

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

GENEL İŞLEM ŞARTLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
Şerife Göksun TİĞ

TEZ DANIŞMANI
Dr. Öğr. Üyesi Yasemin DURAK

Kırıkkale 2019

ÖNSÖZ

Bu tez çalışmam ile genel işlem şartları; unsurları, kapsamı, yorumlanması, denetlenmesi, diğer sözleşmeler ile birlikte değerlendirilmeye çalışılmıştır. Bu çalışmanın hazırlanmasında gerekli yönlendirme ve bilgilendirmeleri yaparak gerekse manevi desteği için danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Yasemin DURAK'a en içten dileklerimle teşekkürlerimi sunarım.

Gerek yargı kararlarına ulaşmam bakımından gerekse bilgi ve desteği için Cumhuriyet Savcısı İpek TAŞDEMİR'e, çalışma hayatında gerekli kolaylığı sağladıkları için Gelir İdaresi Başkanlığı Hukuk Müşavirliği müşavir ve avukatlarına teşekkür ederim.

Beni bu günlere getiren ve hiçbir zaman desteğini esirgemeyen anneme ve babama, her zaman yanımda oldukları için kardeşlerime ve arkadaşlarıma teşekkür ederim.

ÖZET

Tıĝ, Şerife Gökŝun, “Genel İŞlem Şartları” Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2019.

1 Temmuz 2012’de yürürlüĝe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda ilk kez yer alması sebebiyle genel işlem Şartlarının hukuk alanıyla ilgilenen ve görev yapanların aydınlanması amacıyla genel işlem Şartları esas olarak ele alınıp genel işlem Şartlarının kapsamı, yorumlanması, düzenleniŐi, diĝer sözleşmelere yansması incelenmiŐtir.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun yeniliĝi olan genel işlem Şartlarının günümüzde bankacılık, satım sözleşmeleri, tüketici sözleşmeleri, elektrik, su, internet, ulaşım vb. hemen her alanda yer alması konunun incelenmesi bakımından önem arz etmektedir.

TBK. 20 ile 25. maddeleri arasında düzenlenen genel işlem Şartı kavramı, hukuki niteliĝi, kapsamı ve yürürlük, yorum ve içerik denetimi hususlarının anlatılmasından önce sözleşme özgürlüĝü kavramına deĝinilmiŐ ve son olarak diĝer sözleşme türlerinde ve Türk Borçlar Kanunu’nun genel işlem Şartlarını düzenleyen hükümlerin dışında genel işlem Şartları içeren bazı kanun hükümlerinde ne şekilde yer aldığı hususlarına kısaca deĝinilmiŐtir.

Anahtar Kelimeler: Genel işlem Şartları, sözleşme özgürlüĝü, yürürlük denetimi, yazılmamış sayılma, içerik denetimi

ABSTRACT

In this study, standart terms and its interpretation, arrngment and reflection in other contracts are considered and examined in detail in order to enlighten those who are interested in or work about standart terms in legal field as included for the first time in the Turkish Code of Obligations No.6098 which entered in force on July 1,2012.

Studying standart terms, which is an innovation of Turkish Code of Obligations No. 6098, is important due to the fact that now a days standart terms appear in almost every field such as banking, contracts of sale, consumer contracts, electricity, water, internet, transportation.

The freedom of contract is mentioned before explaining matters such as the concept of standart terms, its legal characteristic, scopean deffect, interpretation and supervision of contents regulated in article between 20 and 25 of Turkish Code of Obligation. Finally the matter of how it take splace in other contract types and in certain provisions of law (other than rules regulated in the Turkish Code of Oblidations) are mentioned briefly.

Keywords: Standart terms, freedom of contract, supervision of enforcement, to be deemd unwritten, supervision of contents.

KISALTMALAR

AY.	:Anayasa
BASİSEN.	:Banka-Finans ve Sigorta İşçileri Sendikası
BATİDER.	:Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB.	:Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BK.	:Borçlar Kanunu
BKKKK.	:Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu
C.	:Cilt
Çev.	:Çeviren
dn.	:dipnot
E.	:Esas
ETKHK	:Eski Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun(4077 sayılı)
E.T.	:Erişim Tarihi
ETTK.	:Eski Türk Ticaret Kanunu
f.	:fıkra
GIŞ.	:Genel İşlem Şartı
HD.	:Hukuk Dairesi
İÜHFM.	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İSKİ.	:İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi
K.	:Karar
m.	:madde
MK.	:Medeni Kanun
S.	:Sayı

s.	:sayfa
T.	:Tarih
TBB.	:Türkiye Barolar Birliği
TBK.	:Türk Borçlar Kanunu
TDK.	:Türk Dil Kurumu
TEDAŞ.	:Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi
TKHK.	:Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun (6502 sayılı)
TMK.	:Türk Medeni Kanunu
TSHŞHY.	:Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik
TTK.	:Türk Ticaret Kanunu
vb.	:ve benzeri
vd.	:ve diğer
vd.	:ve devamı
Y.	:Yıl
YHGK.	:Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	I
ÖZET.....	II
ABSTRACT.....	III
KISALTMALAR.....	IV
İÇİNDEKİLER.....	VI
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ VE GENEL İŞLEM ŞARTI KAVRAMI

I.SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ.....	4
A. GENEL OLARAK.....	4
B. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI.....	5
1. Sözleşme Özgürlüğünün Görünüş Şekilleri.....	6
a. Sözleşme Yapma veya Yapmama Özgürlüğü.....	7
b. Sözleşmenin Diğer Tarafını Seçebilme Özgürlüğü.....	9
c. Sözleşmeyi Değiştirme veya Ortadan Kaldırabilme Özgürlüğü.....	9
d. Sözleşmenin Şeklini Belirleme Özgürlüğü.....	10
e. Sözleşmenin İçeriğini Belirleyebilme Özgürlüğü.....	10
C. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI.....	11
1. Sözleşmenin Konusunun Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırı Olamaması.....	11
2. Sözleşmenin Kişilik Haklarına Aykırı Olamaması.....	12

3. Sözleşmenin Kamu Düzenine Aykırı Olamaması.....	12
4. Sözleşmenin Ahlaka Aykırı Olamaması.....	13
5. Sözleşmenin Konusunun İmkansız Olamaması.....	13
II. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE UNSURLARI.....	14
A. GENEL OLARAK.....	14
B. TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE UNSURLARI.....	16
1.Tanımı.....	16
2.Hukuki Niteliği.....	18
a. Norm Görüşü.....	22
b. Sözleşme Görüşü.....	22
c. Örf ve Adet Görüşü.....	23
3. Unsurları.....	24
a. Bir Sözleşme Hükümleri Olması.....	25
b. Önceden Tek Yanlı Olarak Düzenlenmesi.....	27
c. Genel ve Soyut Nitelikli Oluşu.....	29
d. Çok Sayıda Sözleşmede Kullanılma Amacıyla Hazırlanması.....	29
e. Sözleşme Kuruluşu Sırasında Müzakere Edilmeden Kullanılmış Olması.....	30
C. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ UYGULAMA ALANI.....	32
1. Kişi Bakımından Uygulama Alanı.....	32
2. Maddi Bakımdan Uygulama Alanı.....	34

3. Zaman Bakımından Uygulama Alanı.....	35
D. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ YARARLARI, SAKINICALARI VE FONKSİYONLARI.....	38
1.Genel İşlem Şartlarının Yararları.....	38
2. Genel İşlem Şartlarının Sakıncaları.....	38
a. Kullanan Bakımından Sakıncaları.....	38
b. Karşı Taraf Bakımından Sakıncaları.....	40
3. Genel İşlem Şartlarının Fonksiyonları.....	42
a. Uzmanlaştırma Fonksiyonu.....	42
b. Standartlaştırma ve Rasyonelleştirme Fonksiyonu.....	42
E. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ VARLIĞI AÇISINDAN ZORUNLU OLMAYAN HUSUSLAR.....	43
F. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ NİTELİĞİNİ KAYBEDEREK BİREYSEL (HUSUSİ) ANLAŞMA HALİNE GELMESİ.....	44
G. ALIŞILMAMIŞ NİTELİKTE OLAN GENEL İŞLEM ŞARTLARININ HUKUKİ DURUMU.....	46

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL İŞLEM ŞARTLARININ SÖZLEŞMEYE DÂHİL EDİLMESİ (YÜRÜRLÜK DENETİMİ)

I.GENEL OLARAK.....	48
II.GENEL İŞLEM ŞARTLARININ SÖZLEŞMEYE DAHİL EDİLMESİNİN UNSURLARI.....	49
A. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ VARLIĞI HAKKINDA AÇIKÇA BİLGİ VERİLİP İÇERİĞİNİ ÖĞRENME İMKÂNI SAĞLAMA.....	49

1.Genel İşlem Şartlarının Varlığı Hakkında Açıkça Bilgi Verilmesi..	49
2. Genel İşlem Şartlarının İçeriğini Öğrenme İmkanı Sağlama.....	52
B. KARŞI TARAFIN KABUL ETMESİ.....	55
1. Açık (Sarih) Kabul.....	55
2. Zımni (Örtülü) Kabul.....	55
3. Global Kabul.....	56
III.YAZILMAMIŞ SAYILMA.....	58
A. GENEL OLARAK.....	58
B. HUKUKİ NİTELİĞİ.....	60
1.Yazılmamış Sayılmanın Yokluk Açısından İncelenmesi.....	62
2.Yazılmamış Sayılmanın Kesin Hükümsüzlük (Butlan) Açısından İncelenmesi.....	63
3.Yazılmamış Sayılmanın Kısmi Kesin Hükümsüzlük (Kısmi Butlan) Açısından İncelenmesi.....	65
4. Yazılmamış Sayılmanın Eksiklik Açısından İncelenmesi.....	67
5. Yazılmamış Sayılmanın İptal Edilebilirlik Açısından İncelenmesi.....	67
C. YAZILMAMIŞ SAYILMANIN DOĞURDUĞU SONUÇLAR.....	68

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA YORUM VE İÇERİK DENETİMİ

I.GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA YORUM DENETİMİ.....	72
A. GENEL OLARAK.....	72
B. GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA YORUM DENETİMİNİN UNSURLARI.....	76

1. Açık ve Anlaşılır Olmaması.....	76
2. Birden Çok Anlam Taşımaması.....	77
C. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ YORUMLANMASINDA BAŞVURULAN YÖNTEMLER.....	77
1. Genel Yorum Yöntemleri.....	78
a. Geçmişe Dönük Yorum Yöntemi.....	79
b. Dürüstlüğe Dayalı Yorum Yöntemi.....	79
aa. Objektif Yorum İlkesi.....	79
bb. Güven İlkesi.....	80
c. Tümsel Yorum Yöntemi.....	80
d. Lafzi Yorum Yöntemi.....	80
e. Sözleşmenin Korunması Lehine Yorum Yöntemi.....	81
f. Düzenleyici Kurallardan Sapan Anlaşmaların Dar Yorumlanması Yöntemi.....	81
g. Borçlu Lehine Yorum Yöntemi.....	82
2.TBK m. 23 Gereğince Kullanan Aleyhine Karşı Taraf Lehine Yorum Yöntemi.....	82
II. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ İÇERİK DENETİMİ.....	83
A.GENEL OLARAK.....	83
B.İÇERİK DENETİMİNDE DÜRÜSTLÜK KURALI.....	85
1.Tanımı.....	86
2. İçerik Denetiminde Dürüstlük Kuralının Özellikleri.....	87
a. Kişilerin Dışında Objektif Nitelikte Olması.....	87
b. Tamamlayıcı ve Açıklayıcı Nitelikte Olması.....	87

c. Emredici Nitelikte Olup Kendiliğinden Dikkate Alınması.88

d. Somutlaştırılması Gereken Bir İlke Oluşu.....88

**C.İÇERİK DENETİMİNDE GEÇERSİZLİĞE HÜKMEDİLEBİLECEK
GENEL İŞLEM ŞARTLARI.....89**

1. Kabul Ve İfa Sürelerine İlişkin Kayıtlar.....90

2. Sözleşmeden Dönmeye İlişkin Kayıtlar.....93

3. Değiştirme Hakkının Saklı Tutulmasına İlişkin Kayıtlar.....93

4. Farazi Beyanlar.....95

5. Ulaşma Varsayımına İlişkin Kayıtlar.....95

6. Sözleşmenin Tasfiyesine İlişkin Kayıtlar.....96

7. Edimin İfa Edilemeyecek Durumda Olmasına İlişkin Kayıtlar.....97

8. İfadan Kaçınma Hakkına İlişkin Kayıtlar.....98

9. Takas Yasağına İlişkin Kayıtlar.....98

10. İhtar Ve Ek Süreye İlişkin Kayıtlar.....99

11. Tazminat Talebinin Götürü Olarak Belirlenmesine İlişkin
Hükümler.....100

12. Cezai Şarta İlişkin Kayıtlar.....100

13. Yükümlülüklerin İhlalinde Sorumsuzluk Hükümleri.....101

14. Sürekli Borç İlişkilerinin Sürelerine İlişkin Kayıtlar.....102

15.Sözleşmede Kullanan Tarafın Değişebileceğine İlişkin Kayıtlar.103

16.Temsilcinin Sorumluluğuna İlişkin Kayıtlar.....103

17. İspat Yüküne İlişkin Kayıtlar.....104

18. Beyanların Ve Bildirimlerin Şekline İlişkin Hükümler.....105

D. İÇERİK DENETİMİNİN HUKUKİ SONUÇLARI.....105

**E.YASAL MEVZUATTA YER ALAN BAZI DÜZENLEMELERİN
GENEL İŞLEM ŞARTLARI ÇERÇEVESİNDE İNCELENMESİ.....107**

1.TBK. m. 396, TBK. m.444 vd. Maddelerinde Düzenlenen Rekabet Yasağına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi.....	107
2.6102 Sayılı TTK. m. 55 Hükümünün Değerlendirilmesi.....	108
3.6502 Sayılı TKHK. m. 5 Hükümünün Değerlendirilmesi.....	110
4.5464 Sayılı BKKKK. m. 24 ve m. 26. Hükümlerinin Değerlendirilmesi.....	112
5.TBK. m. 115 ve m. 116. Hükümlerinin Değerlendirilmesi.....	113
6. TTK. m. 854 Hükümünün Değerlendirilmesi.....	115
7.TBK. m. 301 Hükümünün Değerlendirilmesi.....	115
8. 6502 Sayılı TKHK. 32 vd. Maddeleri İle Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliğinin Değerlendirilmesi.....	116
SONUÇ.....	119
KAYNAKÇA.....	122

GİRİŞ

Sanayi inkılabıyla birlikte genel işlem şartlarının varlığı paralellik gösterir¹. Zira sanayi ve ticari hayatın büyümesi ve gelişmesi ile seri üretim yapmak ve geniş kitlelere mal ve hizmet ulaştırmak için önceden hazırlanacak belirli tipte sözleşme yapma zorunluluğu doğmuş olup sözleşmelere genel işlem şartları eklenmeye başlanmıştır².

Genel işlem şartları ilk olarak demiryolu taşımacılığında, 1880'li yıllarda ise sigorta, bankacılık, sağlık, sigortacılık, turizm, inşaat, tellallık, mobilya ve mesken kiralarna vb. ilişkin sözleşmelerde kullanılmıştır³.

Günümüzde büyük önem taşımakta olan genel işlem şartları sadece tacirler tarafından değil günlük hayatta toplum tarafından da kullanılarak şartlar içeren kişisel sözleşmeler giderek standartlaştırılmıştır.

Genel işlem şartlarının yaygınlaşması ile zamanla ticari yaşamda ve hukuki işlerde ihtiyacın karşılanarak işlemlerin basitleştirilmesi ve rizikoların önceden tespit edilebilmesi ve hesaplanması sağlanmıştır⁴.

Ekonomik hayatın gelişmesi sebebiyle gereksinim duyulan düzenlemelerin genel işlem şartları ile karşılanması yaşanan sorunlara pratik bir çözüm getirmiş ve zamandan tasarruf sağlanmıştır. Ancak genel işlem şartlarının gelişmesi ile bir takım

¹Mehmet Bahtiyar, "Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması", *Yargıtay Dergisi*, C.22, Ocak-Nisan, S.1-2,1996, s. 100, Altan Fahri Gülerci, "Banka Kredilerinde Tüketicilerden Tahsil Edilen Ücret ve Masrafların Tüketici Hukuku ve Sözleşme Özgürlüğü Bakımından Değerlendirilmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C.6, S.1, s.88. <https://dergipark.org.tr/download/article-file/208335>. (E.T. 01/11/2017) Şebnem Akipek Öcal, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Konu Bakımından Uygulama Alanı", *İzmir Barosu Dergisi*, 2015 Eylül, Y.80, S.3, s.198.

²Adem Yelmen, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.39-40, Akipek Öcal, GİK, s. 199-200, Metin Topçuoğlu, "Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlali ve Sonuçları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C.XIX, S.4, s.16.

³Murat Aydoğdu, *Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 22, Atilla Altop, Genel İşlem Koşulları, *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012, s.29-30, Ayşe Havutçu, *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, Güncel Yayınevi, İzmir, 2003, s.22.

⁴Manfred Rehbindler, (Çev. Ömer Teoman), "Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması", *Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan*, İÜHFİM Özel Sayısı, C.XIII, S.1-4, İstanbul, 1977, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023004570/1023004162>, (E.T.24.01.2019) s.641., Ünal Tekinalp, Türk "Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları", *Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan*, Ankara, 1986, s.125, Yeşim Atamer, "Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurabilecek Değerlendirme Kriterleri", *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.110-111.

sakıncalar da oluşmuştur. Zira zaman içerisinde genel işlem şartları ile düzenleyen lehine olarak bir tarafın dilediğince şart koyması sağlanırken diğer tarafın konulan şartlarla birlikte sözleşmeye bağlı olacağı düzenleme halini almıştır⁵. Bu durum sözleşmenin zayıf tarafının aleyhine sonuç doğurmuş ve sözleşme serbestisi ilkesini sınırlandırmıştır. Çoğunlukla genel işlem şartlarını düzenleyen taraf, sözleşmenin nitekim daha zayıf olan karşı tarafına tartışmaksızın dayatmada bulunmaktadır⁶. Genel işlem şartları ile sözleşme serbestisi ilkesinde tarafların iradeleri korunamamakta, bir yanın ayrıcalıklı duruma gelmesi nedeniyle adaletin sağlanması için Devlet tarafından güvence altına alınması zarureti doğmuştur⁷. Taraf iradesinin bulunmadığı veya zayıf kaldığı hususta tarafları korumak için bir denetimin olması kaçınılmazdır.

Genel işlem şartlarını düzenleyen güçlü taraf karşısında ortaya çıkan olumsuz sonuçlar neticesinde zayıf tarafın korunması gerekmiş ve kanun koyucu her ne kadar koruyucu ilkelerin belirlenmesi, içeriğin denetlenmesi ve sözleşmeye konulan bazı hükümlerin geçersizliğine karar verilmesi hususlarında kayıtsız kalsa da zaman içerisinde yargı kararları ile başlayan süreç 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda genel işlem şartlarına yer verilmesi ile bir düzen oluşturulmuştur⁸.

Genel işlem şartları önceleri Alman Hukukunda 09.02.1976 tarihli “*Genel İşlem Koşulları Hukukunun Düzenlenmesi Hakkında Kanun*”(Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen⁹ kabul edilmişken 26.11.2001 yılında bu kanun yürürlükten kaldırılarak Bürgerliches Gesetzbuch 305 vd. on maddede düzenlenmiştir¹⁰. Bu durum bizim kanunumuzda da benzer bir aşamadan geçmiş olup genel işlem şartları Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmeden önce

⁵Tekinalp, s.126, Yelmen, s.41. Rehbinder/Teoman, s.643, Topçuoğlu, s. 4.

⁶Şebnem Bostancı, “Genel İşlem Şartları”, <http://www.hukukiboyut.com/arsiv/d2009112493649.pdf>, (E.T.24.01.2019), s.1, Gülerci, s.95, Altop, Sempozyum, s.30, Erol Cansel/Çağlar Özel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, C.1, s. 126, Atamer, Sempozyum, s. 118.

⁷Rehbinder/Teoman, s.643, Altop, Sempozyum, s.30, Aydoğdu, s.27, Atamer, Sempozyum, s. 106, Akipek Öcal, GİK, s. 196.

⁸Tekinalp, s.126, Lale Sirmen, Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, “*Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 8 Nisan 2011, BATİDER, Ankara, 2012, s.109-110, Aydoğdu, s.25, Altan Fahri Gülerci/Ayşe Kılınç, **6098 Sayılı yeni TBK ile Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 100, Topçuoğlu, s.17.

⁹Bkz. Aydoğdu, s.26, Sevilay Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi,” **Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2013, C.LXXI, S.2, s.392-393.

