamayacağı ve dolayısıyla tüketici sıfatını haiz olamayacağı görüşündeyiz⁵⁶.

4. Taraflardan Yalnızca Biri İçin Ticari İş Niteliğinde Olan Sözleşmenin Diğeri İçin de Ticari İş Sayılması

a. Genel Olarak

Kanun koyucu TTK'nın 19/2 maddesinde düzenlediği *“Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır.”* şeklindeki hüküm ile ticari iş

⁵⁵ Oğuz İmregün, **Kara Ticaret Hukuku Dersleri**, 13. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005, s.19.

⁵⁶ Aynı yönde Yargıtay HGK 11.10.2000 tarihli ve 2000/19-1255 E. 2000/1249 K. sayılı *“4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 3/F maddesinde tüketici, bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Somut olaya konu aracın davacı şirketin ticari işletmesiyle ilgili iş de kullanıldığı ve bu amaçla alınmış olduğu hususları tartışmasızdır. Bu durumda 4077 sayılı Yasanın tüketiciler için benimsediği hükümler somut olayda uygulanamaz.”* şeklindeki kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 15.05.2019, 17:10)

sayılan hususları genişletmiş ve sözleşmenin⁵⁷ taraflardan yalnızca biri için ticari iş sayılması halinde bunun, sözleşmenin diğer tarafı için de ticari iş sayılacağını kabul etmiştir. Doktrinde “yayma kriteri⁵⁸” olarak anılan bu hüküm sayesinde, tacir olmayan, herhangi bir ticari işletmesi olmayan, ticari hiçbir faaliyette bulunmayan ve en nihayetinde ticari saik ve amaçla hareket etmeyen kişiler de ticari işin hüküm ve sonuçlarına katlanma yükü altına girmiştir⁵⁹.

TTK’nın 19/2 maddesinde düzenlenen “*taraflardan yalnızca biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmenin diğer taraf için de ticari iş sayılması*” kuralının uygulanması için kanun koyucu, hükmün lafzında da anlaşılabileceği üzere üç şart öngörmüştür. Bunlardan ilki işin taraflardan birisi için ticari iş niteliğinde olması, ikincisi, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin sözleşmeden kaynaklanması ve üçüncüsü de kanunda aksine bir düzenlemenin yer almamasıdır. Söz konusu şartlar aşağıda ayrı başlıklar altında incelenecektir.

b. Şartları

i. İşin Taraflardan Birisi İçin Ticari İş Niteliğinde Olması

TTK’nın 19/2 maddesinde düzenlenen “*taraflardan yalnızca biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmenin diğer taraf için de ticari iş sayılması*” kuralının uygulanabilmesi için bir taraf adına söz konusu sözleşmenin yukarıda detaylı bir şekilde açıkladığımız üzere TTK’nın 3. ve TTK’nın 19/1 maddelerinde düzenlendiği şekilde ticari iş niteliğinde olması gerekmektedir⁶⁰. Bu bakımdan eğer somut olayda TTK’nın 19/2 maddesine göre bir taraf için ticari nitelikte bir

⁵⁷ Arkan, **a.g.e.**, s.65; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, **a.g.e.**, s.65.

⁵⁸ Karahan, **a.g.e.**, s.56.

⁵⁹ Yargıtay 13 HD 11.07.2013 tarihli ve 2013/15924 E. 2013/19344 K. sayılı “*Dava, tüketici hakem heyeti kararına itiraz istemidir. Taraflardan yalnızca biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır. Davalı tacir olup, dava konusu alacak ticari işletmesi ile ilgili olduğundan dava konusu alacak için avans faizi istenebilir. Hal böyle olunca mahkemece hükmedilen alacağa avans faizi uygulanmasına karar verilmesi gerekir.*” kararında davacı tüketicinin TTK’nın 19/2 maddesi uyarınca ticari iş sayılan sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkta davalı tacirden avans faizi talep edebileceğine hükmetmiştir. Anılan karar için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 16.05.2019, 12:24)

⁶⁰ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, **a.g.e.**, s.66.

sözleşme tespit edilebiliyorsa bu sözleşme, herhangi bir değerlendirmeye gerek kalmaksızın diğer taraf için de ticari iş sayılacaktır⁶¹. Dolayısıyla bu kriteri yerine getirmek şartıyla taraflardan biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşme, diğer tarafın sıfatına veyahut onun ticari amaçla hareket edip etmediğine bakılmaksızın ticari iş olarak kabul edilmelidir⁶². Buna karşılık Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 29.11.2017 tarihli kararında⁶³ TTK'nın 19/2 maddesi uyarınca ticari sayılan bir iş hakkında çıkan uyuşmazlığın ticari dava niteliğinde olmadığını ve bu sebeple asliye ticaret mahkemelerinin görevsiz olduğuna karar vermiştir.

Sözleşmenin ticari iş niteliğinde olduğu tarafın gerçek kişi veyahut tüzel kişi tacir olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Burada önem arz eden husus tarafın tacir olmasının yanında söz konusu sözleşmenin aynı zamanda ticari iş niteliğinde olmasıdır. Dolayısıyla gerçek kişi tacir yönünden eğer TTK'nın 19/1 maddesinde düzenlendiği üzere niteliği gereği ticari iş sayılamayacak bir durum varsa ve söz konusu işin ticari iş niteliğinde olmadığı iş sırasında açıkça karşı tarafa bildirilmişse artık ticari işten bahsedilemeyeceğinden karşı taraf için TTK'nın 19/2 hükmü uygulanamayacaktır. Buna karşılık yukarıda ifade ettiğimiz üzere tüzel kişi tacirin tarafı olduğu sözleşmelerin ticari olması asıl olduğundan, tüzel kişi ile sözleşme akdeden taraf tacir olsun veya olmasın TTK'nın 19/2 maddesi uyarınca ticari iş sayılan bir sözleşmenin tarafı haline gelmiş olur.

Öte yandan kanun koyucu, TTK'nın 3/1 maddesi uyarınca TTK'da düzenlenen hususları mutlak anlamda ticari iş saydığından, TTK'da düzenlenen

⁶¹ Arkan, **a.g.e.**, s.66; Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, **a.g.e.**, s.66.

⁶² Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s.77.

⁶³ Yargıtay HGK 29.11.2017 tarihli ve 2017/19-1658 E. 2017/1464 K. sayılı “*Nispi ticari davalar ise, her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olması hâlinde ticari nitelikte sayılan davalardır. TTK'nın 4/1. maddesine göre her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan ve iki tarafı da tacir olan hukuk davaları ticari dava sayılır. Bu hükme göre bir davanın ticari dava sayılabilmesi için, hem iki tarafın ticari işletmesini ilgilendirmesi hem de iki tarafın tacir olması gereklidir. Bu şartlar birlikte bulunmadıkça, uyuşmazlık konusunun ticari iş niteliğinde olması veya ticari iş karinesi sebebiyle diğer taraf için de ticari iş sayılması davanın ticari dava olması için yeterli değildir. Ticari iş karinesinin düzenlendiği TTK'nın 19/2. maddesi uyarınca, taraflardan biri için ticari iş sayılan bir işin diğeri için de ticari iş sayılması, davanın niteliğini ticari hale getirmez. TTK, kanun gereği ticari dava sayılan davalar haricinde, ticari davayı ticari iş esasına göre değil, ticari işletme esasına göre belirlemiştir. Hâl böyle olunca, işin ticari nitelikte olması davayı ticari dava hâline getirmez.*” şeklindeki kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 16.05.2019, 14:13)

sözleşme ilişkisine taraf olan kişilerden biri tüketici diğeri tacir dahi olsa aralarındaki ticari iş TTK'nın 19/2 maddesine göre değil TTK'nın 3/1 maddesi uyarınca ticari iş sayılacaktır. Örneğin, alıcı tüketici ile satıcı tacir arasında akdedilen satış sözleşmesinde, satış parası alıcı tarafından çek ile ödenecek ise burada TTK'nın 3/1 maddesinde belirtildiği şekilde TTK'da düzenlenen bir kambiyo ilişkisi bulunduğundan mutlak ticari iş sayılacaktır⁶⁴.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus, özellikle tüketiciler yönünden TTK'nın 19/2 maddesi uyarınca ticari iş sayılan sözleşmelerde bu kişilerin ayrıca TKHK'da tüketici işlemleri için düzenlenen hak ve yetkileri kullanıp kullanamayacağının tespiti. Doktrinde, TTK'nın 19/2 maddesine göre ticari iş sayılan bir sözleşmenin tarafı olan tüketici hakkında TKHK hükümlerinin uygulanmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır⁶⁵. Kanaatimizce de TKHK'nın özel nitelikte bir kanun olmasından ve tüketici işleminden bahsedebilmek için de tüketicinin karşısında ticari veya mesleki saikle hareket eden bir kişinin bulunması gerektiğinden dolayı hem tüketicilerin hem de ticari saikle hareket etmeyen gerçek kişi tacirlerin TKHK'da düzenlenen hükümlerden yararlanmasında hukuken hiçbir engel yoktur⁶⁶. Aksi yorum, pratikte neredeyse tüketici işlemlerinin çoğunun TKHK kapsamı dışında tutulmasını gerektirir ki bu durum gerek TTK'nın 19/2 maddesinin gerek TKHK'nın amacına ve ruhuna aykırı düşecektir.

ii. Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkinin Sözleşmeden Kaynaklanması

TTK'nın 19/2 maddesinde düzenlenen “*tarafardan yalnızca biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmenin diğer taraf için de ticari iş sayılması*” kuralının uygulanabilmesi için gerekli ikinci şart, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin sözleşmeden kaynaklanmasıdır. Dolayısıyla taraflar arasındaki borç

⁶⁴ Arkan, **a.g.e.**, s.67.

⁶⁵ Arkan, **a.g.e.**, s.67.

⁶⁶ Öte yandan sözleşmenin tacir olmayan tarafının, TTK'nın 19/2 maddesi uyarınca ticari iş sayılan bir sözleşmede edimlerini gereği gibi ifa etmediğinde tacir tarafa adi işlere uygulanan oranda faiz değil; ticari işlere uygulanan oranda faiz ödemesi gerekeceği yönündeki görüş için bkz. Arkan, **a.g.e.**, s.66; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, **a.g.e.**, s.66

ilişkinin sözleşme dışında haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme olması hükmün uygulanmasını engelleyecektir⁶⁷.

TTK'nın 19/2 maddesinde taraflar arasındaki ilişkinin sözleşmeden kaynaklanması gerektiği ile yetinilmiş olup, taraflar arasındaki sözleşmenin belirli edimleri içermesi gerektiği şart koşulmamıştır. Bu bakımdan TBK'da düzenlenen satış, kira, ödün, eser, vekalet, hizmet, kefalet gibi isimli sözleşmelerin yanında isimsiz ve kendine özgü sözleşmeler de TTK'nın 19/2 maddesi uyarınca bir taraf için ticari iş olduğu takdirde diğer taraf için de ticari iş sayılacaktır. Öte yandan yukarıda da açıkladığımız üzere TTK'da düzenlenen sözleşmeler, zaten TTK'nın 3/1 maddesi gereği mutlak anlamda ticari iş niteliğinde olup; bunların karşı taraf yönünden de ticari iş niteliğinde olması için TTK'nın 19/2 maddesinin uygulanmasına gerek bulunmamaktadır.

iii. Kanunda Aksinin Kararlaştırılmamış Olması

TTK'nın 19/2 maddesinde düzenlenen “*taraflardan yalnızca biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmenin diğer taraf için de ticari iş sayılması*” kuralının uygulanabilmesi için gerekli üçüncü şart, söz konusu hükmün uygulanmasını engelleyecek aksi yönde bir düzenlemenin kanunda bulunmamasıdır⁶⁸. Anılan hükümde doğrudan “Kanun” ibaresine yer verildiğinden TTK'nın dışında örneğin TBK gibi sözleşmeler hukukunda emredici hükümler içeren diğer kanunlarda da TTK'nın 19/2 maddesinin uygulanmasını engelleyecek hükümlerin bulunmaması gerekir.

Kanun koyucu, TTK'da yer alan bazı hükümlerin uygulanması için tarafların yerine göre her ikisinin veya sadece borçlu tarafın tacir olması şartını aramıştır. Örneğin TTK'nın 18. maddesinde tacirler arasındaki belirli hususlar hakkında yapılacak bildirimin şeklini düzenleyen hüküm⁶⁹, TTK'nın 22.

⁶⁷ Arkan, **a.g.e.**, s.67; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, **a.g.e.**, s.66; Karahan, **a.g.e.**, s.57

⁶⁸ Arkan, **a.g.e.**, s.67; Bahtiyar, **a.g.e.**, s.52.

⁶⁹ TTK'nın 18. maddesine göre “*Tacir, her türlü borcu için iflasa tabidir; ayrıca kanuna uygun bir ticaret unvanı seçmek, ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirmek ve bu Kanun hükümleri uyarınca gerekli ticari defterleri tutmakla da yükümlüdür. Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe,*

maddesinde ücret ve cezai şartta indirim talep edilemeyeceğini düzenleyen hüküm⁷⁰ bunlardan birkaçıdır. Dolayısıyla anılan hükümlerin uygulanması hukuki ilişkinin ticari iş sayılmasına değil; doğrudan tacir sıfatına sahip olunmasına bağlandığı için tacir olmasa dahi TTK'nın 19/2 maddesi uyarınca ticari iş sayılan sözleşmeye taraf olan kişiler yönünden uygulanması mümkün değildir⁷¹.



sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır. Tacir sıfatına bağlı olan diğer hükümler saklıdır.”

⁷⁰ TTK'nın 22. maddesine göre “Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182'nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525 inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez

⁷¹ Arkan, **a.g.e.**, s.67.

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL İŞLEM KOŞULU VE UNSURLARI

I. GENEL İŞLEM KOŞULU KAVRAMI VE TANIMI

Genel işlem koşulları TBK'nın 20 ila 25. maddelerinde düzenlenmiştir. Genel işlem koşulları TBK'nın 20/1 maddesinde *“Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.”* şeklinde tanımlanmıştır⁷². Dolayısıyla kanun koyucunun tanımıyla genel işlem koşulları, düzenleyenin ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden ve tek başına hazırlayıp sözleşmenin karşı tarafına sunduğu hükümlerdir⁷³.

⁷² Genel işlem koşulunun TBK'da tanımlanmış olması sebebiyle, kanun koyucunun genel işlem koşulu gibi dinamik bir kavramda değişim ve gelişim imkanını ortadan kaldırdığı yönündeki eleştiriler için bkz. Yeşim Atamer, **Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları**, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu (Sempozyum)**, İstanbul, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), 2011, s.12; Erden Kuntalp, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler (Değerlendirme)**, İstanbul, GSÜ yayınları, 2005, s 26; Veysel Başpınar Hukuk Tekniği Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, **Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, (Değerlendirme)**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2009, s 227-228; Gül Doğan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları, **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s.461. Burak Özen, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, (Sempozyum)**, İstanbul, Legal Hukuk Dergisi, 2005, s.3662; Umut Yeniocak, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler**, İstanbul, 2011, s.30.

⁷³ Aynı yönde Yargıtay 11 HD 04.10.2016 tarihli 2016/7538 E. 2016/7764 K. sayılı *“Sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulları olarak kabul edilebilmesi için bu hükümlerin; sözleşme hükmü olması, önceden tek taraflı olarak hazırlanması, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla düzenlenmiş olması, sözleşme hükmü olan, önceden tek taraflı olarak hazırlanan ve ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanılması amaçlanan hükümlerin genel işlem koşulu olarak nitelendirilebilmesi için kullanan tarafından sözleşme yapılırken karşı tarafa sunulması gerekir. Ancak bu dört unsurun tamamını taşıyan sözleşme hükümleri genel işlem koşulu olarak nitelendirilir. Bu unsurlardan birinin dahi eksik olması, sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesine engel olur. Genel işlem koşulu olarak nitelendirilemeyen sözleşme hükümlerine genel işlem koşulları için getirilen düzenlemeler uygulanmaz. Bundandır ki sözleşme hükümlerinin öncelikle genel işlem koşulu olup olmadığı denetlenmelidir. Ayrıca, genel işlem koşulları genel nitelikte hükümlerdir. Genel nitelikteki hükümler içinde bulundukları kanunun tümüne veya aynı nitelikteki ilişkilere uygulanabilir. Türk Borçlar Kanunundaki genel işlem koşulları ile ilgili hükümler genel işlem koşulları içeren bütün sözleşmeleri kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca genel işlem koşullarını düzenleyen maddeler emredici hükümlerdir.”* şeklindeki kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 16.05.2019, 18:45)

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununu ile pozitif düzenlemeye kavuşabilen genel işlem koşulları, yukarıda belirtmiş olduğumuz TBK'nın 20. maddesi ihdas edilmeden önce de doktrinde çeşitli şekilde tanımlanmıştır. Bu kapsamda *Tunçomağ'a göre genel işlem koşulları “Müteşebbisin ileride kurmayı düşündüğü ve işletmesinin uğraşı alanına giren sözleşmelerin muhtevalarını önceden tek taraflı olarak tayin ve saptanmasını”⁷⁴* ifade etmektedir.

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop'a göre genel işlem koşulları “Sözleşme taraflarından birinin, ileride kuracağı sözleşmelerde karşı akidine değiştirilmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle, önceden tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşullarını”⁷⁵ ifade etmektedir.

Atamer'e göre genel işlem koşulları “Akdin bir tarafının üçüncü kişilerle yapmayı tasarladığı aynı nevide ve çok sayıdaki akitlerin konusunu teşkil etmek üzere önceden tespit ettiği birtakım kayıtlarını”⁷⁶ ifade etmektedir. *Altop'a göre genel işlem koşulları “ Çok sayıda benzer sözleşme kullanılmak üzere önceden düzenlenmiş olan ve sözleşmenin taraflarından birinin (kullanan) diğer tarafa sözleşme yapılırken sunduğu sözleşme hükümlerini”⁷⁷* ifade etmektedir.

Havutçu'ya göre genel işlem koşulları “ Gelecekte yapılacak aynı türdeki çok sayıda sözleşmenin içeriğini oluşturmak üzere hazırlanan ve sözleşmenin kuruluşunda tarafların birinin dayandığı, görüşülmeden sözleşmenin içeriğine dahil olan sözleşme koşullarını”⁷⁸ ifade etmektedir.

TBK'da genel işlem koşullarının düzenlendiği 20 ila 25. maddelerinin mehzaz kanunu olan Alman Medeni Kanunu'nun 305/1. paragrafında ise genel işlem

⁷⁴ Kenan Tunçomağ, **1962 Yılında Yayımlanmış Borçlar Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları Üzerine Kısa İncelemeler**, BATİDER, Y. 1964, C. II, s.443.

⁷⁵ Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Borçlar Hukuku**, Cilt I, Yedinci Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 1993, s.205.

⁷⁶ Yeşim M. Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi (Denetim)**, Beta Yayınları, İstanbul, Kasım 2001, s.61.

⁷⁷ Atilla Altop, Türk Borçlar Kanununu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, **Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, Çizgi Basım Yayım, s.257.

⁷⁸ Ayşe Havutçu, **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2003, s.74

koşulları, “Sözleşmenin bir tarafının diğer tarafına, sözleşmenin kuruluşu sırasında sunduğu, çok sayıda sözleşme için önceden formüle edilmiş sözleşme şartları” olarak tanımlanmıştır⁷⁹.

Söz konusu tanımlardan hareketle kanaatimizce genel işlem koşullarını, sözleşme kurulmadan önce, taraflardan birinin gelecekte çok sayıda benzer sözleşmelerde kullanılmak amacıyla hazırladığı/hazırlattığı ve bunu sözleşmenin kurulması esnasında karşı tarafa sunduğu, karşı tarafın üzerinde tartışma, pazarlık ve değiştirme imkânı bulunmadığı sözleşme hükümleri olarak tanımlamak mümkündür.

Gerek kanun koyucunun TBK’nın 20. maddesinde yaptığı tanımlama gerek doktrinde ifade edilen görüşler genel işlem koşullarını kendi başına bir sözleşme ya da sözleşme türü olmadığını, yer aldığı sözleşmeye bağlı bir hüküm olduğunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla genel işlem koşulları, gerekli şartları sağlayıp taraflar arasındaki sözleşmenin içeriğine dahil olduğu zaman hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Genel işlem şartlarının bu özelliği ile tek başlarına sözleşme niteliğindeki tip sözleşme⁸⁰, kitle sözleşme⁸¹, standart sözleşme⁸² gibi hukuki işlemlerden ayrılmaktadır. Öte yandan söz konusu sözleşme tiplerinde de özellikleri gereği genel işlem koşullarının bulunması mümkündür⁸³.

Kanun koyucu TBK’nın 20. maddesinde düzenleyen tarafın, sözleşmenin kurulacağı sırada genel işlem koşullarını karşı tarafa sunulması gerektiğini

⁷⁹ BGB §305/1, Naklen: Adem Yelmen, **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 47-48

⁸⁰ Günümüzde sosyal ve ekonomik alandaki gelişmeler ile birlikte bilhassa finans ve sigorta şirketleri olmak üzere birçok kişi veya kurum, bireysel sözleşmelerin akdedilmesinden evvel, gelecekte kurulması amaçlanan ve planlanan, aynı tipte, soyut ve tek yanlı sözleşmeler hazırlamaktadır. Bu tip sözleşmelere tip sözleşme adı verilmektedir. Tip sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret Eren, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s.218; O. Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, Legal Yayıncılık, İstanbul, s.397; Ece Baş Süzel, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulu ve İçerik Denetimi, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s.278

⁸¹ Kitle sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s.226; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s.203; Eren, **a.g.e.**, s.218; Antalya, **a.g.e.**, s.398.

⁸² Standart sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.226; Eren, **a.g.e.**, s.218; Antalya, **a.g.e.**, s.398; Atamer, **Denetim**, s.26.

⁸³ Yelmen, **a.g.e.**, s.14.

belirtmişse de söz konusu sunumun tabi olacağı herhangi bir usul ve şekil düzenlenmemiştir. Bu sebeple genel işlem şartlarının, düzenleyen tarafça karşı tarafa sözleşme kurulurken yazılı bir metin ile bildirilmesi mümkün olduğu gibi, sözleşme kurulmadan önce ilan yoluyla bilgilendirme şeklinde sunulması da mümkündür⁸⁴. Hiç şüphesiz bildirimin yazılı bir şekilde yapılması ispat kolaylığı açısından kullanan taraf lehine olacaktır.

II. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ UNSURLARI

TBK'nın 20. maddesinin lafzından da anlaşılacağı üzere bir hükmün genel işlem koşulu niteliğini kazanabilmesi için, bir sözleşmenin hükmü olması, diğer bir deyişle sözleşme içeriğinde yer alması, önceden tek taraflı hazırlanması, gelecekte çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacı ile hazırlanması ve sözleşmede genel işlem şartını kullanacak olan tarafın karşı tarafa sözleşmenin kuruluşu sırasında sunması gerekmektedir⁸⁵. Bu bakımdan çalışmamızda genel işlem koşullarının unsurları olarak sayılan dört unsur aşağıda ayrı başlıklar halinde incelenecektir⁸⁶.

Öte yandan kanun koyucu belirli bazı kişi ve kuruluşların kullandıkları sözleşmelerin niteliklerine bakmaksızın bunlara genel işlem koşullarıyla ilgili hükümlerin uygulanacağını düzenlemiştir. Bu kapsamda TBK'nın 20/4 maddesine göre “*Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır...*” Dolayısıyla anılan hükümde belirtildiği üzere sundukları hizmetleri kanun ve

⁸⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.207.

⁸⁵ Genel işlem koşullarının unsurlarını, *bir sözleşmenin şartlarını oluşturmaları, sözleşmenin kurulmasından önce düzenlenmeleri, birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanmak üzere düzenlenmeleri, genel işlem şartlarını kullanan tarafından sözleşmeye dahil edilmek niyetiyle karşı akide sunmaları* şeklinde açıklayan görüş için bkz. Atamer, **Denetim**, a.g.e., s.62

⁸⁶ Doktrinde bir görüş genel işlem koşullarının unsurlarını, *müzakere edilmemiş olma, sözleşmenin kurulmasından önce tek taraflı hazırlanmış olma, genel ve soyut olma, çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanma, sözleşmenin kurulması sırasında bunlara dayanılması* şeklinde beş ayrı başlıkta incelemektedir. Anılan görüş için bkz. Selçuk Yavuz, **Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından Haksız Şartlar**, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara, 2007, s.35

yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmeler bu kapsamda genel işlem koşulları denetimine tabi olacaktır. Uygulamada elektrik, su, doğalgaz aboneliği gibi belirli izinle yetkilendirilmiş kişi ve kurumlar tarafından hazırlanan sözleşmeler bu duruma örnek olarak gösterilebilir⁸⁷.