¹⁰Yelmen, s.43, Aydoğdu, s.26, Uzunallı, s.392-393, Gülerci/Kılınç, s. 100, Akipek Öcal, GİK, s. 200, dn. 21.

muhtelif kanunlarda genel işlem şartları içeren hükümlere yer verilmiştir. Örneğin; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 5 inci maddesinde "*Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar*" düzenlenmiş olup bu kanun hükümleri tüketiciler ve tüketiciler ile yapılan işlemlere ilişkin düzenlemeler ihtiva etmektedir.

Diğer bir düzenleme ise, 5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun "*Sözleşme Şekli ve Genel İşlem Şartları*" başlıklı 24 vd. maddelerinde yer alan düzenlemelerdir. Bu kanunda ise banka ve kredi kartlarının çıkarılması, takas ve mahsup işlemlerine ilişkin esaslar düzenlenmiş olup bu Kanun'a dayanarak çıkarılan Yönetmeliğin 17 ve 20'nci maddeleri arasında da genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Örnek olarak da verilen muhtelif kanunlarda yer alan genel işlem şartlarına ilişkin hükümler sadece ilgili kanunda belirli kişileri kapsayan hükümler olması ve gelişen hukuk sistemi ve ticari hayat çerçevesinde genel kanun olarak herkesi kapsayacak şekilde bir düzenleme yapılması ihtiyacı doğduğundan genel işlem şartları Türk Borçlar Kanunu'nun 20 ile 25'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ VE GENEL İŞLEM ŞARTI KAVRAMI

Türk Hukuk Siteminde kural taraflar sözleşme içeriğini kanun ile öngörülen sınırlar çerçevesinde dilediklerince belirleyebilirler. Bu duruma sözleşme özgürlüğü denilmekte olup TBK. m. 26' da düzenlenmiştir.

Ancak genel işlem şartları ile kullananın lehine olarak sözleşme özgürlüğü diğer taraf aleyhine bir nebze sınırlanmaktadır. Bu durumda genel işlem şartlarındaki kuralların dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılmaması gerekmekte olup sözleşmenin bir tarafını zarara uğratiyorsa bu durumda geçersizlik söz konusu olmaktadır¹¹. Genel işlem şartlarına tabi olanlar bakımından yaşanacak sakıncalar göz önüne alındığında genel işlem şartlarının uygunluğunun denetlenmesi gerekmekte birlikte konulan şartlar alışılmadık ve orantısız olmamalıdır.

Günümüz şartlarında bireysel (hususî) sözleşmeler yerine güçlü tarafın dayatması ile sunulan genel işlem şartları içeren sözleşmelerde zayıf tarafın korunması, sözleşme özgürlüğü ve tarafların eşit olduğu ortam emredici hükümlerle sağlanmaya çalışılır¹².

I.SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİ

A. GENEL OLARAK

Borçlar Hukukuna hâkim olan ilkelerden biri olan irade özerkliği ilkesi sözleşme özgürlüğünün temelini oluşturmaktadır. İrade özerkliği, bireylerin özgür iradeleri çerçevesinde kişisel ilişkilerini düzenleyebilmesidir¹³. İrade özerkliğinin

¹¹Rehbinder/Teoman, s.650, Altop, Sempozyum, s. 33.

¹²Muzaffer Şeker, *Yazılmamış Sayılma*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.24-25, Altop, Sempozyum, s.30, Sirmen, s.112, Gökhan Antalya, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, C.1, s.288, Cansel/Özel, s. 126, Atamer, Sempozyum, s. 118.

¹³Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları,18. Baskı, Ankara, 2015, s.16, Akın Ünal, *Kelepçeleme Sözleşmeleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.31-32, Antalya, s.53., Ahmet Mithat Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2016, s.84, Tan Tahsin Zapata, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 22, Osman Açıkgöz, *Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 181, Topçuoğlu, s.31.

uygulandığı en önemli araçlar ise hukuki işlemler ile sözleşmelerdir. Büyük bir çoğunlukla irade özgürlüğünün görünümü sözleşmeler ile olmaktadır.

Taraflar özgür iradeleri ile yapmış oldukları sözleşmeler ile hem kendilerini hak sahibi yapıp hem de borç altına sokmaktadırlar. Ancak irade özerkliği ilkesi sınırsız olmayıp TBK. m. 27 ile bazı sınırlamalar getirilmiştir. TBK. m. 27'ye göre, kamu düzenine, ahlaka, kanunun emredici hükümlerine, kişilik haklarına aykırı, konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Her ne kadar kanun gereği bazı sınırlamalar öngörülmüş olsa da asıl olan irade özerkliği olup sınırlama istisnaidir.

İrade özerkliği ilkesi en geniş şekilde sözleşme özgürlüğü ilkesi, eşitlik ilkesi ve şekil özgürlüğü ilkesi olmak üzere birçok ilkenin temelini oluşturmaktadır¹⁴. İrade özerkliğinin görünüş ilkelerinden olan sözleşme özgürlüğü ilkesi ile kişiler kendi aralarında uygulanmasını istedikleri kuralları kendileri belirleyebilmektedirler.

Bir görüşe göre irade özerkliği, devletin otoritesi ve hukuk düzeninden evvel gelen, sınır olmaksızın kabul edilmesi gereken bir ilke iken; modern yaşam tarafından irade özerkliğinin sınırsız olması kabul edilmeyerek bazı sınırlamalar getirilmiş ve kişilere hukuk düzenince verilen bir yetki olarak kabul edilmiştir¹⁵.

B. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI

Sözleşme özgürlüğü, kişilerin hukuk düzeninin kendilerine verdikleri sınır içerisinde istedikleri gibi sözleşme yapabilme yetkisidir¹⁶. Diğer bir anlatımla kişiler hukukun verdiği sınırlar dâhilinde kendi kaderlerini kendileri belirleyebilirler.

AY. m. 48 ile TBK. m. 26'da sözleşme özgürlüğü düzenlenerek güvence altına alınmıştır. Böylelikle bireyler sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince diledikleri sözleşmeyi yapma veya yapmama, istenen kişi ile istenen içerik ve şekilde sözleşme yapma, yapılmış bir sözleşmeyi ise ortadan kaldırma yetkisine sahiptir. Ancak bazı

¹⁴Eren,16-18, Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s.32, Ali Naim İnan/Özge Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s.76, Antalya, 53, Açıkgöz, s.170-180, dn.1,

¹⁵Eren, s. 298-299, Kılıçoğlu, s. 84, Açıkgöz, s.180-181, Hasan Karakılıç, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları*, Onİki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 59.

¹⁶Eren, s.300, Akın, s. 40, Gülerci/Kılınç , s.39., Antalya, 53, Ünal, s.40, Zapata, s.22, Kılıçoğlu, s. 84, Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 47, Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s. 130, Karakılıç, s. 58-59, Cansel/Özel, s. 125, Akipek Öcal, GİK, s. 192.

durumlarda sözleşme özgürlüğüne bazı sınırlar getirilebilir. Örneğin şekil özgürlüğü ilkesi asıl olup bireyler istedikleri şekilde sözleşme yapabileceği TBK. m. 12’de düzenleme altına alınmışken taşınmaz satışının tapu önünde resmi şekilde yapılması zorunluluğu gibi kanundan kaynaklanan sınırlamalar da istisnai olarak mevcuttur.

İrade özerkliği ve sözleşme özgürlüğünün doğal bir sonucu olan eşitlik ilkesi, kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarına bakılmaksızın kanun önünde borç ilişkisine girse, sözleşme yapsa bu durumda kanun önünde aynı derecede korunurlar¹⁷. Ancak eşitlik ilkesinin de zamanla istisnaları oluşmuş ve zayıf olanın korunması gereken haller ortaya çıkmıştır. Örneğin işçinin, tüketicinin, kiracının bazı durumlarda daha çok korunmaya ihtiyaçları olduğundan kanunlar ile koruyucu hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca genel işlem şartlarında da zayıf olanın korunması gerektiğinden denetim hükümlerine yer verilmiş ve açık ve anlaşılır bir şekilde yazılmamışsa kullanan aleyhine karşı taraf lehine yorumlanması gerektiği belirtilmiştir.

Kıta Avrupasında sözleşme özgürlüğünün denetlenmesini sürekli edimli sözleşmeler, haksız işlemlere karşı ve genel işlem şartlarına getirilen sınırlamalar ve denetlemeler şeklinde olmaktadır¹⁸. Tüketicinin, işçinin kiracı gibi sözleşmenin zayıf olan kısmının korunması, edimler arasında oluşan adil olmayan halin giderilmesi ile başlayan süreç zaman içerisinde genel işlem şartı içeren standart sözleşmelerin artması ile güçlü kurumlar karşısında zayıf olanların korunması zorunluluğu doğmuştur.

1. Sözleşme Özgürlüğünün Görünüş Şekilleri

Sözleşme özgürlüğü çeşitli şekillerde karşımıza çıkar. Bunlar; sözleşme yapma veya yapmama, sözleşmenin diğer tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme ve içeriğini değiştirme, sözleşmenin şeklini dilediğince belirleyebilme ve sözleşmeyi sonlandırma şeklindedir¹⁹.

¹⁷Eren, 17-18, Necip Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme*, Filiz Yayınevi, İstanbul, 2010, s.504-505, Açığöz, s. 229.

¹⁸Arzu Küçükyalçın, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.53,S.4, 2004, s.108, Aydoğdu, s.24.

¹⁹Eren, s.300, Ayan, Mehmet, s. 32, İnan/Yücel, s.226, Kocayusufpaşaoğlu vd. s. 503, Kılıçoğlu, s.84-89, Karakılıç, s. 58-60, Abdülkerim Yıldırım, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 98, Antalya, s. 54-55, Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 58-60, Ahmet Cemal Ruhi, *Sözleşmeler Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, C.1, s.34, İnan/Yücel, s. 205, Akipek Öcal, GİK, s. 192.

a. Sözleşme Yapma veya Yapmama Özgürlüğü

Borçlar hukukumuzda asıl olan sözleşme yapma yapmama konusunda kişilerin özgür olmalarıdır²⁰. Kişilerce, hiçbir baskı yapılmaksızın sözleşme yapılması veya yapılmak istenen sözleşmeyi reddetmesi hukuk düzenimizde de korunmuştur. Örneğin sözleşme kurulurken iradesi korkutma, tehdit, hile vb. nedenlerle sakatlanmışsa bu durumda kişilere sözleşmeyi belirli süre içerisinde iptal edebilme imkânı tanınarak hukukumuzda sözleşme yapılırken veya sözleşme yapmak istenmediğinde reddetmeye ilişkin bireyleri koruyucu hükümleri içermektedir.

Sözleşme yapmak kural olarak kişilerin özgür iradesine bağlanmış ise de bazı istisnalar ile sözleşme yapma zorunluluğu bulunan hususlar da vardır²¹. Örneğin halkın zorunlu ihtiyaçlarına ilişkin mal ve hizmet sunanların tekel olup ihtiyaç duyulan mal ve hizmetin sağlanmasından kaçınılması veya mal ve hizmete ihtiyaç duyanların alım gücünü aşan bedellerle sağlanması halinde oluşan durumu düzeltmek için zorunlu olarak mal ve hizmet sunulmasını sağlamak, adil ve hakkaniyetli olacağından bu tip istisnalar öngörülmüştür. Bu düzenlemenin konuluş nedeni ekonomik nedenlerle var olan gücün kötü yönde kullanılmasının doğuracağı sıkıntıları gidermektir²². Nitekim sözleşme özgürlüğünü sınırlayan bu istisna AY. m. 167/I ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri ile de tekelleşmenin önüne geçilmesi için düzenlemeler yapılmıştır²³.

Bazı hizmetler kamu tekelinde olup zaruri ihtiyaç olan malları dağıtan kurumlar ile ve bu malları talep edenlerle sözleşme yapma mecburiyetinde olduğuna ilişkin Yargıtay kararları da mevcuttur. Yargıtay'ın bir kararında; elektrik enerjisi dağıtımını bakımından tekel nitelikte olan TEDAŞ'ın sözleşme yapma zorunluluğu olup sözleşmeyi yaparken haksız şekilde mükellefiyet getirici nitelikte şartlar sunması (eski borçların alacaklı olunmayan kişiden istenmesi hali gibi) sözleşme yapma özgürlüğüne aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir²⁴.

²⁰Antalya, s.53, Eren s.301, Ayan, Mehmet, s.32, Yıldırım, s. 98, Kocayusufpaşaoğlu vd. s.505, Kılıçoğlu, s. 84, Safa Reisoğlu, s. 130, dn. 41.

²¹Hatemi/Gökyayla, s.59, Antalya, 53, Yıldırım, s. 99, Kocayusufpaşaoğlu vd. s.505, Kılıçoğlu, s. 84, Gülerci/Kılınç, s. 39.

²²Eren, s.301-302, Antalya, s.298.

²³Eren, s. 302, dn.20, Yıldırım, s. 100, Topçuoğlu, s. 6-7.

²⁴Yargıtay 13. HD. T:18/04/2002, E:2002/2584, K:2002/4338. www.kazancihukuk.com (E.T. 04/04/2019)

Ancak kamu hizmetinin tekel nitelikte olması, sözleşme yapma mecburiyeti içerisinde olması abonelerin ise sözleşme hükümlerine uymadığı halde aboneliğin devam etmesi gerektiği şeklinde de algılamamak gerekmektedir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında; İSKİ yasal veya fiili bir engel olmaksızın hizmetten yararlanmak isteyen herkesle tekel niteliğinde hizmet sunan kurum olması sebebiyle sözleşme yapmak zorundadır. Ancak abone hizmetten yararlandığı halde ısrarla bedelini ödemiorsa bu durumda abone ile sözleşmenin sürdürülmesi gerektiği iddiasında bulunmak hakkın kötüye kullanılmasına neden olacağından İSKİ sözleşmeyi feshedebileceği şeklinde hüküm kurulmuştur²⁵.

Tekel nitelikte mal ve hizmet sunumu dışında bir de tekel nitelikte mal ve hizmet sunmasa da bulunduğu yerde rakipsizse bu durumda mal ve hizmeti keyfi olarak sunmaması ahlaka aykırılık teşkil edebilir²⁶. Örneğin, bir fırın sahibi ürettiği malı husumeti var diye karşı tarafa satmıyor ve kasten zarar verme amacı taşıyorsa bu durumda sözleşme yapma mecburiyetinden bahsedilemese de TBK. m. 49/2 ve m. 51/1 nedeniyle tazmin yükümlülüğü doğabilir. Ayrıca, şartlarını taşıması halinde TBK. m. 58 gereğince fırıncıya karşı manevi tazminat davası da açılması mümkündür. Zira burada Anayasa ve Türk Medeni Kanunumuzca korunan eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu olabilecektir.

Bir diğer istisna ise TMK. m. 642'de düzenlenen mirasçılardan biri tarafından miras paylaşımı istenmesi halinde paylaşım sözleşmesi yapılmaması için geçerli bir sebep sunulmadığı takdirde mahkeme kanalıyla paylaşım zorlanır. Aynı durum paylı mülkiyetin sona erdirilmesi için de geçerli olup paylaşım sözleşmesi yapmak zorundadırlar (TMK. m. 698).

Benzer bir durum zorunlu kaynak hakkında da geçerli olup arazisi suya yakın olmayan ve aşırı zahmet ve masrafa girmeden ihtiyacını karşılayamıyorsa komşusunun ihtiyacından fazla olan suyu bedeli karşılığında alması için irtifak kurulmasını isteyebileceği TMK. m.761'de düzenlenmiş olup irtifak sözleşmesi yapılması ihtiyacından fazla su için zorunluluktur. Suya ihtiyaç duyan komşusuna su

²⁵YHGK T:25/09/2013, E:2012/3-1927, K:2013/1406. www.kazancihukuk.com (E.T. 04/04/2019)

²⁶Eren, s.306, Yıldırım, s. 100, Kocayusufpaşaoğlu vd. s.507-518, Kılıçoğlu, 84-85, Karakılıç, s. 60-61.

vermek istemeyen irtifak sözleşmesi yapmaya yanaşmayan taşınmaz sahibine karşı dava açılarak irtifak kurulması istenebilir²⁷.

b. Sözleşmenin Diğer Tarafını Seçebilme Özgürlüğü

Kural olarak sözleşme yapılırken taraflar, karşı tarafı dilediklerinde belirlemede özgürdürler²⁸. Ancak bu özgürlüğün de bazı istisnaları mevcuttur. Örneğin; elektrik, doğalgaz, su gibi tekel nitelikte hizmet sunan kurum ve kuruluşlar sundukları hizmetin kamusal niteliği olması sebebiyle karşı tarafı seçme özgürlüğü bulunmamakta, şartları taşıyan herkesle sözleşme kurmak zorundadır²⁹. Tekel nitelikte olan kurumlar karşı taraf ile sözleşme kurmak zorunda olmasına rağmen tüketiciler her türlü abonelik sözleşmesini TKHK. m. 52 (ETKHK. m. 11/A) gereğince sonlandırma yetkisine sahiptir.

Bir başka örnek olarak TMK. m. 732 vd. maddelerinde düzenlenen önalım hakkının dava açılarak kullanılması hali gösterilebilir. Nitekim bu durumda satış sözleşmesi yapılan yeni malik önalım hakkı sahibiyile satış sözleşmesi yapmak mecburiyetinde kalmaktadır.

c. Sözleşmeyi Değiştirme veya Ortadan Kaldırabilme Özgürlüğü

Taraflar karşılıklı birbirlerine uygun iradeleri ile daha önceden yapmış oldukları sözleşme hükümlerini değiştirebilir veya sözleşmeyi sona erdirebilirler³⁰. Burada önemli olan tarafların sözleşmeyi değiştirmeleri veya ortadan kaldırmalarında ortak birbirine uygun iradeye sahip olmalarıdır. Aksi takdirde sözleşmenin tek taraflı karşı tarafın aleyhine olacak şekilde değiştirilmesini hukuk düzenimiz korumamıştır³¹.

Bir görüşe göre sözleşmeyi değiştirme veya ortadan kaldırma sözleşme özgürlüğünün görünüş şekillerinden biri olan sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğü içerisinde değerlendirilebilecektir³². Ancak sözleşme içeriğinin belirlenmesini

²⁷Eren, s.303.

²⁸Eren, s. 315, Ayan, Mehmet, s. 36, Kılıçoğlu, s. 88, Kocayusufoğlu vd. s. 503, Yıldırım s. 101, Antalya, s. 54, Gülerci/Kılınc, s. 40.

²⁹Eren, s. 315, Karakılıç, s. 59, Antalya s. 54, Gülerci/Kılınc, s. 40.

³⁰Yıldırım, s.101, İnan, Yücel, s. 205, Hatemi/Gökyayla, s.60, Eren, s.316, Antalya, s. 54.

³¹Hatemi/Gökyayla, s. 63, Yıldırım, s.94.

³²Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlakı Aykırılık*, Turhan Kitapevi, Ankara,2007, s.43, Derya Ateş, "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2007, S.72, s.80, Ünal, s. 52.

sözleşmenin kuruluşu sırasında varılan anlaşma olarak değerlendirirsek sözleşmeyi değiştirme veya ortadan kaldırmayı sözleşme özgürlüğünün farklı bir görünümü olarak değerlendirmekte fayda vardır.

d. Sözleşmenin Şeklini Belirleme Özgürlüğü

TBK. m. 12 gereğince sözleşmede asıl olan şekil serbestisi olup, aksi öngörülmedikçe, herhangi bir şekilde yapılma zorunluluğu yoktur³³. Ancak kanundan kaynaklanan istisnalar mevcuttur. Örneğin; taşınmaz satışının tapu memuru önünde resmi şekilde yapılması, evlenmenin nikâh memuru önünde yapılması, alacağın temlikinin yazılı şekilde yapılması, önalım sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması vb. şekil zorunluluğu getirilen hususlardır.

Ayrıca TBK. m. 17’de tarafların iradi olarak sözleşmeyi belirli şekilde yapma şartı getirebilecekleri düzenlenmiştir. Bu durumda sözleşmenin geçerli olması için belirtilen şekilde yapılması zorunludur³⁴. Aksi takdirde sözleşme tarafları bağlamayacaktır.

e. Sözleşmenin İçeriğini Belirleyebilme Özgürlüğü

TBK m. 26’da tarafların sözleşme içeriğini kanunda öngörülen sınırlar çerçevesinde dilediklerince düzenleyebileceklerini belirtmiştir. Bir diğer değişle taraflar sözleşmenin tipini dilediklerince seçebilirler, isterlerse borçlar özel kısmında düzenlenen belirli tipte sözleşme yapabilecekleri gibi kanunda düzenlenmemiş isimsiz sözleşmelere veya birkaç sözleşme unsurlarını bir araya getirerek karma nitelikte sözleşme yapabilirler³⁵.

Ancak kanunda belirli tipte yapılması zorunluluğu olan aile, kişiler, miras ve eşya hukukundaki sözleşmelerde belirtilen şekilde sözleşme yapılması zorunludur³⁶. Zira genellikle buradaki düzenlemeler kamu düzenindedir.