Bununla birlikte, TBK'nın 20/4 maddesinde yer alan sözleşmelerin tamamının genel işlem koşulu içermemesi de mümkündür. Örneğin elektronik doğal gaz abonelik sözleşmesi Enerji Piyasası Denetim Kurulu tarafından çıkarılan ilke kararlardan veyahut Cumhurbaşkanlığına bağlı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından çıkarılan Tebliğ ve Yönetmeliklerde yer alan hükümler de içeriyorsa, bu hükümler genel işlem koşulu denetimine tabi tutulmayacaktır⁸⁸. Buna karşılık, sözleşmede söz konusu sair mevzuata atıf yapan hükümlerin dışında diğer tamamlayıcı ve yorumlayıcı hükümler genel işlem koşulları uygulanacaktır⁸⁹.

A. Bir Sözleşme İçeriğinde Yer Alarak Sözleşmenin Hükümü Olmak

TBK'nın 20. maddesinde belirtildiği üzere genel işlem şartı, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla hazırlandığından doğal olarak sözleşmenin içeriğinde, muhtevasında yer alması gerekmektedir⁹⁰. Dolayısıyla genel işlem şartlarını içeren sözleşmenin bir kısmının genel işlem koşullarından diğer kısmının da genel işlem koşulu olmayan hükümlerden oluşmasında hukuken bir engel bulunmamaktadır.

Kanun koyucu, genel işlem koşullarının yer alabileceği sözleşme türleri arasında herhangi bir ayırım yapmamıştır⁹¹. Bu sebeple, genel işlem koşullarını kullanacak olan taraf, karşı taraf ile birlikte emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde genel işlem koşullarını

⁸⁷ Yelmen, **a.g.e.**, s.57.

⁸⁸ Antalya, **a.g.e.**, s.413.

⁸⁹ Antalya, **a.g.e.**, s.413.

⁹⁰ Eren, **a.g.e.**, s.219; Atamer, **Denetim**, s.62.

⁹¹ Eren, **a.g.e.**, s.219

serbestçe sözleşmenin içeriğine dahil edebilirler⁹².

Benzer şekilde, genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğindeki ne tür hükümleri düzenleyeceği hususunda da kanun koyucu herhangi bir ayrıma gitmemiştir. Bu sebeple genel işlem koşulları ile sözleşmede, tarafların hak ve yükümlülüklerini, cezai şartı, uyarılama kaydı, tahkim şartı, ispat yükü, yetki şartı, sorumsuzluk kaydı gibi hususların düzenlenmesi mümkündür⁹³.

Öte yandan TBK'nın 20/1 maddesinin ikinci cümlesinde düzenlenen *"Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz."* şeklindeki hüküm uyarınca genel işlem koşullarının içeriğinde bulunduğu sözleşmenin ana metninde veyahut ekinde yer alması herhangi bir farklılık arz etmemektedir⁹⁴. Kanun koyucu bu şekilde, genel işlem koşullarının şekli unsurları dolanmak suretiyle koruma amacının engellenmesini önlemeyi amaçlamıştır⁹⁵.

Sonuç olarak, bir hükmün genel işlem koşulu niteliğinde olabilmesi için öncelikle sözleşmenin içeriğinde yer alması gerekmektedir. Genel işlem koşulunun içeriğinde bulunduğu sözleşme türü ve genel işlem koşulu ile düzenlenecek hükmün içeriği hakkında herhangi bir sınırlama bulunmadığından sözleşme serbestisi ilkesi uygulanacaktır⁹⁶. Bu kapsamda genel işlem koşullarının, ileride yapılması planlanan sözleşmelerde kullanılacak ve bu sözleşmelerde esas alınacak⁹⁷ hükümleri içermesi yeterli olacaktır.

⁹² Atamer, **Denetim**, s.62.

⁹³ Nihat Yavuz, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Cilt I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.270; Atamer, **Denetim**, s.64; Yelmen, **a.g.e.**, s.28.

⁹⁴ Yeşim M. Atamer, **Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m.6 ve TTK m.55/1-f ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu – Bildiriler – Tartışmalar (Karşılaştırma)**, Ankara, 2011, s.19.

⁹⁵ Atamer, **Karşılaştırma**, s.19.

⁹⁶ Genel işlem koşullarını oluşturan hükümler aynı zamanda kanun ve diğer mevzuat hükümlerini teşkil ediyorsa anılan hükümlerin genel işlem koşulu niteliğinde olmayacağına dair görüş için bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş, 21. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s.165. Buna karşılık genel işlem koşullarının uluslararası ticaret teamüllerini içermesi halinde, bu hususun genel işlem koşulları denetlenmesine engel olmayacağı yönündeki görüş için bkz. Vahit Doğan, **Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif**, Savaş Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2016, s.16.

⁹⁷ Nami Barlas, **Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerinin Özellikleri**, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı**, Beta Yayınları, İstanbul, 1999, s.813

B. Önceden Tek Taraflı Hazırlanmak

TBK'nın 20. maddesinde kanun koyucu, genel işlem koşullarının önceden bu koşulları sözleşmede kullanacak kişi tarafından tek taraflı düzenlenmesi gerektiğini hüküm altına almıştır⁹⁸. Genel işlem koşullarının bu şekilde önceden hazırlanması⁹⁹ bir anlamda aşağıda detaylı bir şekilde açıklayacağımız üzere ileride benzer şekilde birden fazla sözleşmede kullanılacağını ve somut olaya ilişkin bireyselleştirilmiş bir sözleşme hükmü olmadığını göstermektedir¹⁰⁰. Zira BGB'nin 305. paragrafının 1. fıkrasının 3. cümlesinde¹⁰¹ yer alan “*Sözleşme şartları, taraflar arasında tek tek müzakere edilmişse, genel işlem şartlarının varlığında söz edilmez.*” hükmü uyarınca önceden tek başına hazırlanmayan veya müzakere edilmiş hükümlerin genel işlem koşulu sayılması mümkün değildir¹⁰².

Uygulamada genel işlem koşulları, hazırlayan veya sunan tarafça çok sayıda çoğaltılıp, sözleşmenin kurulması esnasında karşı tarafa müzakere fırsatı vermeden sunmasıyla genel işlem koşulu niteliği kazanmaktadır. Dolayısıyla genel işlem koşullarını sunan tarafın genel işlem koşullarını önceden hazırlaması zaman kazanmak anlamına geldiği gibi aynı zamanda hiçbir müzakere ve tartışma yapılmaksızın karşı tarafa sadece “kabul” veya “ret” şeklinde irade beyanını açıklatma amacını taşımaktadır. Bu kapsamda örneğin banka ile kredi sözleşmesi imzalamak isteyen bir kişi, bankaya başvurduğunda, banka o kişiye matbu şekildeki kredi sözleşmesini sunmakla yetinir ve taraflar anılan sözleşme hükümleri üzerinde hiçbir şekilde müzakere yapamazlar.

Genel işlem şartlarının önceden tek taraflı düzenlenmesi noktasında üzerinde durulması gereken bir diğer önemli husus genel işlem şartlarının bizzat sözleşmenin tarafı bulunan kişi tarafından düzenlenme zorunluluğunun

⁹⁸ Önceden hazırlanan genel işlem koşulunun, daha sonra müzakere imkânı veren sözleşme taslağı ile karıştırılmaması hakkında detaylı bilgi için bkz. Baş Sützel, **a.g.e.**, s.285.

⁹⁹ M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s.162

¹⁰⁰ Atamer, **Denetleme**, s.65; Havutçu, **a.g.e.**, s.80

¹⁰¹ Naklen: Yelmen, **a.g.e.**, s.55.

¹⁰² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, **a.g.e.**, s.207; Havutçu, **a.g.e.**, s.88; Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Eylül 2014, s.69

bulunmadığıdır¹⁰³. Bu husus TBK'nın 20/1 maddesinde düzenlenen hükümde “çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla” ifadesiyle de dolaylı yoldan kabul edilmiştir. Nitekim BGB'nın 305. paragrafında da “düzenleyen”den değil “kullanan”dan bahsedilmektedir¹⁰⁴. Dolayısıyla bir hükmün genel işlem koşulu niteliğinde olması için kim tarafından hazırlandığının, esasen bir önemi bulunmamaktadır. Bu sebeple genel işlem koşullarını sözleşme içeriğine dahil eden ve diğer bir deyişle genel işlem koşullarını kullanan tarafın karşı tarafın müdahalesi olmaması şartıyla üçüncü bir kişi tarafından hazırlanan düzenlemeleri karşı tarafa sunmasında ve bu hükümlerin genel işlem koşulu niteliği kazanmasında hukuken herhangi bir engel bulunmamaktadır¹⁰⁵. Bu bakımdan yukarıda vermiş olduğumuz örneği tekrarlayacak olursak, banka tarafından müşteriye sunulan genel kredi sözleşmelerinin banka tarafından değil de bankanın birlikte çalıştığı kredi kuruluşları, uzmanlar tarafından hazırlanması mümkün olacaktır.

Öte yandan kanun koyucu, TBK'nın 20. maddesinde genel işlem şartlarının önceden ne şekilde hazırlanacağı hususunda herhangi bir şekil şartı düzenlememiştir. Bu sebeple önceden tek taraflı hazırlanan genel işlem koşullarının kapsamının az veya çok olması, bilgisayar veyahut başka bir makine ile veya doğrudan el yazısı ile yazılmış olması, renkli veya renksiz kâğıda basılı olmasının hukuken bir önemi bulunmamaktadır¹⁰⁶.

Kanun koyucu, TBK'da genel işlem koşullarının düzenlendiği 20 ilâ 25. maddelerinde genel işlem koşullarının sözleşmenin tarafları arasında müzakere ve pazarlık konusu yapıp yapılmadığının ispat yükünün kimde olacağını düzenlememiştir. Dolayısıyla söz konusu ispat yükü genel hükümlere göre değerlendirilmelidir. TMK'nın “İspat Yüğü” başlıklı 6. maddesinde düzenlenen

¹⁰³ Yeşim M. Atamer, **Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar**, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan (Yeni Açılımlar), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.324; Havutçu, **a.g.e.**, s.36.

¹⁰⁴ Türk Hukuku doktrinde TBK'nın 20. maddesinde yer alan “düzenleyen” ibaresi yerine “kullanan” ibaresinin hükmün amacına daha uygun olduğu yönündeki haklı eleştiriler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.225; Havutçu, **a.g.e.**, s.33; Baş Süzel, **a.g.e.**, s.285; Yeniocak, **a.g.e.**, s.30. ¹⁰⁵ Doğan, **a.g.e.**, s.285.

¹⁰⁵ Doğan, **a.g.e.**, s.285.

¹⁰⁶ Atamer, **Denetleme**, s.65.

“Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.” ve HMK’nın¹⁰⁷ *“İspat Yükü”* başlıklı 190/1 maddesinde düzenlenen *“İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.”* Bu bakımdan kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan tarafın sözleşmenin, TBK’nın 20 ilâ 25. maddelerinde düzenlenen genel işlem koşulu olduğunu ispat etmesi, bunun karşısında da genel işlem koşullarını kullanan tarafın ise bu hükümlerin genel işlem koşulu niteliğinde olmadığını tarafların karşılıklı pazarlık ve müzakereleri neticesinde sözleşmeye dahil edildiğini ispatlaması gerekmektedir¹⁰⁸.

Öncelikli olarak kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan tarafın, sözleşme hükümlerinin karşı tarafça önceden tek başına ve ileri benzer şekilde çok sayıda sözleşmede kullanmak amacıyla hazırlandığını ispat etmesi gerekmektedir¹⁰⁹. Bu kapsamda özellikle, sözleşmede, taraflar arasındaki sözleşmede soyut hükümlerin yer aldığı, bu hükümlerin daha sonra birden fazla kez benzer sözleşmelerde kullanılacağı anlamına geldiği kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan kişi yönünden ispat aracı olabilecektir¹¹⁰. Nitekim tam da bu noktada belirtmek gerekir ki TBK’nın 20/2 maddesine göre *“Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.”* Anılan hükümde belirtildiği üzere kanun koyucu, her ne kadar genel işlem koşullarının ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmasının amaçlanmasını düzenlese de söz konusu genel işlem koşullarının kullanıldıkları sözleşmeler üzerinde mutlak anlamda birbiriyle örtüşmesini, yeknesak olmasını aramamıştır¹¹¹. Kanaatimizce TBK’nın 20/2 maddesindeki düzenleme bir anlamda genel işlem koşullarını kullanan tarafın, mevcut genel işlem koşulları ile aynı anlamı ifade etse de buna farklı kelime ve kelime gruplarıyla ulaşarak genel işlem koşullarının denetimini engellemesi

¹⁰⁷ 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır

¹⁰⁸ Atamer, **Kriter**, s.133

¹⁰⁹ Atamer, **Kriter**, s.133

¹¹⁰ Atamer, **Kriter**, s.133.

¹¹¹ Doğan, **a.g.e.**, s.464; Yelmen, **a.g.e.**, s.57.

bakımından oldukça isabetli bir düzenlemedir.

Kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan söz konusu ispat yükünü yerine getirdikten sonra bu sefer, genel işlem koşullarını kullanan tarafın, sözleşme hükümlerinin aslında genel işlem koşulu niteliğinde olmadığını bunların tarafların yaptığı müzakere ve pazarlık neticesinde sözleşmeye dahil olduğunu ispat yükü doğar¹¹². *Atamer*, özellikle ticari standart sözleşmelerde pazarlık yapılamadığını gösteren kriterlerden hareketle, taraflar arasında genel işlem koşullarının fiilen müzakere ve pazarlık konusu yapılmasa da işlem maliyetinin düşük olması nedeniyle karşı tarafın pazarlık konusu etmiş olması gerektiğini veyahut taraflar arasında fiilen pazarlık yapıldığını ispat etmesi gerektiğini belirtmektedir¹¹³.

Kanaatimizce özellikle, genel işlem koşullarını kullanan tarafın ispat yükünü yerine getirip getirmediğini değerlendirirken, sözleşme safhalarının dikkatli bir şekilde incelenmesi gerekmektedir. Bu noktada *Atamer*'in de isabetle belirttiği üzere sözleşme taraflarının genel işlem koşulu üzerinde tartıştıkları, aynı şekilde sözleşmenin esasında bir taslak metin olduğu¹¹⁴, kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan tarafın bu metin üzerinde değişiklik teklif ettiği ve bunların bir kısmının kabul edildiği, ekleme, çıkarma yapıldığı gibi bir durum ispat edebiliyorsa, genel işlem koşulların mahiyeti hakkında karşı tarafa detaylı bir açıklama yapılmışsa, bu durumda genel işlem koşullarının dayatılması değil sözleşme hükümlerinin karşılıklı uzlaşısı sonucu hazırlandığı kabul edilmelidir¹¹⁵.

İspat bakımından sözleşme görüşmelerini bu denli önemli kılan bir diğer husus TBK'nın 20/3 maddesinde düzenlenen "*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.*" şeklindeki hükümdür. Nitekim anılan hükme göre taraflar arasındaki

¹¹² *Atamer, Kriter*, s.13

¹¹³ *Atamer, Kriter*, s.134

¹¹⁴ Önceden hazırlanan genel işlem koşulunun, daha sonra müzakere imkânı veren sözleşme taslağı ile karıştırılmaması hakkında detaylı bilgi için bkz. Baş Süzöl, *a.g.e.*, s.285

¹¹⁵ *Atamer, Kriter*, s.135.

sözleşmeye dahil olan koşulların taraflarca tartışıldığını belirten kayıtlara yer verilse dahi, sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulu olmadığını iddia eden taraf, söz konusu sözleşme hükmünü ispat aracı olarak kullanamamaktadır. Kanun koyucu böylelikle, hukuki mahiyeti itibarıyla en belirgin özelliği taraflar arasında tartışılmamak olan genel işlem koşullarının, bizzat genel işlem koşulları içerisinde veya sözleşmenin diğer hükümlerinde tartışıldığını gösterir ibareler ile bertaraf edilmeyeceğini amaçlamıştır. Bununla birlikte hükümde geçen her ne kadar sözleşme hükümlerinin taraflarca tartışıldığını gösterir kayıtların “tek başına” genel işlem koşulu denetimini bertaraf edemeyeceği kabul edilse de diğer ispat araçlarının varlığı halinde sözleşmedeki müzakere kayıtlarının hükümlerin genel işlem koşulu olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınması gerekmektedir.

Bu sebeple olması gereken hukuk yönünden BGB’nin 305. paragrafının 1. fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan “*Sözleşme şartları taraflar arasında tek tek müzakere edilmişse, genel işlem şartlarının varlığından söz edilemez.*” şeklindeki düzenleme gibi sözleşme şartları müzakere edilmişse artık genel işlem koşullarından bahsedilemeyeceğini ortaya koyan bir düzenlemenin, TBK’nın 20/3 maddesinde genel işlem koşullarının görüldüğü şeklindeki kayıtları mutlak anlamda geçersiz kılan düzenlemenin yerine TBK’ya eklenmesi gerektiği; en azından bu konuda istisna hükmün düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

C. İleride Çok Sayıdaki Sözleşmede Kullanmak Amacıyla Hazırlanmak

TBK’nın 20. maddesinde kanun koyucu, genel işlem koşullarının ileride benzer sayıda birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere hazırlandığını düzenlemiştir. Söz konusu unsur hükmün lafzında “*ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu bakımdan kanun koyucunun anılan hükümle genel işlem koşullarının fiilen ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılması şartını aramadığını, genel işlem koşullarının bu amaçla

hazırlanmasını yeterli kabul ettiği sonucuna ulaşmak mümkündür¹¹⁶. Dolayısıyla genel işlem koşullarının bu amaçla hazırlanmış olması kaydıyla fiilen tek bir sözleşme için kullanılması dahi genel işlem koşulunun hukuki niteliğini etkilemeyecektir¹¹⁷. Zira aksi yorum, genel işlem koşullarının uygulama ve denetlenebilme alanını daraltacağından hükmün konuluş amacına aykırı olacaktır¹¹⁸.

Genel işlem koşullarının ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanması bir bakıma genel işlem koşullarının ortaya çıkış sebebidir. Hiç şüphesiz bu unsur genel işlem koşullarının belli bir standarda ve içeriğe sahip olmasını, aynı zamanda da genel ve soyut nitelikte hükümler içermesini de beraberinde getirmektedir. Genel işlem koşullarının genel olması, sözleşmenin diğer tarafında kimin olacağı belli olmaksızın önceden düzenlenmesini ifade ederken¹¹⁹; soyut olması da düzenlendiği sırada yer ve zaman bakımından akdedilecek sözleşmenin belirsizliğini ifade etmektedir¹²⁰. Bu bakımdan örneğin banka tarafından kullanılan kredi sözleşmeleri belli bir standarda sahip olma bakımından genel; ileride kredi sözleşmesi akdedilecek kişinin, zamanın ve yerin belirsiz olması yönünden de soyut niteliktedir.

Genel işlem koşullarının bu şekilde soyut ve genel olarak düzenlenmesi, ayrıca genel işlem koşullarını kullanan taraf bakımından bunların ileride benzer, çok sayıda sözleşmede de kullanılacağına dair bir karine oluşturmaktadır¹²¹. Dolayısıyla bu noktada genel işlem koşullarını içeren sözleşmenin tek kullanımlık ve sadece ilgili sözleşmenin tarafı için hazırlandığını, diğer bir deyişle bireyselleştiğini ispat yükü genel işlem koşulunu kullanan tarafa aittir¹²².

¹¹⁶ Atamer, **Denetim**, s.67.

¹¹⁷ Eren, **a.g.e.**, s.218; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s.207.

¹¹⁸ Atamer, **Denetim**, s.69; Baş Süzel, **a.g.e.**, s.282.

¹¹⁹ Eren, **a.g.e.**, s.219..

¹²⁰ Eren, **a.g.e.**, s.219

¹²¹ Eren, **a.g.e.**, s.219; Antalya, **a.g.e.**, s.301.

¹²² Aynı yönde Yargıtay 11 HD 15.11.2017 tarihli ve 2016/7616 E. 2017/6215 K. sayılı “*Genel işlem koşulu niteliğindeki bir hüküm, sözleşmenin taraflar arasında müzakere ve pazarlık sonucu imzalanmış ise, artık ortada hukuka aykırı bir sözleşme hükmünden değil, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, sözleşmede yer alan bireysel bir anlaşma hükmünden söz etmek gerekir. Ancak, bir sözleşmede, bütün hükümlerin*

TBK'nın 20/2 maddesine göre “*Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.*” Anılan hükümde belirtildiği üzere kanun koyucu, her ne kadar genel işlem koşullarının ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmasının amaçlanmasını düzenlese de söz konusu genel işlem koşullarının kullanıldıkları sözleşmeler üzerinde mutlak anlamda birbiriyle örtüşmesini, yeknesak olmasını aramamıştır¹²³. Kanaatimizce TBK'nın 20/2 maddesindeki düzenleme bir anlamda genel işlem koşullarını kullanan tarafın, mevcut genel işlem koşulları ile aynı anlamı ifade etse de buna farklı kelime ve kelime gruplarıyla ulaşarak genel işlem koşullarının denetimini engellemesi bakımından oldukça isabetli bir düzenlemedir.

D. Taraflardan Birinin Sözleşmenin Kurulması Sırasında Karşı Tarafa Sunması

Kanun koyucu, TBK'nın 20/1 maddesinde genel işlem koşullarının bir diğer unsuru olarak genel işlem koşullarını kullanan tarafın, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırladığı hüküm ve koşulları karşı tarafa sunmasını düzenlemiştir. Ne var ki, kanun koyucunun anılan hükmün lafzında genel işlem koşullarını sunan taraf olarak düzenleyeni belirtmesi doktrinde¹²⁴ve yukarıda genel işlem koşullarının önceden tek taraflı olarak hazırlanması bahsini açıklarken de tarafımızca haklı olarak eleştirilmektedir. Zira aksinin kabulü örneğin bankaların kullandıkları genel kredi sözleşmelerinin önceden uzman üçüncü kişiler tarafından düzenlenmesi ancak sözleşmenin kurulurken söz konusu hükümleri bankanın karşı tarafa sunması yoluyla genel

tartışılarak sözleşmeye konulduğuna dair kayıt konulması, TBK m. 20/3 uyarınca, onları tek başına genel işlem koşulu olmaktan çıkartmayacaktır. Bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu niteliğinde olup olmadığını hangi tarafın ispat etmesi gerektiğine dair TBK da açık bir düzenleme olmamakla birlikte, 6502 Sayılı TK 5/3 maddesinden yola çıkılarak, önceden ve çok sayıda kullanmak amacıyla hazırlanmış belirli bölümleri boş olan ve sonradan doldurulan sözleşme hükümlerinin kural olarak müzakere edilmemiş olduğu, aksinin sözleşmeyi hazırlayan tarafça ispat edilmesi gerektiği kabul edilmeli, gerektiğinde bu konuda ticari ve e posta yazışmaları, faksalar, sözleşme taslaklı vs. ispat vasıtalarından yararlanılmalıdır.” şeklindeki kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi 17.05.2019, 17:46)

¹²³ Doğan, **a.g.e.**, s.464; Yelmen, **a.g.e.**, s.57.

¹²⁴ Atamer, **Denetim**, s.69; Atamer, **Karşılaştırma**, s.18; Yelmen, **a.g.e.**, s.57.

işlem koşullarının denetimini imkânsız hale getirecektir.

Bununla birlikte, genel işlem koşullarının sözleşmenin kurulduğu sırada karşı tarafa sunulması gerekmektedir. Nitekim TBK'nın 1. maddesinde düzenlenen *“Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.”* şeklindeki hüküm uyarınca sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulduğundan genel işlem koşullarının sözleşmenin kurulması sırasında karşı tarafa sunulmaması bir anlamda genel işlem koşullarının sözleşme dışında tutulduğu anlamına gelecektir. Bunun aksine genel işlem koşullarının sonradan sözleşmeye dahil edilmesi de ancak karşı tarafın bunu kabulüne bağlı olacağından ve bu şekilde sözleşmenin tek taraflı değiştirilmesi¹²⁵ de mümkün olmayacağından değişiklik hukuken geçersiz kabul edilecektir¹²⁶.