Diğer yandan TBK. m. 27/1’de sözleşmenin sınırlarının nasıl olacağı düzenlenmiştir. Buna göre; kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kişilik haklarına,

³³Antalya, s.54 ve s.324., Kılıçoğlu, s. 88, Eren, Ayan, Mehmet, s. 37, s.316, Hatemi/Gökyayla, s. 42, Yıldırım, s. 100, İnan/Yücel, s. 207, Gülerci/Kılınç, s. 40, Ruhi, s. 23.

³⁴İnan, s. 212, Hatemi/Gökyayla, s.50, Ayan, Mehmet, s. 37, Antalya, s. 326, Ruhi, s.22.

³⁵Eren, s.316-317, Ünal, s. 52, İnan/Yücel, s.226, Yıldırım, s.100, Hatemi/Gökyayla, s. 59-60, Kocayusufpaşaoğlu vd. s. 526-527, Kılıçoğlu, s.88, Antalya, s. 55.

³⁶Yıldırım, s.101, Hatemi/Gökyayla, s. 60, Kocayusufpaşaoğlu vd. s.525-526, Antalya, s.55.

kamu düzenine aykırı olan ve konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Kanun ile sözleşmenin sınırları belirlenmiş ve sözleşmenin bahsedilen şartlara uymaması halinde hangi müeyyide ile karşılaşılacağı da düzenlenmiştir.

C. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

Sözleşme özgürlüğünün sınırlarının neler olduğu TBK. m. 27'de düzenlenmiştir. Buna göre; sözleşmeler, kanunun emredici hükümlerine, kişilik haklarına, kamu düzenine, ahlaka aykırı veyahut konusu imkânsız olmamalıdır. Aksi takdirde kesin hükümsüzlük yaptırımını ile karşı karşıya kalınacaktır.

1.Sözleşmenin Konusunun Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırı Olamaması

Sözleşme ile değiştirilemeyen veya kaldırılamayan, tarafların uymak mecburiyetinde kaldıkları kurallara emredici kurallar denilmektedir³⁷. Kanunun lafzından ve konuluş amacından emredici nitelikte olup olmadığı anlaşılır. Zira konulan hüküm ile açıkça bir yasak veya emir düzenleniyor ise bu durumda emredici nitelikte bir hüküm söz konusudur.

Kanunun emredici hükmüne aykırı olacak şekilde sözleşme yapılması halinde kesin hükümsüzlük söz konusu olacaktır³⁸. Taraflar her ne kadar emredici kurallar dışında düzenlemeler yapsa da uygulanacak olan her şekilde emredici olan hükümdür.

Borçlar hukukunda genellikle emredici nitelikte kurallardan ziyade yedek (düzenleyici, tamamlayıcı) kurallar söz konusudur³⁹. Eğer bir kanun hükmü emredici nitelikte olmayıp yorumlayıcı veya tamamlayıcı nitelikte ise bu durumda sözleşmenin tamamen geçersiz sayıldığından bahsedemeyiz.

Kanunun emredici bir hüküm ile yasakladığı bir hususa başka bir yol izlenerek ulaşıma gayesine kanuna karşı hile denilmekte olup bu durumda da

³⁷Turgut Uygur, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt 1*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 320, Ruhi, s.35, Akıntürk, Ateş Karaman, s. 62.

³⁸Antalya, s.274-275, Kılıçoğlu, s. 105, Kocayusufpaşaoğlu vd. s. 530-536, Eren, s. 318, Reisoğlu, Safa, s. 134, İnan/Yücel, s. 227-228, Ünal, s. 64, Ruhi, s. 35, Gülerci/Kılınc, s. 96, Yıldırım, s.101-102.

³⁹Yıldırım, s.101, Antalya, s. 275, Kılıçoğlu, s. 105, Kocayusufpaşaoğlu vd. 535, Eren, s. 319, Reisoğlu, Safa, s. 134, Ünal, s. 64-65, Topçuoğlu, s. 31-32.

hukuka aykırılık söz konusu olduğundan kesin hükümsüzlük söz konusu olacaktır⁴⁰. Ancak ulaşılmak istenen sonuca kanunun yasakladığı sözleşme dışında başka bir işlemle ulaşılabiliyorsa ve bu durum yasaklanmamışsa ortada kanuna karşı hileden bahsedemeyiz.

2. Sözleşmenin Kişilik Haklarına Aykırı Olamaması

Kişilik haklarının konusunu bedensel ve manevi bütünlüğü, şerefi ve değerleri, sosyal ve ekonomik özgürlüğü ile hak ve fiil ehliyeti bütünlüğü oluşturur. Kişilerin herkesin saygı duymasını isteyebileceği bu haklar mutlak haklardandır⁴¹. Söz konusu kişisel hakların ortadan kaldırılması, başkasına devredilmesi, aşırı olacak şekilde kısıtlanması şeklinde yapılan akitler geçersizdir⁴².

Kişisel hakların devri mümkün olmasa da bazı durumlarda kişisel hakkın kullanımının devri söz konusu olabilmektedir. Örneğin; kişinin adı, resmi, sesinin kullanımına ilişkin sözleşme yapılmasına bir engel yoktur⁴³.

TMK. m. 23'te kişilik haklarını koruyucu hükümlere yer verilmiş olup kimsenin hak ve fiil ehliyetini kısmen de olsa sınırlandıramayacağı, özgürlüğünden vazgeçemeyeceği veya hukuka ya da ahlaka aykırı olacak şekilde sınırlayamayacağı belirtilmiştir.

3. Sözleşmenin Kamu Düzenine Aykırı Olamaması

Kamu düzeni kavramından bahsedilen, toplumun menfaatine olan ve uyulması ve korunması gereken kurallar olması nedeniyle konusu kamu düzenine aykırı nitelikte olan sözleşmeler kesin hükümsüzdür⁴⁴. Somut olay çerçevesinde hâkim tarafından kamu düzenine aykırılık olup olmadığının tespiti gerekir.

Kamu düzeni kavramı yere ve zamana göre değişiklik gösterebileceğinden içeriğini her zaman belirlemek kolay değildir⁴⁵. Zira kamu düzenine aykırı olan her

⁴⁰Antalya, s.275, Kocayusufpaşaoğlu vd. s.534, Reisoğlu, Safa, s. 134-135, İnan/Yücel, s. 228.

⁴¹Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 62-63, Ruhi, s. 35.

⁴²Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 63, Antalya, 279, Gülerci/Kılınç, s. 34, Ruhi, s. 36, Ünal, s. 73, Reisoğlu Safa, s. 135, Kılıçoğlu, s.106-108, Ruhi, s. 35, İnan/Yücel, s. 228-229.

⁴³Yıldırım, s. 104, Ünal, s. 72-73.

⁴⁴Kılıçoğlu, s. 108, Reisoğlu, Safa, s. 135, Ünal, s. 67-68, Ruhi, s. 35, İnan/Yücel, s.228, Yıldırım, s. 103.

⁴⁵Uygur, s. 321, Kılıçoğlu, 108-109, Hatemi/Gökyayla, s. 74, Kocayusufpaşaoğlu vd. s. 544-546, İnan, Yücel, s. 228, Yıldırım, s.104, Ünal, s. 67.

durum kanunumuzda emredici kural olarak düzenlenmediğinden takdiri bir nitelik taşıyacaktır.

4. Sözleşmenin Ahlaka Aykırı Olamaması

Sözleşme konusunun ahlaka aykırı olup olmadığı hususu yoruma tabi olup her ülkenin genel ahlak anlayışına göre değerlendirme yapılması gerekmektedir⁴⁶. Toplumla, zamana ve bulunulan ortama göre ahlak anlayışı değişebileceğinden somut olay çerçevesinde hâkimin objektif görüşü çerçevesinde tarafından re'sen değerlendirilir⁴⁷.

Sözleşmenin konu veya amacının ahlaka aykırı olması halinde TBK. m. 27 gereğince kesin hükümsüzlük söz konusu olacaktır⁴⁸. Örneğin para karşılığı cinsel ilişki kurulması vs. ahlaka aykırı anlaşma olup kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır.

5. Sözleşmenin Konusunun İmkânsız Olamaması

İmkânsızlık, sözleşme konusu edimin hukuki veya fiili bir nedenden dolayı yerine getirilemiyor oluşudur⁴⁹. İmkânsızlık hali sözleşmenin kuruluşu anında veya sözleşme kurulduktan meydana gelebilir.

Objektif imkânsızlık sadece borçlu için değil herkes için söz konusu olan imkânsızlık türüken subjektif imkânsızlık borçlu bakımından söz konusu olan imkânsızlıktır⁵⁰. Kısacası objektif imkânsızlıkta borcu hiç kimse ifa edemeyecekken, subjektif imkânsızlıkta borcun yalnız borçlu tarafından ifa edilememesi söz konusudur.

TBK. m. 27 kapsamındaki imkânsızlık halinde, sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan kusursuz imkansızlık hali söz konusu olduğundan kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir⁵¹. TBK. m. 136'daki imkânsızlık halinden farklı olarak TBK. m. 27'de bahsedilen imkânsızlık, "objektif imkânsızlıktır". Zira TBK. m. 136'da

⁴⁶Eren, s.323-324, Ünal, s. 86 vd, Kılıçoğlu, s. 109-110.

⁴⁷Eren, s. 323-324, Ünal, s.98, Yıldırım, s. 104, İnan/Yücel, s. 229, Kılıçoğlu, s. 110.

⁴⁸Eren, s. 323-328, Hatemi/Gökyayla, s. 77, İnan/Yücel, s. 229, Yıldırım, s. 104, Ruhi, s.35-36.

⁴⁹Uygur, s.322, Kılıçoğlu, s. 110-111, Yıldırım, s. 106, Ruhi, s. 36.

⁵⁰Kılıçoğlu, s. 111, İnan/Yücel, s. 231-232, Yıldırım, s. 106, Reisoğlu, Safa, s. 138-139, Eren, s. 327.

⁵¹Antalya, s. 280, Kocayusufpaşaoğlu vd., s. 578, Hatemi/Gökyayla, s. 77, Yıldırım, s. 106, Reisoğlu, Safa, s. 138, Eren, s. 327, Gülerci/Kılınç, s. 34.

sözleşme kurulmuş ve geçerli iken ifa imkânsızlığı nedeniyle borç sona ermekte olup burada “sonradan imkansızlık” söz konusudur⁵².

II. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE UNSURLARI

A. GENEL OLARAK

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndan önce genel işlem şartlarına ilişkin hükümlere 4077 sayılı Tüketicini Korunması Hakkında Kanun’da 4822 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik sonrası 6’ncı maddede yer verilmiş, daha sonrasına 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un 5’inci maddesi ile de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Genel işlem şartları çeşitli Kanunlarda farklı terimler olarak kullanılmaktadır. Örneğin Türk Borçlar Kanunu’nda “genel işlem koşulları”, Türk Ticaret Kanunu’nda “genel işlem şartları”, 6502 sayılı Kanun’da ise “haksız şart” olarak kullanılmıştır. Öğretide çoğunlukla “genel işlem şartı” olarak kullanılmaktadır⁵³. Çalışmamızda da genel işlem şartları olarak adlandırılmış olup Türk Borçlar Kanunu’nda koşul kelimesinin yaygın kullanım olan şart kavramı yerine kullanılması doğru bir kullanım olmamıştır. Zira TBK. 170 vd. maddelerinde “geciktirici koşul” kavramına yer verilmiş ve buradaki koşul kelimesi ile gerçekleşmesinde şüphe duyulan olgulardan bahsedilirken “genel işlem koşulları” ibaresinin kullanılması kavram kargaşasına da sebebiyet verebilir. Türk Borçlar Kanunu’nda düzenleme yapılmadan önce gerek 4077 gerek 6502 sayılı Kanunlarda “haksız şart” olarak düzenlenmişken ve “şart” kelimesine yer verilirken yeni bir düzenleme olan Türk Borçlar Kanunu’nda “genel işlem koşulları” yerine “genel işlem şartları” terimi kullanılsaydı daha uygun olurdu⁵⁴.

Genel işlem şartlarını kullanan kişi veya firmalarca karşılıklı iradeler doğrultusunda anlaştıkları mal, hizmet, bedel vb. ile sözleşmenin kuruluşu, ifası vb. yönlerden sözleşme hükümlerini düzenlerlerken taraflardan birince tek taraflı olarak sözleşme hükümlerine eklenen sözleşmeye ilişkin sorumsuzluk kayıtları, ispat

⁵²Inan/Yücel, s. 231, Yıldırım, s.106, Reisoğlu, Safa, s. 138.

⁵³Havutçu, s.12-13, Aydoğdu, s.28-29, İbrahim Kaplan, *Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları*, BATİDER, 1991, C.XVI, S.2, s.75-76.

⁵⁴Aydoğdu, s.29, Havutçu, s.12-13, Kaplan, Standart, s.75-76.

külfetini karşı tarafa yükleyen, yetkili mahkemelerin belirlenmesi vb. konularda genel işlem şartları hazırlanmaktadır. Ancak genel işlem şartları ile kanunun emredici nitelikte koymuş olduğu kuralların değiştirilmesi veya kaldırılmasına kanun cevaz vermemiştir.

Ancak daha detaylı hükümlere 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilmiş olup 20 ile 25'inci maddeler arasında genel işlem şartlarına ilişkin hükümler düzenlenmiştir.

“Genel İşlem Şartları” sözleşme özgürlüğünün belirli düzeyde sınırlanması anlamına gelmektedir. Doktrinde katıldığımız bir görüşe göre; Kanunun sistematığına göre m. 20-25 arasında düzenlenmesi yerine TBK. m. 26'da düzenlenen “Sözleşme Özgürlüğü” kavramından sonra genel işlem şartlarına ilişkin hükümlere yer verilmesi nitekim daha uygun olurdu⁵⁵. Doktrinindeki başka bir görüşe göre ise genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin sözleşmenin kurulması, geçerliliği ve yorumlanmasına ilişkin hükümler içerisine yerleştirilmesi daha uygun olur⁵⁶ denmekteyse de Kanundaki sistematik düzenlemesi daha derli toplu bir bütün olarak düzenlendiği için yerinde olmuştur.

Kanunun sistematığına göre bakıldığında TBK. m. 20'de genel işlem şartlarının tanımı ve unsurlarına; TBK. m. 21'de genel işlem şartlarının kapsamı ve yaptırımı olan yazılmamış sayılma kavramına; TBK. m. 22'de yazılmamış sayılma halinin sözleşmeye etkisine; TBK. m. 23'te genel işlem şartlarında yer alan bir hükmün yorumlanmasına; TBK. m. 24'te genel işlem şartlarının bulunduğu sözleşme hükmünün değiştirilmesi yasağına ve yazılmamış sayılması yaptırımına tabi olacağına; TBK. m. 25'te ise genel işlem şartlarının dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturup oluşturmadığı hallerinin denetimi olan içerik denetimine yer verilmiştir⁵⁷.

⁵⁵Aydoğdu, s.32-33, Benzer görüş için bkz. Altop, Sempozyum, s.35; Atillâ Altop, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları”, *Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı*, Çizgi Basım Yayın, İstanbul, 2007, s. 257. (Yazar Genel İşlem Şartlarına ilişkin Düzenlemelerin TBK m.29 sonrasında düzenlenmesi gerektiğinden bahsetmektedir.)

⁵⁶Yeşim. M. Atamer, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Ağustos 2005, S:4, s.13.

⁵⁷Aydoğdu, s.18, Gülerci/Kılınç, s.100-101.

Doktrinde genel olarak denetimi üç ana başlık altında değerlendirilmektedir. Bunlar yürürlük (kapsam) denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimidir⁵⁸. Bir görüşe göre denetim çeşitleri kapsam denetimi (TBK. m. 21/1), TBK. m. 21/2’de yer alan işin özelliğine yabancı (şaşırtıcı) genel işlem şartları denetimi, TBK. m. 23’te yer alan yorum denetimi, değiştirme ve yeni düzenleme yapma yasağı denetimi, içerik denetimi olarak değerlendirilmiştir⁵⁹.

Bu denetimlerden ilki olan yürürlük denetiminde genel işlem şartlarının sözleşmenin hükümleri haline gelip gelmediğinin denetimi yapılır. Eğer dürüstlük ilkesi gereğince taraf iradelerinin uyuşup uyuşmadığına bakıldığında sözleşme hükümleri haline gelmediği sonucuna varılırsa genel işlem şartlarının geçerliliğini tartışmanın manası kalmaz⁶⁰. Eğer genel işlem şartlarının sözleşmenin hükmü haline geldiği sonucuna varıyorsa bu durumda yorum denetimi yapılabilir. Bu durumda genel işlem şartları yorum denetiminde kullanan aleyhine karşı taraf lehine olarak yorumlanmaktadır. Nihayetinde en son içerik denetimi söz konusudur ki bu durumda sözleşme hükmü haline gelen, kullanan aleyhine yorumlansa da bir anlam ifade etmemesi halinde bu durumda içerik denetimi yapılacak ve gerekiyorsa hükümsüzlük kararı verilecektir. Ancak bu denetimlerin yapılabilmesi için sözleşmenin genel işlem şartları içermesi gerekir. Eğer taraflar müzakere etmişse bu durumda genel işlem şartları mevcut olmayacağından evleviyetle denetim de olmayacaktır⁶¹.

B. TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE UNSURLARI

1. Tanımı

Genel işlem şartlarının birçok tanımlaması doktrinde yapılmıştır. Bir görüşe göre, sözleşmenin yapılması sırasında sözleşmenin bir tarafının diğer tarafa birden

⁵⁸Aydoğdu, s. 70-73, Atamer, Karşılaştırma, s. 13, Havutçu, TBK-GİŞ, s. 37, Mehmet Akçal, “Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C. XVIII, S.1, s. 55, Atamer, Tasarı, s. 13, Altop, Sempozyum, s. 35, Açıkgöz, s. 236, Yıldırım, s. 93, Akipek Öcal, GİK, s. 196.

⁵⁹Şeker, s.26-27, TBK m. 25 içerisinde bir örnek olarak yer alması gerektiği hakkında bkz. Altop, Sempozyum, s. 43.

⁶⁰Yeşim Atamer, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55/f.1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, *Türk Hukukuna Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, 8 Nisan 2011, BATİDER, Ankara, 2012, s. 11, Atamer, Sempozyum, s. 104, Açıkgöz, s. 254, Elif Ayan, “Genel İşlem Koşullarındaki Sorumsuzluk Kayıtlarının Hukuken Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XX, 2016, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/20_3_1.pdf (E.T.18.01.2019.), s. 9.

⁶¹Aydoğdu, s. 44-45, Akipek Öcal, GİK, s.193-194, Topçuoğlu, s. 21, Atamer, Sempozyum, s. 103-104, Atamer, Karşılaştırma, s. 11.

fazla sözleşme için önceden hazırlanan şartların tamamıdır⁶². Bir diğer tanımlamaya göre; “genel kayıtlar, akdin bir tarafının üçüncü kişilerle yapmayı tasarladığı aynı nevide ve çok sayıdaki akitlerin konusunu teşkil etmek üzere, önceden tesbit ettiği birtakım kayıtlar”dır⁶³. Diğer bir görüşe göre ise; “Müteşebbisin ileride kurmayı düşündüğü ve işletmesinin uğraşı alanına giren sözleşmelerinin muhtevalarının, önceden ve tek taraflı olarak tayin ve saptanması”⁶⁴ olarak tanımlanmış öte yandan bir başka tanımlama ise şu şekildedir: “Gelecekte yapılacak aynı türdeki çok sayıda sözleşmenin içeriğini oluşturmak üzere, önceden tek yanlı olarak genel ve soyut biçimde hazırlanan ve sözleşmenin kuruluşunda taraflardan birinin dayandığı, görüşülmeden sözleşmenin içeriğine dâhil olmasını istediği sözleşme koşullarıdır”⁶⁵. Son olarak bir başka tanımlamada genel işlem şartları; “Sözleşme taraflarından birinin, ileride kuracağı sözleşmelerde karşı akidine değiştirilmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle, önceden tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşulları” olarak ifade edilmiştir⁶⁶.

Genel işlem şartları TBK. m. 20/1’de tanımlanmış olup buna göre; “Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.” denilmektedir.

Tanımlardan da varılacak sonuca göre; ileride çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere sözleşme koşulları tek taraflı olarak hazırlanıp sözleşmenin diğer tarafına sunulmuşsa koşulların kaç sözleşmede kullanıldığı veya kullanılıp kullanılmadığı hususları önem taşımaksızın ilk kullanılan sözleşme de olsa genel işlem şartı sayılır⁶⁷. Nitekim kanun maddesinde çok sayıda sözleşme için kullanılması şart koşulmamış fazlaca sözleşmede kullanılmasının amaçlanması şartını aramış olup çok sayıda sözleşmede kullanılmasa dahi o amaçla hazırlanmasının diğer unsurları taşıyorsa genel işlem şartı olarak değerlendirilmesi için yeterlidir.

⁶²Rehbinder/Teoman, s.647, Yıldırım, s. 91.

⁶³Kenan Tunçomağ, “1962 Yılında Yayınlanmış Borçlar Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları Üzerine Kısa İncelemeler, *BATİDER*, 1964, C.II, s.443.

⁶⁴Selahattin Suphi Tekinay vd., *Borçlar Hukuku*, Cilt I, Beşinci Baskı, İstanbul, 1985, s.205.

⁶⁵Havutçu, s.74.

⁶⁶Yeşim M. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, İstanbul, Beta Yayınları, 2001. s. 61.

⁶⁷Eren, s. 218-219, Rehbinder/Teoman, s.647, Atamer, Sempozyum, s. 133, Atamer, Karşılaştırma, s. 16.

TBK. m. 20'de "düzenleyen" yerine Alman Hukukunda olduğu gibi "kullanan" ifadesinin kullanılmasının daha uygun olacağı yönünde görüşler vardır⁶⁸. Bu görüşe göre genel işlem şartlarını düzenleyen ile bu şartları kullanan her zaman aynı olmayabilir gerekçesiyle kanuna "düzenleyen" ibaresine yer verilmesi haklı bir neden olarak eleştirilmiştir.

TBK. m. 20'nin gerekçesine baktığımızda; borçlar hukukunda esas olanın bireysel sözleşme olduğu, iradelerin uyuşması sağlanıncaya kadar öneri-kabul aşaması tamamlanıncaya kadar hükümlerin müzakere edilebileceği ancak zamanla bireysel sözleşmeler dışında tek taraflı genel ve soyut şekilde hazırlanacak sözleşme koşullarının hazırlanması zorunluluğunun doğduğu belirtilmiştir⁶⁹. Ayrıca gerekçede önceden hazırlanan bu sözleşmelere tip sözleşme, kitle sözleşme, formüler sözleşme, katılmalı sözleşme gibi adlar verildiği, bu sözleşmelerin müzakere edilemeyeceği, kişiler bu sözleşme hükümlerine evet veya hayır diye cevap verme zorunluluğu bulunduğu değinilmiştir.

TBK. m. 20 düzenlenirken genel işlem şartlarının geçerliliği, aykırı durumlarda yaptırımı, yorumu gibi hususlarda bütün sözleşmeleri kapsayan emredici nitelikte genel hüküm olarak düzenlendiği madde gerekçesinden anlaşılmaktadır.

2. Hukuki Niteliği

Genel işlem şartlarının hukuki nitelendirmesi bakımından doktrinde tartışmalar mevcut olup hukuki nitelendirme yapılırken bazı farklı görüşler doğmuştur. Bunlar; norm görüşü, sözleşme görüşü, örf ve adet görüşüdür.

Hukuki nitelendirme yapılırken yer verilen görüşler açıklanmadan önce genel işlem şartları ile genel işlem şartları içeren sözleşme kavramlarını açıklamak, genel işlem şartları içeren bazı sözleşmelerden bahsetmek gerekmektedir. Tip, formüler,

⁶⁸Ayşe Havutçu, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *İzmir Barosu Dergisi*, Y:76, Nisan 2011, S:2, s.33, Aydoğdu, s.35, Altop, Sempozyum, s.36, Yelmen, s.57, Atamer, Denetleme, s. 69, Antalya, s. 300.

⁶⁹İlhan Helvacı, *Gerekçeli-Karşılaştırmalı- İctihatlı- Notlu Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.84-85, Gülerci/Kılınç, s. 99, Açıkgöz, 182, Cansel/Özel, s. 126, Akipek Öcal, GİK, s. 198.

iltihaki, çerçeve, seri, kitle sözleşmeler diye adlandırılan sözleşmeler ile genel işlem şartları arasında benzer özellikler yer almaktadır⁷⁰.

Sözleşmeler bireysel (hususî) ve tip (standart, formüller, kitlesel vb.) şeklinde yapılabilir. Bahsi geçen tip sözleşmeler nitelik olarak aynıdır⁷¹. Bireysel sözleşme ile taraflar eşit olarak özgür iradeleri ile yaptıkları sözleşme müzakereleri neticesinde konusu, içeriği, şekli vb. konularda dilediklerince karar verebilirler⁷². Bireysel sözleşmelerin tam tersi olarak genel işlem şartları da içeren tip (standart, çerçeve, formüller, kitlesel vb.)⁷³ sözleşmeler ise sözleşme özgürlüğünün sınırlandırıldığı, müzakere edilmeden oluşturulmuş hükümlere yer veren sözleşmelerdir⁷⁴.

Tip sözleşme, genellikle sözleşmenin tarafı olmayan kişi ve makamlarla belirlenen tarafları bağlayıcı nitelikteki koşullar çerçevesinde tarafların yapmak zorunda olduğu sözleşmelerdir. Örnek olarak hizmet alım ihalelerine ait tip sözleşmeler ile meslek birlikleri ve odalarınca asgari şartların belirlendiği tip sözleşmeler verilebilir. Nitekim Yargıtay kararlarında standart sözleşmeler, tamamen veya kısmen sözleşmenin içeriğinin genel işlem şartlarından oluştuğu, müzakere edilmeksizin taraflardan biri veya üçüncü bir kişinin önceden düzenlediği hükümleri ihtiva eden sözleşme şeklidir⁷⁵.

Standart (çerçeve) sözleşme, tarafların öncelikle genel nitelikte bir çerçeve bir sözleşme kurup hususî sözleşmelerle genel nitelikte olan sözleşmeyi tamamlamaları ile olur⁷⁶. Örneğin, ard arda teslim şartlı bir işlemde tarafların zaman, miktar vb. yönden edimleri hususî sözleşmelerle düzenlenebilir⁷⁷.

İltihaki sözleşmeler için her ne kadar içeriğinin değiştirilemeyen tekel nitelik taşıyan kamusal bir makamla kurulan sözleşmeler için ifade edilse de iltihaki

⁷⁰Yelmen, s.48-49, Altop, Sempozyum, s.30, Açıkgöz, s.207.

⁷¹Eren, s.219, Sirmen, s. 111, Havutçu, s. 2, Atamer, Tasarı, s.7, İlhan Ulsan, “Türk Borçlar Kanunu’ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013, s.1219, Aydoğdu, s.20.

⁷²Sanem Aksoy Dursun, **Borçlar Hukukunda Hakim’in Sözleşmeyi Tamamlaması**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s.24-25, Antalya s. 288, Gülerci/Kılınç, s. 99, Açıkgöz, s. 182, Cansel/Özel, s. 125, Topçuoğlu, s. 31.

⁷³Aydoğdu, s.42, Yıldırım, s.91, Antalya, s. 286, Gülerci/Kılınç, s. 99, Açıkgöz, s.182, Topçuoğlu, s. 16.

⁷⁴Aydoğdu, s.20, Hatemi/Gökyayla, s. 61, Antalya, s.285-286, Açıkgöz, s. 183, Cansel/Özel, s. 125, Yıldırım, s. 91.

⁷⁵Yargıtay.13.HD 02/09/2013 E:2013/21504, K:2013/20403, www.uyap.gov.tr (E.T.13/03/2019)

⁷⁶Eren, s.213-214, Sirmen, s.118, Akipek Öcal, GİK, s. 199.

⁷⁷Eren, s.213-214, Antalya, s. 39, Topçuoğlu, s. 54, dn.148.

sözleşmeler kamusal makamlarla yapılan sözleşmeleri de kapsayan güçlü olan kişi veya makamın önceden tek tarafı olarak hazırlamış olduğu genel işlem şartlarını içeren sözleşmeyi karşı tarafa sunduğu sözleşmeler olarak nitelendirilmesi gerekmektedir⁷⁸. Zira iltihaki sözleşmeler için genel işlem şartları bakımından bir fark olmayıp TBK. m. 20/4'te bu durum belirtilmiştir. Buna göre; genel işlem şartları içeren hükümlerin kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle sundukları hizmetleri yürütmekte olan kişi ve kuruluşlarca hazırlanan sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanacağına ilişkin hükümden anlaşılmaktadır. TBK. m. 20/4'te yer alan sözleşmeler de tip sözleşme olarak değerlendirilir ve genel işlem şartlarına ilişkin hükümler bu sözleşmelere de uygulanır. Madde gerekçesinde de bu duruma değinilerek m. 20/4'te yer alan sözleşmelerin de tip sözleşme olarak kabul edilmesi durumunda genel işlem şartlarının emredici hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin yerleşik olan kararlarında elektrik ve su dağıtım hizmetlerinin tekel nitelik arz ettiği hususu yargı kararıyla da bir uygulama birliği olduğundan elektrik aboneliği olan şirketle yapılan sözleşme ile her ne kadar genel işlem şartları olarak kayıp-kaçak ve sayaç okuma bedelinin abonelerden tahsil edileceği düzenlense ve elektrik abonesinin şirket olmuş olsa da TBK. m. 20 ve m. 25 gereğince sözleşmede bir taraf aleyhine güç dengesi bozulmuş olduğu kayıp-kaçak ve sayaç okuma bedelinin elektrik abonesinden tahsil edilemeyeceğine hükmedilmiştir⁷⁹.

Genel işlem şartları içeren sözleşmeler genelde seyahat ve taşıma şirketleri, bankalar, sigorta şirketleri, tüketiciye hitap eden şirketler tarafından kullanılsa da TBK. m. 20/4'ten de anlaşılacağı üzere kullanan kişi veya kuruluşlar ile sınırlı olmayıp herkes tarafından kullanılabilir⁸⁰.

⁷⁸Aydoğdu, s.42, Kocayusufoğlu vd., s.230-231, Akçaal, s.55, Altop, GİŞ-Armağan, s.258, Antalya, s. 297-298, Gülerci/Kılınç, s. 98.

⁷⁹Yargıtay 3. HD; T.17/03/2016, E:2015/7901, K:2016/4120; T.02/06/2015, E:2014/15651, K:2015/10006; T.28/04/2015, E:2014/20509,K:2015/7272. www.kazancihukuk.com (E.T. 13/03/2019)

⁸⁰Akipek Öcal, GİK, s.188, Aydoğdu, s.36-38, Ece Baş, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi", *Prof. Dr. Mustafa DURAL'a Armağan*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013, s.282, Erden Kuntalp, "Bankalar ve Genel İşlem Koşulları", *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar 8 Nisan 2011*, BATİDER, Ankara, 2012, s.91-92, Başak Görgeç, "Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, C.19, S.1, s.413, Ruhi, s.27, Yıldırım, s. 91, Topçuoğlu, s. 17.

Belirtilen sözleşmeler her ne kadar genel işlem şartları ile benzerlik gösterse ve aralarında ortak noktalar bulunsa bile genel işlem şartları, “sözleşme hükümleri” niteliğindedir⁸¹. Diğer bahsedilen sözleşme türleri içerisinde genel işlem şartlarına yer verilebilir, hatta sözleşme içeriği tamamen genel işlem şartlarından oluşabilir. Ancak genel işlem şartları sözleşmenin içeriğine dâhil olduktan sonra anlam içerir. Diğer benzerlik gösteren sözleşmeler ile her ne kadar ortak özellikler ihtiva etse de bu sözleşmeler hususi sözleşme niteliğinde de kurulabilir ve sözleşmelere uygulanacak hükümler farklılık arz etmektedir⁸².

“Genel işlem koşulları” ile “genel işlem koşulları içeren sözleşmeler” kavramları birbirinden farklıdır. TBK. m. 20 kapsamında değerlendirilecek her şart genel işlem koşuludur. Genel işlem koşulunun” kendisi bir sözleşme olmayıp sözleşmenin hükümleridir. Ancak genel işlem koşulu içeren sözleşmeler tip sözleşme kapsamında değerlendirilebilir ve her sözleşmenin genel işlem koşulu içermesinde bir mani bulunmamaktadır. Zira kanun koyucu TBK. m. 20’de “genel işlem koşulu” ile “genel işlem koşulu içeren sözleşme” kavramlarının farklı olduğunu belirtse de TBK. m. 25 ile bu kavramlar birbirine karıştırılmıştır.

TBK. m. 25’te “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*” denilmektedir. Kanunun lafzından genel işlem koşullarının kendisinin bir sözleşme olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Ancak kanun metninin şu şekilde yapılması daha uygun olurdu; “*Sözleşmeye, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştıracak nitelikte hükümler konulamaz.*”⁸³ denilmesi kavram kargaşasına mahal vermemesi bakımından daha uygun olurdu.

TBK. m. 23’te de benzer bir kavram kargaşası mevcuttur. Zira TBK. m. 23’te; “*Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya*

⁸¹Altop, GİŞ Armağan, s. 257, Yelmen, s. 104, Genel işlem şartlarının kanun metninin lafzından sözleşme olarak kaleme alındığı ancak şartların sözleşme hükmü niteliğinde olduğu şeklinde eleştirisi için bkz. Şeker, s.17, Sirmen, s.111, Akipek Öcal, GİK, s.193, Havutçu, s. 74, Topçuoğlu, s. 17.

⁸²Aydoğdu, s. 43-44 ve s.59, Atamer, Karşılaştırma, s. 12-13, Havutçu, s. 87 vd., Baki İlkay Engin, “Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması”, *Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi Türk- İsviçre Günleri*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s.80, İlhan Ulusan, “Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Dergisi*, İstanbul, Aralık 2004, s.37.

⁸³Şeker, s.17.

birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.” hükmüne yer verilmiş olup burada da genel işlem koşullarının kendisi bir sözleşmeymiş gibi aktarılmıştır. Bu kavram da kanunda “Sözleşmede genel işlem şartı olarak yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine karşı tarafın lehine yorumlanır.” şeklinde düzenlenmeliydi⁸⁴.

Genellikle günümüzde sözleşme yapmanın standartlaştırılması ve zamandan tasarrufu sağlaması vb. sebeplerle tarafların müzakere ederek oluşturdukları hususi sözleşmeler yerine daha fazla kişiye hitap etmek için tek taraflı hazırlanan genel işlem koşulları içeren bahsedilen standart, tip, kitle vb. sözleşme türleri yaygınlaşmıştır⁸⁵.

a. Norm Görüşü

Norm görüşü savunanlara göre genel işlem şartları, genel ve soyut nitelikte olduğundan herkesi bağlayacak hukuk normudur. Bu görüşe göre Anayasa ile genel bağlayıcı nitelikte hüküm koymakla yetkilendirilen organlar dışında kimse genel nitelikte bağlayıcı hükümler koyamayacaktır⁸⁶. Bu görüşe genel işlem şartları sanki bir kanun gibi değerlendirildiğinden katılmak mümkün değildir.

Bu görüşün benimsenmesinin bir sebebi somut olay olmaksızın yasa hükümleri gibi soyut nitelikte önceden, hazırlanıyor oluşunun Alman Yüksek Mahkemelerince genel işlem şartlarının “ hukuki norm” olarak değerlendirmesi olabilir⁸⁷.

b. Sözleşme Görüşü

Genel olarak doktrinde hakim olan ve katıldığımız görüş budur. Zira genel işlem şartları bir sözleşmenin var olması ile hayat bulur. Eğer bir sözleşmenin içeriği haline gelmemişse burada genel işlem şartlarının varlığından söz edilemez. Genel işlem şartları kısacası sözleşme kapsamında olan özel hükümlerin yanında yer alan

⁸⁴Şeker, s.17.

⁸⁵Uluslan, Düşünceler, s.1219, Aydoğdu, s.20, Galip Sermet Akman, “*Sorumsuzluk Anlaşması*”, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, Kocayusufpaşaoğlu, s. 228, Açıkgöz, s. 210.

⁸⁶Havutçu, s.93-94, Eren, s. 218, dn. 51.

⁸⁷Norm görüşünün ilk kez Alman Hukukçu Hueck tarafından yazılan bir makale ile belirtildiğine ilişkin Bkz. Havutçu, s. 93-94, Aydoğdu, s.26, dn.55, Eren, s. 218, dn. 51.

düzenlemelerdir⁸⁸. Bazen kişilerin özel olarak anlaştıkları şartlar ile birlikte genel işlem şartlarına bir arada sözleşme içerisinde yer verilebilir. Bazen de sözleşmenin eki olarak genel işlem şartlarına yer verilebilir.

Sözleşme hükümlerinden olan genel işlem şartları tek taraflı olarak sözleşmenin kurulmasından önce karşı tarafa sunuluyor olsa da karşı tarafça kabul edilmesi halinde varlığını korur⁸⁹. Burada genel işlem şartları kendisine sunulan tarafın müdahale imkânı yoktur, ya kabul ederek genel işlem şartlarını sözleşmenin içeriği haline getirecek veyahut kabul edilmemesi halinde sözleşme hükümleri içerisinde yer almayacağından sözleşmenin de kabul edilmeyeceği anlamına gelecektir. Tarafların müzakere ederek şartları konuşması durumunda genel işlem şartları söz konusu olmayacak ve bireysel yeni bir sözleşme oluşturulmuş olacaktır⁹⁰.

Taraflar sözleşme hükmü niteliğinde genel işlem şartını kabul etmesi ile bu hükümler sadece tarafları bağlar bir üçüncü kişiyi bağlamadığından norm teorisinden ayrılmaktadır⁹¹.

c. Örf ve Adet Görüşü

Genel işlem şartlarının örf ve adet olduğu görüşüne katılmak mümkün değildir. Zira örf ve adet oluşabilmesi için uzun bir süre istikrarlı bir şekilde uygulanması, toplum tarafından uyma zorunluluğu hissedileceği uyulmadığında toplum tarafından oluşturulan bir müeyyideyle karşılaşacağı inancının olduğu toplumsal kurallardır⁹².

Örf ve adet kuralları, toplumun uymakla kendilerini zorunlu hissettikleri yazılı manevi bir yaptırım gerektirir. Oysa genel işlem şartları uzun süreli ve toplu

⁸⁸Eren, s.217, Aydoğdu, s. 43-44, Akipek Öcal, GİK, s. 200, Antalya, s. 286, Rehbinder/Teoman, s.648, Açıköz, s. 186.

⁸⁹Atamer, Karşılaştırma, s. 26-30, Atamer, Sempozyum, s.104, Kuntalp, Banka, s.94-95, Sirmen, s.115, Akipek Öcal, GİK, s.196, Antalya, s. 303, Açıköz, s. 217.

⁹⁰Aydoğdu, s.88-89, Atamer, Karşılaştırma, s. 11, Zapata, s.104, Akipek Öcal, GİK, s.193-194, Topçuoğlu, s. 21.

⁹¹Eren, s.218, Havutçu, s. 93-94, Rehbinder/Teoman, s.648.

⁹²Mustafa Dural, Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2006, s.3, Serap Toprak, *Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerine Yansıması Olarak Haksız Sözleşme Şartları Üzerine Bir İnceleme*, Uzmanlık Tezi, Ankara, Mayıs 2009, <https://docplayer.biz.tr/132125-T-c-sanayi-ve-ticaret-bakanligi-tuketicinin-ve-rekabetin-korunmasi-genel-mudurlugu.html> (E.T. 13/04/2019), s.46, Doğan Kartal, *Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar*, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008, s.65.

olarak uygulamaların neticesinde oluşmadığından örf ve adet kuralları olduğuna ilişkin görüşe katılmak mümkün değildir.

3. Unsurları

Genel işlemlerin unsurlarının neler olduğu ve kaçta ayrıldığı hususlarında doktrinde görüş ayrılıkları vardır. Genel olarak genel işlem şartları TBK. m. 20'deki gibi dört unsurdan oluştuğu görüşü hâkimken bu unsurların içeriğinin neler olduğu konusunda fikir ayrılığı vardır. Dört unsurdan oluştuğu şeklinde olan bir görüşe göre bu unsurlar; önceden tek yanlı belirlenme, çok sayıda sözleşme için önceden hazırlanma, genel ve soyut nitelikte olma, sözleşmenin kuruluşu esnasında, önceden hazırlanan şartların kullanılmasıdır⁹³. Dört unsurdan oluştuğu fikrinde olan diğer görüşlere göre; genel işlem şartları, bir sözleşmenin şartlarını oluşturmaları, birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere düzenlenmeleri, genel işlem şartlarını kullanan tarafından sözleşmeye dâhil edilmek niyetiyle karşı tarafa sunulmaları ve sözleşmenin kurulmasından önce tek yanlı düzenlenmesi şeklindedir⁹⁴.

TBK. m. 20/1'e göre genel işlem şartları; sözleşme yapılırken önceden tek taraflı olarak düzenleyen tarafından çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla karşı tarafa sunulmuş olan sözleşme hükümleri şeklinde tanımlanmış olup tanımdan da anlaşıldığı üzere genel işlem şartlarının unsurları; sözleşme hükmü olması, çok sayıda sözleşmede kullanmak amacı olması, sözleşme kurulmadan önce hazırlanması ve tek başına hazırlanarak karşı tarafa sunulması şeklindedir.