Öyle ki kanun koyucu, genel işlem koşulları sözleşmeye dahil olsa dahi bu koşulların içerisinde tek taraflı değiştirme hakkı tanınmışsa bunu TBK'nın 24. maddesindeki *“Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.”* şeklindeki hüküm gereği yazılmamış sayılma müeyyidesine tabi tutmuştur.

III. HAKSIZ ŞART İLE GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İLİŞKİSİ

Haksız şartın, genel işlem koşulları ile ilişkisinin incelenmesini gerektiren neden TBK'nın 20 vd. maddelerinde genel işlem koşulları düzenlenmeden evvel birçok konuda genel işlem koşulları ile benzerlik taşıyan ve her şeyden önemlisi sözleşmede kendisine karşı standart koşul kullanan tarafı güvence altına almayı amaçlayan eTKHK ve devamında TKHK'da haksız şart kavramının düzenlenmiş

¹²⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, a.g.e., s.208; Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.232.

¹²⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, a.g.e., s.208; Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.232.

olmasıdır. Bununla birlikte genel işlem koşulu ve haksız şart özünde sağlamayı hedeflediği hukuki sonuçlar aynı olsa da söz konusu kurumların gerek uygulanacağı hukuki işlemler gerek bağlayıcı olduğu sjeler birbirinden farklıdır.

Haksız şartların çoğunlukla yer aldığı sözleşmeler, özellikle bankalar ve sigorta şirketleri ile tüketiciler arasında yapılan sözleşmeler sayesinde giderek yaygınlaşmaya başlamıştır¹²⁷. TKHK'nın 5. maddesinin uygulama alanı itibariyle tüketicisi olmayanlar özellikle tacirler arasında kullanılan genel işlem koşullarının denetimi düzenleme alanı dışında bırakılmıştır¹²⁸. Dolayısıyla bir sözleşmedeki haksız şartların denetlenebilmesi için öncelikle o sözleşmenin taraflarından birinin tüketicisi olması gerekmektedir.

Haksız şartların sadece tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerde denetlenebilmesi, genel işlem koşulları ile arasındaki en büyük farkı oluşturmaktadır. Zira genel işlem koşullarına dair TBK'nın 20 vd. maddeleri, bu hükümlerin uygulanma alanını sınırlayan herhangi bir düzenleme bulunmamaktayken haksız şartların denetlenebilmesi için sözleşmenin TKHK uyarınca tüketicinin taraf olduğu bir sözleşme olması gerekmektedir. Bu yönüyle haksız şartlara dair hükümler, genel işlem koşullarına göre daha özel bir uygulama alanına sahiptir ve alanına giren uyuşmazlıklar açısından öncelikle uygulanacaktır.

Haksız şart, TKHK'nın 5/1 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre haksız şart, *“Tketicisiyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketicisi aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.”* Anılan hükümden hareketle sözleşme içerisinde yer alan bir koşulun haksız şart unsurlarını satıcı ve sağlayıcının sözleşme koşulunu, tüketicisi ile müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye dahil etmesi ve söz konusu koşulun tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketicisi aleyhine dengesizliğe neden olması şeklinde açıklamak

¹²⁷ Atamer, **Karşılaştırma**, s. 10.

¹²⁸ Atamer, **Karşılaştırma**, s. 10.

mümkündür. Bu kapsamda özetlemek gerekirse haksız şartın tespit edilebilmesi için ortada önceden hazırlanmış olan ve kullanılan standart şartın mevcut olması, standart şartın çok sayıda sözleşme için önceden hazırlanması ile genel ve soyu nitelikte olması, tüketicinin sözleşme koşuluna etki veya sözleşme koşulunu müzakere etmemiş olması, standart şartın tüketici aleyhine dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde dengesizliğe neden olması gerekir¹²⁹.

TKHK'nın 5/2 maddesine göre *“Tüketicikle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.”* Anılan hükümde belirtildiği üzere haksız şartta, genel işlem koşullarındaki yazılmamış sayılmama yaptırımını yerine kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulanmaktadır. Bununla birlikte haksız şartta da genel işlem koşullarında olduğu gibi söz konusu şartı kullanan taraf, haksız şart olmasaydı sözleşmeyi kurmayacağını ileri sürerek sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahip değildir. Bununla birlikte haksız şart, sözleşmenin esaslı unsurlarıyla ilgili ise TBK'nın 2. maddesi uyarınca sözleşme hiç kurulmamış sayılacaktır¹³⁰.

TKHK'nın 5/4 maddesine göre *“Sözleşme şartlarının yazılı olması hâlinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır.”* Anılan hükümde belirtildiği üzere haksız şartta açık ve anlaşılabilir bir dil kullanılmamışsa genel işlem koşullarında olduğu gibi kendisine karşı koşul kullanılan taraf lehine yorum ilkesi uygulanmaktadır.

¹²⁹ Aydoğdu, **a.g.e.**, s.186

¹³⁰ Aydoğdu, **a.g.e.**, s.185

IV. GENEL İŞ KOŞULLARI İLE GENEL İŞLEM KOŞULLARI İLİŞKİSİ

İş hukukunda sıklıkla uygulanagelen genel iş koşulları, işveren tarafından tek taraflı olarak önceden genel ve soyut bir biçimde hazırlanan kurallar bütünüyle işverenin çalışma süreci içinde tek taraflı fiili davranışlarıyla oluşan işyeri uygulamalarıdır¹³¹. Bu çerçevede genel işlem koşullarıyla birlikte ele alınıp, değerlendirilmesi gereken genel iş koşullarının türlerini standart/tip iş sözleşmeleri, iç yönetmelikler, işverenin genel vaatleri ve işyeri uygulamaları şeklinde sınıflandırılabilir¹³². Geline aşamada işletmelerin giderek büyümesi, beraberinde çalışma koşullarının bireysel bazda düzenlenmesini imkânsız hale getirmiştir. Bunun sonucunda da işverenler, işçilerle olan ilişkilerini genel ve soyut hüküm ve uygulamalar yoluyla düzenleme yoluna gitmişlerdir. Bu bakımdan genel iş koşulları ile genel işlem koşulları arasında fonksiyonları, unsurları ve varlık nedenleri açısından hukuki yönden büyük benzerlikler bulunmaktadır¹³³. Nitekim genel iş koşulları da işveren tarafından önceden tek taraflı olarak hazırlanmış ve işçiyle müzakere edilmeden ona sunulmuş şartlardır. Bu sebeple genel iş şartlarını, TBK’da düzenlenen genel işlem koşullarının iş hukukundaki uygulaması olarak değerlendirmek mümkün olacaktır.

Bu kapsamda genel işlem koşullarına dair düzenlemelerin yer aldığı TBK’da, kişi açısından herhangi bir sınırlandırma olmadığından bu düzenlemelerin koruyucu etkisinden işçilerin de faydalanabileceği aşîkârdır¹³⁴. Dolayısıyla genel iş koşullarını, genel işlem koşullarının iş hukukundaki yansıması olarak kabul edilirse, TBK 20 ila 25. madde arasındaki düzenlemelerin genel iş koşulları açısından da aynen geçerli olduğu savunulabilir. Buna karşılık iş hukukuna hâkim olan “işçi lehine şart ilkesi” gereği özel iş hukuku kaynakları yani toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, iç yönetmelikler gibi kaynaklar aynı konuda farklı düzenlemeler içermekteyse, işçinin lehine hüküm ihtiva eden düzenleme

¹³¹ Sarper Sûzek, **İş Hukuku**, Beta Yayınları 18. Baskı, İstanbul, 2019, s.59.

¹³² Sûzek, **a.g.e.**, s.59

¹³³ Sûzek, **a.g.e.**, s.59.

¹³⁴ Sûzek, **a.g.e.**, s.59.

uygulanma önceliği kazanır. Bu kapsamda, işçinin aleyhine nitelik taşıyan bireysel sözleşme hükmü daha sonra genel iş koşullarıyla işçinin lehine değiştirilmişse, bu durumda işçi lehine şart ilkesi devreye girmeli ve genel iş koşulunun uygulanmasına öncelik verilmelidir¹³⁵.

V. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ TARAFLARCA MÜZAKERE EDİLMESİ

Kanun koyucu TBK'nın 20/1 maddesinde genel işlem koşulunun unsurlarını, bir sözleşmenin hükmü olması, diğer bir deyişle sözleşme içeriğinde yer alması, önceden tek taraflı hazırlanması, gelecekte çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacı ile hazırlanması ve sözleşmede genel işlem şartını kullanacak olan tarafın karşı tarafa sözleşmenin kuruluşu sırasında sunması şeklinde düzenlemiştir. Dolayısıyla genel işlem koşullarının oluşmasında sözleşmenin karşı tarafın herhangi bir müdahalesi bulunmadığı gibi daha sonra sözleşme görüşmeleri sırasında da genel işlem koşulları hakkında herhangi bir müzakere yürütülmesi mümkün değildir¹³⁶.

TBK'da tarafların, açıkladığımız hususun aksine genel işlem koşullarının oluşumunda karşılıklı müzakere etmeleri halinde bunun hukuki sonucunun ne olacağına ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık bu konu Alman hukukunda BGB'nin 305. paragrafının 1. fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan “Sözleşme şartları taraflar arasında tek tek müzakere edilmişse, genel işlem şartlarının varlığından söz edilemez.” şeklindeki hükümde düzenlenmiştir. Buna göre sözleşme şartları eğer taraflarca tek tek müzakere edilmişse genel işlem şartlarından söz edilemeyecektir. TBK'da bu yönde doğrudan bir hüküm yer almasa da doktrinde TBK'nın 20/3 maddesinde yer alan “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.” şeklindeki hükmün karşıt yorum yoluyla BGB ile aynı sonucu

¹³⁵ Süzek, a.g.e., s.59.

¹³⁶ Havutçu, a.g.e., s.87

doğurduğu kabul edilmektedir¹³⁷.

VI. GENEL İŞLEM KOŞULLARIN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

Genel işlem koşulları, TBK'nın yürürlüğe girmesiyle beraber pozitif hukukumuzda yer aldığından, TBK'nın 20 ila 25. maddelerinin TBK'nın yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşen olaylara ve akdedilen sözleşmelere uygulanıp uygulanmayacağının tespiti önem arz etmektedir.

Kanunlar kural olarak yürürlüğe girdikleri tarih itibariyle gerçekleşen olay ve ilişkilere uygulanmaktadır¹³⁸. 6101 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda¹³⁹ genel işlem koşullarının uygulanma şekli ve zamanına hakkında herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bununla birlikte anılan Kanunun 2. maddesinde yer alan *“Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanır.”* şeklindeki hükümde TBK'nın kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kurallarının, gerçekleşeceği tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu bakımdan genel işlem koşullarının düzenlendiği TBK'nın 20 ila 25. maddelerinden hangilerinin kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin olduğu değerlendirilmemizin esasını oluşturacaktır.

Uygulamada Yargıtay 11. Hukuk Dairesi¹⁴⁰ ve genel işlem koşullarının kamu

¹³⁷ Atamer, **Karşılaştırma**, s. 21

¹³⁸ Dural/Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanun'un Başlangıç Hükümleri**, 13. Baskı, İstanbul, Ekim 2018, s.117; M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, İstanbul, 2011, s.77; Başak Baysal, Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü, **İÜHFM**, 2012, C. LXX, S.1, s.225.

¹³⁹ 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır

¹⁴⁰ Yargıtay 11 HD 26.11.2012 tarihli ve 2012/16385 E. 2012/19174 K. sayılı *“İstem, ihtiyati haciz kararı verilmesine dair olup, yukarıda yapılan özetten de anlaşılacağı üzere ihtiyati haciz kararına dayanak yapılan kredi sözleşmesinin mülga 818 Sayılı Kanunun yürürlükte olduğu tarihte düzenlendiği ve keza kredinin de o zaman verildiği taraflar arasında çekişmesizdir. Bu durumda 6101 Sayılı Kanunun 4. maddesinin iş bu uyuşmazlıkta uygulanması mümkün bulunmadığından mahkemenin bu yöndeki gerekçesine itibar olunamaz. Yürürlük Kanunu'nun 1. maddesi hükmüne göre de olayda temerrüt, sona erme ve tasfiye söz konusu olmadığı ve salt genel işlem şartlarına aykırılık kamu düzeni ve genel ahlak kapsamında bulunmadığı gibi olayda 7. maddenin uygulama koşulları da oluşmadığından mahkemece İİK*

düzeni ve genel ahlak ile ilgili olmadığını belirtmiş iken, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi¹⁴¹ ve Yargıtay 21. Hukuk Dairesi¹⁴² zayıfların korunmasına hizmet ettiğini belirterek kamu düzeninden kabul etmiştir.

Hal böyle olunca genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girip taraflar arasında hukukten bağlayıcılık kazanmasının kamu düzeni ve genel ahlak ile ilgisinin olup olmadığı tartışmalı hale gelmiştir. Bununla birlikte kanaatimizce genel işlem koşullarının yürürlük denetimi genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dahil olup olmaması ve dolayısıyla sözleşmenin esasına girilmeden çözülmesi gereken bir sorundur. Bu sebeple genel işlem koşullarının yürürlük denetimi, kamu düzeni ve genel ahlak kuralları açısından değerlendirilmeyip 6098 Sayılı Kanun döneminden önce kurulan sözleşmelere doğrudan uygulanmamalıdır. O halde 6098 Sayılı TBK döneminden önce kurulan sözleşmelerdeki genel işlem koşullarının, sözleşmenin kapsamına dâhil olabilmesi

257. maddedeki şartların gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilerek sonucuna göre karar vermek gerekirken yazılı şekilde kefiller yönünden ihtiyati haciz talebinin reddine hükmolunması doğru olmamış kararın bu sebeple ihtiyati haciz isteminde bulunan yararına BOZULMASINA karar vermek gerekmiştir.” şeklindeki kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 20.05.2019, 00:36)

¹⁴¹ Yargıtay 13. HD 22.11.2012 tarihli ve 2012/17865 E. 2012/26319 K. sayılı “Dava, komisyon ücreti ve temerrüt faizi istemine ilişkindir. Kural olarak kanunlar yürürlüğe girdikleri andan itibaren ortaya çıkan olay ve hukukî ilişkilere uygulandıklarından dolayısıyla geçmişe yürümezler. Genellikle kamu yararının, kamu düzeninin, genel ahlakın, zayıfların, kişiliğin korunmasına hizmet eden ve bir hukuki işlemin şekline ilişkin getirilen hükümler, emredici hukuk kuralı özelliği taşır. Emredici kurallar aksi taraflarca kararlaştırılamayan ve uyulması zorunlu olan kurallardır. Bu kapsamda, hükümden sonra yürürlüğe giren kanunun faiz ve temerrüt faizine ilişkin maddelerinin de emredici nitelik taşıdığı ve taraflar ileri sürmese de re’sen uygulanması gerektiği gözetilmelidir.” şeklindeki kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 20.05.2019, 00:45)

¹⁴² Yargıtay 21. HD 28.03.2013 tarihli ve 2013/998 E. 2013/6065 K. sayılı “Dava, iş kazasına uğrayan davacının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir. Mahkeme, maddi tazminat davasının kısmen kabulü ile, B.K’nun 43 ve 44.maddeleri gereğince takdiren %15 hakkaniyet indirimi yapılmasına karar vermiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 55. maddesinde, destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz hükmüne yer verilmiştir. Öte yandan, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 2. maddesine göre Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları, gerçekleştirildikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanır. 6098 sayılı Kanunun 55. maddesi de kamu düzenine ilişkin emredici bir hükme yer verdiğinden gerçekleştiği tarihe bakılmaksızın tüm fiil ve işlemlere uygulanmalıdır. Bu ilkeler doğrultusunda, iş kazasına dayalı olarak sigortalının sürekli iş göremezliği nedeniyle hesaplanan maddi zararlarından hakkaniyet indirimi yapılabilmesi mümkün değildir.” şeklindeki kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 20.05.2019, 00:54)

hususunda yürürlük denetimi değil; doğrudan TBK'nın 1. maddesi ve genel hükümler çerçevesinde taraf iradelerinin uyuşup uyuşmadığı yönünden bir inceleme yapılması gerekir. Buna göre, tarafların birbirine uygun yahut karşılıklı olmayan iradeleri, bir sözleşmenin kurulması ve taraflar arasında yürürlük kazanması için yeterli olmayacaktır.

Öte yandan, genel işlem koşulları nitelik olarak ileride birden fazla sayıda sözleşmede kullanıldığından içerik denetimi ile ortaya çıkacak sonuç, bireysel denetimden öte kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan ve kullanılacak tüm hukuk sùjelerini etkilemektedir. Bu bakımdan kanaatimizce, genel işlem koşullarının her biri, içerik denetiminin korumasından faydalanabilmelidir. Nitekim içerik denetiminde esas alınan dürüstlük kuralları da esasen kamu düzeninde ve genel ahlak kurallarının niteliklerine haizdir. Aynı şekilde, TBK öncesi ve sonrası imzalanan sözleşmelerdeki genel işlem koşulları hakkında içerik denetiminin salt sözleşme tarihine göre farklılık göstermesi Anayasamızın eşitlik ilkesi ile bağdaşmayacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ TİCARİ İŞLER BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI

I. TİCARİ İŞLER BAKIMINDAN UYGULANMALANININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Türk Borçlar Kanunu Yönünden

TBK'nın genel işlem koşullarını düzenleyen 20 ila 25. maddelerinde genel işlem koşullarının uygulama alanını kişi ve işlem yönünden sınırlayan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla kanun koyucu kural olarak, sözleşmenin konusu ve tarafları bakımından herhangi bir ayırım yapmamış ve tüketicilerin yanında ticari faaliyetlerde bulunan tacir ve esnaf yönünden, bunların kuracağı ticari sözleşmeler yönünden de genel işlem koşullarının uygulanabilmesinin önünü açmıştır¹⁴³.

Doktrinde Öz, banka ile ticari kredi sözleşmesi akdeden tacirin TBK'nın 20 ila 25. maddelerinde düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin hükümlere başvurabileceğini savunmaktadır¹⁴⁴. Aynı şekilde Aydoğdu da tüketiciler yanında tacirlerin de özellikle kendilerinden hem ekonomik hem de hukuki anlamda güçlü bulunan banka, holding gibi piyasa aktörleri karşısında korunmaya değer olduğunu savunmaktadır¹⁴⁵.

Baş Süzel ise özellikle tacirlerin karşılıklı genel işlem koşullarını kullandıkları sözleşmelerde söz konusu korumanın önem kazandığını ancak tacirin basiretli davranma yükümlülüğü de göz önünde bulundurulduğunda tacir ve tüketicinin korunma derecesinin aynı olmaması gerektiğini savunmuştur¹⁴⁶.

¹⁴³ Yelmen, **a.g.e.**, s.72.

¹⁴⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.162

¹⁴⁵ Aydoğdu, **Denetim**, s. 34.

¹⁴⁶ Baş Süzel, **a.g.e.**, s.276

Benzer şekilde *Kocayusufpaşaoğlu* da sözleşmenin her iki tarafının tacir olması durumunda her iki taraf da genel işlem koşullarına göre hareket etse de genel işlem koşullarına ilişkin korumadan yararlanabileceklerini ancak tüketici kadar korumaya ihtiyaçlarının bulunmadığını savunmaktadır¹⁴⁷.

Buna karşılık *Antalya* ise genel işlem şartlarının tacirler arasında akdedilen ticari standart sözleşmelerde genel işlem koşullarının tacirler yönünden uygulama alanı bulamayacağını, bunlar hakkında ancak şartları da oluşmuşsa TTK'nın 54 vd. hükümlerinde düzenlenen haksız rekabete ilişkin hükümlerin uygulanacağını savunmaktadır¹⁴⁸.

Yargıtay uygulamasına bakıldığında ise Yargıtay bir kararında uyuşmazlığa konu sözleşmenin tarafı tacir dahi olsa sözleşme hükümlerin genel işlem koşulu denetimine tabi tutulacağını bununla birlikte genel işlem koşullarının yürürlük, içerik ve yorum denetiminin ayrıca yapılması gerektiğini vurgulamaktadır¹⁴⁹. Yargıtay bir başka kararında ise ticari kredi sözleşmelerinde söz konusu

¹⁴⁷ *Kocayusufpaşaoğlu*, a.g.e., s.228.

¹⁴⁸ *Antalya*, a.g.e., s.411.

¹⁴⁹ Yargıtay 11 HD 11.12.2017 tarihli ve 2016/8785 E. 2017/7127 K. sayılı “Ancak, her ne kadar mahkemeye benimsenen bilirkişi raporunda kredi tahsis ücreti, diğer, komisyon ve dekont masrafı adı altında yapılan kesintilerin genel bankacılık uygulamalarına, diğer bankaların işlemlerine ve uygulamalarına, sözleşme ve eki hükümlerine göre uygun olup, haksız kesinti sayılamayacağı kabul edilmiş ise de, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20. Maddesinde genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri olarak tanımlanmış, aynı Kanun'un 21. Maddesinde ise, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlı olduğu, aksi takdirde, genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağı, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarının da yazılmamış sayılacağı düzenlenmiştir. Genel işlem koşulu olduğu tespit edilen sözleşme hükümlerinin, sözleşmenin kapsamında kalması için, bu hükümlerin, taraflar arasında sonuca etkili şekilde müzakere edilmiş ve düzenleyenin genel işlem koşulu hakkında yaptığı bilgilendirmenin açık olması gerekir. Aksi takdirde, genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağı tartışmasızdır. Yukarıda da açıklandığı üzere, TBK'nın 20-25. Maddelerinde de genel işlem koşullarına dair düzenlemelere yer verilmiş olup sözleşmelerde; taraflardan birinin üstün veya avantajlı konumunu kullanarak, karşı tarafa dayattığı, karşı taraf aleyhine düzenlemeler içeren ve iyi niyet kurallarına aykırı olan bölümlerin genel işlem koşulu olarak kabul edilmesi gerektiğinin belirtilmiş olması karşısında taraflar arasında akdedilen kredi sözleşmesi tarihi olan 17.07.2012 itibarıyla yürürlükte olan 6098 Sayılı TBK'nın genel işlem koşullarına dair işbu madde hükümleri kapsamında davacıdan tahsil edilen kredi tahsis ücreti, diğer, komisyon ve dekont masrafı adı altında yapılan kesintiler hususunda değerlendirme yapıp, sonucuna göre bir karar vermek gerekirken eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bu sebeple davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir.” şeklindeki kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 17.05.2019, 22:32)

sözleşmenin taraflarının tacir olduğu ve uyuşmazlık konusu sözleşme hükmünün kendisine genel işlem koşulu kullanan tarafın lehine olduğuna kanaat getirerek, anılan hüküm hakkında yazılmamış sayılma yaptırımını uygulanamayacağını belirtmiştir¹⁵⁰. Yargıtay diğer bir kararında da tarafların tacir olduğu ticari kredi sözleşmesinde düzenlenen erken kapama ücretinin bankacılık işlemlerine ve dolayısıyla işlemin özüne yabancı olmadığı gerekçesiyle yazılmamış sayılma yaptırımını uygulamamıştır¹⁵¹. Yargıtay ayrıca uyuşmazlığın tarafı tacir olduğunda, genel işlem koşullarının uygulanıp uygulanamayacağının somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiğini eğer uyuşmazlık konusu hüküm, kanunda tacirler bakımından özel olarak düzenlenmişse bu hüküm hakkında da yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanamayacağını belirtmiştir¹⁵².

Kanaatimizce, doktrindeki görüşlerde de ifade edildiği üzere TBK'nın 20 ile 25.maddelerinde genel işlem koşullarının tacirler bakımından uygulanmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Zira sistematik yorum yapıldığında tespit edileceği üzere TBK'da tacirler bakımından uygulanmayacak hükümler özel olarak düzenlenmiştir¹⁵³. Kanun koyucunun TBK'da tacirler için

¹⁵⁰ Yargıtay 11 HD 05.07.2018 tarihli ve 2016/13476 E. 2018/5006 K. sayılı “Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve 6098 Sayılı TBK’nın 96. Maddesi gereği erken ifa halinde borçlunun kural olarak indirim talep edemeyeceği şeklindeki düzenleme dikkate alındığında, erken ifanın kredi borçlusunun lehine bir durum olduğu bu haliyle söz konusu husustaki sözleşme hükümlerinin TBK’nın 20 vd. maddeleri gereği genel işlem şartı olarak kabul ve değerlendirilmesinin mümkün olmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.” şeklindeki kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 17.05.2019, 22:41)

¹⁵¹ Yargıtay 11 HD 31.03.2016 tarihli ve 2015/7604 E. 2016/3518 K. sayılı “Taraflar arasında düzenlenen ticari kredi sözleşmelerinde, kredinin erken kapatılması halinde bankanın erken kapama ücreti alacağının düzenlendiği, bu hükmün genel işlem şartı niteliğinde olmayıp geçerli bulunduğu” şeklindeki kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 17.05.2019, 22:50)

¹⁵² Yargıtay 11 HD 05.07.2018 tarihli ve 2016/13476 E. 2018/5006 K. sayılı “Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve 6098 Sayılı TBK’nın 96. Maddesi gereği erken ifa halinde borçlunun kural olarak indirim talep edemeyeceği şeklindeki düzenleme dikkate alındığında, erken ifanın kredi borçlusunun lehine bir durum olduğu bu haliyle söz konusu husustaki sözleşme hükümlerinin TBK’nın 20 vd. maddeleri gereği genel işlem şartı olarak kabul ve değerlendirilmesinin mümkün olmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.” şeklindeki kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 17.05.2019, 22:59)

¹⁵³ TBK’nın geçici 2. maddesine göre “Kıracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında, 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 323, 325, 331, 340, 342, 343, 344, 346 ve 354 üncü maddeleri 1/7/2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara

uygulanmayacağını özel hükümler yoluyla düzenlediği hukuki kurumların varlığı karşısında; tacirler yönünden herhangi bir sınırlama getirmeyen ve genel hükümlerde düzenlenen hukuki kurumların işin niteliğine uygun olarak tacirler açısından da uygulanabileceğinin kabulü gerekir. Ayrıca günümüzdeki iktisadi ve teknolojik gelişmeler de basiretli iş adamı gibi davranması gereken tacirlerin de kendisinden hem hukuki hem iktisadi anlamda daha üstün bulunan piyasa aktörleri karşısında genel işlem koşulları kapsamında korunmasını değer kılmaktadır.

Öte yandan tam da bu aşamada vurgulamak gerekir ise uygulamada sıklıkla karşılaşılan tacirlerin basiretli bir iş adamı gibi davranması gerektiği ve tacir ile yapılan sözleşmelerin müzakere olmadan kurulamayacağı yönündeki iddialar tamamen ispat hukukunu ilgilendirmektedir. Dolayısıyla söz konusu gerekçeler hiçbir şekilde tacirlerin, sırf basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü bulunuyor diye genel işlem koşulları denetimi dışında kalmaları sonucunu doğurmamalıdır¹⁵⁴.

B. Türk Ticaret Kanunu Yönünden

TTK'da, TBK'nın 20 ila 25. maddelerinde düzenlenen genel işlem koşullarının tacirler veya ticari işler bakımından uygulanmayacağını düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Nitekim kanun koyucu, TBK'da yer alan düzenlemelerin tacirler tarafından ileri sürülemeyeceğini kabul ettiği hususları özel hükümlerde ayrıca düzenlemiştir. Bu kapsamda örnek vermek gerekirse TTK'nın “*Ücret ve Cezanın İndirilmesi*” başlıklı 22. maddesine göre, “*Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182 nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525 inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez.*” Görüldüğü üzere kanun koyucu, tacirlerin

ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.”

¹⁵⁴ Aynı yönde Yelmen, **a.g.e.**, s. 72-73. Sayın Yelmen, bir tacirin bankadan kredi çekerken herhangi bir müdahalede bulunmadan genel işlem koşullarını ihtiva eden bir sözleşmeyi imzaladığını; ancak tacirin somut durum ve gücüne faiz oranlarında indirim de yaptırabileceğini, bu durumda faize ilişkin hüküm müzakere edildiği için genel işlem şartı olmaktan çıkacağını belirtmiştir

aşırı ücret veya ceza kararlaştırıldığı iddiasıyla ücret ve sözleşme cezasının indirilmesini mahkemenen indirilmesini talep edilemeyeceğini açıkça düzenlemiştir. Bu sebeple genel işlem koşullarının düzenlendiği TBK'nın 20 ila 25. maddeleri hakkında bu yönde bir sınırlama getirilmediği için TTK yönünden de genel işlem koşullarını düzenleyen hükümlerin tacir ve ticari işler bakımından uygulanabileceğinin kabulü gerekir.

Bununla birlikte TTK'nın *“Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranışlar, Ticari Uygulamalar”* başlıklı 55. maddesinin 1/f bendine göre *“Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; 1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya 2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur.”* Anılan hükümde belirtildiği üzere kanun koyucu, yanıltıcı bir şekilde karşı taraf aleyhine doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemede önemli ölçüde ayrılan veya sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem koşullarını kullanan tacirlerin dürüstlük kuralına aykırı davranmış olacağını kabul etmiştir. Görüldüğü üzere kanun koyucu TTK'daki söz konusu hüküm ile birlikte bir anlamda genel işlem koşullarında yapılacak içerik denetimi neticesinde dürüstlük kuralına aykırı kayıtlar tespit edildiği takdirde bu durumun haksız rekabet sonucunu doğuracağını düzenlemiştir¹⁵⁵.

Kanaatimizce, TTK'da genel işlem koşullarının tacir ve ticari işler bakımından uygulanmasını engelleyen bir düzenleme bulunmadığından ticari sözleşmeler yönünden de TBK'nın 20 ila 25. maddeleri uygulanabilecektir. Üstelik kanun koyucu TTK'da, genel işlem koşullarının kişi ve işlem yönünden uygulanabilirliği ile ilgili herhangi bir sınırlama getirmediği gibi haksız rekabete ilişkin düzenleme ile içerik denetiminde esas alınacak dürüstlük kuralına aykırı kayıtları somutlaştırarak genel işlem koşullarının içerik denetimine olumlu anlamda katkıda bulunmuştur.

¹⁵⁵ Aydoğdu, **Denetim**, s.33.

C. Türk Medeni Kanunu Yönünden

TBK'nın 20 ila 25. maddelerinde düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin, tacirlere ve ticari işlere uygulanabilirliğinin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gereken bir diğer pozitif hukuk kaynağı TMK'dır. TMK'da genel işlem koşullarına yönelik olarak maddi hukuk hükmü yer almasa da TMK'nın "*Genel Nitelikli Hükümler*" başlıklı 5. maddesinde yer alan "*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.*" şeklindeki hükmü, genel hükümlerin kural olarak uygun düştüğü ölçüde özel hukuk ilişkilerine uygulanacağını düzenlemektedir. Dolayısıyla anılan hüküm gereği, tacir ve ticari işler yönünden uygulanmasını kısıtlayan herhangi bir hüküm bulunmayan genel işlem koşullarının, tacir ve ticari işler yönünden ancak ve ancak uygun düştüğü ölçüde uygulanacağının kabulü gerekir.

TMK'nın 5. maddesinde yer alan işin "uygun düştüğü ölçüde" kavramı mevzuatımızda somutlaştırılmamıştır. Dolayısıyla tacir ve ticari işler bakımından genel işlem koşulları denetimi yapılırken tacir ile tüketicinin benzer iktisadi ve bilgi gücüne sahip olmadığının yanısıra somut olayın şartlarına göre basiretli bir iş adamı gibi davranması gereken tacirin de yeri geldiğinden kendinden çok üst seviyede bir tacir ile sözleşmesel ilişki kurması gerekeceği ve bu sözleşmesel ilişkilerde müzakerenin ve pazarlık payının hiçbir şekilde mümkün olmayacağının göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

D. Diğer Mevzuat Hükümleri Yönünden

Ticari işlere ilişkin genel işlem koşulları yukarıda açıkladığımız mevzuat hükümlerinin yanında münferit diğer bazı Kanun ve Yönetmeliklerde de düzenlenmiştir. Bu yöndeki düzenlemelerden 5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun¹⁵⁶ "*Sözleşme Şekli ve Genel İşlem Şartları*" başlıklı

¹⁵⁶ 01.03.2006 tarihli ve 26095 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

bölümünde yer alan 24 vd. maddelerinde sözleşme şartları, sözleşme değişiklikleri ve faiz hesaplanmasına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Buradaki genel işlem koşulları 5464 Sayılı Kanunun “Kapsam” başlıklı 2. maddesindeki *“Kartlı sistem kuran, kart çıkaran, üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar ile üye işyerleri ve kart hamilleri bu Kanun hükümlerine tâbidir. Kendi işyerleri ile sınırlı olmak üzere, mal veya hizmetlerin vadeli satışı ile alıcının borç alacak durumunun izlenmesi amacıyla kart çıkaran veya sistem oluşturan veya herhangi bir kredilendirme işlemi yapılmaksızın veya hesaba bağlı olmaksızın önceden belirlenen bir tutarla sınırlı olmak üzere kart düzenleyen gerçek veya tüzel kişiler bu Kanun hükümlerine tâbi değildir.”* şeklindeki düzenleme uyarınca sadece kartlı sistem kuran, kart çıkaran, üye işyerleri ve kart hamilleri hakkında uygulama alanı bulunmaktadır. Aynı şekilde 5464 Sayılı Kanun uyarınca çıkarılan Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik¹⁵⁷ de yukarıda sayılan kişiler ile sınırlı şekilde uygulanmaktadır.

Genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin yer aldığı bir diğer düzenleme Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ’de¹⁵⁸ yer almaktadır. Anılan Tebliğ’in 13. maddesine göre *“Aracı kurumlar müşterileriyle alım satıma aracılık, portföy yöneticiliği, yatırım danışmanlığı, repo-ters repo, türev araçların alım satımına aracılık, kredili menkul kıymet, açığa satış ve menkul kıymetlerin ödünç işlemi yapmaya başlamadan önce, yazılı bir sözleşme yapmak zorundadırlar. Bu sözleşmede yer verilmesi gereken asgari hususlar Kurul’ca belirlenir. Bu sözleşme, aracı kuruluşla müşterisi arasındaki ilişkiyi genel olarak düzenleyen, başlangıçta bir kez aktedilen ve münferit işlemlerin esasını oluşturan bir çerçeve anlaşmasıdır. Çerçeve sözleşmeler müteselsil sıra numaralı ve en az iki nüsha olarak düzenlenir ve bir örneği müşterilere verilir.”* Anılan hüküm uyarınca borsa üyeleri ve yatırımcılar arasında imzalanan çerçeve sözleşmelere bir sınır getirilmiştir. Dolayısıyla anılan Tebliğdeki genel işlem koşullarını düzenleyen hüküm ancak Tebliğ’in kapsamında kalan aracı kurumlar ile sınırlı şekilde uygulanmaktadır.

¹⁵⁷ 10.03.2007 tarihli ve 26458 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

¹⁵⁸ 07.09.2000 tarihli ve 24163 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

II. TİCARİ İŞLERDE GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

Genel işlem koşullarının yer aldığı sözleşmelerde, kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan taraf, sözleşmenin içeriğine müdahale edemediğinden, sözleşmeye kendi lehine olan kayıtları dahil etme imkanından yoksun kalmaktadır. Bunun sonucunda da genel işlem koşulları ile bozulan sözleşme dengesinin ve sözleşme adaletinin sağlanması, kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan, karşı tarafa oranla hukuki ve ekonomik anlamda zayıf tarafın korunması adına, emredici hükümlerle düzenlenen genel işlem koşullarının denetlenmesi amaçlanmıştır¹⁵⁹. Bu kapsamda genel işlem koşulları ile taraflar arasında bozulan menfaat dengesini tekrar kurmak ve sözleşme adaletini tekrar sağlamak amacıyla kanun koyucu TBK’da genel işlem koşullarının denetlenmesi bakımından, yürürlük, içerik ve yorum olarak adlandırılan üçlü denetim mekanizmalarını düzenlemiştir¹⁶⁰.

Söz konusu denetim mekanizmalarının ilki, genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil olup olmadığının tespit edilmesine ilişkin yürürlük denetimidir. İkincisi ise sözleşmenin içeriğine dahil olan genel işlem koşullarının emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, ahlaka ve dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığına ilişkin içerik denetimidir. İçerik denetiminde hâkim doğrudan sözleşmenin içeriğine müdahale ederek bozulan dengeyi karşı taraf lehine düzeltmekte ve taraflar arasında bozulan dengeyi tekrar sağlamaktadır¹⁶¹. Üçüncü ve son olarak yorum denetiminde ise sözleşmeye dahil olan ve maddi hukuk yönünden içerik denetiminden geçerek geçerli olduğu kabul edilen genel işlem koşullarının, taraflar arasında menfaat çatışması meydana geldiği takdirde ne

¹⁵⁹ Murat Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları Şerhi (Şerh)**, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2018, Mayıs, s.14.

¹⁶⁰ Muzaffer Şeker, **Yazılmamış Sayılma** Yokluk ve Kesin Hükümsüzlük Kıskaçında 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa göre Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Temmuz 2015, s.27.

¹⁶¹ Yelmen, **a.g.e.**, s.124; Ömer Çınar, **Tüketici Hukukunda Haksız Şart**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s.120.

şekilde yorumlanacağı hakkında hukuki değerlendirme yapılmaktadır¹⁶².

A. YÜRÜRLÜK DENETİMİ

1. Genel Olarak

TBK'nın 21. maddesine göre, *“Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.”* Anılan hükümde düzenlendiği üzere, sözleşmenin kuruluşu sırasında genel işlem koşulunu kullanan/düzenleyen tarafın karşı tarafa genel işlem koşullarının varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlaması gerekir. Aksi takdirde genel işlem koşulları, TBK 21/2 maddesindeki amir hüküm uyarınca yazılmamış sayılır. Bu kapsamda yapılacak yürürlük denetimi ile taraflarca müzakere edilmeyen sözleşme hükümlerinin tamamının ya da bir bölümünün, sözleşmenin içeriğine dahil oluşturup oluşturmadığı tespit edilecektir¹⁶³.

Ticari işlerde de kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan taraf tacir olsa dahi taraflarca karşılıklı olarak müzakere edilmeden düzenlenen genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dahil edilebilmesi için belirli koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu koşullar gerçekleşmediği takdirde, genel işlem koşulları yürürlük denetiminden geçerek sözleşmenin içeriğine dahil olamayacak bunun sonucunda ayrıca içerik ve yorum denetimi yapılmasına gerek kalmayacaktır¹⁶⁴.

2. Ticari İşlerde Yürürlük Denetiminin Aşamaları

¹⁶² Eren, **a.g.e.**, s.228.

¹⁶³ Eren, **a.g.e.**, s.221; Çınar, **a.g.e.**, s.67.

¹⁶⁴ Antalya, **a.g.e.**, s.302; Sevilay Uzunallı, Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi, **İÜHF**M, C. LXXI, S.2, İstanbul 2013, s.a. 383 – 420, s.403.

a. Bilgi Verme Aşaması

Ticari işlerde öncelikle genel işlem koşullarını kullanan tarafın, karşı tarafa genel işlem koşulları hakkında öğrenme imkanını sağlaması gerekir¹⁶⁵. Bu kapsamda genel işlem koşulunu kullanan tarafın karşı tarafa genel işlem koşulunun içeriğini öğrenme imkânı sağlaması yeteli olacaktır. Zira sözleşmeye dahil edilecek olan genel işlem koşullarının taraflar arasındaki bilgilendirme ve öğrenme imkânı sunma ilişkisinin ötesinde tartışılması veyahut müzakere edilmesi söz konusu düzenlemelerin genel işlem koşulu olmaktan çıkıp bireysel sözleşme hükmüne dönüşmesine neden olacaktır¹⁶⁶.

TBK’da söz konusu bilgilendirmenin ne şekilde ve hangi usulde yapılacağına ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak yürürlük denetimindeki bilgilendirme eyleminin amacı hiç kuşkusuz, kendisine karşı genel işlem koşulları kullanan tarafın genel işlem koşullarından haberdar edilmesi olduğundan, söz konusu bilgilendirmenin samimi, açık ve tereddütte yer vermeyecek şekilde yapılması gerekir¹⁶⁷.

Öte yandan TBK’da kendisine karşı genel işlem koşulu kullanılan tarafa yapılacak bilgilendirmenin şekline ve usulüne ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmaması, genel işlem koşullarını kullanan tarafın, karşı tarafa genel işlem koşulları hakkında örtülü olarak bilgi verildiğini ya da karşı tarafın bir şekilde bilgi sahibi olduğunu ileri sürerek yürürlük denetiminden kurtulmasına imkân tanımamalıdır¹⁶⁸. Bu sebeple, bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat yükü genel işlem koşullarını kullanan taraf üzerinde olmalı ve karşı tarafın bilgilendirildiğini ve genel işlem koşullarının karşı tarafça kabul edildiğini her türlü delille kanıtlayabilmelidir¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Aydoğdu, **Denetim**, s.162.

¹⁶⁶ Aydoğdu, **Denetim**, s.167.

¹⁶⁷ Eren, **a.g.e.**, s.221.

¹⁶⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.125; Antalya, **a.g.e.**, s.303

¹⁶⁹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.125.

b. Kabul Etme Aşaması

Ticari işlerde genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil olabilmesi için, kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan tarafın, genel işlem koşullarının içeriği hakkında bilgilendirildikten sonra söz konusu hükümleri kabul etmesi de gerekir¹⁷⁰. Kabul etme aşaması, genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil olarak yürürlük denetiminin sonuçlandırılmasına yol açacağından, genel işlem koşullarına ilişkin irade açıklaması önem arz etmektedir. Zira, kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan taraf genel işlem koşulları hakkında bilgilendirilmiş ve kendi nezdinde incelemiş olsa dahi kabul edilmemiş ise sözleşmede yer alan ve karşı tarafça kabul edilmeyen genel işlem koşulları yazılmamış sayılacaktır¹⁷¹. Kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan tarafın irade açıklaması açık değil ise irade açıklamasının yorumlanmasında dürüstlük kuralına göre araştırma yapılmalı, tarafların somut olay özelindeki tutum ve davranışlarına göre genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil olup olmadığının araştırılması gerekmektedir¹⁷². Bu kapsamda kanaatimizce tarafların tutum ve davranışlarından araştırılması gereken husus, kendisine karşı genel işlem koşulu kullanılan tarafın sözleşmeye bağlanma iradesi, sözleşmeyi imzalama amacı ve sözleşmedeki edim menfaati olmalıdır.

Kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan tarafın, sunulan genel işlem koşulu içeren sözleşme metnini, hiçbir şekilde yorum, araştırma ve tartışmaya vermeyecek şekilde kabul ettiği doğrudan doğruya beyanından anlaşılıyorsa, bu durum genel işlem koşulunun açık irade beyanı ile kabul edildiği anlamına gelir. Buna karşılık susma hariç, kabul iradesini gösteren davranışları ile anlaşılmakta ise örtülü irade beyanı ile kabul söz konusu olur¹⁷³. Bununla birlikte kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan taraf, değiştirme ümidi taşımadığı ve genellikle anlamasının mümkün olmadığı hallerde genel işlem koşullarını okumadan da kabul edebilir. Doktrinde bu durum global kabul olarak

¹⁷⁰ Aydoğdu, **Denetim**, s. 151.

¹⁷¹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.332.

¹⁷² Atamer, **Sempozyum**, s.27.

¹⁷³ Antalya, **a.g.e.**, s.306.

tanımlanmaktadır¹⁷⁴.Global kabulün genel işlem koşullarının yürürlük denetimi bakımından kabul edilmesinin nedeni TBK’da, kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan tarafın, bu şartları tam ve gereği gibi anlaması gerektiğine ilişkin bir düzenlemenin bulunmamasıdır¹⁷⁵.

Global kabul yoluyla bir bütün olarak kabul edilen genel işlem koşulları nedeniyle kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan tarafı koruma ihtiyacı doğmuş olup TBK’da açık bir düzenleme yer almasa da Yargıtay uygulamasında¹⁷⁶ ve Alman Medeni Kanununun 305/b paragrafında ferdi anlaşmaların genel işlem koşullarına göre öncelik taşıdığı kabul edilmiştir¹⁷⁷.

Ticari işlerde genel işlem koşulunun karşı tarafça incelendiğini ispat külfeti, genel işlem koşullarını kullanan tarafa ait olduğundan uyuşmazlıkların giderilmesi için karşı tarafın kabul beyanının yazılı olarak alınmasında ispat hukuku bakımından fayda bulunmaktadır¹⁷⁸. Nitekim uygulamada özellikle bankalar, ticari nitelikteki kredi sözleşmesini imzalamadan önce karşı taraf gerçek kişi tacirden veya tüzel kişi tacir ise yetkilisinden genel kredi sözleşmesini okuyup, anladıklarına dair yazılı onay beyanı almaktadırlar.

¹⁷⁴ Aydoğdu, **Şerh**, s.173.

¹⁷⁵ Yelmen, **a.g.e.**, s.91.

¹⁷⁶ Yargıtay 11. HD. 14.04.1995 tarihli ve 1995/1993 E. 1995/3369 K. sayılı “*Öğretide Merki tarafından işlenmiş normlar hiyerarşisi kuramına göre, kanun, sözleşme arasında bir boşluk varsa bu boşluk şahısların serbest iradesi ile doldurulabilir. Ne var ki emredici kanun hükümlerine karşı bu boşluk, şahıs iradesi tarafından doldurulamaz. Yukarıda açıklandığı gibi TTK.nun 1404-1406. maddeleri emredici hukuk kuralı olmaktan çıkarılmıştır. Taraflar yedek hukuk kuralı haline gelmiş kanuna uygun olarak sözleşmeye özel kural koyabilirler. Diğer taraftan, tamamlayıcı hukuk kurallarına aykırı düşen kayıtları içeren sigorta genel şartları, genel bir ifade ile genel işlem şartları ile sözleşmeyi tamamlama amacı ile konulmuş kanunun yedek hukuk kuralları arasında aykırılık varsa, buna öğretide genel işlem şartları ile yedek hukuk kuralları rekabete girmiş, yarışmaya girmiş denilmektedir. İtalyan ve Alman hukuklarının aksine İsviçre-Türk Borçlar Hukukunda bu konuda genel veya özel bir hüküm yoktur. Genel kabule göre, taraflar genel işlem şartlarının aksini sözleşmenin bir maddesi ile kabul etmişlerse bu kabulleri geçerlidir ve önce aksi kararlaştırılan bu özel kuralın, genel işlem şartlarındaki kurallardan önce uygulanması gerekir. Ayrıca, tamamlayıcı hukuk kurallarının düzenleme fonksiyonu, hakkaniyete uygunluk gibi esaslar göz önünde tutularak, genel işlem şartları içinde vasıflandırılabilen sigorta genel şartlarında yer alan bazı kuralların da geçersiz sayılacağı kabul edilebilecektir.*” kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 17.08.2019, 22:23)

¹⁷⁷ Naklen: Yelmen, **a.g.e.**, s.91.

¹⁷⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.125.

3. Ticari İşlerde Şaşırtıcı Şart Denetimi

TBK'nın 21/2 maddesinde göre “*Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.*” Kaynağını Alman Medeni Kanunundan alan ilgili hükümde kanun koyucu, sözleşmenin niteliğine ve özelliğine aykırı olan kayıtların sözleşmede yazılmamış sayılacağını düzenlemiştir. Hükümün gerekçesine bakıldığında da anılan hüküm ile kanun koyucunun BGB'nin 305/c paragrafında düzenlenen sözleşme içeriğindeki şaşırtıcı ve alışılmamış kayıtları sözleşmeye dahil etmeme amacını taşıdığı söylenebilecektir¹⁷⁹.