Katıldığımız başka bir görüşe göre ise genel işlem şartları beş unsurdan oluşmaktadır⁹⁵. Bu noktada da unsurların ihtivaları değişiklik göstermektedir. Buna göre genel işlem şartlarının unsurları; müzakere edilmemiş olması, genel ve soyut nitelikte olması, önceden tek taraflı hazırlanmış olması, bir sözleşmenin şartlarını oluşturması ve çok sayıda sözleşmede kullanılma amacıyla olunmasıdır.⁹⁶

⁹³Kartal, s.51 vd., Açıköz, s.193.

⁹⁴Atamer, *Denetleme*, s.62, İnan/Yücel, s. 302, Açıköz, s.193.

⁹⁵Selçuk Yavuz, *Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından Haksız Şartlar*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007, s.33.

⁹⁶Aydoğdu, s. 46, Ulusan, İçerik Denetimi, s.1.

a. Bir Sözleşmenin Hükümleri Olması

Önceden hazırlanan genel işlem şartları, tarafların açık veya örtülü iradeleri olmazsa sözleşmenin içeriği haline gelmez⁹⁷. Genel işlem şartları ancak tarafların karşılıklı birbirine uygun olan iradeleri ile kurulmuş bir sözleşmenin varlığı halinde sözleşmenin içeriği haline gelebilir⁹⁸. Karşı tarafa sunulan genel işlem şartları, kabul edilmezse bu durumda sözleşme içeriği haline gelemeyeceği için geçerli olmayacak ve taraflar için şartların bağlayıcılığı da kalmayacaktır⁹⁹.

Tarafların hususi olarak anlaştıkları sözleşme yapma amacını taşıyan esas hükümlerinin yanında genel işlem şartı olarak bazı hükümlere yer verilebilir. Bunlara; ödeme ve teslim ilişkili hükümler, tahkim kaydı konulması, cezai şart belirlenmesi, alacağın devrinin yasaklanması, ifa yeri ve uyuşmazlık anında yetkili mahkemenin belirlenmesi, sorumsuzluk kayıtları, ispat yükünün karşı tarafa yükletilmesi vb. kayıtlar örnek olarak verilebilir¹⁰⁰.

Genel işlem şartı olarak düzenlenen hükümler sözleşmenin içeriği haline geleceği için taraflar bu hükümlerle bağlıdır. Genellikle genel işlem şartlarına standart sözleşme içerisinde yer verilmişse sözleşme adı ile anılıyor olması (örneğin avukatlık genel şartları gibi) sözleşmenin türü veya yapısı, genel işlem şartlarının geçerliliği veya denetiminde önem arz etmemektedir¹⁰¹. Örneğin genel işlem şartı içeren sözleşmenin kira, satış vb. sözleşme türünde olup olmaması veya isimli veya isimsiz yapıda sözleşme olması önemli değildir. Genel işlem şartları sözleşme hükmü haline geldiyse uygulanır.

Genel işlem şartları içeren sözleşmenin borçlandırıcı veya tasarruf sözleşmesi olması bir fark yaratmamaktadır. Bir görüşe göre sözleşme içerisinde olmayıp sözleşmenin eki niteliğinde tek taraflı olarak karşı tarafa sunulmuş ve tek taraflı olarak beyan imza altına alınsa dahi genel işlem şartlarına ilişkin öngörülen denetiminin burada uygulanması gerekmektedir¹⁰². Örneğin hastanede sunulan tedavi

⁹⁷Şeker, s.10., Yelmen, s. 50, Antalya, s.306, Açıkgöz, s.194-195, Akipek Öcal, GİK, s.190.

⁹⁸Atamer, Karşılaştırma, s.78-79, Antalya, s.306, Yelmen, s.50, Ayan, Elif, s. 10.

⁹⁹Eren, s.218, Yelmen, s.50, Cemal Oğuz, *Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırlaması*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1993, s.35, Antalya, s.302, Şeker, s. 10.

¹⁰⁰Yelmen, s.52, Atamer, Sempozyum, s.116, Açıkgöz, s. 184.

¹⁰¹Aydoğdu, s.47-48.

¹⁰²Akipek Öcal, GİK, s. 203, Atamer, Karşılaştırma, s. 13. Tüketici işlemleri yönünden benzer yöndeki görüş için bkz. Ayşe Havutçu, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun'un Kapsamı",

öncesi aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğine ilişkin sunulan tek taraflı önceden hazırlanan ve hastaya sunulan beyanın tek taraflı olarak imzalanması gösterilebilir¹⁰³. Bu tek taraflı imzalanan beyanlar için de genel işlem şartlarına ilişkin denetim yapılabilirdir.

Genel işlem şartlarının denetlenmesi hususunda sözleşmenin asli edim unsuru veya yan edim unsuru olması bakımından doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre; asli edimlere ilişkin unsurlar açık, anlaşılabilir nitelikte ise içerik denetimi söz konusu olmayacak, asli unsurlarda denge ancak genel hükümler çerçevesinde incelenebilecektir¹⁰⁴. Ancak bu kuralın her şartta uyacağı fikrine katılmak mümkün değildir. Zira asli edim olan bedelle ilgili mağduriyetler söz konusu olduğunda; örneğin, telefon aboneliğinde operatörün her ay tek taraflı olarak fiyatın arttırabileceğine ilişkin düzenlenen genel işlem şartının yazılmamış sayılması gerekmektedir. Bu durumda varılacak sonuca göre eğer sözleşmenin asli unsuru olan bedelde tam anlaşılammışsa burada edimler arasındaki dengenin gözetildiği saydamlık denetimi yapılması, eğer sözleşme ile ilişkilendirilip ilişkilendirilemeyeceği hususunda bir tereddüt hâsıl oluyorsa yürürlük denetiminin yapılması, tek taraflı olarak sözleşme değiştiriliyorsa bu durumda TBK. m. 24 hükümleri gereğince tek taraflı değiştirme yasağı söz konusu olacağından denetim bu çerçevede yapılması gerekecektir¹⁰⁵. Genel bir kural çerçevesinde asli edimlerin denetlenemeyeceği şeklinde bir çıkarım yapmak doğru değildir.

Sözleşmede genel işlem şartları ferî nitelikteki edimlere yönelik ise bu durumda denetim yapılabileceği, asli nitelikteki edimler hakkında genel işlem şartlarına ilişkin denetimin yapılamayacağı şeklinde olan görüşe¹⁰⁶ katılmak mümkün değildir. Böyle bir sınırlama yapılmasının kanun koyucunun genel işlem şartlarını düzenlemesindeki genel amaca uygun düşmemektedir. Yargıtay bir kararında devre tatil sözleşmesi ile hükmedilen aidatı fahiş görmesi nedeniyle bu durumu haksız şart olarak değerlendirmiş ve indirim yapılması gerektiğini

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyumu, Terazi Hukuk Dergisi, Özel Sayı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, C.9, s.16, Antalya, s.301-302, Aydoğdu, s.49.

¹⁰³ Akipek Öcal, GİK, s. 203, Havutçu, TKHK, s. 16, Aydoğdu, s.49-50, Atamer, Denetleme, s. 64-65, Atamer, Karşılaştırma, s.13.

¹⁰⁴ Havutçu, s. 91. Atamer, Denetleme, s.220-221, Antalya, s.314, Açıkgöz, s.184 ve s.201.

¹⁰⁵ Aydoğdu, s.51, Açıkgöz, s. 201, Yıldırım, s. 94.

¹⁰⁶ Atamer, Denetleme, s.221, Havutçu, s.91, Antalya, s. 290 ve s.314, Topçuoğlu, s. 52-53.

belirtmiştir¹⁰⁷. Burada aidat ödenmesi sözleşmenin asli unsuru olduğu değerlendirildiğinde Yargıtay tarafından da asli ve ferî nitelikteki unsurlar bakımından bir ayırım yapılmadığı görülmektedir.

Nitekim asli edimlere ilişkin hükümler hakkında genel işlem şartlarının denetimi hükümlerinin uygulanmayacağını, genel hükümler çerçevesinde inceleme yapılacağını varsayarsak bu durum her zaman hakkaniyetli olmayacak ve bu durumda asli unsurda genel işlem şartlarına ilişkin denetim yapıldığında kaydın hukuka aykırı olduğu kanısına varılırsa TBK. m. 27/2 çerçevesinde sözleşmenin tamamının geçersiz olacağına, yan edimlerde genel işlem şartlarına ilişkin bir denetim yapıldığında aykırılık tespit edilirse TBK. m. 22 gereğince aleyhe olarak konulan kaydın yazılmamış sayılmasına karar verilmelidir¹⁰⁸.

b. Önceden Tek Yanlı Olarak Düzenlenmesi

TBK. m. 20’de, genel işlem şartının söz konusu olabilmesi için tek taraflı olarak sözleşme kurulmadan önce karşı tarafa sunulmak üzere hazırlanması gerektiği belirtilmektedir. Ancak genel işlem şartlarının bizzat kullanacak kişi tarafından hazırlanması şart olmayıp, başka biri tarafından hazırlanan genel işlem şartları kullanan tarafından karşı tarafa sunması ile de tek yanlı düzenlenmesi ilkesi gerçekleşmiş olur.

Kanun’un 20’inci maddesinde “düzenleme”, “hazırlama”, “konulma” ibarelerinin tamamına yer verilmiş olup bu nedenle “tek başına hazırlama” ifadesi yanıltıcı olmaktadır¹⁰⁹. Zira bir meslek kuruluşu tarafından hazırlanması, hatta meslek kuruluşu ile kullanıcıyı temsilen başka bir kuruluş ile görüşmelerin yapılması sonucu oluşturulan sözleşmelerde konulan genel işlem şartlarının bireysel sözleşme haline geldiği iddiasında bulunulamayacağı gibi bu genel işlem şartları karşı taraf

¹⁰⁷Yargıtay 13. HD. T:21/11/2005, E:2005/11415, K:2005/17157, www.kazancihukuk.com (E.T. 26/02/2019)

¹⁰⁸Aydoğdu, s. 52.

¹⁰⁹Gonca Hayriye Güngör, “Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşullarına Bakış ve Öneriler(I)”, *Legal Hukuk Dergisi*, İstanbul, 2005 Haziran, S.30, s. 2100-2101, Mustafa Arıkan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, *Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul, 2012, s.70, Açıköz, s. 195.

aleyhine olması ihtimali düşük olduğundan genel işlem şartlarının denetimi unsurlarından geçememe riski azdır¹¹⁰.

Şayet 6502 sayılı TKHK. m. 5/1'deki gibi "hazırlama" tabiri yerine "sözleşmeye dâhil etme" tabirinden bahsedilse daha doğru olurdu¹¹¹. Şayet "düzenleyen" yerine "kullanan" tabiri eleştiriler doğrultusunda kanun metnine taşınmış olsaydı daha isabetli olurdu¹¹².

Diğer yandan, karşılıklı bir araya gelerek şartlar oluşturuluyorsa burada müzakere söz konusu olacağı ve tek taraflılıktan söz edilemeyeceği için genel işlem şartlarının varlığından söz edilemeyecektir¹¹³. Tek taraflı hazırlanmadan, müzakere ediliyor olması sözleşmeyi bireysel sözleşmeye dönüştürecek olup bireysel sözleşme hükümleri öncelikli olarak uygulanacaktır¹¹⁴.

Ancak TBK. m. 20/3 gereğince genel işlem şartlarının tartışılarak kabul edildiğine ilişkin hükme sözleşmede yer verilmesi, kayıtları tek başına genel işlem şartı olmaktan çıkarmaz¹¹⁵. Bu kayıt da genel işlem şartı niteliği taşıyan bir hükümdür.

Çok sayıda kişi veya kuruluşlarla sözleşme yapanlar için genel işlem şartlarının önceden tek taraflı olarak hazırlanıyor oluşu zaman bakımından avantaj sağlamaktadır¹¹⁶. Bu nedenle sıklıkla sözleşmelere önceden hazırlanan genel işlem şartları eklenmektedir.

¹¹⁰Atamer, Karşılaştırma, s.15, Ömer Çınar, *Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 55-56, Hülya Uygun, "Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Önemli Bir Yenilik: Genel İşlem Koşullarının Denetimi", *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul, 2013, C.87, S.3, s.35, Açıkgöz, s. 196.

¹¹¹Aydoğdu, s.55, Altop, Sempozyum, s.36, Yelmen, s.57.

¹¹²Cem Veziroğlu, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları", *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul, 2010, S.5, s.3079, Havutçu, s. 15-16, Antalya, s.300, Altop, Sempozyum, s.36, Yelmen, s.57.

¹¹³Yelmen, s.60, Antalya, s. 311, Zapata, s. 104, Atamer, Sempozyum, s.103-104, Topçuoğlu, s. 21, Açıkgöz, s.191, dn.43, Yıldırım, s. 91.

¹¹⁴Antalya, s.311, Kocayusufpaşaoğlu vd., s. 236, Yelmen, s. 91-92, Rehbinder/Teoman, s. 649, Açıkgöz, s. 282, Arıkan, Armağan, s.71-72.

¹¹⁵Aydoğdu, s. 64-66, Havutçu, TBK-GİŞ, s.35, Nagehan Kırkbeşoğlu, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 74, Akipek Öcal, GİK, s. 193-194, Antalya, s.302, Altop, Sempozyum, s. 37-38, Ruhi, s.28, İnan/Yücel, s. 303, Açıkgöz, s.190, Atamer, Sempozyum, s.104.

¹¹⁶Uluslan, Düşünceler, s.1219, Yelmen, s.63-64, Akman, Sorumsuzluk, s. 90, Kocayusufpaşaoğlu, s. 228, Bahtiyar, GİŞ-Tüketici, s. 82.

c. Genel ve Soyut Nitelikli Oluşu

Genel işlem şartlarının “genel” olarak nitelendirilmesinin nedeni karşı tarafının kim olduğunu bilmeden sözleşme hükümlerinin hazırlanıyor olmasıdır¹¹⁷. Genel işlem şartlarının uygulanmasını isteyen taraf için karşı tarafın kim olduğunun bir önemi bulunmamaktadır.

Genel işlem şartlarının kimlere uygulanacağı, hangi sayıda insana uygulanacağı önemli değildir. Ancak genel işlem şartlarının hazırlandığı sırada bir gruba sunulacak olup grubun sayısında zaman içerisinde bir değişiklik olmayacaksa, kişiler değişmeyecekse bu durumda genel nitelikte olduğundan bahsedilemez¹¹⁸. Bu durumda düzenlenen hükümler özel nitelikte olacaktır.

Genel işlem şartlarının soyut olması, sözleşmenin zaman ve mekân bakımından bir belirlilik halinin olmaması anlamına gelmektedir¹¹⁹. Kısacası, bir sözleşme bir olay çerçevesinde oluşturuluyorsa somut nitelikte, bir olay olmaksızın gelecekte yapılabilecek sözleşmeler için oluşturuluyorsa soyut nitelik taşır. Genellikle somut olarak hazırlanan sözleşmeler bireysel nitelikte hazırlanan sözleşmelerken soyut nitelik taşıyan sözleşmeler, genel işlem şartlarını da içeren standart sözleşmelerdir.

d. Çok Sayıda Sözleşmede Kullanılma Amacıyla Hazırlanması

Genel işlem şartlarının kullanılış amacı sanayi devrimi ile birlikte hukuki ilişkilerde benzer nitelikte çok sayıda sözleşmenin her seferinde tek tek düzenlenmesinin zorluğu nedeniyle zaman içerisinde benzer sözleşmelerde genel işlem şartları kullanılmaya başlanmıştır¹²⁰.

¹¹⁷Reisoğlu, Safa, s. 69-70, Baş, s.285-286, Açıkgöz, s.196, Atamer, Sempozyum, s. 133.

¹¹⁸Bahtiyar, GİŞ-Tüketici, s.81.

¹¹⁹Yelmen, s.56, Açıkgöz, s. 193, Atamer, Sempozyum, s. 133.

¹²⁰Süleyman Yalman/Yalçın Bostancı/Mahmut Kizir, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Genel İşlem ve Koşulları ile İlgili Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *Konya Barosu Dergisi*, 2012, S:23, s.20, Yelmen, s. 39-40, Akipek Öcal, GİK, s.199-200, Topçuoğlu, s.16, Rehbindir/Teoman, s.641-642, İnan/Yücel, s. 301, Açıkgöz, s. 198.

Genel işlem şartlarının çok sayıda sözleşmede kullanılma amacının yeterli olacağı TBK. m. 20/1'in lafzından ve amacından çıkarılmaktadır. Çok sayıda sözleşme için fiilen kullanılması şart olmayıp bu amacı taşıması yeterlidir¹²¹.

Örneğin matbu şekilde hazırlanan kira sözleşmelerinde yer alan hükümler genel işlem şartları olarak değerlendirilebilir, ancak bir görüşe göre; tarafların matbu bir kira sözleşmesi olarak imzalamaları halinde çok sayıda kira sözleşmesi yapma amacı bulunmadığından ve taraflardan biri tarafından hazırlanmamış olması nedeniyle genel işlem şartı olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir¹²².

e. Sözleşme Kuruluşu Sırasında Müzakere Edilmeden Kullanılmış Olması

Gerek Kanun metninden gerekse doktrinde yer alan görüşler doğrultusunda genel işlem şartının oluşmasının şartı, tek taraflı olarak hazırlanan şartların kullanan tarafından sözleşmenin karşı tarafına sunulması ile sözleşme hükümleri halini almasıdır. Tarafların doğal olarak genel işlem şartlarının karşılıklı tartışılarak oluşturulması genel işlem şartlarının yapısına aykırı olacaktır¹²³.

Sözleşme özgürlüğü sınırları içerisinde tarafların müzakere ederek karşılıklı ve birbirine uyan irade beyanları ile (öneri-kabul) kurdukları sözleşmeler bireysel (özel/ferdi/hususî) sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde karşılıklı sözleşme hükümleri tartışıldığı için genel işlem şartlarına yer verilmez. Zira genel işlem şartları tek tarafın iradesine dayalı olarak karşı tarafa sunulur.

Ancak Türk Borçlar Kanunu'nda ilk kez düzenlenen genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerde Alman Medeni Kanunu'nda yer almayan bir hükme yer verilmiştir. Bu hüküm TBK. m. 20/3'tür. Bu hükme göre; genel işlem şartlarının her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar tek başlarına onları genel işlem şartı olmaktan çıkarmayacaktır. Bu hükmün konulmasının nedeni konunun dolanılmasının önüne geçilmek istenmesidir¹²⁴. Nitekim bu şekilde emredici bir

¹²¹Nevzat Koç,6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Sempozyum No: III, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan**, Legal Yayıncılık, 2011, s.90, Açıköz, s.198.

¹²²Bahtiyar, GİŞ- Tüketici, s.79.

¹²³Atamer, Karşılaştırma, s. 72, Şeker, s.13, Mustafa Arıkan,"6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması Kavramı ve Bunun Sözleşmeye Etkisi", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012, C.VII, S.3-4, s.20, Yıldırım, s. 91.

¹²⁴Havutçu, TBK-GİŞ, s.35, Kırkbeşoğlu, s. 74, Aydoğdu, s. 64-66, Altop, Sempozyum, s. 37-38.

hüküm konulması genel işlem şartlarının denetlenebilmesi bakımından yerinde olmuştur.

6502 sayılı TKHK. m. 5/3'te sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede bu şarta yer verilmesi nedeniyle tüketici içeriğe etki edemediği takdirde şartın müzakere edilmediği varsayılacaktır denilerek bir müzakere edilmediğine ilişkin bir karine getirilmiştir¹²⁵. TBK. m. 20/3 hükmü 6502 sayılı TKHK. m. 5/3 kadar kapsamlı bir koruma sağlamadığı şeklinde bir görüş de mevcuttur¹²⁶. Bir görüş ise TBK. m. 20/3 hükmünün bu haliyle çok sert olacağından hükme "başkaca kayıtlarla doğrulamadıkça" ibaresinin eklenmesi ile hükmün biraz da olsa yumuşatılması gerektiğini belirtmiştir¹²⁷.

TBK. m. 20/3'ü eleştiren bir başka görüşe göre ise; bankaların müzakere edildiğine ilişkin tartışma kayıtlarının ancak noter huzurunda karşı tarafın beyanlarının alınması, sözleşme maddeleri hakkında tek tek karşı tarafa bilgilendirme yapması ile mümkün olduğu ve genel işlem şartlarının geçerli olabileceği; bu durumun maddi anlamda bir külfet doğuracağı ayrıca fiili olarak da pek mümkün olmaması nedeniyle bankaların ispat hakkının elinden alınması anlamına geleceği için karşı tarafın el yazısı ile vereceği bir beyanın kabul edilmesi gerektiği ancak bu durumda da karşı tarafın aleyhine olan her hususun geçersizliğini ileri sürebileceği belirtilmiştir¹²⁸.

Karşı tarafın el yazılı beyanı yeterli olup, noter huzurunda yapılacak bir işleme gerek olmadığı, ancak olayı ispata yarayacak bilgiler ile ses kaydı gibi hususlarla müzakere edildiği ispat edilebilecektir. Nitekim TMK. m. 6'da genel ispat kurallarına yer verilmiş olup kullanan tarafından genel ispat kuralları çerçevesinde müzakere edildiği ispatlanabilecektir¹²⁹.