BGB'nin 305/c paragrafına göre “*Hal ve şartlara ve özellikle sözleşmenin dış görünümüne göre kullananın karşısındaki sözleşme tarafının hesaba katması beklenemeyecek ölçüde alışılmamış nitelikteki genel işlem koşulları sözleşme kapsamına dahil olmuş sayılmaz. Genel işlem koşullarının yorumunda, tereddüt halinde kullanan aleyhine olan anlam dikkate alınır.*” Anılan hükümde düzenlendiği üzere Alman kanun koyucu TBK'nın 21/2 maddesinin aksine “yazılmamış sayılma” kavramı yerine “sözleşmenin içeriğine dahil olmama” kavramını tercih etmiştir. Kanaatimizce TBK'nın 21/2 maddesinde halihazırda sözleşmede yazılı bulunan genel işlem koşulunun yazılmamış sayılmasının hukuken bir mantığı olmadığından¹⁸⁰ bu yöndeki kayıtların geçerli olup olmadığının içerik denetimi yoluyla tespit edilmesi gerekmektedir¹⁸¹.

BGB'de ifade edilen şaşırtıcı koşullar TBK'nın 21/2 maddesinde *sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan kayıtları* ifade etmektedir. Doktrinde ise söz konusu şaşırtıcı koşullar kavramı daha geniş şekilde *alışılmamış, irkiltici, aykırı, olağan dışı, beklenmedik, olağan dışı kayıtlar* olarak açıklanmaktadır¹⁸². Bu kapsamda bir hükmün TBK'nın 21/2 hükmü uyarınca

¹⁷⁹ Antalya, **a.g.e.**, s.303; Atamer, **Denetim**, s. 110; Havutçu, **a.g.e.**, s.133; Esra Kaşak, Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 Sayılı TBK. m. 21/2), **İÜHFD.**, C. 3, S. 1, Y. 2012, s. 416

¹⁸⁰ Aynı yönde Yeşim M. Atamer, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi (**Tasarı**), **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Ağustos, 2005, S:4, s.109; Kaşak, **a.g.m.**, s.424

¹⁸¹ Havutçu, **a.g.e.**, s.155

¹⁸² Antalya, **a.g.e.**, s.309; Havutçu, **a.g.e.**, s.155.

yazılmamış sayılması için objektif şartı, hükmün sözleşmeye yabancı olması ve sözleşmenin özü ile bağdaşmaması iken; sübjektif şartı kendisine karşı genel işlem koşulu kullanılan tarafın hesaba katmamasının mümkün olmamasıdır. Hiç şüphesiz bu durumda da genel işlem koşulunun şaşırtıcı bir hüküm içermediğini ispat yükü yukarıda ifade ettiğimiz üzere genel işlem koşulunu kullanan kişiye ait olacaktır¹⁸³.

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan kayıtları tespit ederken eğer sözleşme kanunda düzenlenen edimleri ihtiva ediyorsa bu sözleşmenin kanunda düzenleniş şekli, eğer kısmen veya tamamen kanunda düzenlenmeyen edimleri ihtiva ediyorsa da karakteristik edimlerin özelliğinin dikkate alınması gerekir¹⁸⁴. Bu durumda örneğin bir ticari satış sözleşmesinde, satıcı tacir tarafa, alıcı tacir tarafın herhangi bir kusuru olmaksızın dilediği zaman ve şekilde sözleşmeden dönme hakkının tanınmasını satış sözleşmesindeki sinallagmatik ilişkinin niteliğine aykırıdır. Aynı şekilde ticari kredi sözleşmelerinde, müşteri tacirin kredi borcunu ödememesi halinde muaccel hale gelecek kredi taksitlerinin tahsili için bankaya maliki olduğu taşınmazı devretmesini düzenleyen sözleşme hükmünün şaşırtıcı kayıt olduğunun kabulü gerekir. Zira kredi sözleşmesinde tacir bankanın, tacir müşterinin maliki olduğu taşınmaz üzerinde rehin hakkı kurmak yerine tacir müşterinin mülkiyet hakkını tamamen ortadan kaldıracak şekilde taşınmazı devretmeye zorlamasını işin özelliğine yabancı kabul etmek gerekir.

Bunula birlikte şaşırtıcı kayıtların tespiti TBK'nın 21/2 maddesinin gerekçesi ve yargı kararları referans alınarak da tespit edilebilecektir¹⁸⁵. Nitekim kanun koyucu anılan hükmün gerekçesinde “*Maddenin ikinci fıkrasında, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşullarından da yazılmamış sayılacağı belirtilmiştir. Bu nitelikteki genel işlem koşullarının, düzenleyene, bunlar hakkında açıkça bilgi verilip, içeriğini öğrenme olanağının sağlanması ve diğer tarafın da bunu kabul etmesi, yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanmasını engellemez. Böylece Alman Medeni Kanunun (BGB) 305c*

¹⁸³ Aydoğdu, **a.g.e.**, s.103.

¹⁸⁴ Atamer, s.111; Havutçu, **a.g.e.**, s.136; Kaşak, **a.g.m.**, s.421.

¹⁸⁵ Şeker, **a.g.e.**, s.42 vd.

maddesinde olduğu gibi, şaşırtıcı kuralların sözleşme içeriğinden sayılmaması ilkesi benimsenmiştir. 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 rastlanmaktadır. Döviz hesabını belli bir yabancından açtıran kişiye, hesabın bulunduğu kurumca farklı bir yabancı para ya da Türk Lirası ile ödeme yapılması, olağandışı sayılacağı için, bu tür bir genel işlem koşulu yazılmamış sayılacaktır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında da cari hesap şeklinde işleyen bir kredi işleminde, ipoteğe ilişkin metnin içine örtülü olarak konulmuş olan bir kefalet yüklenimi olağan dışı bulunmuştur. Ayrıca kredi sözleşmelerinde, neredeyse ayıksız olarak verilen, kredi kurumunun dilediği anda hiçbir gerekçe göstermeksizin hesabı kat edeceği, ilişkiye son vereceğine ilişkin hükümler de olağandışı olduklarından yazılmamış sayılacaktır.” ifadelerine yer vermiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi de sözleşmenin niteliğini esaslı bir biçimde değiştiren veya belli bir sözleşme tipi için Kanunda öngörülen düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan kayıtların sözleşmeye yabancı ve şaşırtıcı sayılması gerektiğine hükmetmiştir¹⁸⁶. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesine göre, yetkili mahkemeleri değiştiren hükümler¹⁸⁷, iş sahibine kendisine danışmadan her türlü masrafla yükümlü tuttuğu için mimarın işi denetlemesi ve iş sahibinin nihai masraf teklifini onaylamasına ilişkin hüküm¹⁸⁸, müşterinin kiraladığı arabanın kaskosunda yer alan kiraya verenin hafif ihmali ile meydana gelecek zararın dahi sigorta kapsamı dışında kalacağına ilişkin hüküm¹⁸⁹” beklenmez ve şaşırtıcı nitelikte bulunmuştur¹⁹⁰.

Kanun koyucunun TBK’nın 21/2 maddesinde düzenlediği ve Alman Medeni Kanunun deyimiyile “şaşırtıcı şart denetiminin” aslında yürürlük denetimi başlığında düzenlese de örtülü bir içerik denetimi olduğuna değinmiştik¹⁹¹.

¹⁸⁶ Atamer, **Denetim**, s.111; Havutçu, **a.g.e.**, s.137.

¹⁸⁷ Naklen: Kaşak, **a.g.m.**, s.423.

¹⁸⁸ Aydoğdu, **Denetim**, s.104-105.

¹⁸⁹ Naklen: Kaşak, **a.g.m.**, s.423

¹⁹⁰ Aydoğdu, **Denetim**, s.104-105

¹⁹¹ Aynı yönde Havutçu, **a.g.e.**, s.155; Aydoğdu, **a.g.e.**, s.109.

Gerçekten de kanaatimizce şaşırtıcı şart denetimi aslında TBK'nın 25. maddesinde düzenlenen ve dürüstlük kuralını esas alan içerik denetiminin bir yansımasıdır. Dolayısıyla ticari veya genel her türlü standart sözleşme hakkında yapılacak şaşırtıcı şart denetiminin, genel işlem koşullarında yer alan bir kaydın dürüstlük kriterine aykırı olup olmadığı yönünde bir şüphe oluştuğunda uygulanması hukuk mantığı açısından daha isabetli olacaktır.

4. Yazılmamış Sayılma

a. Genel Olarak

TBK'da genel işlem koşullarının düzenlendiği 20 vd. maddelerinde kanun koyucu yaptırım olarak yazılmış sayılmayı düzenlemiştir. Nitekim TBK'nın 21/1 maddesine göre *“Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.”* TBK'nın 21/2 maddesine göre *“Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.”* TBK'nın 22. maddesine 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.”* TBK'nın 24. maddesine 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 veren kayıtlar yazılmamış sayılır.”* Anılan maddelerde belirtildiği üzere genel işlem koşullarının denetiminde yazılmamış sayılma yaptırımı, genel işlem koşullarının yürürlük, içerik ve yorum denetimlerinin tamamında uygulanan bir yaptırım çeşididir¹⁹². Hal böyle olunca da yazılmamış sayılma yaptırımının hukuki

¹⁹² Türk Hukukunda yazılmamış sayılma yaptırımının düzenlendiği tek alan genel işlem koşulları değildir. Yazılmamış sayılma TTK'nın sair maddelerinde de düzenlenmiştir. Bu kapsamda TTK'nın 675/1 maddesine göre *“Görüldüğünde veya görüldüğünden belirli bir süre sonra ödenmesi şart kılınan bir poliçeye, düzenleyen tarafından faiz şartı konulabilir. Diğer poliçelerde böyle bir faiz şartı yazılmamış*

niteliğinin eksiklik, iptal edilebilirlik, kısmi hükümsüzlük, kesin hükümsüzlük ve yokluk açısından değerlendirme gereği doğmuştur. Bu kapsamda aşağıda yazılmamış sayılma yaptırımının hukuki niteliği az önce sayılan yaptırım türleri kapsamında değerlendirilecek ve en nihayetinde yazılmamış sayılma yaptırımının hukuki niteliği hakkında hukuki görüşümüz açıklanacaktır.

b. Yazılmamış Sayılmanın Hukuki Niteliği

i. Eksiklik Yönünden Değerlendirilmesi

Borçlar hukukumuzdaki yaptırım türlerinden bir olan eksiklik, yasal mevzuatta bir sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulması ve geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için öngörülen unsurların bir kısmının bulunmaması anlamına gelmektedir¹⁹³. Bununla birlikte eksikliğe neden olan unsurun eksikliği sözleşmenin kurulmasını ve sözleşmenin geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurmasını engellemektedir¹⁹⁴. Bu durumda sözleşmedeki eksik unsurun sonradan tamamlanması mümkün olup, sözleşme askıda geçersizdir¹⁹⁵. Dolayısıyla sözleşmedeki eksikliğin tamamlanmasıyla birlikte askıda geçersizlik durumu oradan kalkar ve sözleşme hüküm ve sonuçlarını kurulduğu andan itibaren eksiksiz bir şekilde doğurur¹⁹⁶. Bu durumun hukukumuzda en bilenen örneği ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlı kişilerin taraf oldukları ve kendilerini borç altına sokan sözleşmelerdir.

sayılır.” TTK’nın 675/2 maddesine göre “Faiz oranının poliçede gösterilmesi gerekir; gösterilmemiş ise faiz şartı yazılmamış sayılır.” TTK’nın 679. maddesine göre “Düzenleyen, poliçenin kabul edilmemesinden ve ödenmemesinden sorumludur. Düzenleyen, kabul edilmeme hâlinde sorumlu olmayacağını şart edebilirse de ödenmemeden sorumlu olmayacağına ilişkin kayıtlar yazılmamış sayılır.” TTK’nın 682/1 maddesine göre “Cironun kayıtsız ve şartsız olması gerekir. Cironun bağlı tutulduğu her şart yazılmamış sayılır.” TTK’nın 784. maddesine göre “Çek hakkında kabul işlemi yapılamaz. Çek üzerine yazılmış bir kabul kaydı, yazılmamış sayılır.” TTK’nın 786. maddesine göre “Çekte öngörülen herhangi bir faiz şartı yazılmamış sayılır.” TTK’nın 789/1 maddesine göre “Cironun kayıtsız ve şartsız olması gereklidir. Ciro, şartlara tabi tutulmuşsa bunlar yazılmamış sayılır.”

¹⁹³ Eren, **a.g.e.**, s.333; Bilge Öztan, **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, 43. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Ocak 2019, s.33.

¹⁹⁴ Eren, **a.g.e.**, s.333; Öztan, **a.g.e.**, s.33; Veysel Başpınar, **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998, s.21.

¹⁹⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.511; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.594; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.184; Başpınar, **a.g.e.**, s.21

¹⁹⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.511; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.594; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.185; Başpınar, **a.g.e.**, s.21

Bu sözleşmeler TMK'nın 16/1 maddesindeki *“Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.”* şeklindeki hüküm uyarınca yasal temsilcilerinin rızası olmaksızın eksik bir sözleşmedir¹⁹⁷. Yasal temsilcinin sonradan rıza göstermesi halinde sözleşme, TMK'nın 451/1 maddesindeki *“Ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi, vasinin açık veya örtülü izni veya sonraki onamasıyla yükümlülük altına girebilir veya bir haktan vazgeçebilir.”* şeklindeki hüküm uyarınca tamamlanır ve hüküm ve sonuçlarını kurulduğu andan itibaren hukuka uygun şekilde doğurur¹⁹⁸. Aksi halde yasal temsilci tarafından sonradan rıza verilmez ise sözleşmedeki eksiklik kesin hükümsüzlüğe dönüşür ve sözleşme başlangıçtan itibaren kurulmamış sayılır¹⁹⁹.

Buna karşılık genel işlem koşullarının denetiminde uygulanan yazılmamış sayılma yaptırımının, eksiklik de olduğu gibi sonradan tamamlanmasıyla genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olacağından söz etmek mümkün değildir. Zira yazılmamış sayılma yaptırımının şartları, sözleşmenin herhangi bir anında değil; doğrudan sözleşmenin kuruluşu sırasında kuruluşu sırasında incelenir ve değerlendirilir. Bu bakımdan askıda geçersiz sayılmamanın aksine, sözleşmenin kuruluşu sırasında var olmayan şartların veya unsurların sonradan gerçekleşmesi, genel işlem koşullarının geçerli bir şekilde sözleşme içeriğine dahil olması bakımından hiçbir hüküm ifade etmez. Bu bakımdan eksiklik yaptırımının ve söz konusu eksiklik giderilene kadar askı da geçersiz olma halinin genel işlem koşulları bakımından uygulanabilirliği bulunmamaktadır.

¹⁹⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s.511; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.594; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.185; Başpınar, **a.g.e.**, s.21

¹⁹⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s.511; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.594; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.185; Başpınar, **a.g.e.**, s.21.

¹⁹⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s.511; Eren, **a.g.e.**, s.333; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.594; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.185; Başpınar, **a.g.e.**, s.21

ii. İptal Edilebilirlik Yönünden Değerlendirilmesi

Borçlar hukukumuzdaki yaptırım türlerinden bir olan iptal edilebilirlik doktrinde, gerçek anlamı ile bir iptal hakkı doğuran iptal edilebilirlik ve gerçek olmayan anlamda iptal hakkı doğuran iptal edilebilirlik olmak üzere iki ayrı türde incelenmektedir²⁰⁰. Bunlardan gerçek anlamı ile iptal hakkı doğuran iptal edilebilirlikte, sözleşme başlangıçta, tıpkı geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuçlarını doğurmakta, ancak kendisine iptal hakkı tanınan taraf, bozucu yenilik doğuran hakkını kullandığı vakit, geçmişe etkili olarak kesin hükümsüz hale gelmektedir²⁰¹. Doktrinde bu duruma örnek olarak TBK'nın 28 vd. maddelerinde düzenlenen gabin kurumu gösterilmektedir²⁰². Gerçek olmayan anlamda iptal hakkı doğuran iptal edilebilirlikte ise bu durumdan farklı olarak sözleşme daha baştan hiçbir hüküm doğurmamakta; iptal hakkı süresi içerisinde kullanılırsa bu hükümsüzlük kesinleşmekte, aksi halde sözleşme yapıldığı andan itibaren geçerli bir sözleşme haline gelmektedir²⁰³. Dolayısıyla bu durumda düzelebilir hükümsüzlük meydana gelmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu "*Hemen belirtilmelidir ki, hata ile malul olan akit, hataya duçar olan tarafı ilzam etmez ise de; hata ile mülzem olmayan taraf bu akdi ifa etmemek hakkındaki kararını diğer tarafa beyan yahut verdiği şeyi istirdat etmeksizin bir seneyi geçirir ise, akde icazet verilmiş nazarıyla bakılır. Bu mehil, hatanın anlaşıldığı tarihten itibaren cereyan eder. Buna göre hatanın neticesi, taliki şarta bağlı sıhhattir ve hata edene tanınan inşai hakkın, bir sene zarfında kullanılması gerekir. Borçlar Kanunu'nun 31. maddesinde öngörülen süre, akdi iptal hakkı bir alacak olmadığı cihetle, bir zamanaşımı süresi değil, yenilik doğuran diğer haklar için tayin edilen süreler gibi, bir hak düşürücü süredir*²⁰⁴." kararında irade sakatlığı hallerinde sözleşmenin baştan itibaren geçersiz halde olduğu ancak bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde dava açılmadığı takdirde iptale konu sözleşmenin geçerli hale

²⁰⁰ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.588; Dural/Sarı, **a.g.e.**, s.211. Söz konusu ayırımın aksine tek çeşit iptal edilebilirlik yaptırımı bulunduğu dair görüş için bkz. Eren, **a.g.e.**, s.309.

²⁰¹ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.588

²⁰² Dural/Sarı, **a.g.e.**, s.212. Altaş, **a.g.e.**, s.158

²⁰³ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.589.

²⁰⁴ Yargıtay HGK 05.04.2006 tarihli ve 2006/1-83 E. 2006/143 K. sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 04.12.2019, 03:24)

geleceğini belirtmiştir.

Buna karşılık genel işlem koşullarının denetiminde uygulanan yazılmamış sayılma yaptırımı, iptal edilebilirlikte olduğu gibi iptal sebebine dayanılarak iptal hakkını kullanılması şartı aranmaksızın yazılmamış sayılan hükümleri en başından itibaren geçersiz hale getirmektedir. Dolayısıyla yazılmamış sayılma, iptal edilebilirlikten hem ilgilisi tarafından ileri sürülmesine gerek olmaması hem de genel işlem koşullarının daha en başından beri sözleşme içeriğine dahil olmaması bakımından birbirinden farklı şartlara tabi ve farklı sonuçlar doğuran hukuki yaptırımlardır.

iii. Kesin Hükümsüzlük Yönünden Değerlendirilmesi

Borçlar hukukumuzdaki yaptırım türlerinden biri olan kesin hükümsüzlük doktrinde, bir hukukî işlemin, hakkında uygulanacak hukuk düzeninde geçerlik şartlarını içermesinden dolayı, ilgili hukuki işlemin daha en başlangıçtan itibaren hukuki hüküm ve sonuçlarını geçerli ve meşru bir şekilde doğurmaması olarak açıklanmaktadır²⁰⁵.

Pozitif hukukumuzda kesin hükümsüzlük, tam kesin hükümsüzlük ve kısmî hükümsüzlük olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir. Kesin hükümsüzlük TBK'nın 27/1 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre *“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”* Bu çerçevede hükümsüzlüğe neden olan sebep, sözleşmenin tamamını ilgilendirir ve bunun sonucunda da sözleşmenin tamamını geçersiz hale getirir. Kesin hükümsüzlük halinde sözleşme başlangıçtan itibaren geçersiz sayıldığından butlana neden olan sebep ortadan kalksa veyahut eksiklik giderilse dahi sözleşme sıhhat kazanmaz²⁰⁶.

²⁰⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s.512; Eren, **a.g.e.**, s.343; Başpınar, **a.g.e.**, s.21; Öztan, **a.g.e.**, s.32

²⁰⁶ Hal böyle olmakla birlikte *Altaş*'ın katıldığımız görüşüne göre örneğin taşınmaz satış sözleşmesi taraflar arasında resmi şekle tabi olmadan kurulmuş ve taraflardan biri edimini tam ve gereği gibi yerine getirmiş ise bu durumda sözleşmenin resmi şekle uygun olmadığından kurulduğu iddiasıyla butlanını talep edemez. Bu durum aynı zamanda, TMK'nın 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının da bir yansımasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Altaş, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998

Buna karşılık yazılmamış sayılma yaptırımında genel işlem koşulu hiçbir zaman için sözleşmenin içeriğine dahil olmadığından, kesin hükümsüzlükte olduğu gibi batıl olsa da mevcut bir sözleşme hükmünde bahsedilemez. Bu nedenle butlan ve yazılmamış sayılma yaptırımların birbirinden farklı hukuki niteliklere sahiptir. Bununla birlikte yazılmamış sayılma ile kesin hükümsüzlük ilgili hükmün sözleşmeye dahil olup olmaması aşamasında farklılık gösterse de ilgili hükmün başlangıçtan itibaren hukuki sonuçlarını doğurmaması ve sonradan bu eksikliğin giderilmesinin sonuca bir etkisinin bulunmaması yönünden benzerlik göstermektedir²⁰⁷.

iv. Kısmi Hükümsüzlük yönünden Değerlendirilmesi

Borçlar hukukumuzdaki yaptırım türlerinden bir olan kısmi hükümsüzlük doktrinde, sözleşmenin bir kısım hükümleri geçersiz olsa da diğer hükümlerinin tarafların farazi iradeleriyle birlikte değerlendirilerek geçerli bir şekilde hukuki sonuçlarını doğurmasıdır²⁰⁸.

Kısmi hükümsüzlük pozitif hukukumuzda TBK'nın 27/2 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre *“Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı*

²⁰⁷ Doktrinde bir kısım yazarlar, hukuk terminolojisinde yeknesaklığı sağlamak adına yazılmamış sayılma ibaresi yerine kesin hükümsüzlük ifadesinin de kanun koyucunun amacına uygun hukuki sonuçlar doğuracağı görüşündedir. Anılan görüş için bkz. Erdem Kuntalp, Nami Barlas, Ahu Ayanoğlu Morali, Pelin Çavuşoğlu Işıntan, Mehtap İptek, Mert Yaşar, Sedef Koç, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler**, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2005, s.27. Aynı şekilde Yargıtay 11. HD. 04.06.2018 tarihli ve 2016/13006 E. 2018/4273 K. sayılı *“Sözleşmede, yürürlük denetiminin aşılması ve yorumu gerektirecek bir belirsizliğin bulunmaması veya bulunsa bile düzenleyen aleyhine yorum yapılmış olmasından sonra, sözleşmenin bir de içerik denetimine tabi tutulması gerekmektedir. İçerik denetimi yapılırken, genel işlem koşulu olduğu ileri sürülen hükmün dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı, karşı tarafın aleyhine ve onun şartlarını ağırlaştırıcı nitelikte olup olmadığına bakılacaktır. Hangi tür sözleşme hükümlerinin dürüstlük kuralına aykırı ve diğer tarafın şartlarını ağırlaştırıcı nitelikte olduğu hususu Kanunda düzenlenmemiş olup, mahkemece her somut olayda bu durumun tartışılması ve değerlendirilmesi gerekir. İçerik denetimi aşamasında, sözleşme hükmünün dürüstlük kuralına aykırı olduğu ve karşı tarafın şartlarını ağırlaştırdığının tespiti halinde, genel işlem koşulu niteliğindeki bu hükmün, yürürlük denetiminden farklı olarak, Kanunun emredici hükmüne açık aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz sayılması gerekir.”* şeklindeki kararında yazılmamış sayılmanın hukuki sonucunu kesin hükümsüz olarak belirterek bir anlamda yazılmamış sayılmanın butlan niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. Anılan karar için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 24.11.2019, 16:56)

²⁰⁸ Eren, a.g.e., s.337; Başpınar, a.g.e., s.29.

kesin olarak hükümsüz olur.” Anılan hükümde belirtildiği üzere kısmi hükümsüzlük halinde sözleşmenin bir bölümü, kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olduğu halde diğer bölümleri geçerlidir. Bununla birlikte hükmün ikinci cümlesinde belirtildiği üzere sözleşmenin batıl olmayan diğer kısımlarının geçerli olması için tarafların iradelerinin bu yönde olması gerekir²⁰⁹. Aksi halde, taraf iradeleri sözleşmenin batıl olan kısımları olmaksızın sözleşmenin kurulamayacağı yönünde ise diğer kısımlar da batıl olur²¹⁰.