Yargıtay'ın bir kararında ise; sözleşmedeki hükmün genel işlem şartı olup olmadığına ilişkin ispatın kim tarafından yapılacağına ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nda bir düzenleme yer almadığını ancak 6502 sayılı TKHK m. 5/3'te belirli

¹²⁵Ulusan, Düşünceler, s.1225, Küçükyağcı, s.117, Atamer, Sempozyum, s. 127.

¹²⁶Aydoğdu, s.61.

¹²⁷Erden Kuntalp vd., *Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s.26.

¹²⁸Seza Reisoğlu, "Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi", *Bankacılar Dergisi*, 2011, S.77, www.tbk.org.tr/Dosyalar/Dergiler/Dokumanlar/Dergi77.pdf (E.T. 13.01.2019), s.112.

¹²⁹Aydoğdu, s.65, Açıköz, s. 272-274, Atamer, Sempozyum, s. 132-133.

kısımları boş olarak hazırlanan ve sonradan doldurulan hükümlerin müzakere edilmemiş varsayıldığı, bu nedenle aksinin ispatının hükmü hazırlayan tarafa ait olduğu, gerektiğinde ticari ve elektronik postalardan, fakslardan, sözleşme taslaklarından yararlanabileceği belirtilmiştir¹³⁰.

C. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ UYGULAMA ALANI

Türk Borçlar Kanunu'nda genel işlem şartlarının uygulama alanına ilişkin mehzaz kanun olan Alman Medeni Kanunu'ndan farklı olarak yer yerilmemiştir. Ancak genel işlem şartlarını uygulama alanını kişi bakımından, maddi bakımdan ve zaman bakımından olmak üzere üç alanda inceleyebiliriz.

1. Kişi Bakımından Uygulama Alanı

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20 ile 25'inci maddeleri arasında düzenlenen genel işlem şartları kural olarak tüketici, esnaf, tacir vs. ayırt etmeksizin herkes için uygulanır¹³¹. Ancak özel olarak ayrıca kanunla düzenlenmiş olan hallerde öncelikle özel kanun sonra hüküm bulunmaması halinde genel kanun olan Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem şartlarına ilişkin olan hükümleri uygulama alanı bulur¹³².

Örneğin; bir tarafı tüketici olan kişilerin yapmış olduğu tüketiciye ilişkin sözleşmelerde öncelikle Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümleri ve bu kapsamda çıkartılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik hükümleri¹³³, banka kartlarına ilişkin hususlarda imzalanmış sözleşmelerde ise öncelikle Banka ve Kredi Kartları Kanunu hükümleri uygulanacak olup hüküm bulunmadığında TBK. m.20-25 uygulanacaktır¹³⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel işlem şartlarının kaynağı Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)) olmasına rağmen herkesin genel işlem şartlarını kullanabileceği, genel işlem şartları korumasından tacir dahi olsa

¹³⁰Yargıtay 11. HD. T.11/12/2017, E:2016/8789, K: 2017/7099, www.kazancihukuk.com (E.T. 13/04/2019.)

¹³¹Yelmen, s.72, Altop, Sempozyum, s. 35, Aydoğdu, s. 36-38, Baş, s.282, Görgeç, s. 413, Akipek Öcal, GİK, s.188, Atamer, Sempozyum, s. 103.

¹³²Yelmen, s.72, Antalya, s. 293-294, Açıkgöz, s. 290, Akipek Öcal, GİK, s. 199.

¹³³Antalya, s. 293-294, Zeynep Karataş, “ **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Haksız Şartlar**”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s.40.

¹³⁴Yelmen, s. 72.

yararlanabileceği şekilde düzenlenmiştir¹³⁵. Zira Alman Hukukunda tacirlerin korunması sınırlı olarak kabul edilmiştir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nda ayırım olmaksızın tüketici gibi esnaf ve tacirin de bankalar, holdingler gibi daha güçlü olan taraf karşısında korunmaya ihtiyacı vardır şeklinde düşünüldüğünden olsa gerek ayırım yapmaksızın herkes genel işlem şartlarını kullanabilir ve genel işlem şartlarının koruyucu hükümlerinden yararlanabilir¹³⁶.

TTK. m. 18/2'de tacirin basiretli davranma yükümlülüğünden bahsedilmiştir. Bu durumda basiretli davranma yükümlülüğünde bulunması gereken tacir karşı taraf statüsünde bulunduğu TBK. m. 20-25 hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı hususları tereddüt doğurmaktadır.

Doktrinde bir görüş iki tacir arasında yapılan genel işlem şartı içeren ticari nitelikteki sözleşmelere TBK. m. 20-25 hükümlerinin uygulanmaması gerektiği, burada TTK. 54 vd. maddelerinde düzenlenen haksız rekabete ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönündedir¹³⁷. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir.

Zira öncelikle genel işlem şartlarını şahıs sınırlaması olmadan herkes kullanabilir. Diğer yandan rekabet kuralları çerçevesinde koruma verilmesi sınırlı hallerde mümkün olup TTK. m. 55/1-f hükmünde yer alan denetim kriterlerinin genel işlem şartlarına ilişkin koruyucu hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi daha uygundur¹³⁸.

Tacir-tacir arasında yer alan sözleşmelerdeki genel işlem şartlarına ilişkin koruma TBK. m. 20-25 düzenlemeleri ile mümkün hale gelmiştir¹³⁹. Örneğin bir tacirin bankadan kredi kullanması durumunda genel işlem şartlarının denetimine ilişkin hükümlerin güçlü olan banka karşısındaki tacire uygulanmaması durumu hakkaniyete uygun olmayacağı düşünülmektedir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 20/03/1974 tarih ve E:1970/1053, K:1974/222 sayılı kararında tacirler bakımından cezai koşul olarak belirtilen miktarın indirilemeyeceği hükmünün

¹³⁵ Akipek Öcal, GİK, s.188, Altop, Sempozyum, s. 35, Aydoğdu, s. 36-38, Baş, s.282, Görgeç, s. 413.

¹³⁶ Altop, Sempozyum, s. 35, Aydoğdu, s. 36-38, Baş, s.282, Görgeç, s. 413, Akipek Öcal, GİK, s.188, Atamer, Sempozyum, s. 103, Topçuoğlu, s.35, dn. 96.

¹³⁷ Antalya, s.294-296, Topçuoğlu, s. 19.

¹³⁸ Atamer, Karşılaştırma, s.9 ve s.41 vd., Atamer, Sempozyum, s. 103-104, d.n. 2, Yeşim. M. Atamer, *Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları*, İstanbul Ticaret Odası Yayını, İstanbul, 2001-08, s. 22-23.

¹³⁹ Atamer, Sempozyum, s. 103, Hüseyin Ülgen vd., *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, 2015, s.563, Açıkgöz, s. 242-243, Akipek Öcal, GİK, s.188-189.

ekonomik özgürlüğü ortadan kaldıracak derecede olması ve ahlak ve adaba aykırılık durumlarında geçersiz sayılabileceği düzenlenmiştir¹⁴⁰. Buradan anlaşılan tacirler lehine genel işlem şartlarına ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nda herhangi bir düzenleme yer almazken bile genel hükümler çerçevesinde Yargıtay tarafından denetim yapıyorken kişilerin tacir olup olmamasına bakılmaksızın herkes için uygulanabilecek TBK. m. 20-25 hükümlerinin tacirler hakkında uygulanmayacağı görüşü yerinde değildir¹⁴¹. Ancak Türk Ticaret Kanunu m. 54 vd. maddelerinde düzenlenen hükümler tacirler hakkında öncelikle uygulama alanı bulurken hüküm bulunmayan hallerde TBK. m. 20-25 uygulama alanı bulacaktır.

Nitekim Yargıtay bir kararında, 6102 sayılı TTK. m. 18/2 gereğince her tacirin basiretli davranma yükümlülüğünden bahsedilmekte olup, 6098 sayılı TBK. m. 20-25'te düzenlenen genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin tacirler yönünden de uygulanabileceği yalnızca somut olay çerçevesinde tacirler bakımından genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin uygulanırken daha dikkat edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁴².

2. Maddi Bakımdan Uygulama Alanı

Genel işlem şartlarının maddi bakımdan uygulama alanı kavramından anlaşılması gereken bu şartların hangi hukuki ilişkilere ve sözleşmelere uygulanacağı bakımından yapılacak belirlemedir.

Maddi bakımdan uygulamaya ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenen bir hüküm olmamasına rağmen TBK. m. 20/1'de genel işlem şartlarının "sözleşme hükümleri" olduğu belirtilmiştir. Sözleşme hükümlerinden olması aynı zamanda genel işlem şartı olması için şart olan unsurlardan biridir.

Ayrıca, TBK. m. 20/3 de genel işlem şartı içeren sözleşmeye açıkça şartların tek tek müzakere edildiğine ilişkin konulan hükmün, sadece bu nedenle genel işlem şartı olmaktan çıkarmayacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu maddede de açıkça "genel işlem şartı içeren sözleşme" ibaresi kullanıldığı için maddi anlamda

¹⁴⁰www.kazancihukuk.com (E.T.12.02.2019)

¹⁴¹Aydoğdu, s.38, Atamer, Sempozyum, s. 126.

¹⁴²Yargıtay 17. HD. T.03/07/2018 E:2017/1825, K:2018/6690, www.kazancihukuk.com (E.T. 12/03/2019)

genel işlem şartlarına “sözleşmeler” bakımından uygulanacağı anlamı ortaya çıkmaktadır.

Alman Medeni Kanununda genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin miras, aile, toplu iş, hizmet, şirketlere ilişkin sözleşmelerde uygulanmayacağı belirtilmiştir¹⁴³. Ancak gerek Türk Borçlar Kanunu’ndaki düzenlemenin amacı ve lafzı gerek doktrinde böyle bir sınırlamanın olmadığı görüşü hâkimdir. Eğer bir sözleşme içerisinde genel işlem şartlarına yer verilmişse bu durumda TBK. m. 20-25 hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Ancak bir durumu belirtmek gerekir ki bazı özel kanunlarda yer alan düzenlemeler genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelerin uygulanmasına manidir. Örneğin 6502 sayılı TKHK. m. 5’te haksız şartlar düzenlenmiş olup özel kanun-genel kanun uygulanmasına ilişkin genel ilkeler çerçevesinde öncelikle özel kanun hükümleri uygulanacak olup özel kanunda bir boşluk bulunması halinde TBK m. 20-25 hükümleri genel nitelikte olduğundan uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır¹⁴⁴.

3. Zaman Bakımından Uygulama Alanı

Genel işlem şartlarının zaman bakımından uygulanmasından kasıt TBK. m. 20-25 arasında düzenlenen hükümlerin yürürlüğe girmesinden önceki olaylarda uygulama alanı bulup bulmaması meselesidir.

Bilindiği üzere genel olarak kanunlar yürürlüğe girdikleri andan itibaren uygulanır. Ancak istisnai olarak kanunların geçmişe etkili olarak uygulanması öngörülebilir. Bu durum süreklilik arz etmez. Zira her kanunun geçmişe etkili olarak sonuç doğurması hukuka olan güveni ortadan kaldırır ve bu durumdan toplum olumsuz etkilenir.

6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’da geçmişe yönelik uygulanması öngörülen hükümlere yer verilmiştir. Örneğin; kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin kurallar zamanına bakılmadan bütün eylemlere ve işlemlere uygulanacağı 2’nci maddede düzenlenmiştir.

¹⁴³Bkz. Yelmen, s.69, dn.80, Rehbindir/Teoman, s.643, Akipek Öcal, GİK, s. 201-202.

¹⁴⁴Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, C.50, S.1, s.53-90, Antalya, s. 293-294, Açıkgöz, s. 290, Akipek Öcal, GİK, s. 199.

Ancak genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelerin kanunun yürürlüğe girmesinden önceki olaylara uygulanıp uygulanmayacağı hususunda Yargıtay Daireleri arasında görüş farklılıkları mevcuttur. Nitekim Yargıtay bir kararında; kredi sözleşmesi kapsamında kendisinden haksız yere tahsil edildiği iddiasıyla kredi kullanım ücretinin iadesi için açılan bir davada ilk derece mahkemesinin genel işlem şartları olarak değerlendirerek davanın kabulüne hükmedilmesini, sözleşmenin 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde yapıldığı bu kanunda genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelere yer verilmediği, genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin 6098 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 01/07/2012 tarihinden itibaren gerçekleşen olaylara uygulanabileceği bu tarihten önce olan olaylarda zaman bakımından uygulanamayacağı belirtilerek kararı bozmuştur¹⁴⁵.

Yargıtay bir başka kararında ise 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 1'inci maddesinde Türk Borçlar Kanunu'nun zaman bakımından kural olarak geçmişe yürümeme kuralının hâkim olduğu ancak 2'nci maddesinde ise genel kuralın istisnası olarak kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin kuralların zamanına bakılmaksızın tüm işlemlere uygulanacağı genel işlem şartlarının içerik denetimini içeren 25'inci maddesinin kamu düzenini ilgilendiren hükümler olarak değerlendirilmesi gerektiği bu nedenle yürürlük tarihinden önce gerçekleşen ancak içerik denetimine konu olabilecek hususlara TBK. m. 25'in uygulanması gerektiğine hükmedilmiştir¹⁴⁶.

Bu durumda TBK. m. 20-25 arasında düzenlenen genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin olup olmadığı yönüyle bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Zira kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin olduğu şeklinde değerlendirme yapılırsa bu durumda TBK. m. 20-25 yürürlük tarihinden önce gerçekleşmiş sözleşmelere de sirayet edecek, kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin olmadığı şeklinde bir değerlendirme yapılırsa bu takdirde yürürlük tarihinden önce gerçekleşmiş olan sözleşmelere TBK. m. 20-25 uygulanamayacaktır.

Yargıtay bir kararında tarımsal üretim sözleşmesinde yer alan düzenleyenin sorumsuzluk kaydının geniş olduğu, belirli bir miktar domatesin teslimini teminat

¹⁴⁵Yargıtay 11. HD. T. 31/10/2016 E:2016/6172, K:2016/8546, www.kazancihukuk.com (E.T. 12/03/2019) Yargıtay 11. HD. T. 28/11/2017 E:2016/8692, K:2017/6679, Yargıtay 11. HD. T.24/01/2018, E:2016/13264 K:2018/605 www.kazancihukuk.com (E.T.17/03/2019)

¹⁴⁶Yargıtay 3. HD. T.02/06/2015, E:2014/15651, K:2015/10006, kazancihukuk.com. (E.T. 13/03/2019)

altına almak için boş imzalı senet alındığı, domates fiyatlarının yükselmesi hususlarının dikkate alınmadan sabit fiyat belirlemesi yapıldığı gerekçeleriyle ilk derece mahkemesince haksız şart olarak değerlendirilip bu hükümlerin yazılmamış sayılmasına ilişkin verilen kararın 6098 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce imzalanan bir sözleşme olduğu ve genel işlem şartlarına aykırılığın salt kamu düzeni ve genel ahlaka aykırılık olarak değerlendirilemeyeceğinden olayda TBK. m. 20-25'in uygulanamayacağı sözleşme çerçevesinde çözüm yapılması gerektiği şeklinde değerlendirilerek kararın bozulmasına hükmedilmiştir¹⁴⁷.

Bu durumda kamu düzeni ve genel ahlak kavramının yorumlanışına göre yargı kararları farklılık göstermektedir. Nitekim tarafların iradeleriyle değiştiremeyecekleri emredici kurallarının konuluş amacı kamu düzenini, ahlak kurallarını ve zayıfları korumaktır¹⁴⁸.

Kamu düzeni kavramının içeriği zamana ve topluma göre değişiklik gösterebileceğinden her zaman net bir şekilde belirleyebilmek mümkün olmasa da kamu düzenine ilişkin kurallar emredici nitelik taşır¹⁴⁹. Ancak her emredici kuralın kamu düzenine ilişkin olduğu sonucuna varamayız. Burada önemli olan toplum çıkarlarının hukuk düzenince korunmasını gerektiren kurallar olmasıdır.

Genel ahlak, bir toplumun belirli bir yer ve zaman içinde sahip olduğu sosyolojik ve ahlak kurallarının dürüst, makul insanlarca benimsenmiş olan sosyal ahlak kuralları olup hukuk düzenince korunur¹⁵⁰.

Yargıtay kararları genel işlem şartlarının geçmişe yönelik olarak uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin farklı görüşlere sahip olsa da sözleşme hükümlerinin kamu düzeni ve genel ahlakla ilişkili olduğu kanısına varılması halinde hükmün esasına girilerek yapılan içerik denetimine ilişkin hükümlerin Türk Borçlar Kanunu yürürlük tarihi olan 01/07/2012 yılından önce yapılmış sözleşmelerde de uygulanacağı kanısındayız.

¹⁴⁷Yargıtay 13. HD. T.08/05/2014, E:2014/8117, K:2014/14752, kazancihukuk.com.tr.(E.T. 13/03/2019)

¹⁴⁸Bilge Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2009, s.19-20, Gülerci/Kılınç, s. 99, Sirmen, s.112, Antalya, s.288, Cansel/Özel, s. 126.

¹⁴⁹Yelmen, s.77.

¹⁵⁰Ateş, Ahlaka Aykırılık, s.83.

Nitekim bir görüşe göre de içerik denetimi kamu düzeni ve genel ahlak ile ilgili olduğu kabul edilerek yürürlük tarihinden önce kurulmuş sözleşme hükümlerine de uygulanması gerekir¹⁵¹.

D.GENEL İŞLEM ŞARTLARININ YARARLARI VE SAKINCALARI VE FONKSİYONLARI

1.Genel İşlem Şartlarının Yararları

Günümüz iş hayatının hızlı olması, sanayinin gelişmesi, teknolojik gelişmeler vb. nedenlerle kişiler ile tek tek karşılıklı olarak sözleşmenin her maddesinde tartışarak anlaşmaya vardıkları bireysel sözleşmeler düzenlenmesinin zorluğu açık olup zaman kazanma ihtiyacı hâsıl olmuştur. Bu nedenlerle zamandan kazanma, işlemlerin daha yalın olması, rizikoların daha detaylı ve kapsamlı hesaplayabilmek, sözleşmede belirli olmayan bir yanın kalmasının engellenmesi vb. nedenlerle sözleşmelere genel işlem şartları konulmaya başlanmıştır¹⁵². Bu durumlar genel işlem koşullarının yararlarındandır.

Genel işlem şartları her ne kadar büyük bir çoğunlukla kullanan yararına olarak görülse de sözleşmenin karşı tarafı bakımından da yararları mevcuttur. Zira sözleşmede genel işlem şartlarının uzman kişilerce hazırlanıyor oluşu göz önüne alındığında boşlukların ne şekilde doldurulacağı belirsizlikleri gidereceği, açıkça sözleşme hükümlerinin düzenlenmesi, zamandan tasarruf sağlanması, hukuki güvenilirliğin korunması, sözleşmede edimin nasıl ne şekilde hangi şartlarda gerçekleşeceği gibi hususlara yer veren genel işlem şartları içermesi tarafların kendilerini güvende hissetmeleri bakımından her iki tarafın yararına olan hususlardandır¹⁵³.

2.Genel İşlem Şartlarının Sakıncaları

a. Kullanan Bakımından Sakıncaları

Genel işlem şartlarını kullanan tarafından genellikle hazırlandığı için genellikle kendi aleyhlerine olacak hususları sözleşmeye eklemeyiz. Dolayısıyla

¹⁵¹Başak Baysal, “Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2012, C. LXX, S.1, s. 239, Yelmen, s.79-80.

¹⁵²Yalman/Bostancı/Kizir, s.20, Akipek Öcal, GİK,s.199-200, Topçuoğlu, s.16, Rehbinder/Teoman, s.641-642, İnan/Yücel, s.301, Açıköz, s. 203-207.

¹⁵³Yelmen, s.63-64, Ruhi, s. 27, Açıköz, s.210.

sözleşmenin karşı tarafına hazırlanan ve sözleşmeye eklenen hükümlerin kabul ettirmek amaçtır. Ancak günümüzde Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenen genel işlem şartlarında sözleşmenin zayıf olan karşı tarafını koruyacak emredici düzenlemelere yer verilmiş, bazı denetim yolları öngörülmüştür.

Nitekim sistem olarak öncelikle konulan genel işlem şartlarının sözleşmenin hükmü haline gelip gelmediğine bakılarak yürürlük denetimi yapılır¹⁵⁴. Karşı tarafın şartlar bakımından bilgilendirmemişse aleyhe olan hususlar yazılmamış sayılacak dolayısıyla diğer denetim yollarına gidilmesine gerek kalmayacaktır. Ancak genel işlem şartları sözleşme hükmü haline gelmiş karşı taraf şartlar bakımından bilgilendirilmişse bu durumda yorum denetimi yapılarak şartın ne anlama geldiği araştırılır, yorumlanır¹⁵⁵. Genel işlem şartları ilk iki denetim yapıldıktan sonra bir aykırılık yoksa bu durumda içerik denetimi yapılarak sözleşmeye konulan genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına uyup uymadığına bakılarak aykırılık tespit edilirse konulan şart hükümsüz sayılır¹⁵⁶. Bu durum kullanan aleyhine sonuç doğururken sözleşmenin zayıf tarafının korunması bakımından yararına sonuç doğurur.

TBK. m. 21’de sözleşmenin karşı tarafı aleyhine genel işlem şartı niteliğinde sözleşme hükümlerine yer verildiyse bu durumda bu hususların geçerliliği sözleşme yapılırken hükümlerin varlığına ilişkin karşı tarafın bilgilendirilmesi, konulan hükümlerin muhtevasının öğrenmesi için karşı tarafa imkân tanınması gerekir. Bu şartlar sağlandıktan sonra karşı tarafça kabul edilmesi halinde geçerliliği olacağı aksi halde konulan hükümlerin yazılmamış sayılacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu durumda TBK. m. 22 gereğince genel işlem şartlarını kullanan taraf, yazılmamış sayılan hükümler olmaksızın sözleşme yapılmayacaktı savını ileri süremeyecektir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile ilk kez açıkça düzenlenen bu hükümler kullanan taraf bakımından menfaatine aykırı olsa da sözleşme dengesini sağlayan zayıf tarafın daha da ezilmesine engel olunmuştur.

Ayrıca genel işlem şartı olarak yer alan bir hüküm anlaşılır değilse kullanan aleyhine, karşı taraf lehine yorumlanacağı hususuna TBK. m. 23’te yer verilmiş, tek

¹⁵⁴Eren, s.218, Yelmen, s.81, Oğuz, s.35, Antalya, s.302, Şeker, s.10, Açıkgöz, s.238, Yıldırım, s.94.

¹⁵⁵Atamer, Karşılaştırma, s.11, Açıkgöz, s.239, Cansel/Özel, s.130-131.

¹⁵⁶Açıkgöz, s.239. ve s.282, Ayan, Elif, s.9-10.

tarafli olarak sözleşmenin değiştirilmesine veya yeni hüküm konulmasına yetki veren şartların da yazılmamış sayılacağı TBK. m. 24'te düzenlenmiştir.

Kullanan tarafın bakımından sakınca oluşturacak genel işlem şartlarının denetimi yollarından biri olan içerik denetiminde ise dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı taraf aleyhine veya durumunu ağırlaştıracak şekilde hüküm konulamayacağı da emredici nitelikte düzenlemeye TBK. m. 25'te yer verilmiştir.

b. Karşı Taraf Bakımından Sakıncaları

Sanayinin zaman içerisinde gelişmesi ile bağlantılı olarak zamanla artan standart sözleşmeler ile banka, holding, büyük şirketler vb. gibi güçlü olan tarafın kendi egemenliğinde tek taraflı sundukları karşı tarafa “kabul et veya etme” şeklinde karşı tarafa dayatılmaktadır¹⁵⁷. Nitekim TBK. m. 20'nin gerekçesinde de bu duruma değinilmiştir.

Rizikoların detaylı ve kapsamlı olarak hesaplanabiliyor olması her ne kadar genel işlem şartlarının yararlı yanlarından olsa da sürekli olarak bu rizikoların zayıf olan tarafa yükletilmek istenmesi, sözleşme metninin çok uzun olması ve karşı tarafca maddelerin okunması için gereken zamanın tanınmaması nedeniyle kişilerin okumadan genel işlem şartları içeren sözleşmeleri imzalamaları oluşan sakıncalı hallerdendir. Örneğin günümüzde bir müşteri bir mevduat hesabı açtırmak veya kredi kullanmak için bankaya başvurduğunda 15-20 sayfadan olmayan bir sözleşme ile karşılaşmakta ve sırada bekleyenlerin psikolojik baskısı vs. gibi nedenlerle o an verilen kâğıtları okumadan veya tam anlamadan imzalamaktadır. Bu durumda kalan müşteri tamamen kullananın isteği doğrultusunda hareket etmek mecburiyetinde kalmakta aksi takdirde imzalamaması halinde ihtiyacı olan kredinin kullandırılmaması durumu ile karşı karşıya kalmaktadır¹⁵⁸. Bu durumda bankalar zaman içerisinde öngörülen genel işlem şartları denetimi ile yazılmamış sayılma hususlarına engel olmak için konulan şartlar hakkında bilgilendirildiğine dair bir belge imzalatma yoluna gidilmektedir. Bu durumda müşteri 15-20 sayfayı tamamen okuyup anlamadan bilgilendirildiğine ilişkin kâğıdı da bir an önce olsun bitsin

¹⁵⁷Yeşim M. Atamer, “Tüketici Hukukunun Gelişimi: Dünü, Bugünü ve Yarını”, Editör: Ebru Ceylan, Tüketicinin Korunması Semineri, 2-4 Kasım 2006, *Türkiye Adalet Akademisi Yayınları*, Ankara, 2007, s.21, Altop, Sempozyum, s.30, Açıkgöz, s.197, Cansel/Özel, s.125-126.

¹⁵⁸Yelmen, s.66.

mantığı ile imzaladığında bilgilendirilmedim şeklindeki bir iddianın ispatı zorlaşmaktadır.

Tarafların genel işlem şartları içeren sözleşmeler ile sözleşmenin zayıf tarafının pazarlık şansı olmamakta karşı tarafın sunduğu şartları kabul etmek zorunda bırakılmaktadır. Bu durum güçlü tarafın fikrinin değiştirilemeyeceğinin baştan kabul edilmesi ve zayıf tarafın kendini daha güçsüz hissetmesine neden olmaktadır. Örneğin; kredi kartı sözleşmelerinde müşterinin aidat alınmamasının mümkün olmadığı aidat almayan bankanın olamayacağı inancı ve kredi kartı çıkarmak istiyorsa aidatı kabul etmesi gerektiği fikrine kapılmasına neden olmaktadır¹⁵⁹.

Öte yandan teşebbüslerin sunmuş oldukları genel işlem şartları zayıf taraf olan tüketiciyi veya acente, toptancı vb. gibi zor durumda bırakabilir ve rekabet bakımından da ihlaller söz konusu olabilir¹⁶⁰. Bu nedenle rekabet bakımından karşılaşılabilecek ihlallere karşı özel olarak Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun olmak üzere genel işlem şartlarının koruyucu hükümleri dışında ayrıca özel koruyucu hükümlere de yer ver verilmiştir¹⁶¹.

Genel işlem şartlarını kullanan diğer tarafa göre daha güçlü konumda olan kendi menfaatine koruyacak hükümlere yer vermektedir. Mesela borçlunun kötü ifa, temerrüt, nedeniyle tazminat sorumluluğunun olmayacağı, eser sözleşmelerinde yüklenicinin ayıplı ifasından sorumlu olmayacağı şeklindeki sorumsuzluk kayıtlarına yer verildiğinde sözleşmenin zayıf tarafı bu kayıtlarla birlikte sözleşmeyi kabul etmek durumunda bırakılabilir. Çünkü bu sözleşmelerin sözleşme yapıldığı anca genelde küçük yazılarla yazılıyor oluşu, zamanın kabul edilen şartların doğuracağı olumsuz sonuçların değerlendirilmesi için yeterli olmaması gibi sorunlar ortaya çıkmakta ve sözleşmenin zayıf tarafının tüm riski üstlenmesi durumu söz konusu olacaktır¹⁶².

Örneğin alacaklı olan işçi, işverenin genel işlem şartı olarak sunduğu sorumsuzluk kaydını kabul ederken tamamen özgür iradesiyle kabul ettiğini

¹⁵⁹Aydoğdu, s.21.

¹⁶⁰Topçuoğlu, s. 4-5.

¹⁶¹Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2015, s.319-321, Topçuoğlu, s.5.

¹⁶²Ayan, Elif, s. 8-9, Açıkgöz, s.186.

varsayamayız. Zira alacağını alması için, işini kaybetmemek için aleyhine olan sorumsuzluk kaydını kabul etmek zorunda hissedebilir.

Bu nedenlerle genel işlem şartları içeren sözleşmeler ile zayıf tarafın iradesinin ve sözleşme yapma özgürlüğünün oldukça kısıtlanması nedeniyle kanun koyucu emredici hükümler ile zayıf olanın korunması, tek taraflı olarak dikte ettirilen hükümlerin denetimi ile sözleşme adaletinin tekrar sağlanması amaçlanmıştır.

3. Genel İşlem Şartlarının Fonksiyonları

a. Uzmanlaştırma Fonksiyonu

Kanunda karşı tarafla yapılacak sözleşme hiç düzenlenmemiş veya düzenlense de açıkça bazı hususlara yer verilmemesi halinde belirsizlik ve tarafların birbirine duyacağı güvenilirliğin kaybolmasına neden olabilir. Bu nedenle yaşanma ihtimali olan sorunlar yönünden belirsiz kalan yanların giderilmesi gerekir.

Sözleşme yapılırken hiç düzenlenmemiş veya belirsiz kalan hususlar bakımından konunun uzmanlarınca düzenlenen genel işlem şartları ile belirsiz olan kısımların giderilmesinin sağlanması, tarafların sözleşmeye, birbirlerine ve hukuk sistemine olan güveni arttıracaktır. Böylelikle sözleşme kapsamına genel işlem şartlarının alınması ile sözleşmede oluşabilecek boşluklar giderilmiş olduğundan genel işlem şartlarının bu fonksiyonuna uzmanlaştırma fonksiyonu denir¹⁶³.

b. Standartlaştırma ve Rasyonelleştirme Fonksiyonu

Genel işlem şartları ile her bir kişi ile ayrı ayrı hazırlanacak olan bireysel sözleşme ile içeriği farklı birçok sözleşme oluşmasının önüne geçilerek tek tip sözleşme oluşması ve birtakım hususların sözleşmeye dâhil edilmesinin atlanmasının önüne geçmiş olunur. Böylelikle genel işlem şartları ile sözleşme kurulması kolaylaşmış ve işlem süreci hızlanmış olur¹⁶⁴.

Ayrıca, günümüz iş hayatında mal ve hizmetlerin seri bir şekilde üretilmesi ve piyasaya sunulması hususları düşünüldüğünde herkesle bireysel sözleşme yapılması içerik yönünden farklılaşma gibi sakıncalar da doğuracaktır. Bu sakıncaların önüne geçilmesi ve zamandan tasarruf sağlanması ihtiyacı doğmuştur.

¹⁶³ Eren, s.216, Rehbinder/Teoman, s. 642, Açıkgöz, s.211.

¹⁶⁴ Açıkgöz, s.263-264, Kılıçoğlu, s. 123-128.

Böylelikle genel işlem şartlarının zaman içerisinde kullanılır olması standart sözleşmeler yapılır hale gelmiş olur ki bu duruma genel işlem şartlarının standartlaştırma fonksiyonu denir.

E. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ VARLIĞI AÇISINDAN ZORUNLU OLMAYAN HUSUSLAR

Genel işlem şartlarının el yazısı ile mi yoksa başka bir araçla mı ele alındığı önemli değildir. Zira noter huzurunda yapılmış sözleşme kapsamında genel işlem şartlarına yer verilmesi veya el yazısı ile sözleşmenin altına eklenmesi hususunda bir fark yoktur¹⁶⁵. Yazı karakterlerinin, koyu, italik bir kısmının el yazısı bir kısmının bilgisayar yazısı vs. olması, yazı karakterinin ne olduğu hususları genel işlem şartlarının geçerliliği bakımından önem taşımamaktadır¹⁶⁶. Önemli olan genel işlem şartlarının zorunlu unsurlarını ihtiva etmesidir.

TBK. m. 20/1'de genel işlem şartlarına sözleşmenin içinde veya eki olarak yer verilmesinde, yazının şekli ve içeriği önem taşımamaktadır. Bu durumda sözleşme metninin içeriğinde olmayıp ayrı bir metin olarak sözleşmeye ek yapılan genel işlem şartları da geçerliliğini koruyacaktır.

Genel işlem şartlarında birden fazla olaya şartların uygulanmış olması gerekmemekte ve şartları oluşturan kişinin kim olduğu önem arz etmemektedir¹⁶⁷. Sözleşmede genel işlem şartları konunun uzmanı olduğu düşünülen üçüncü kişinin bilgisi dâhilinde hazırlanmış ve birden çok sözleşme için kullanılması düşünülmüş olsa bile birden fazla sözleşme için kullanılmamış olabilir. Bu durumda da genel işlem şartlarına ilişkin hükümler uygulanacaktır. TBK. m. 20/4'te açıkça bir düzenlemeye yer verilmiştir. Madde hükmüne göre sundukları hizmet için özel izin gereken kişi veya kuruluşların genel işlem şartlarının denetimine ilişkin hususların kendilerine uygulanamayacağı savı yersiz olacaktır¹⁶⁸.

Ayrıca Türk Borçlar Kanunu ile genel işlem şartları düzenlenmeden önce de kamu kurum ve kuruluşlarının özel hukuk alanına giren sözleşmeler yapmalarına

¹⁶⁵Rehbinder/Teoman, s.647-648, Havutçu, TBK-GİŞ, s.35, Ruhi, s.27, Açıkğöz, s.201.

¹⁶⁶Akçaal, s.54, Baş, s.280, Atamer, Karşılaştırma, s. 14, Altop, Sempozyum, s. 36, Rehbinder/Teoman, s. 647, Antalya, s.300, Ruhi, s. 27, Gülerci/Kılınç, s.100, İnan/Yücel, s.302-303, Açıkğöz, s. 189, Havutçu, s.91-92.

¹⁶⁷Rehbinder/Teoman, s.647, Antalya, s.301.

¹⁶⁸Aydoğdu, s.66, Altop, Sempozyum, s. 38, Atamer, Denetleme, s. 63, Altop, GİŞ-Armağan, s.258, Antalya, s.297-298, İnan/Yücel, s.303, Açıkğöz, s. 190, Yıldırım, s. 93, Topçuoğlu, s. 17.

“iltihaki sözleşmeler” adını vererek genel işlem şartlarına ilişkin denetim yapılıyordu¹⁶⁹.

Bir diğer zorunlu olmayan husus ise her sözleşmede aynı yazının yer almamış olması genel işlem şartı taşımadığı anlamına gelmemektedir. Nitekim bu durum TBK. m. 20/2’de düzenlenmiş ve metinlerin benzer olmaması ancak sözleşmenin aynı amaçla düzenlenmesi şartıyla genel işlem şartı sayılmasına mani olmadığı belirtilmiştir. Madde gerekçesinde verilen örnekte; delil sözleşmesine ilişkin genel işlem şartının sözleşmenin içinde yer alması, sözleşme ekinde yer alması veya yerinin değiştirilmesi durumlarında uygulama bakımından bir farklılık oluşmayacağı belirtilmiştir. Böylelikle oluşan farklılıklar nedeniyle bireysel sözleşme niteliği taşıyacağı savı öne sürülerek Kanun hükümlerini dolanmaya imkân verilmemiştir¹⁷⁰.

Bir görüşe göre kanun metninde özdeş olmayan metinlerin aynı anlama gelmesi gerektiğine ilişkin bir ifadeye yer verilmesi gerektiği şeklinde haklı bir eleştiriye yer verilmiştir¹⁷¹.

Genel işlem şartlarının geçerliliği bakımından zorunlu olmayan hususlar hakkında isabetli olarak kanuni düzenlemeye yer verilmesi ile kanunun dolanılmasının engellenmek istenmiştir.

F. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ NİTELİĞİNİ KAYBEDEREK BİREYSEL (HUSUSİ) ANLAŞMA HALİNE GELMESİ

Genel işlem şartlarını kullanan taraf, karşı tarafa sözleşmenin yanında sunulan şartların içeriğini öğrenme imkânı sağlanması zorunludur. Ancak söz konusu husus önceden genel işlem şartlarının müzakere edilerek kabul edilmesi anlamına gelmemektedir. Zira bu durum kişisel başka bir sözleşme konusunu oluşturur ki tek taraflı olarak düzenlenme unsuruna aykırı olduğu için genel işlem şartı olarak değerlendirilemez.

Sözleşme koşulları taraflarca tek tek ele alınmış ise bu durumda önceden formüle edilmiş olan şartlar içerse dahi genel işlem şartı olarak nitelendirilemez¹⁷².

¹⁶⁹Baş, s.282-283, dn. 27-28., Aydoğdu, s.67, Altop, GiŞ-Armağan, s. 258, Havutçu, s. 14, Antalya, s.291-298.

¹⁷⁰Antalya, s.301-302, Altop, Sempozyum, s. 36, Gülerci/Kılınç, s. 100, İnan/Yücel, s. 302-303, Helvacı, s.84-85, Açıkgoz, s.189. ve s.201, Yıldırım, s. 92, dn. 135-136, Atamer, Sempozyum, s. 133.

¹⁷¹Kuntalp vd., Değerlendirme, s.26.

Burada anlaşma hususi sözleşme unsurlarını oluşturuyorsa hususi anlaşma şartları öncelik taşıyacak ve sözleşmede yer alan şartın içeriği açıkça anlaşılamiyorsa, şart kullanan aleyhine olarak yorumlanacaktır.

Ancak standart bir sözleşmede genel işlem şartları ile birlikte bireysel sözleşme hükmüne yer verilebilir. Bu durumda sözleşmeye şartların her birinin müzakere edilerek sözleşme oluşturulduğuna ilişkin kayıtlar, tek başına bunları genel işlem şartı olmaktan çıkarmaz. Bu kayıtlar da bir genel işlem şartıdır¹⁷³.

Nitekim TBK. m. 20/3'te açıkça müzakere edilmemesi gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa da her bir şartın müzakere edilerek sözleşmenin oluştuğuna ilişkin konulacak olan hükmün genel işlem şartı niteliğini ortadan kaldırmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu duruma ilişkin madde gerekçesinde; uygulamada genel işlem şartlarının okunduğu, anlaşıldığına ilişkin tutanaklar tutulduğu, tip sözleşmelerinin her bir sayfasına da bu duruma ilişkin kayıtlara yer verilerek imzalanırsa dahi gerçekten hükümlerin tek tek müzakere edilmedikçe emredici hükümlerin uygulanmasına mani olmayacağı belirtilmiştir. Bu kanun maddesinin konulmasının amacı dürüstlük kurallarına aykırı olacak nitelikteki davranışların önlenmek istenmesidir¹⁷⁴.

Kanunun anlatım şeklinden yola çıkıldığında tek tek maddelerin müzakere edilmesi durumunda sözleşmede yer alan genel işlem şartının niteliğini kaybedeceği yönünde bir yorum yapılabilir¹⁷⁵. Ayrıca sözleşmenin bireysel sözleşme olduğu ve müzakere edildiği iddiasında bulunan taraf iddiasını ispatla mükelleftir.

Ancak Yargıtay'ın bir kararında; %1 kesilen komisyon bedelinin istirdadına ilişkin açılan davada, davacının tacir olduğu ve basiretli davranma yükümlülüğü olduğu, müşteriye davalı tarafından sunulan yeni sözleşmede yer alan; sözleşmenin incelendiği, anlaşılamayan hususlarda bilgi sahibi olduğu ve mutabık kaldığı, sözleşmenin imzalamak istendiği şeklinde yer alan kaydın davacı şirketi temsil eden kişi tarafından imzalanması ile istirdat talebinin TMK. m. 2'ye uygun düşmeyeceği

¹⁷²Rehbinder/Teoman, s.649.

¹⁷³Ayan, Elif, s.8.

¹⁷⁴Uygur, s.307, Altop, Sempozyum, s. 37-38, Antalya, s. 302, Gülerci/Kılınç, s. 101, Topçuoğlu, s.16-17.

¹⁷⁵Yelmen, s.60, Antalya, s. 311.

nedeniyle bozma kararı vermiştir¹⁷⁶. Nitekim söz konusu karar hukuka ve genel işlem şartlarının emredici hükümlerine uygun düşmemiştir. Nitekim TBK. m. 20/3 hükmü açık olup, bu hükümden tacirlerin yararlanamayacağı şeklinde bir savunmanın yapılması emredici hükümlere uygun olmamıştır.

Diğer yandan bireysel sözleşme hükmü ile genel işlem şartı çelişirse bu durumda ne olacağına ilişkin kanunumuzda açık hüküm olmasa da “lex specialis derogat lex generalis” ilkesi gereğince bireysel sözleşme hükümleri öncelikli olacaktır. Nitekim Yargıtay da bu görüşte olup bir kararında genel işlem şartlarının aksinin taraflarca sözleşme yoluyla kabul edileceğinin kararlaştırılması durumunda bireysel olarak yapılan anlaşmanın genel işlem şartından önce uygulanacağı şeklinde hüküm kurmuştur¹⁷⁷.