TBK’nın 27/2 maddesindeki düzenlemenin aksi yönde TTK’nın “*Ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ile mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin sonuçları*” başlıklı 1530/1 maddesine göre “*Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır. Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır. Bu sınırlarda, Türk Borçlar Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanmaz.*” Anılan hükümde belirtildiği üzere, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır. Bahsedilen en yüksek sınırı aşan edimleri ihtiva eden hükümler batıldır. Bu durumda sınırı aşan edimler, hata ile yerine getirilmiş olsa bile geri alınır. Burada artık, taraflardan biri, sınırı aşan kısımlar olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.

TBK’nın 21 ve 22. maddelerinden düzenlenen “*yazılmamış sayılma*”ya ilişkin yukarıda tam butlan hakkından yapılan değerlendirmeler, burada da yapısına uygun düştüğü ölçüde aynen geçerlidir. Zira hakkında kısmi hükümsüzlük yaptırımı uygulanan hükümler, başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurmasa da, sözleşmede mevcuttur. Buna karşılık yazılmamış sayılan genel işlem

²⁰⁹ Eren, **a.g.e.**, s.337; Kocayusupaşaoğlu, **a.g.e.**, s.598

²¹⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s.508; Eren, **a.g.e.**, s.337; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.598; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.186.

koşullarının, sözleşmenin kapsamına dahil olması söz konusu değildir²¹¹.

Öte yandan TBK'nın 22. maddesinde kanun koyucu kısmi hükümsüzlük ile benzer yönde bir düzenlemeye yer vermiştir. Buna 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.”* Anılan hükümde, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem şartları dışındaki hükümlerinin geçerliğini koruyacağından söz edilmiştir. Bu kapsamda söz konusu düzenleme, kısmi hükümsüzlükteki geçersiz hükümlerin batıl olup, sakat olmayan hükümlerin geçerliğini koruması ile paralellik göstermektedir. Ancak söz konusu paralellik, kısmi hükümsüzlük ile yazılmamış sayılma yaptırımlarının aynı hukuki niteliğe sahip olduğu sonucunu doğurmamaktadır. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, kısmi geçersiz olan hükümler, hukuki sonuçlarını doğurmasa da sözleşme kapsamına girmiş iken; yazılmamış sayılan genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesi söz konusu değildir. Ayrıca kanun koyucu TBK'nın 27/2 maddesinde, batıl olan hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamının kesin olarak hükümsüz olacağını düzenlemiştir. Buna karşılık TBK'nın 22/2 maddesine göre ise genel işlem koşullarını kullanan tarafın, yazılmamış sayılan genel işlem koşulları şartlar olmasaydı, geçerli sayılan diğer hükümler üzerinden sözleşme yapmayacağını ileri sürme hakkı bulunmamaktadır. Söz konusu husus, yukarıda da belirtildiği üzere, TTK'nın 1530. maddesindeki hükmü uyarınca, en yüksek haddi aşan sözleşmeler bakımından da aynen geçerlidir²¹².

v. Yokluk Yönünden Değerlendirilmesi

Borçlar hukukumuzdaki yaptırım türlerinden biri olan yokluk doğrudan en geniş anlamıyla hukuki işlemlerin kurucu unsurlarının bulunmayışı halinde uygulanan bir yaptırımdır. Dolayısıyla bir sözleşmenin yokluğundan

²¹¹Buna karşılık doktrinde bir kısım yazar genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmeyen hükümleri hakkında kısmi butlan yaptırımının uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu konudaki ayrıntılı görüş için bkz. Hüseyin Hatemi/K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Eylül 2017, s.62.

²¹² Başpınar, **a.g.e.**, s.163.

bahsediliyorsa sözleşme hiçbir zaman kurulmamıştır²¹³. Nitekim TBK'nın 1/1 maddesine göre “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.” Anılan hükümde belirtildiği üzere tarafların karşılıklı irade beyanları birbirine uygun değilse, sözleşme kurulamaz. Bu sebeple sözleşmenin kurucu unsuru, tarafların belirli bir hukukî sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıdır²¹⁴. Söz konusu kurucu unsurlarının bulunmayışı yokluk kapsamında değerlendirilir ve sözleşme hiç kurulmamış sayılır.

Yazılmamış sayılma ve yokluk yaptırımları bu kapsamda değerlendirildiğinde, her ikisinde de sözleşme hükümlerinin en başından itibaren sözleşme metnine dahil olmaması ve en başından itibaren geçersiz olması yönünden birbirlerine benzemektedir. Hatta doktrinde kimi yazarlar, yazılmamış sayılmadan anlaşılması gerekenin yokluk olduğunu savunmaktadır²¹⁵. Buna karşılık kanaatimizce yokluk ve yazılmamış sayılma sonuçları bakımından benzer yaptırımlar olsa da yazılmamış sayılmayı doğrudan yokluk çatısı altında değerlendirmek mümkün değildir. Zira söz konusu yaptırım çeşitlerinden yokluk sözleşmeler hukukunda, TBK'nın 1. maddesinde düzenlenen sözleşmenin kurulması, kurucu unsurları ile ilgili bir kavramdır. Buna karşılık yazılmamış sayılmanın uygulanacağı genel işlem koşulları tek başına bir sözleşme değil ancak gerekli denetimleri geçtikten sonra sözleşme içeriğine dahil olan sözleşme hükümleri niteliğindedir²¹⁶. Dolayısıyla genel işlem koşullarının yer alacağı sözleşme, yazılmamış sayılan genel işlem koşulları olsa bile geçerli bir şekilde kurulmuş olabilir. Nitekim kanun koyucu da TBK'nın 22. maddesinde sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem şartları dışındaki hükümlerinin

²¹³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.506; Eren, **a.g.e.**, s.331; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.578; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.179.

²¹⁴ Eren, **a.g.e.**, s.331.

²¹⁵ Eren'e göre yazılmamış sayılmadan anlaşılması gereken yokluktur Ancak, TBK'nın 22. maddesine göre, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri, geçerliliğini korur. Dolayısıyla Eren burada, kısmi yokluk yaptırımını savunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, **a.g.e.**, s.221. Oğuzman/Öz de, yazılmamış sayılmanın hüküm ve sonuçları nedeniyle yokluk derecesinde olduğunu savunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 168. Aynı yönde Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 117.

²¹⁶ Buna karşılık Eren, genel işlem koşullarına ilişkin olarak sözleşme teorisini benimsemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, **a.g.e.**, s.104.

geçerliğini koruyacağını düzenlemiştir. Tüm bu nedenlerle kanaatimizce yazılmamış sayılmanın klasik anlamda yokluğu ifade ettiğini savunmak mümkün değildir²¹⁷.

vi. Doktrindeki Görüşler ve Kabul Ettiğimiz Düşüncemiz

Eren'e göre, TBK'nın 21. maddesinde sayılan şartlara uyulmadığı takdirde genel işlem koşullarına uygulanacak yazılmamış sayılma yaptırımının yokluk şeklinde değerlendirilmesi gerekmektedir²¹⁸. Buna karşılık yazara göre TBK'nın 22. maddesi kapsamında sözleşmenin, yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini koruduğundan dolayı burada kısmi yokluk yaptırımı söz konusudur. Bu durumda genel işlem koşullarını kullanan taraf, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı sözleşmenin geriye kalan hükümleriyle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyecektir²¹⁹. Ancak yazılmamış sayılan bir genel işlem koşulu, sözleşmenin esaslı noktasına ilişkin ise genel işlem koşullarını içeren sözleşme kurulmaz²²⁰. Bununla birlikte yazar TBK'nın 24. maddesinde düzenlenen yazılmamış sayılma halini kısmi yokluk olarak kabul etmiştir²²¹.

Oğuzman/Öz, TBK'da düzenlenen yazılmamış sayılma yaptırımının, kesin hükümsüzlükten daha da ileri bir hükümsüzlük durumunun söz konusu olduğu savunarak yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanması neticesinde yokluk yaptırımının gündeme geleceğini belirtmektedir²²².

Kılıçoğlu'na göre, yazılmamış sayılan hükümlerin kendiliğinden geçersiz sayılmasına benzer yani yokluk türünde bir yaptırım söz konusudur. Yazılmamış sayılan hükümlerin diğer taraf açısından bağlayıcı olmaması için ayrıca bir irade beyanına veya dava açmaya gerek yoktur²²³.

²¹⁷ Şeker, *a.g.e.*, s.168; Yelmen, *a.g.e.*, s.110.

²¹⁸ Eren, *a.g.e.*, s.221.

²¹⁹ Eren, *a.g.e.*, s.222.

²²⁰ Eren, *a.g.e.*, s.222.

²²¹ Eren, *a.g.e.*, s.222.

²²² Oğuzman/Öz, *a.g.e.*, s.165.

²²³ Kılıçoğlu, *a.g.e.*, s.119.

Antalya'ya göre, yazılmamış sayılma, geçersizliğin ağırlaştırılmış bir şeklidir²²⁴. Yazılmamış sayılma, kesin hükümsüzlüğün yokluğa yaklaşan daha ağırlaştırılmış bir türevidir²²⁵. Diğer bir deyişle yazılmamış sayılma, geçersizlik çeşitlerinden biri olarak, kesin hükümsüzlükten farklı ancak daha ağır bir geçersizlik türüdür²²⁶.

Buna karşılık kanaatimizce, detaylı bir şekilde açıkladığımız üzere genel işlem koşullarının tek başına sözleşme niteliğinde olmaması, sözleşmeler hakkında uygulanan yaptırım türlerinin birinin doğrudan yazılmamış sayılma yaptırımına uygulamasını engellemektedir. Hal böyle olunca, sözleşmeler açısından uygulanan yaptırım türlerini doğrudan genel işlem koşulları hakkında uygulamak kanun koyucunun TBK'nın 20 vd. maddelerinde düzenlediği genel işlem koşulu öğretisinin dışına çıkma riskini de beraberinde getirmektedir.

Bu kapsamda yukarı da incelediğimiz borçlar hukuku yaptırım hallerini birlikte değerlendirdiğimizde yazılmamış sayılmanın, kendisine özgü bir yaptırım türü olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim yazılmamış sayılma, diğer yaptırım türlerinden farklı olarak, kendisine özgü bir niteliğe sahiptir. Çünkü yukarıda da izah edildiği üzere, yazılmamış sayılma, diğerlerinin aksine sözleşmenin kendisine değil doğrudan sözleşmenin içerisinde yer alan genel işlem koşulları hakkında getirilen bir yaptırım türüdür. Dolayısıyla genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil olduğu anda sözleşmenin geçerliliği yazılmamış sayılma kapsamında tartışılmaz. Üstelik sözleşmenin esaslı noktalarını ayrı tutmak kaydıyla TBK'nın 22. maddesi uyarınca genel işlem koşullarındaki yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı sözleşmenin kurulmayacağını ileri sürmek hukuken mümkün değildir. Bu sebeple yazılmamış sayılma, diğer yaptırım türlerinden farklı bir hukuki niteliğe ve sonuçlara sahiptir.

c. Yazılmamış Sayılmanın Hukuki Sonuçları

TBK'nın 21/1 maddesine göre “*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem*

²²⁴ Antalya, a.g.e., s.106.

²²⁵ Antalya, a.g.e., S.103.

²²⁶ Antalya, a.g.e., s.103.

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.”

Anılan hükümde belirtildiği üzere genel işlem koşullarının, sözleşmenin kapsamına girmesi için gerekli şart ve unsurları taşıyamaması halinde söz konusu koşullar yazılmamış sayılır. Bu bakımdan, yazılmamış sayılma yaptırımının gerekli unsur ve şartları taşımayan genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil olmasını engelleyici bir fonksiyonunun bulunduğu kabulü gerekir.

TBK'nın 21/2 maddesine göre *“Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.”* Bu sebeple, genel işlem şartları, hangi sözleşmenin muhtevasına dâhil oluyorsa, onun niteliğine uygun hükümleri ihtiva etmelidir. Aksi takdirde, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem şartları yazılmamış sayılır. Çalışmamızın ilerleyen başlığında detaylı bir şekilde inceleyeceğimiz üzere sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı hükümler, genellikle karşı tarafın aslî edim yükümünü önemli ölçüde genişleten ve kısıtlayan hükümlerdir. Örneğin, cari hesap şeklinde işleyen bir kredi sözleşmesindeki kefalet kaydı, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı kabul edilmelidir. Aynı şekilde sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı şartlar, genel işlem şartlarını kullananın yasal yükümlülüklerini alışılmış olanın dışında kaldıran hükümler şeklinde de olabilir²²⁷.

TBK'nın 24. maddesine 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 veren kayıtlar yazılmamış sayılır.”* Anılan hükme genel işlem koşullarını kullanan tarafa tek taraflı değişiklik ve hüküm ekleme yetkisi veren koşullar hakkında yazılmamış sayılma yaptırımı uygulanır. Bu kapsamda yazılmamış sayılan genel işlem koşulları, başlangıçtan itibaren sözleşmenin içeriğine dahil edilmiş değildir ve hiçbir şekilde hüküm ve sonuçlarını

²²⁷ Yelmen, a.g.e., s.106

doğurmazlar.

TBK'nın 22. maddesine 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.”* Anılan hükümde belirtildiği üzere, yazılmamış sayılan genel işlem koşulları haricindeki sözleşme hükümleri geçerli kabul edilmektedir. Dolayısıyla söz konusu amir düzenlemenin varlığı sayesinde genel işlem koşullarını kullanan taraf, yazılmamış sayılan koşulların sözleşme kapsamına girmediği iddiası ve gerekçesiyle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu, sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri süremez. Burada kanun koyucu, genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelerin, TBK'nın 27/2 maddesindeki kısmi hükümsüzlük halinden faydalanarak kendisine karşı genel işlem koşullarını kullanan tarafın aleyhine hareket etmesini engellemeyi amaçlamıştır.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus, yazılmamış sayılan genel işlem koşullarının sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin olması halinde TBK'nın 22. maddesinin ne şekilde uygulama alanı bulacağıdır. Nitekim kanun koyucu TBK'nın 22. maddesinde, genel işlem koşullarını kullanan tarafın yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyeceğini düzenlemiştir. Bu durumda anılan hükümden hareket edildiğinde, esaslı noktalar yazılmamış sayılsa dahi, sözleşmenin geçerli olduğu sonucu ortaya çıkar. Ancak bu durum TBK'nın 2/1 maddesindeki *“Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır.”* şeklindeki hükme açıkça aykırılık teşkil edecektir. Dolayısıyla yazılmamış sayılan genel işlem koşulları şayet sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin ise genel işlem koşullarını içeren sözleşme kurulmamış kabul edilmelidir. En nihayetinde sözleşme kurulmadığı için sözleşmenin bir parçası olan genel işlem koşulları da hiçbir şekilde uygulama alanı bulamayacaktır. Öte yandan yazılmamış sayılan hükümler, sözleşmenin ikinci derecedeki noktalarına ilişkin ise bu durum, TBK'nın 2. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere sözleşmenin kuruluşuna olumsuz yönde bir etkide

bulunmayacaktır. Bu durumda ise, sözleşmenin tamamlanması gündeme gelecek ve sözleşme usulüne uygun olarak tamamlanacaktır²²⁸.

B. İÇERİK DENETİMİ

1. Genel Olarak İçerik Denetimi

Kanun koyucu, genel işlem koşullarının içerik denetimini TBK'nın 25. maddesinde düzenlemiştir. Buna göre “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*” Anılan hükümde belirtildiği üzere kanun koyucu, içerik denetiminde dürüstlük kuralını kriter olarak almış ve dürüstlük kuralına aykırı karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümlerin konulamayacağını kabul etmiştir. Öyle ki TBK’da genel işlem koşullarının içerik denetimini düzenleyen hükümler mevzuatımızda yer almadan önce de Yargıtay, genel işlem koşullarının içerik denetimini dürüstlük kuralına uygunluk kriterini gözeterek yapmıştır²²⁹.

Hukukun genel ilke ve kurallarından biri olan dürüstlük kuralı pozitif hukukumuzda TMK’nın 2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak*

²²⁸ Yargıtay 11 HD. 04.06.2018 tarihli ve 2016/13006 E. 2018/4273 K. sayılı “*Genel işlem koşulu sebebiyle yazılmamış veya kesin hükümsüz sayılan sözleşme hükmünün, sözleşmenin uygulanmasında boşluk doğurması halinde, ortaya çıkan sözleşme içi boşluğun, hakim tarafından öncelikle yedek hukuk, bu yoksa TMK m. 1 uyarınca örf ve adet hukukuyla, bu da yoksa hakimin hukuk yaratması yöntemiyle doldurulması gerekir.*” kararına göre hakim, sözleşmenin esaslı olmayan noktalarına ilişkin genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması halinde ortaya çıkan boşluğu öncelikle yedek hukuk kurallarıyla, bu yoksa örf ve adet hukukuyla bu da yoksa hukuk yaratma yöntemiyle dolduracaktır. Anılan karar için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 24.11.2019, 16:47)

²²⁹ Yargıtay 13 HD 07.04.1981 tarihli ve 1981/1045 E. ve 1981/2514 K. sayılı “*Davalının, teslim yetkisini saklı tutmayı içeren koşulu kötüye ve davacı tüketici aleyhinde kullanıp kullanmadığı, MK. md. 2’deki dürüstlük ve doğruluk kuralına, eş deyişle güven ilkesine aykırı davranıp davranmadığı saptanmalı ve uyumsuzluk böylece çözüme bağlanmalıdır. Önemle vurgulayalım ki, hakim, az önce anılan yasa hükmünün de doğrudan (re’sen) gözetmekle yükümlüdür. Öyleyse, mahkemece, soruşturma derinleştirilmeli, açıklanan doğrultuda inceleme yapılmalı, davalının güven ilkesine aykırı davranıp davranmadığı, 4. maddedeki koşulu kötüye kullanıp kullanmadığını, tedbirli bir tacir gibi davranmış olup olmadığı nedenden dolayı üretim planının aksadığı, davacının sırası ihlal edilip edilmediği, sıraları daha sonra olanlara araç özgülünip özgülünmediği, böyle davranmakta davalı haklı sayılıp sayılmayacağı saptanmalıdır.*” kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 17.05.2019, 10:17)

zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” Anılan hükümden hareketle dürüstlük kuralı doktrinde hukuki açıdan, “Orta zekalı, normal, makul kimselerin, toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlaka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçlarıyla iş hayatının gereklerine cevap veren, bu sebeple de herkesçe benimsenen kurallar bütünü” olarak tanımlanmaktadır²³⁰. Bununla birlikte kanun koyucu, içerik denetimini somutlaştıran ve dürüstlük kuralına aykırı olan koşulların ne şekilde tespit edileceğine dair herhangi bir hüküm düzenlememiştir. Hal böyle olunca dürüstlük kuralının somutlaştırılması gereği doğmuştur.

2. İçerik Denetiminde Esas Alınacak Dürüstlük Kuralının Somutlaştırılması

a. TBK’ya Göre İçerik Denetiminde Dürüstlük Kuralı

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere TBK’nın 25. maddesindeki amir hüküm uyarınca hâkim, genel işlem koşulları hakkında içerik denetimi yaparken dürüstlük kuralına aykırılık ölçütünü göz önünde bulundurmalıdır. Bu kapsamda hâkim içerik denetimi yaparken, öncelikle sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler bakımından kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan taraf aleyhine dürüstlük kuralına aykırı bir dengesizlik bulunup bulunmadığını tespit edecek; ardında da söz konusu adil olmayan şartları, ticari sözleşmenin dışına çıkararak, karşı tarafı mağdur eden hükümleri geçersiz sayacak ve bu şekilde başlangıçta bozulmuş olan taraf menfaatlerini hakkaniyete uygun olarak dengeleyecektir²³¹.

Genel işlem koşullarının içerik denetimini düzenleyen TBK’nın 25. maddesi gereğince ticari sözleşmelerde, kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümlere yer verilmişse, öncelikle söz konusu kayıtların dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığına bakılacak ve bunların hem dürüstlük kurallarına aykırı hem de karşı taraf aleyhine

²³⁰ Dural/Sarı, **a.g.e.**, s.226 – 227; Öztan, **a.g.e.**, s.172; Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, **Türk Medeni Hukuku**, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku, 14. Baskı, İstanbul, 2018, s. 166; Hüseyin Altaş, **Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.144.

²³¹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.174; Yelmen, **a.g.e.**, s.123.

konulduğu sonucuna varılırsa söz konusu hükümler geçersiz sayılacaktır²³². Tam da bu noktada vurgulamak gerekir ki içerik denetimine konu olan genel işlem koşulları hakkında kendiliğinden değil; ancak hâkimin somut olayın özelliklerini ve dürüstlük kuralını dikkate alarak yaptığı değerlendirme neticesinde geçersizlik yaptırımını uygulanacaktır²³³.

Genel işlem koşullarının içerik denetimi ile, genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil edilmesi yoluyla bozulan menfaat dengesinin taraflar arasında yeniden kurulması amaçlandığından; söz konusu denetimi yaparken bozulan dengenin ne zaman, nasıl ve hangi yolla bozulduğunun tespit edilmesi de önem arz etmektedir. Ne var ki kanun koyucu, TBK’da içerik denetimini düzenlerken sadece soyut bir şekilde dürüstlük kuralı ölçütü getirmiş²³⁴ ve bu durum bizim de katıldığımız şekilde doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir²³⁵.

Öncelikle belirtmek gerekir ki genel işlem koşullarının içerik denetimi yapılırken dürüstlük kuralına aykırılığın genel işlem koşullarını kullanan tarafın sözleşme hükümlerinin oluşturulması sürecinde meydana gelmesi gerekmektedir²³⁶. Bu kapsamda genel işlem koşulları, genel işlem koşullarını kullanan taraf lehine ve karşı tarafın aleyhine düzenlemeler içerse bile söz konusu hükümler dürüstlük kuralına aykırı sayılacak nitelikte değil ise geçersiz sayılmayacaktır. Örneğin bir ticari kredi sözleşmesinde yer alan genel işlem koşullarında bir yandan bankaya derhal fesih hakkı verilirken kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan tarafa süreli fesih hakkı verilmesi; kağıt üzerinde banka lehine gözüксе de neticede her iki tarafa fesih hakkı tanığından buna ilişkin hükümler dürüstlük kuralına aykırı kabul edilmeyecektir. Buna karşılık aynı sözleşme özelinde bu defa bankaya, keyfî bir fesih hakkı tanınırken karşı tarafa

²³² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.127; Antalya, **a.g.e.**, s.433.

²³³ Aydoğdu, **Denetim**, s.139

²³⁴ Yargıtay 11. HD 11.10.2016 tarihli ve 2016/6175 E. 2016/8011 K. sayılı “İçerik denetimi aşamasında, sözleşme hükmünün dürüstlük kuralına aykırı olduğu ve karşı tarafın şartlarını ağırlaştırdığının tespiti halinde, genel işlem koşulu niteliğindeki bu hükmün, yürürlük denetiminden farklı olarak, kanunun emredici hükmüne açık aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz sayılması gerekir.” kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 17.05.2019, 13:50)

²³⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.167; Antalya, **a.g.e.**, s.437.

²³⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.167; Antalya, **a.g.e.**, s.437.

hiçbir şekilde fesih hakkı tanınmaması kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan tarafın hem aleyhine hem de dürüstlük kuralına aykırı olacağından geçersiz sayılacaktır²³⁷. Bu kapsamda mevcut hukuksal düzenlemeden önemli ölçüde sapan, sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı hak ve borç dağılım öngören veya açık ve anlaşılır nitelikte olmayan genel işlem koşulları dürüstlüğe aykırı kabul edilmelidir.

Öte yandan genel işlem koşullarının içerik denetiminde hâkim, genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına aykırılık bulunup bulunmadığını değerlendirirken, öncelikle söz konusu kayıtların sözleşmenin niteliği ve sözleşmenin diğer hükümleri karşısında dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığını değerlendirecektir²³⁸. Bu bakımdan öncelikle, ticari sözleşmenin esaslı noktaları içerik denetiminin dışında bırakılarak, sözleşme taraflarının içinde bulunduğu somut durum dikkate alınarak değerlendirme yapılacaktır.

Kanun koyucu TBK’da, genel işlem koşullarının içerik denetiminin kıstası olarak sadece dürüstlük kuralını düzenlediğinden hâkim; dürüstlük kuralına aykırılığı tespit ederken TTK’daki haksız rekabet ve TKHK’daki haksız şartla ilgili hükümlerden kıyas yolu ile faydalanabilecektir²³⁹. Dürüstlük kuralları ile ilgili söz konusu düzenlemeler emredici nitelikte olduğundan, somut uyuşmazlıklarda taraflarca dürüstlük kuralına uyulup uyulmadığı tarafların iddialarından bağımsız şekilde hâkim tarafından resen dikkate alınmalıdır.

Haksız rekabeti düzenleyen ve dürüstlük kuralına aykırılığı haksız rekabet olarak kabul eden TTK’nın 55. maddesinde dürüstlük kuralının hangi hallerde ihlal edildiği kabul edileceği örnekleme yoluyla sayılmıştır. TBK’da yer alan genel işlem koşullarının içerik denetimini düzenleyen hüküm ile ulaşılmak istenen amaç, ticari sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünden tek taraflı yararlanan tarafın, kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan ekonomik ve hukuki anlamda

²³⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.170; Antalya, **a.g.e.**, s.439

²³⁸ Antalya, **a.g.e.**, s.434; Aydoğdu, **Şerh**, s.236.

²³⁹ Abuzer Kendigelen, **Ticaret Hukuku Kürsüsünde On Beş Yıl, Hukuki Mütalaalar**, 3. Basım, Arıkan Yayın Dağıtım A.Ş. Cilt III, İstanbul, 2006, s.544.

güçsüz tarafın korunmasıdır²⁴⁰. Bu kapsamda genel işlem koşulları borçlar hukuku ile haksız rekabet hukuku farklı amaçlarla denetlediğinden doğrudan uygulanamasa da, ticari sözleşmelere dahil olan genel işlem koşullarının içerik denetimi yapılırken de söz konusu haksız rekabet hükümleri somut olaya ve normun koruma amacına uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanabilecektir²⁴¹.

b. Haksız Rekabet Hükümü Olarak Dürüstlük Kuralına Aykırılık

Kanun koyucu, TBK’da yer alan genel işlem koşullarının denetimine ilişkin hükümlerin yanında, TTK’nın 55. maddesinde dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanmanın haksız rekabete neden olacağını düzenlemiştir²⁴². Yukarıda da açıkladığımız üzere TBK’da yer alan genel işlem koşullarının içerik denetimini düzenleyen hüküm ile ulaşılmak istenen amaç, kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan ekonomik ve hukuki anlamda güçsüz tarafın korunmasıdır. Buna karşılık TTK’da düzenlenen haksız rekabetin amacı, tacirlerin ticari sözleşmelerin kurulması sırasında ve/veya sözleşme kurulduktan sonra meydana gelebilecek haksız tutum ve uygulamaların önüne geçmektedir. Bu bakımdan TTK’daki haksız rekabet hükümleri uyarınca genel işlem koşulları; taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiye göre taraf menfaatini sağlama amacıyla değil rekabetin bozulmaması maksadıyla denetime tabi tutulmaktadır²⁴³.

Dürüstlük kuralına aykırına genel işlem koşullarını içeren ticari sözleşmelerin kurulması hiç şüphesiz piyasa ekonomisi de olumsuz yönde etkileyecektir. Bu nedenle TTK’nın 55. maddesi ile yalnızca kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan tacir değil bunun yanında ticari hayattaki diğer hukuk süjelerini de korunduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. En nihayetinde tacirin, piyasada arz olunan hangi sözleşme teklifini ve uygulamayı kabul edeceğine karar vermesi için kendisine özgür iradesiyle bir seçim hakkı tanınmalıdır. Tacirin söz konusu seçim ve karar verme özgürlüğünün dürüstlük kuralına aykırı

²⁴⁰ Uzunallı, **a.g.m.**, s.415.

²⁴¹ Uzunallı, **a.g.m.**, s.415.

²⁴² Uzunallı, **a.g.m.**, s.387.

²⁴³ Uzunallı, **a.g.m.**, s.405.

genel işlem koşullarıyla ihlal edilmesi beraberinde haksız rekabeti meydana getirecektir. Nitekim bu şekilde dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanan tacir, diğer tacirlerden daha avantajlı duruma gelecektir. Bu bakımdan ticari nitelikteki sözleşme hükümlerinin TTK'daki haksız rekabet hükümleri bakımından da içerik denetimine tabi tutulması serbest piyasa ekonomisi bakımından hayati ölçüde önem arz etmektedir²⁴⁴.

Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşullarını düzenleyen TTK'nın 55/1 maddesine göre *“Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; 1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya 2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur.”* TTK'nın 55. maddesinin lafzında, ticari sözleşme içerisinde yer alan bir hükmün dürüstlük kuralına aykırılığını tespit etmek için yasal düzenlemeden önemli ölçüde ayrılması veya hak ve borçların dağılımı bakımından sözleşmenin niteliğine aykırı olması şeklinde iki ölçüt getirilmiştir.

Anılan hüküm uyarınca dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşullarından bahsedebilmek için ticari sözleşme hükümlerinin; yanıltıcı ve kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan tarafın aleyhine olması gerekmektedir. Tam da bu noktada belirtmek gerekir ki, haksız rekabetin meydana gelmesi bakımından önemli olan genel işlem koşulunun içeriğinin yanıltıcı olması olup, genel işlem koşullarını kullanan tacirin karşı tarafı yanıltma niyetinin olması değildir. Bu bakımdan içerik denetimi bakımından kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan tarafı yanıltma koşulu içermeyen TBK'nın 25. maddesine aykırı sözleşme şartları aynı zamanda TTK uyarınca haksız rekabet teşkil eder. Dolayısıyla her ne kadar yanıltıcı olmasa da dürüstlük kuralına aykırı olarak kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı hükümler içeren ticari sözleşmeler, hukuken haksız

²⁴⁴ Uzunallı, a.g.m., s.415

rekabet olarak değerlendirilmelidir²⁴⁵.

TTK'nın haksız rekabeti düzenleyen maddelerinde, haksız rekabet nedeniyle hukuki durumu olumsuz yönde etkilenen kişilerin tespit, men ve haksız rekabet sonucu oluşan maddi durumun ortadan kaldırılmasına ilişkin dava açabileceği düzenlenmiştir. Buna karşılık TBK'da içerik denetiminden geçemeyen genel işlem koşullarının geçersiz sayılacağı düzenlenirken; TTK'da haksız rekabet halinde geçersizlik yaptırımı düzenlenmemiştir. Ancak, söz konusu hüküm, TBK'nın genel işlem koşullarını sınırlayan hükümleri karşısında özel hüküm niteliğinde olduğundan TTK'nın 55. maddesi gereğince dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşullarının aynı zamanda hükümsüz olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür²⁴⁶.

3. Ticari Sözleşmelerde Yer Alan Genel İşlem Koşulu Niteliğindeki Özel Kayıtların Geçerliliğinin Değerlendirilmesi

a. Genel İşlem Koşulunu Kullanan Tarafa Tek Taraflı Değişiklik Yapma Hakkı Veren Hükümler

Uygulamada özellikle ticari sözleşme niteliğindeki ticari kredi sözleşmelerinin bir kısmında genel işlem koşullarını kullanan taraf lehine sözleşme şartlarını değiştirme yetkisi veren kayıtlara yer verilmektedir. Bu kayıtların kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan taciri mağdur etmesini, tacirin zarara uğramasını önlemek amacıyla TBK'nın 24. maddesinde yer alan *“Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.”* şeklindeki hüküm ile genel işlem koşullarını kullanan taraf lehine ancak karşı taraf aleyhine sözleşme koşullarını değiştirme ve/veya sözleşmeye yeni düzenleme getirme yetkisi içeren kayıtların geçersiz

²⁴⁵ Uzunallı, **a.g.m.**, s.411.

²⁴⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.165; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.228.

sayılacağı düzenlenmiştir²⁴⁷. Böylelikle kanun koyucu, TBK'nın 24. maddesi ile mutlak içerik yasağını düzenlemiş olup ayrıca TBK'nın 25. maddesi uyarınca dürüstlük kuralı kriterini esas alan içerik denetiminin yapılmasına gerek kalmaksızın tek taraflı değiştirme yasağını geçersiz kabul edilmiştir²⁴⁸.

Tek taraflı değiştirme yasağı, hiç şüphesiz kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan tacir aleyhine değişiklikleri kapsamaktadır. Bunun sonucu olarak ticari sözleşmelerde kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan tacir lehine değiştirme yetkisi tanıyan hükümler TBK'nın 24. maddesinde yer alan denetimin dışındadır. Örneğin ticari sözleşme niteliğindeki ticari kredi sözleşmesinde bankaya, kredi kullanan tacir lehine faiz oranını indirme yetkisi tanıyan hüküm, karşı taraftaki tacirin lehine olduğundan geçerli kabul edilmelidir²⁴⁹.

b. Genel İşlem Koşulları Sunulan Tarafın Zamanaşımı Def'inden Feragat Ettiğine İlişkin Hükümler

Hukukumuzda zamanaşımı, alacağın dava ve/veya icra yolu ile talep edilememesi sonucunu doğurmaktadır²⁵⁰. Ne var ki kanun koyucu, zamanaşımı sürelerini hak düşürücü süreler gibi mutlak, kesilmez ve durmaz bir şekilde düzenlememiştir. Bunun sonucu olarak da uygulamada ticari sözleşmelerde, genel işlem koşullarını kullanan tarafça kendi alacağı yönünden zamanaşımının işlemeyeceğine veya kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan tarafın zamanaşımı definde bulunamayacağına dair kayıtlara yer verilmektedir²⁵¹.

TMK'nın 23. maddesindeki “*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz...*” şeklindeki düzenleme uyarınca kimse hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Aynı şekilde TBK'nın 160/1 maddesindeki “*Zamanaşımından önceden feragat edilemez.*” şeklindeki

²⁴⁷ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.126; Antalya, **a.g.e.**, s.433.

²⁴⁸ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.74.

²⁴⁹ Eren, **a.g.e.**, s.221; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.125.

²⁵⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.170; Antalya, **a.g.e.**, s.439.

²⁵¹ Mehmet Erdem, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.5.

düzenleme gereğince önceden zamanaşımından feragat geçersizdir. Nitekim TBK'nın 148. maddesindeki “*Bu ayırımında belirlenen zamanaşımı süreleri, sözleşmeyle değiştirilemez.*” şeklindeki hüküm uyarınca zamanaşımı sürelerinin sözleşme ile uzatılması, kısaltılması, ortadan kaldırılması, diğer bir deyişle her ne ad altında olursa olsun değiştirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle söz konusu amir hükümler gereği, ticari sözleşmelerde henüz işlemeye başlamamış olan zamanaşımı süresi için yapılan ve zamanaşımının işlememiş kısmı için yapılan feragat kesin hükümsüzdür²⁵².

c. Genel İşlem Koşullarını Kullanan Tarafın Ticari Defter ve Kayıtlarının Münhasır Delil Olacağına İlişkin Hükümler

Delil sözleşmesi hukukumuzda, tarafların, mevcut ve gelecekteki muhtemel bir dava özelinde belirli bir hususun o hususa özgülenmiş bir delil ile ispat edileceğine dair yaptıkları usul hukuku sözleşmesi olarak tanımlanmaktadır²⁵³. Uygulamada delil sözleşmesi, taraflarca kullanılacak delilin ispat gücüne göre münhasır delil sözleşmesi ve münhasır olmayan delil sözleşmesi olmak üzere iki farklı türde düzenlenmektedir. Bu kapsamda taraflar eğer bir hususun yalnızca delil sözleşmesinde karşılaştırdıkları delil ile ispatlanabileceğini kararlaşırlarsa münhasır delil sözleşmesi söz konusu olur. Bu durumda taraflar, delil sözleşmesinde kararlaştırılan delil veya deliller dışında başka ispat aracına başvuramazlar²⁵⁴. Buna karşılık münhasır olmayan delil sözleşmesinde ise sözleşmeye konu edilen hususun delil sözleşmesinde kararlaştırılan deli ve/veya delillerin yanında ayrıca yasal olarak öngörülmüş olan, başka ispat araçları yoluyla da ispatlanabileceği kabul edilir²⁵⁵.

Delil sözleşmesi de özel hukukumuzda egemen olan sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir sonucu olsa da delil sözleşmesinin içeriğinin belirlenmesinde taraflar

²⁵² Reisoğlu, **a.g.e.**, s.438; Erdem, **a.g.e.**, s.384.

²⁵³ Sema Taşpınar Ayvaz, **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, 2001, Ankara, s.182.

²⁵⁴ Taşpınar Ayvaz, **a.g.e.**, s.183.

²⁵⁵ Taşpınar Ayvaz, **a.g.e.**, s.183

emredici hukuk hükümlerine ve hukukun genel ilkelerine uygun hareket etmek zorundadır. Nitekim delil sözleşmesi üzerinden değerlendirecek olursak söz konusu sözleşmeler doğrudan usul hukukunu ve ispat araçlarını ilgilendirdiğinden, delil sözleşmesinin somut olayda kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan taraf aleyhine onun savunma hakkını ihlal edip etmediğinin değerlendirilmesi gerekir. Şayet bu şekilde delil sözleşmesi niteliğindeki genel işlem koşulları, kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan tarafın savunma hakkını ortadan kaldırıyor ve yargılama sırasında taraflardan birine üstünlük kazandırıyorsa sözleşmenin delil sözleşmesi niteliğindeki hükümleri geçersiz kabul edilmelidir²⁵⁶.

d. Genel İşlem Koşullarını Kullanan Taraf Lehine Sorumsuzluk Yetkisini Düzenleyen Hükümlerin Değerlendirilmesi

Hukukumuzda, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi nedeni ile sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ortaya çıkabilecek zarar henüz gerçekleşmeden, alacaklı ile borçlu arasında yapılan ve ileride doğabilecek tazminat isteminin oluşmasını engelleyen hukuki işlemler, sorumsuzluk anlaşması olarak tanımlanmaktadır²⁵⁷. Uygulamada ticari sözleşme taraflarından hem ekonomik hem de hukuki yönden üstün durumda olan tarafın sözleşmelere, tarafların eşitliği ilkesini zedeleyecek şekilde sorumsuzluk şartları koymaları mümkündür. Nitekim ticari sözleşmelerde, genel işlem koşullarını kullanan tarafın işlemlerinde gerekli özen ve dikkati göstereceğinin karine olarak kabul edildiğini, kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan tarafın bu durumun aksini iddia ederse ispat ederse ispat yükü kendisine ait olduğunu, genel işlem koşullarını kullanan tarafın çalışanlarının, üçüncü kişilerin kusurundan, gecikmesinden, kastında, ihmalden dolayı sorumlu olmayacağını, her ne sebeple meydana gelirse gelsin, mücbir sebepten, doğal afetler sonucu meydana gelebilecek zararlardan sorumlu tutulmayacağını, doğabilecek her türlü zararın karşı tarafa ait olduğunu düzenleyen hükümler yer alabilmektedir. Ne var ki söz

²⁵⁶ Taşpınar Ayvaz, **a.g.e.**, s.182

²⁵⁷ Eren, **a.g.e.**, s.1042

konusu düzenlemeler genel işlem koşulları içerisinde yer alıyorsa, genel işlem koşullarının ilgili kısmı TBK'nın 21/2 hükmü uyarınca içerik denetimi sırasında yazılmamış sayılma yaptırımına tabi tutulacaktır. Öyle ki söz konusu hükümlerin yazılmamış sayılması TBK'nın 22. maddesi uyarınca genel işlem koşullarını düzenleyen tarafı, sözleşmeye bağlılıktan kurtarmayacaktır.

Öte yandan söz konusu sorumsuzluk kayıtlarıyla, genel işlem koşullarını kullanan taraf kendi nezdinde doğabilecek sorumluluk yükünü kısmen ya da tamamen karşı tarafa yükleyebilmektedir. Buna karşılık TBK'nın 115. maddesine göre *“Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”* Anılan hükümde belirtildiği üzere uzmanlığı gerektiren, hizmet, meslek veya sanat, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülmekte ise borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin hükümsüz olacaktır²⁵⁸. Bu nedenle şayet genel işlem koşullarını kullanan tacir, faaliyetlerini kanun ve yetkili makamlardan izin alarak uzmanlık gerektiren bir faaliyet yürütüyorsa hafif kusurlu davranışı halinde dahi sorumluluğunu ortadan kaldıran kayıtlar geçersiz olacaktır²⁵⁹. Bu durumda da tıpkı şaşırtıcı şart denetiminde olduğu gibi emredici hukuk kurallarına aykırı genel işlem koşulları TBK'nın 21/2 maddesi uyarınca içerik denetimi sırasında yazılmamış sayılacaktır.

²⁵⁸ Eren, **a.g.e.**, s.1044.

²⁵⁹ Eren, **a.g.e.**, s.1044.

C. YORUM DENETİMİ

1. Genel Olarak Yorum Denetimi

TBK'nın 23. maddesine göre “*Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.*” Anılan hükümde belirtildiği üzere genel işlem koşullarını ihtiva eden ticari sözleşmelerde yer alan hükümlerin biri veya bir kısmının anlamı açık veya anlaşılır değilse veya anlamı farklı şekillerde yorumlanmaya açıksa; söz konusu hüküm, genel işlem koşullarını kullanan taraf aleyhine veya kendisine karşı genel işlem koşulları kullanan tarafın lehine yorumlanır²⁶⁰. Hâkimin yorum denetimi yaparken, somut olayın özelliklerine göre tarafların gerçek iradelerini tespit etmesi gerekir. Ancak bu mümkün değilse, hâkimin bu sefer tarafların ortak farazi iradelerini tespit etmesi gerekmektedir²⁶¹.

Ticari sözleşme içerisinde yer alan genel işlem koşulları, TBK'daki yürürlük ve içerik denetiminden geçerek geçerli bir şekilde sözleşme içeriğine dahil olduğu halde, söz konusu koşullar açık ve anlaşılır değil veya birden fazla anlama geliyorsa bu durumda TBK'nın 23. maddesinde düzenlenen yorum denetimi uygulanır. Genel işlem koşulu niteliğindeki hükmün açık veya anlaşılır olup olmadığı konusunda kanun koyucu herhangi bir düzenleme getirmemiş olup kıstas olarak genel hükümlerden hareketle basiretli bir iş adamı gibi davranmakla yükümlü tacirin bilgisi ve somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır²⁶².

Bu şekilde açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen genel işlem koşullarının yorum denetiminde TBK'nın 23. maddesinin lafzında da ifade edildiği üzere aleyhe yorum yaptırımı uygulanır²⁶³. Bunun sonucu olarak da genel işlem koşullarını kullanan tarafın bizzat kendisi veya kendisi tarafından kullanılmak üzere üçüncü kişiye düzenlediği belirsiz ve açık olmayan hükümler

²⁶⁰ Atamer, *Sempozyum*, s.35.

²⁶¹ Oğuzman/Öz, *a.g.e.*, s.191.

²⁶² Aydoğdu, *Şerh*, s.232.

²⁶³ Kılıçoğlu, *a.g.e.*, s.125.

aracılığıyla haksız menfaat sağlaması engellenmiş olunur.

2. Sözleşme Taraflarının Genel İşlem Koşulu Hükümlerinin Çatışmasında Yorum

Ticari sözleşmelerde tarafların, sözleşmeye kendileri tarafından kullanılan genel işlem koşullarına atıfta bulunmaları, onları da sözleşmeye dahil etmeleri mümkündür²⁶⁴. Doktrinde sözleşmenin taraflarınca kullanılan genel işlem koşullarının çatışması “*battle of forms*” olarak adlandırılmıştır²⁶⁵.

Gerçekten de sözleşmenin kuruluşu sırasında her iki tacir de kendi edimleri yönünden daha önce benzer nitelikte çok sayıda kullandıkları genel işlem koşullarını sözleşmeye dahil edebilirler. Anılan genel işlem koşullarının birbiriyle çatışmaması halinde ortada bir uyumsuzluk bulunmadığından her iki tarafça da sözleşmeye dahil edilen genel işlem koşulları hiç kuşkusuz geçerli olacak ve birlikte uygulanacaktır.

Doktrinde, her iki tarafça kullanılan genel işlem koşullarının çatıştığında genel işlem koşullarının sözleşmede hüküm ve sonuçlarını doğurmayacağı, ortaya çıkan boşluğun genel ilkeler göre doldurulması gerektiğini savunulmaktadır²⁶⁶. Benzer şekilde *Antalya* da her iki tarafça sunulan genel işlem koşullarındaki çatışan hükümlerin, birbirinin götürdüğünü ve boşluğun sözleşmenin tamamlanmasına hâkim ilkeler çerçevesinde doldurulması gerektiğini savunmaktadır²⁶⁷.

Kanaatimizce, sözleşmenin tacir sıfatını haiz taraflarınca karşılıklı olarak sözleşmeye dahil genel işlem koşulları birbiriyle çatışıyorsa öncelikle bu hükümlerin sözleşme özelinde objektif ve sübjektif esaslı nokta olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Eğer anılan genel işlem koşulları bu şekilde esaslı nokta teşkil ediyorsa sözleşme başlangıçta dahi kurulmamış sayılacağından; geçmişe etkili olarak geçersiz hale gelmelidir. Bununla birlikte doktrinde de

²⁶⁴ Antalya, a.g.e., s.411

²⁶⁵ Antalya, a.g.e., s.411

²⁶⁶ Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s. 228 – 229; Atamer, *Denetim*, s.115.

²⁶⁷ Antalya, a.g.e., s.412.

isabetle belirtildiği üzere taraflar edimlerini ifa aşamasına gelmişlerse bu noktada çatışan genel işlem koşullarının geçersiz kılınması ve bunun sonucunda sözleşmede doğacak boşluğun emredici ve tamamlayıcı hükümler ile doldurulması gerekmektedir²⁶⁸.

II. TACİR VE TİCARİ İŞLER YÖNÜNDEN GENEL İŞLEM KOŞULLARININ UYGULANMASININ BASİRETİLİ BİR İŞ ADAMI GİBİ DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ ÖZELİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak Basiretli Bir İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğü

TTK'nın 18. maddesine göre *“Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir.”* Anılan hükümde belirtildiği üzere kanun koyucu tacire, bütün ticarî faaliyetlerinde, basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü getirmiştir²⁶⁹. Tacire getirilen söz konusu yükümlülük, doğrudan ticari faaliyetlere ilişkin olduğundan subjektif değil, objektif özen yükümlülüğüdür²⁷⁰. Bu kapsamda tacir, tüm bu hukukî ve fiilî işlemlerini yaparken, ticarî hayatın gerektirdiği tüm tedbirleri almalı ve meydana gelebilecek değişimleri önceden tahmin etmeye çalışarak yükümlülük altına girmelidir.

Tacirin basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün gerektirdiği özen derecesi, objektif ölçülere göre tespit edilmelidir. Tacir, yaptığı işlerle ilgili mevzuatı ve ne yapması gerektiğini tacir olmayan şahıslardan daha iyi bilir ve bilmek zorundadır. Tacirin bilmek zorunda olduğu şeylerin başında hiç şüphesiz ticarî hayatı için gerekli olan kanun hükümleri, ticarî hayatın gerekleri ve teamüller ile ticarî örf ve âdet gelir. Zira tacir, ticarî hayatı ile ilgili olarak

²⁶⁸ Antalya, **a.g.e.**, s.412.

²⁶⁹ Arkan, **a.g.e.**, s.137; Karahan, **a.g.e.**, s.86.

²⁷⁰ Arkan, **a.g.e.**, s.137; Karahan, **a.g.e.**, s.86.

yapacağı tüm işlemlerde bunları dikkate almak zorundadır. Tacirler arasındaki objektif özen ölçüsü, vasat bir tacirden beklenen kadardır²⁷¹. Diğer bir deyişle tacir, yalnızca dürüst, namuslu, makul ve orta zekâlı bir insanın benzer olaylarda takip edeceği şekilde hareket etmekle kalmayacak; kendisiyle aynı sınıfa dâhil tacirin benzer olaylarda davranacağı şekilde hareket edecektir²⁷². Bu kapsamda doktrinde, ihaleden önce kömür tedarikinin mümkün olup olmadığını tahkik etmemek, normal olarak tahmin edilebilecek hususları tahmin edememek, devalüasyon ve ekonomik krizleri önceden tahmin edememek, müteahhidin inşaat için lüzumlu malzemeyi zamanında tedarik etmemesi, ticarî sözleşmenin ifa edileceği tarihi tespit ederken her türlü ihtimali nazara almadan hareket etmek, ithal edilmesi gereken bir malın ithalat işlemleri için zamanında müracaatta bulunmamak, kendisine güven duyulmayan bir kimsenin gece bekçisi olarak otele kabul edilmesi gibi davranış şekilleri tacirler yönünden basiretsiz hareketler olarak kabul edilmiştir²⁷³.

B. Genel İşlem Koşullarının Tacir ve Ticari İşler Yönünden Uygulanabilirliğinin Basiretli Bir İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğü ile Çelişmemesi

Tacirin basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün kapsamı açıklanırken bahsedildiği üzere tacir, yaptığı işlerle ilgili mevzuatı ve ne yapması gerektiğini tacir olmayan şahıslardan daha iyi bilir ve bilmek zorundadır. Aynı

²⁷¹ Arkan, **a.g.e.**, s.138.

²⁷² Yargıtay HGK 07.05.2003 tarihli ve 2003/13-332 E. 2003/340 K. sayılı “*Aynı Yasanın 20/II maddesinde de her tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümü aslında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkanlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir. Gerekli tedbirleri almadan sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirlerle önleyebileceği bir imkansızlığa dayanması kabul edilebilecek bir durum değildir. Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum tacir olan davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarlamanın koşullarından olan öngörülemezlik unsuru oluşmamıştır.*” kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 18.08.2019, 19:08)

²⁷³ Arkan, **a.g.e.**, s.139; Karahan, **a.g.e.**, s.87.

şekilde dürüst, namuslu, makul ve orta zekâlı bir insanın benzer olaylarda takip edeceği şekilde hareket etmekle kalmayıp; kendisiyle aynı sınıfa dâhil tacirin benzer olaylarda davranacağı şekilde hareket etmek zorundadır. Ne var ki ticari hayatta her tacir, ticari işlerinde yalnızca kendi uzmanlık alanında faaliyet göstermediği gibi teknik bilgi ve ekonomik külfet gerektiren birtakım hususlarda genel işlem koşullarını düzenleyen taraf karşısında adeta tüketici gibi korunmaya değer durumda bulunmaktadır.

Ticari hayatta bazı hallerde, tarafların her ikisi tacir olsa da genel işlem koşullarının pazarlık yapılabilmesi ve müzakerelerde bulunulması mümkün olmamaktadır. Örnek vermek gerekirse tek satıcılık, franchise, bayilik sözleşmelerinde iktisadi bağımlılık o denli yoğun olur ki genel işlem koşulları kendisine karşı kullanılan tacir imzaladığı sözleşmenin içeriğinde genel işlem koşullarını global kabul yoluyla kabul edip sözleşmenin tarafı haline gelmektedir²⁷⁴.

Aynı şekilde tek satıcılık ve franchise sözleşmeleri gibi sözleşmelerdeki iktisadi bağımlılığın temelinde sözleşme konusunun ötesinde anılan sözleşmeyi başka bir kişi ile yapmanın mümkün olmaması yatmaktadır²⁷⁵. Gerçekten de anılan sözleşmeler ile kendisine karşı genel işlem koşulu kullanılan tacir ilgili sektörde Pazar payı ve müşteri kitlesi o denli yüksek olur ki münhasırlık elde etmek ve markayı kullanmak adına sözleşmeyi imzalamaya deyim yerindeyse mecbur kalmaktadır. Hal böyle olunca kendisine karşı genel işlem koşulları tacir, sözleşme bedeli, ifa şekli, sözleşmenin süresi, yaptırımlar gibi sözleşmenin hem asli hem de yan edim unsurları bakımından ya tamamını kabul ya da tamamını ret gibi “ya hep ya hiç” seçeneğiyle hareket etmek zorunda kalmaktadır.

İktisadi bağımlılık, tacirin basiretli davranmasını engelleyen ya da en azından sınırlayan bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim günümüzdeki ekonomik ve teknolojik gelişmeler ile liberal ekonomik anlayışın geldiği durum tek satıcılık, franchise ve bayilik gibi sözleşmelerde kendisine karşı

²⁷⁴ Atamer, **Kriter**, s.130.

²⁷⁵ Atamer, **Kriter**, s.130.

genel işlem koşulları kullanılan tacirin, basiretli iş adamı gibi davranmasında objektif ölçütün, kendi ticari faaliyetlerinde göstermesi gereken basiretlilik ile bir tutulamayacağı açıktır. Bu sebeple iktisadi bağımlılığın bulunduğu sözleşmelerde genel işlem koşulu denetiminin yapılması tacirin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü ile çelişmemektedir²⁷⁶.

Ticari sözleşmelerin bir kısmında da tacir, taraflar arasında iktisadi bir bağımlılık bulunmasa dahi bilgi asimetrisinin yarattığı işlem maliyeti nedeniyle kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan tarafın taraf ile sözleşme müzakere ve pazarlığına katılamamaktadır²⁷⁷. Gerçekten de sözleşmenin değeri ne kadar yüksek olursa, kendisine karşı genel işlem koşulları kullanılan tacirin, söz konusu genel işlem koşullarının değerlendirilmesi, benzer koşulları ile karşılaştırılması için harcaması gereken danışmanlık masrafları da yükselecektir. Bu durum da taciri ister istemez bilgi asimetrisinden doğacak maliyete katlanmak yerine genel işlem koşullarını herhangi bir pazarlık yapmadan sözleşmenin içeriğinde kabul etmesi sonucunu doğurmaktadır. Hal böyle olunca işlem maliyetinin oldukça yüksek olduğu sözleşmelerde tacirin, kendi işlerinde göstermesi gereken objektif özeni ve dikkate göstermesi beklenemeyecektir.

Öte yandan işlem maliyetinin ve bilgi asimetrisinin oldukça yoğun olduğu sözleşmelerde tacirin, genel işlem koşulları içeren sözleşme konusu ile ilgili hiçbir araştırma yapmaksızın, zaten Kanun ve Yönetmeliklerin kendisini koruduğu inancıyla hareket edip objektif özen yükümlülüğünü yerine

²⁷⁶ Aynı yönde Yargıtay 11. HD 28.04.2016 tarihli ve 2015/9764 E. 2016/4814 K. sayılı “Yine mahkeme gerekçesinde, 30.000 USD cezai şart ve 10 yıllık sözleşme süresi boyunca taksitler halinde ödenmesi gereken danışmanlık bedellerinin tamamının cezai şart olarak davalıdan talep edebileceği yönündeki Genel İşlem Koşulunun TBK’nın 25. maddesi uyarınca dürüstlük kuralına aykırı olarak mütalaa edilemeyeceği belirtilmiş ise de söz konusu bu tespit de yerinde değildir. TBK’nın 20. maddesinde genel işlem koşulları bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri olarak tanımlanmıştır. Genel işlem koşullarının denetim ise üçe ayrılmıştır. Yürürlük denetimi TBK’nın 21 ve 22. maddesi, yorum denetimi TBK’nın 23. maddesi ve içerik denetimi TBK’nın 24 ve 25. maddesidir. TBK’nın 21. maddesinde genel işlem şartının yazılmamış sayılması, 22. maddesinde yazılmamış sayılmasının sözleşmeye etkisi, 23. maddesinde ise genel işlem koşulunun yorumlanması hükmü düzenlenmiştir. Bu durumda mahkemece, genel işlem koşulu olduğu kabul edilen cezai şarta dair hükmün öncelikle TBK’nın 21, 22 ve 23. maddeleri çerçevesinde değerlendirilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yamılgılı değerlendirme ile TBK’nın 25. maddesine göre değerlendirilmesi de doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” kararı için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi: 18.05.2019, 20:52)

getirmemesi, dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturacaktır. Hiç şüphesiz bu durum tacirin, genel işlem koşullarının denetimi yoluyla sağlanacak korumadan yararlanamaması sonucunu doğuracaktır.



SONUÇ

Sözleşme kurulmadan önce, taraflardan birinin gelecekte çok sayıda benzer sözleşmelerde kullanmak amacıyla hazırladığı/hazırlattığı ve bunu sözleşmenin kurulması esnasında karşı tarafa sunduğu, karşı tarafın üzerinde tartışma, müzakere ve değiştirme imkânı bulunmadığı genel işlem koşulları, günümüz ticari şartlarında gerek büyük gerek orta ve küçük boylu ticari işletmeler tarafından kullanılmaktadır. Ticari işlerde yeknesaklık, işlem kolaylığı, uzmanlık gibi unsurlar da hiç şüphesiz genel işlem koşullarını içeren sözleşmelerin ticari hayatta sıklıkla kullanılmasına yol açmıştır.

Mevzuatımızda genel işlem koşullarını tacirler ve ticari işler yönünden uygulanmasını yasaklayan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte genel işlem koşullarının en karakteristik unsurlarından olan önceden tek başına hazırlanma diğer bir deyişle sözleşmenin taraflarınca pazarlık ve müzakere konusu edilmeksizin sözleşmenin içeriğine dahil olma unsurunun tacirin basiretli davranma yükümlülüğü ile birlikte hakkaniyete ve somut olayın şartlarına uygun şekilde uygulanması gerekmektedir. Bu yüzden de basiretli davranma yükümlülüğü tacir ve ticari iş açısından genel işlem koşullarının uygulanmasını engellemekle birlikte, TBK'nın 20 vd. maddelerinde düzenlenen ve özellikle içerik denetimi ile şaşırtıcı kayıt denetiminin tüketicilere oranla daha dar yorumlanmasını ve mümkün olduğunca sözleşmedeki hükümlerin geçerliliğine halel getirmeyecek şekilde yapılmasını gündeme getirmektedir.

Tacir ve ticari işler bakımından genel işlem koşulu denetiminin, tüketicilere nazaran daha sınırlı uygulanmasının en büyük sebebi hiç kuşkusuz, söz konusu denetimin ortaya çıkmasında esas faktörler olan iktisadi bağımlılık ve bilgi asimetrisinin tacirler yönünden daha kolay telafi edilebilir olmasıdır. Gerçekten de ticari işlerde tacirlerin ve diğer hukuk süjelerinin ticari maksatla hareket etmeleri nedeniyle bu maksada ulaşırken belli maliyetlere katlanmaları ve belli riskleri kabullenmeleri gerekmektedir. Buna karşılık söz konusu riskleri katlanma maliyeti ile iktisadi bağımlılığının ve bilgi asimetrisinin giderilmesi bazı durumlarda tacirler bakımından da hem rasyonel hem de ekonomik anlamda mümkün olmamaktadır. Bu durumda genel işlem koşullarının tacir ve ticari işler yönünden uygulanması hukukun bir gereğidir.

Bununla birlikte, genel işlem koşullarını kullanan tarafın da sözleşme içeriğinde yer alan kaydın genel işlem koşulu niteliğinde olmadığını ispatlama hakkı her daim bulunmaktadır. Öyle ki özellikle ticari işlerde hiçbir şekilde pazarlık yapılmaması istisnai bir durum olması sebebiyle ispat yükü, kendisine karşı genel işlem koşulu kullanıldığını iddia eden taraf üzerindedir. Buna karşılık, sözleşme içeriğinde yer alan kayıtların genel işlem koşulu olmadığını ileri süren tarafın da tarafların fiilen pazarlık yaptığını veya işlem maliyetinin düşüklüğü sebebiyle pazarlık yapılmış olduğunun beklenmesi gerektiğini ispatlaması gerekmektedir. Kanun koyucu her ne kadar TBK'nın 20/3 maddesinde genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtların, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmayacağını düzenlese de pazarlık hususu diğer bir deyişle somut hüküm yönünden genel işlem koşullarının unsurlarının oluşmadığı söz konusu sınırlamayı aşmaksızın her türlü delille ispat edilebilmelidir.

Öte yandan genel işlem koşullarının tacir ve ticari işler yönünden uygulanması bunların sözleşmenin içeriğine dahil olmasından öte içerik denetimi bakımından önem arz etmektedir. Zira bir hükmün genel işlem koşulu sayılıp sözleşmeye dahil olması tek başına onun geçersiz olmasını veya yazılmamış sayılma müeyyidesiyle karşılaşması sonucunu doğurmayacaktır. Gerçekten de genel işlem koşullarının tacir ve ticari işler yönünden uygulanmasında, aksini savunanların temel çekincesi sözleşme hükümlerine dahil edilen ancak sözleşmenin esasına yabancı olmasa da karşı tarafın hukuki ve ekonomik menfaatine aykırı olan birtakım hükümlerin geçersiz kabul edilmesidir.

Her ne kadar kanun koyucu TBK'da dürüstlük kuralını kriter alan içerik denetimi ile şaşırtıcı kayıt denetimini düzenlese de anılan denetimlerin düzenleniş şekli, soyut olması ve lafzen doğrudan aleyhine sonuç doğuran tarafı koruyacak

hükümler içermesi sebebiyle söz konusu çekinceyi haklı kılmaktadır. Buna karşılık söz konusu çekincenin genel işlem koşullarının düzenlendiği TBK'nın 20 vd. maddelerinin Alman Medeni Kanunundaki hükümler ve TMK'nın 5. maddesinde bu hükümlerin uygun düştüğü ölçüde ticari işlerde uygulanacağını öngören düzenlemeler yoluyla giderilmesi mümkündür. Şöyle ki,

İçerik denetiminde kriter olarak öngörülen dürüstlük kuralının nasıl uygulanacağı BGB'nin 307. paragrafın birinci ve ikinci fıkralarında açık bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre genel işlem koşulları içerisinde yer alan bir kayıt, kendisinden sapılan yasal düzenlemenin metninde yer alan asli düşünceye aykırı düşüyorsa veya sözleşmenin doğasından doğan temel hak ve borçları, sözleşmenin amacına ulaşılmasını tehlikeye düşürecek ölçüde sınırlandırıyor ise bu kaydın, tereddüt halinde, kullanan karşısındaki sözleşme tarafını dürüstlük kuralına aykırı düşürecek şekilde mağdur ettiği kabul edilmelidir. Görüldüğü üzere dürüstlük kuralının bu şekilde uygulanması sözleşmede yer alan hükmün tek başına karşı tarafın hukuki ve ekonomik menfaatine aykırı olması nedeniyle geçersiz sayılmasını engelleyecektir.

Bu kapsamda TBK'nın 25. maddesinin, BGB'nin 307. paragrafının birinci ve ikinci fıkralarına uygun olarak düzenlenmesi ile genel işlem koşullarının içerik denetiminin, sözleşme serbestisine, tacirin basiretli davranma yükümlülüğüne, ticari teamüllere ve hukuki işlem güvenliğine halel getirmesi engellenebilecektir. Öyle ki bu sayede, ticari işin kendine özgü niteliğini ve katlanılması gereken riskleri gerektiği gibi değerlendirmeyen tacirin, sözleşmenin hazırlanması sırasında nasıl olsa genel işlem koşullarının içerik denetimi yoluyla kendi aleyhine hükümlerin geçersiz sayılacağı yönündeki kötüniyetli iradesinin de sonuçsuz kalması sağlanabilecektir.

KAYNAKÇA

Akipek, Jale G. / Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Derya	Türk Medeni Hukuku , Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku, 14. Baskı, İstanbul, 2018.
Altaş, Hüseyin	Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri , Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
Altaş, Hüseyin	Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi , Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
Altop, Atilla	Türk Borçlar Kanununu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı , Çizgi Basım Yayım.
Antalya, O. Gökhan	Borçlar Hukuku Genel Hükümler , Cilt I, Legal Yayıncılık, İstanbul.
Arkan, Sabih	Ticari İşletme Hukuku , Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 24. Baskı, Ankara, 2018.
Aslan, İ. Yılmaz	Ticaret Hukuku Dersleri , 12. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Şubat 2018.
Atamer, Yeşim M.	Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu

	(Sempozyum) , İstanbul, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), 2011.
Atamer, Yeşim M.	Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi (Denetim) , Beta Yayınları, İstanbul, Kasım 2001
Atamer, Yeşim M.	Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m.6 ve TTK m.55/1-f ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu – Bildiriler – Tartışmalar (Karşılaştırma) , Ankara, 2011.
Atamer, Yeşim M.	Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan (Yeni Açılımlar) , Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004
Atamer, Yeşim M.	Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Kriter) , Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi ? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısında Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri , Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013
Atamer, Yeşim M.	Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması (Tüketici) , On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Atamer, Yeşim M.	Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Şarlarının Denetlenmesi (Tasarı), Hukuki Perspektifler Dergisi , Ağustos, 2005, S:4.
Aydın, Alihan	Ticari İşletme Kavramı, Unsurları ve Hukuki İşlemlere Konu Olabilmesi, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu , Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 25-26 Kasım 2011, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s.a. 9-21.
Aydoğdu, Murat	Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi (Denetim) , Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
Aydoğdu, Murat	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulanma Alanı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan (Armağan) , İzmir, 2013.
Aydoğdu, Murat	Genel İşlem Koşulları Şerhi (Şerh), Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2018, Mayıs.
Ayhan, Rıza/ Özdamar, Mehmet/ Çağlar, Hayrettin	Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar , 8.Bası, Yetkin Yayınevi, Eylül 2015.

Bahtiyar, Mehmet	Ticari İşletme Hukuku , Yeni TTK'ya Uyarlanmış 19. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim, 2018.
Barlas, Nami	Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerinin Özellikleri, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı , Beta Yayınları, İstanbul, 1999.
Başpınar, Veysel	Hukuk Tekniği Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, (Değerlendirme) , Ankara, Seçkin Yayınları, 2009.
Başpınar, Veysel	Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı , Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998,
Baş Süzel, Ece	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulu ve İçerik Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan , Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013.
Battal, Ahmet	Gerçek Kişilerin Tacir Sıfatına Sahip Olma ve İflasa Tabi Tutulma Şartları Konusundaki Yargıtay Uygulaması , BTHAE 19. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 2003.
Battal, Ahmet	Tacir Gibi Sorumlu Olan, Tacir Olmanın Hangi Sonuçlarına Tabi Tutulmalıdır , Yargıtay Dergisi, C. 23, S. 4, Ekim 1997, s.a. 539-556.

Baysal, Başak	Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü, İÜHFM , 2012, C. LXX, S.1.
Bilgili, Fatih/ Demirkapı, Ertan	Ticaret Hukuku Bilgisi , Dora Yayıncılık, 15. Baskı, Şubat 2019.
Bozer, Ali/ Göle, Celal	Ticari İşletme Hukuku , 5. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, Ekim 2018.
Bozkurt, Tamer	Ticari İşletme Hukuku , 2. Bası, Legem Kitabevi, Ankara, 2018.
Çağlar, Hayrettin	Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinin Tacirler Bakımından Uygulanması, (TBK. m.28), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi , C.32, S.4, 2016.
Çınar, Ömer	Tüketici Hukukunda Haksız Şart , On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
Demirkapı, Ertan	Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi , Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.□17, S. 1-2, Ankara, 2013, s.a. 371-441
Doğanay, İsmail	Türk Ticaret Kanunu Şerhi , C. 1, Ankara, 1981.
Doğan, Gül	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan , Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013.
Doğan, Vahit	Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif , Savaş Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2016.

Domaniç, Hayri/ Ulusoy, Erol	Ticaret Hukukunun Genel Esasları , 5. Baskı, Arıkan Yayıncılık, 2008.
Dural, Mustafa/ Sarı, Suat	Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanun'un Başlangıç Hükümleri , 13. Baskı, İstanbul, Ekim 2018.
Eren, Fikret	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler , 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
Erim, S. Turgut	Ticaret Hukuku Prensipleri, C. 1, Ticari İşletme , İstanbul, 1967.
Eriş, Gönen	Ticari İşletme ve Şirketler , 3. Baskı Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2017.
Erdem, Mehmet	Özel Hukukta Zamanaşımı , 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, K. Emre	Borçlar Hukuku Genel Bölüm , 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Eylül 2017.
Havutçu, Ayşe	Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması , Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2003.
İmregün, Oğuz	Kara Ticaret Hukuku Dersleri , 13. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005.
Karahan, Sami	Ticari İşletme Hukuku , Güncellenmiş 27. Baskı, Mimoza Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2015.

Karahan, Sami	Ticari işletme ve Tacir Kavramları ile ilgili 6102 Sayılı Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi, 6102 Sayılı Ticaret Kanunu’nu Beklerken, 10-11-12 Mayıs 2012, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, C. 18, S. 2, İstanbul, 2012, s.a 3-10.
Karayalçın, Yaşar	Ticaret Hukuku Giriş Ticari İşletme, 3.Bası Ankara, 1968.
Kayar, İsmail	Ticari İşletme Hukuku, 11. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara, Eylül 2018.
Kendigelen, Abuzer	Tacir Sıfatı – İflas Tabi Olma, Hukuki Mütalaalar (1986-2001), C. 3, s. 10-18, 3.Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2006.
Kendigelen, Abuzer	Ticaret Hukuku Kürsüsünde On Beş Yıl, Hukuki Mütalaalar, 3. Basım, Arıkan Yayın Dağıtım A.Ş. Cilt III, İstanbul, 2006
Kılıçoğlu, Ahmet M.	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş, 21. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
Kırca, İsmail	Esnaf ve Sanatkârlar ile Tacir ve Sanayicinin ayırımına ilişkin 2007/12362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının Değerlendirilmesi, Batıder, Seza Reisoğlu’na Armağan, C. 24, S. 2, Ankara, 2007, s.a. 295-304.

Kızır, Mahmut	Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C.19, S.2, 2011 s.a. 245-282.
Kocayusufoşaoğlu, Necip	Borçlar Hukuku Genel Bölüm , Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
Kuntalp, Erdem	Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler (Değerlendirme) , İstanbul, GSÜ Yayınları, 2005.
Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut	Borçlar Hukuku Genel Hükümler , Cilt I, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
Orbay Ortaç, Nurdan	“6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz”, Ankara Barosu Dergisi , 2014/2.
Özdemir, Necdet	Türk Ticaret Yasasına Göre Ticaret Hukuku , 3. Bası, Ankara, 1977.
Özen, Burak	Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, (Sempozyum) , İstanbul, Legal Hukuk Dergisi, 2005.
Öztan, Bilge	Medeni Hukukun Temel Kavramları , 43. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Ocak 2019.
Pohoy, Reha/ Yasaman, Hamdi	Ticari İşletme Hukuku , 17. Bası, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2018.

Reisoğlu, Safa	Borçlar Hukuku Genel Hükümler , 25. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Eylül 2014.
Sarıca, Ayşe	Ticaret Hukuku , 11.Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2016.
Süzek, Sarper	İş Hukuku , 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.
Şeker, Muzaffer	Yazılmamış Sayılma Yokluk ve Kesin Hükümsüzlük Kısacında 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na göre Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması , On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Temmuz 2015.
Şener, Oruç Hami/ Uzunallı, Sevilay	Uygulamalı Ticaret Hukuku , 4. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2017.
Taşpınar Ayvaz, Sema	Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri , Yetkin Yayınları, 2001, Ankara.
Tekinalp, Ünal	Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek , Batider, C. 24, S. 3, Ankara, 2008.
Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla	Borçlar Hukuku , Cilt I, Yedinci Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 1993.
Tunçomağ, Kenan	1962 Yılında Yayımlanmış Borçlar Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları

	Üzerine Kısa İncelemeler , BATİDER, Y. 1964, C. II.
Uzunallı, Sevilay	Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi , C. LXXI, S.2, İstanbul 2013, s.a. 383 – 420
Ülgen, Hüseyin/ Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/ Kaya, Arslan / Nomer Ertan, Füsun	Ticari İşletme Hukuku , On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015
Yavuz, Nihat	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi , Cilt I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
Yavuz, Selçuk	Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından Haksız Şartlar , Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara, 2007
Yelmen, Adem	Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları , Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
Yeniocak, Umut	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler , İstanbul, 2011.
Yıldız, Şükrü	Gerçek Kişilerde Tacir Sifatının Kazanılması, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu , Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 25-26 Kasım 2011, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012.