Ayrıca genel işlem şartı olarak bireysel anlaşma yapılan hükümlerin geçersiz olacağı yönünde bir düzenleme mevcutsa bu durumda içerik denetimi bakımından konulan bu kayıt geçersiz olacaktır¹⁷⁸. Zira dürüstlük kuralı gereği tarafların müzakere ederek oluşturdukları bireysel anlaşmalar, geçerliliğini koruyacak ve anlaşmaya vardıkları hususlar öncelikli olarak uygulanacaktır.

G.ALİŞİLMAMIŞ NİTELİKTE OLAN GENEL İŞLEM ŞARTLARININ HUKUKİ DURUMU

Genel işlem şartlarının sözleşmede kullanılmasına ilişkin kayıtlar gerçekleştirilmiş olsalar dahi sözleşmenin diğer tarafı, sözleşmede yer alan kaydın göz önüne almasını gerektirmeyen veya göz önüne alınması beklenilmeyecek şekilde alışılmadıkça sözleşmenin bir unsuru olamaz. Örneğin, satılan eşyanın sürekli olarak korunması şeklinde bir yükümlülük yüklenmesi sözleşmenin konu bakımından göze alınması gerekmeyen yan yükümlülüğün genel işlem şartı olarak değerlendirilmesini hukuk sistemimizce korunmamıştır¹⁷⁹.

Genel işlem şartları, açıkça karşı tarafa öğrenmesi için imkan sağlanmışsa, kendisine şart sunulan taraf metni okumadan global kabul söz konusu olsa dahi

¹⁷⁶Yargıtay 11. HD. T.11.06.2014, E: 2014/4733, K:2014/11174, www.kazancihukuk.com (E.T. 13.02.2019)

¹⁷⁷Yargıtay 11.HD. 14.04.1995 tarih ve E:1995/1993, K:1995/3369 www.kazancihukuk.com (E.T. 13.02.2019). Yelmen, s.92.

¹⁷⁸Aydoğdu, s.44-45.

¹⁷⁹Rehbinder/Teoman, s.649, Cansel/Özel, s. 129-130.

sözleşme hükmü haline gelecektir. Kaldı ki bu durumda bile alışılmış nitelikte olmayan kayıtlar dürüstlük ilkesi gereği olarak sözleşme hükmü olamaz. Ancak genel işlem şartlarını kullanan taraf açıkça şartın mevcudiyeti hakkında bilgilendirmede bulunursa kimsenin kendi aleyhine olacak hususlar oluşturacak hükümleri bilerek ve isteyerek kabul etmeyeceği karine sayılacağından sözleşme metni haline gelecektir¹⁸⁰. Bu durumda genel işlem şartlarını kullanan taraf karşı tarafa şartların varlığına ilişkin açıkça bilgilendirme yaptığını ispatlamalıdır.

Alışılmamış nitelikte olan genel işlem şartlarına ilişkin düzenleme TBK. m. 21/2’de yer almaktadır. Bu durumda kişinin bulunduğu sosyal çevre de göz önüne alınarak makul ve orta zekâda bir insandan sözleşme yapılırken hesaba katmasının kendisinden beklenemeyeceği hükümler alışılmamış niteliktedir¹⁸¹.

TBK. m. 21’in gerekçesinde örnek olarak belirli bir yabancı para cinsinden döviz hesabı açtıran kişiye hesabın bulunduğu kurum tarafından farklı bir para birimi veya Türk Lirası ile ödenmesini alışılmışın dışında kabul edileceğinden yazılmamış sayılacağı belirtilmiştir.

Nitekim gerekçede belirtilen örnek alışılmadık sayılmaya örnek olarak verilemez. Zira TBK. m. 99/2 gereğince yabancı para üzerinde anlaşma yapılsa dahi ödeme gününde ülke parası ile ödeme yapabilme imkânı varken gerekçede bu durumun alışılmış dışı olarak kabul edilmesi doğru olmamıştır¹⁸².

Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında kiralanan araca ilişkin kasko sigorta poliçesinde kiralayanın hafif sayılabilecek ihmalden dolayı bir zarar oluşursa bu zarardan sorumlu olunmayacağına ilişkin konulmuş bir sorumsuzluk kaydı alışılmamış nitelikte sayılmıştır¹⁸³.

¹⁸⁰Esra Kaşak, “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C.3, S.1, s.419.

¹⁸¹Havutçu, s.137.

¹⁸²Kuntalp, Değerlendirme, s. 28, Reisoğlu, Seza, s.113.

¹⁸³Kaşak, s.423, Topçuoğlu, s. 20, Atamer, Denetleme, s.114-115.

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL İŞLEM ŞARTLARININ SÖZLEŞMEYE DÂHİL EDİLMESİ (YÜRÜRLÜK DENETİMİ)

I. GENEL OLARAK

Yürürlük denetimi TBK. m. 21’de de belirtildiği üzere genel işlem şartlarının sözleşme hükmü haline gelip gelmediğinin araştırılarak bu şartları kullanan tarafın, karşı tarafa söz konusu şartların varlığı hakkında bilgi verip şartları öğrenme imkânı sağlanıp sağlanmadığı durumunun incelenmesidir. Yürürlük denetimine; geçerlilik denetimi¹⁸⁴, kapsam denetimi¹⁸⁵ de denilmektedir. Genel işlem şartlarını kullanan taraf karşı tarafa öğrenme imkânı sağlamış ve karşı taraf buna rağmen şartları, rızası ile kabul etmiş ise bu durumda sözleşme hükmü haline gelecektir. Aksi takdire bu duruma aykırılık TBK. m. 21’de öngörülen yazılmamış sayılma müeyyidesini doğuracaktır.

TBK. m. 21/1’de yer alan düzenlemede karşı tarafın menfaatine aykırı olan genel işlem şartlarının sözleşme metnine nasıl dâhil edileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer vermiş olup kanunun lafzından yola çıkılırsa sadece karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem şartlarının söz konusu olması halinde sözleşme metnine dâhil edilmesi için maddede yer alan unsurları taşıması gerekeceği düzenlemesine yer verilmiştir. Ancak karşı tarafın menfaatine aykırı bir düzenleme yok ise bu durumda ne olacağına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır¹⁸⁶. Kanunun amacı düşünüldüğünde sadece karşı tarafın menfaatine aykırı olan düzenlemeler olarak düşünmemek gerekir.

Kanun koyucu “*karşı tarafın menfaatine aykırı*” olan genel işlem şartlarından bahsederek içerik denetimi ile karıştırılmasına sebebiyet vermektedir¹⁸⁷. Zira yürürlük denetiminde asıl olan genel işlem şartının esasına girmeden sözleşme muhtevasına girip girmediğinin incelenmesidir. Esasa girilerek bir aykırılığın olup olmadığına ilişkin değerlendirme içerik denetimine ilişkindir. İçerik denetimi ise

¹⁸⁴Havutçu, s. 40vd,

¹⁸⁵Antalya, s.302 vd., Açığöz, s. 238, dn.226.

¹⁸⁶Yelmen, s.81-82.

¹⁸⁷Havutçu, TBK-GİŞ, s.39, Atamer, Tasarı, s.15, Sirmen, s.114.

yürürlük denetiminden geçip sözleşme metnine dâhil olmuş genel işlem şartları hakkında yapılabilecektir.

Nitekim kanun lafzından dolayı doktrinde bir görüşe göre yürürlük denetimi unsurların; karşı tarafın menfaatine aykırı olması, karşı tarafa sözleşme yapılmadan önce açıkça bilgi verilmesi, karşı tarafın öğrenmesi için imkân tanınması ve karşı tarafın kabulü şeklinde dört tane olduğu şeklindedir¹⁸⁸. Ancak çoğunlukta olan görüşe göre ise karşı tarafın menfaatine aykırı olmasının unsurlar arasında olmaması gerektiği yönündedir¹⁸⁹.

Nitekim TBK'nun yürürlük denetimini düzenleyen 21'inci maddesinden “*karşı tarafın menfaatine aykırı*” ibaresinin çıkarılması anlam kargaşasının giderilmesini sağlayacaktır.

II. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ SÖZLEŞMEYE DÂHİL EDİLMESİNİN UNSURLARI

Genel işlem şartlarının sözleşmeye dâhil edilebilmesi için kullanan tarafından sözleşmenin karşı tarafına şartların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi ve şartların içeriğinin karşı tarafça öğrenme imkânı tanınması ve nihayetinde karşı tarafça genel işlem şartlarının kabul edilmesi ile sözleşme içeriğine dâhil edilmiş olur.

A. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ VARLIĞI HAKKINDA AÇIKÇA BİLGİ VERİLİP İÇERİĞİNİ ÖĞRENME İMKÂNI SAĞLAMA

1. Genel İşlem Şartlarının Varlığı Hakkında Açıkça Bilgi Verilmesi

TBK. m. 21'de yer alan genel işlem şartları hakkında bilgi verilmesi hususunun konulan kayıtların ne anlama geldiği, içeriğinin ne olduğunun karşı tarafa anlatması anlamına gelmemektedir. Zira buradan anlaşılması gereken genel işlem şartlarının varlığı hakkında bilgi verilmesi bakımından düşünülmesi gerekmektedir¹⁹⁰.

Genel işlem şartlarını kullanan, sözleşmenin diğer tarafına şartları en geç sözleşme kuruluşu sırasında bildirmelidir. Zira sözleşme kurulduktan sonra sunulan

¹⁸⁸ Aydoğdu, s.87.

¹⁸⁹ Engin, s.80 vd., Görgeç, s. 414-416, Eren, s.220-221.

¹⁹⁰ Ayan, Elif, s.11-12.

genel işlem şartları sözleşmenin tek taraflı değiştirilmesi niteliğinde olup bu durumda sonradan sunulan genel işlem şartları TBK. m. 24'e göre yazılmamış sayılır. Bir görüşe göre tek taraflı değişiklik anlamına gelen bu sonuç geçersizdir¹⁹¹.

Yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olsa da nitekim geçersizlik yaptırımını yerine “sözleşme metnine dâhil edilmeme” yaptırımına tabi olacağı şeklinde değerlendirme yapmak gerekmektedir.

Nitekim genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girmesinin bir diğer unsuru olan genel işlem şartlarının içeriğinin öğrenilmesi imkânının sağlanabilmesi için de öncelikle şartların varlığı hakkında açıkça bilgi verilmesi gerekmektedir. Ancak bir görüşe göre genel işlem şartının varlığı hakkında bilgi vermenin yeterli olmadığı menfaate aykırı şartlar hakkında tek tek bilgilendirme yapılması gerekmektedir¹⁹². Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira genel işlem şartlarının tek tek açıklanarak karşı tarafın kabulüne sunulması halinde bireysel sözleşme halini alacağından menfaate aykırı olup olmadığına bakılmaksızın genel işlem şartlarının varlığı hakkında bilgi vermek yeterli olacaktır.

Genel işlem şartlarının varlığının öğrenilmesi her türlü bildirimle sağlanabilir. Ancak şartların varlığının açıkça öğrenildiğine ilişkin ispat yükü kullanandadır.

Bir görüşe göre kişi veya kurumlar sözleşme yaparken hep aynı genel işlem şartlarını ihtiva eden sözleşmeler kullandığı biliniyorsa bu durumda genel işlem şartları hakkında karşı tarafa bilgi verilmese dahi bu şartların geçerli olacağı aksi takdirde dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği düşünülmektedir¹⁹³. Ancak bu görüşe şu gerekçelerle katılmak mümkün değildir; TBK. m. 21'de karşı tarafın bilgilendirilmesi hususunda kanunun açık hükmü yer almakta olup kişi veya kurumların hep aynı genel işlem şartları ile birlikte sözleşme yapıyor oluşu bilgilendirme yükümlülüğünün ortadan kaldırılması anlamına gelmemektedir.

Örneğin bankaları bu bakımdan değerlendirebiliriz. Zira matbu genel işlem şartları ihtiva eden sözleşmeler karşı tarafa sunulmaktadır. Kanun koyucunun amacı zayıf olan tarafın korunması olup genel işlem şartlarının zorunlu unsurlarından biri, birden çok kişiyle yapılabilmesi amacıyla hazırlanarak sözleşme hükümlerine dâhil

¹⁹¹Tekinay vd., s. 208., Kocayusufpaşaoğlu vd., s. 232-233, Gülerci/Kılınç, s. 103-104.

¹⁹²Kuntalp, Banka, s.94-95. Karşı görüş için bkz. Açıkgöz, s. 256, dn. 295.

¹⁹³Ali Erten, *Sorumsuzluk Şartları*, Olgaç Matbaası, Ankara 1977, s.122, Ayan, Elif, s. 12.

edilmesidir. Amaç zaman içerisinde standartlaşan sözleşmeler oluşturup zaman tasarrufu sağlamakken karşı taraf bilgilendirilmeden konulan şartla karşı tarafı bağlı kılmak TBK. m. 21'in amacıyla da uygun düşmeyecektir.

Genel işlem şartları ya sözleşmenin kurulması anında ya da sözleşmenin kurulmasından önce karşı tarafın yetkisi alanına girmiş olması koşuluyla bir yere asılmak veya ilan edilmek suretiyle bildirimde bulunulabilir¹⁹⁴.

Ancak sözleşmenin yapıldığı yerde ilan suretiyle asılması noktasında genel işlem şartlarının geçerli olup olmayacağı noktasında doktrinde tartışmalar vardır. Bir görüş; salt aşırı güçlük oluşturuyorsa, sözleşmenin yapıldığı yerde görülebilir şekilde genel işlem şartlarının asılmasının geçerli olacağı yönündedir¹⁹⁵. Bu hususa örnek olarak otoparklarda, iş yerlerinin kasa veya giriş kısımlarında asılan, genel işlem şartı olarak düzenlenen sorumsuzluk kayıtları örnek olarak gösterilmektedir. Bu durumda her kişi ile tek tek genel işlem şartlarını içeren sözleşme yapılmasının zorluğu ortada olduğundan¹⁹⁶ böyle bir ilana karşı müşterinin sessiz kalması halinde zımnî kabul olarak yorumlanıp yorumlanamayacağı hususunda girişimci karşı tarafın sözleşmenin kurulduğu yerde açıkça görülecek şekilde genel işlem şartlarına dikkat çekiyorsa, karşı taraftan genel işlem şartlarının içeriğini öğrenmesini mümkün kılacak imkân sağlanıyor ve koşulların varlığı kabul ediliyorsa bu durumda genel işlem şartları geçerlidir (BGB §305/2)¹⁹⁷.

Diğer bir görüşe göre; TBK. m. 21 hükmü lafzi olarak yorumlanması ve bu durumda ilan yoluyla genel işlem şartlarının sunulmasının mümkün olmaması gerekir¹⁹⁸.

Nitekim ilan yoluyla sunulan genel işlem şartlarının genişletici yorumla bakılmaması ancak katı bir şekilde de yorumlanmaması TMK. m. 2 uyarınca uygun olacaktır. Örneğin, bazı ürünlerin satın alındığı makineler söz konusu olduğunda karşımızda kişisel anlamda bir satıcı bulunmazken bu durumda sorumsuzluk kaydının ilan yoluyla sunulmasının mümkün olması gerekir¹⁹⁹. Bu durumda genel

¹⁹⁴Tekinay vd., s.207, Rehbinder/Teoman, s.648, Antalya, s.308, Atamer, Sempozyum, s. 119, Akipek Öcal, GİK, s. 204.

¹⁹⁵Rehbinder/Teoman, s.648, Antalya, s. 308, Atamer, Sempozyum, s. 119.

¹⁹⁶Atamer, Karşılaştırma, s. 27, Atamer, Sempozyum, s. 115, Topçuoğlu, s. 4.

¹⁹⁷Havutçu, s.106-107, Atamer, Sempozyum, s. 115, Ayan, Elif, s. 13

¹⁹⁸Çınar, s.73, dn.24, Ayan, Elif, s. 13.

¹⁹⁹Ayan, Elif, s.13, Antalya, s.308.

işlem şartının görünebilecek bir yere asılması zorunludur. Aksi takdirde alıcının genel işlem şartına ilişkin bir kayıt olup olmadığını araştırma zorunluluğu yoktur.

2.Genel İşlem Şartlarının İçeriğini Öğrenme İmkânı Sağlama

“Genel işlem şartlarının içeriğini öğrenme imkânı sağlanması” kavramının ne anlama geldiğine ilişkin açıkça bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa da karşı tarafın hâkimiyet alanına girmiş olması olarak değerlendirilmelidir. Hâkimiyet alanına girmesinin şeklinin bir önemi bulunmamaktadır. Bu elektronik posta, basılı, görsel, işitsel vb. nitelikte olabilir. Ancak hangi şekilde olursa olsun anlaşılacak nitelikte olmalıdır. Örneğin karşı tarafın bilmediği bir dilde genel işlem şartlarının sunulmuş olması hâkimiyet alanına girmesi anlamına gelmemektedir²⁰⁰.

Ayrıca TBK. m. 20/1’de genel işlem şartı bakımından yazı ve türünün önemli olmadığından bahsedilmiştir. Doktrinde yazının çok küçük puntolarla yazılmış olması hususu karşı tarafın şartları yönünden öğrenmesine imkân sağlanmış olup olmayacağı yönünden tartışmalıdır. Bir görüşe göre TKHK. m. 4/1’de; yazılı olarak yapılması öngörülen sözleşmelerin en az 12 punto olması, açık ve anlaşılır bir dille yazılması, okunaklı olması ve bir nüshasının tüketiciye verilmesi hususlarının düzenlendiği, söz konusu düzenlemeye benzer bir düzenlemenin Türk Borçlar Kanunu’nda yer alması gerektiği haklı olarak eleştirilmiştir²⁰¹.

Bir görüşe göre; çok küçük puntolarla, okunması güç şekilde yazılan genel işlem şartları ile aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmiş sayılmayacaktır²⁰². Ayrıca bu görüşü savunanlara göre; karşı tarafın öğrenme olanağı sağlayacak şekilde yazılmamış olan genel işlem şartlarının yazılmamış sayılacağı belirtilmiştir²⁰³.

Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi çok küçük şekilde yazılan genel işlem şartları hakkında kullanan tarafından bilgilendirme görevinin yerine getirilmediği şeklinde değerlendirmede bulunmuştur²⁰⁴.

²⁰⁰Yelmen, s.86, Antalya, s.306.

²⁰¹Aydoğdu, s.95.

²⁰²Havutçu, TBK-GİŞ, s.39-40, Havutçu, s.113, Ali Murat Dizdar, “Genel İşlem Şartları”, *Bankacılar Dergisi*, Mart 2010, S.72, s.92.

²⁰³Antalya, s.305-306, Havutçu TBK-GİŞ, s.39-40, Çağlar Özel, “Haksız İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması Sorusuna Bir Bakış ve Almanya Örneği”, *BATIDER*, 1999, C.XX, S:2, s.56.

²⁰⁴BGE 109 II 452 vd. (Bkz. Naklen; Atamer, Denetleme, s.114, dn.165, Kaşak, s.423, dn. 27, Aydoğdu, s.95, dn.448.)

Eleştirilere kısmen katılmakla birlikte sırf yazı puntosunun küçük olması nedeniyle karşı tarafa bir şekilde sunulmuş olan genel işlem şartları hakkında yazılmamış sayılma yaptırımını sonucuna başvurulması bir nevi kanunda olmayan bir durumun uygulanması anlamına gelecektir. TKHK. m. 4/1 ve m. 33, TTK. m. 1425 vb. gibi bir düzenlemeye yer verilmesi gerektiği yönündeki görüşe katılmakla birlikte kanun koyucunun iradesinin yazı puntosunun küçük olması vb. nedenlerle yazılmamış sayılması sonucunun doğması değildir. Zira kanunda hangi şekilde yapıldığı, yazı, karakterin el ile yazılması veya bilgisayarla yazılmasının bir önemi olmadığı şeklinde düzenleme yaptığı TBK. m. 21/1 gerekçesinden de anlaşılmaktadır. Ancak bu durum, denetimin hiç yapılamayacağı anlamına da gelmemelidir; zira karşı tarafın aleyhine olması için bilinçli olarak ufak puntolarla şartların yazılması, karşı tarafın okumasının engellenmesi amaçlanıyorsa bu durum dürüstlük ilkesine aykırılık taşıyacağından içerik denetimine konu olacaktır.

Bir görüşe göre ise genel işlem şartlarının karşı tarafın bilmediği bir dilde yazılması halinde bu hükümlerin geçersiz olması gerektiği belirtilmiştir²⁰⁵.

Geçersiz olduğuna ilişkin bahsedilen görüşe katılmak mümkün değildir. Zira karşı tarafın bilmediği dilde yazılmış genel işlem şartlarının açıkça bildirildiğinden veya içeriğinin öğrenilmesi imkânının sağlandığından bahsedilemeyeceği için yürürlük denetiminden geçememesi nedeniyle yazılmamış sayılacaktır. Dolayısıyla sözleşmenin hükmü haline gelemeyecektir. Geçersizliğin söz konusu olabilmesi için her şeyden önce sözleşmenin muhtevasına dâhil olmuş ve sözleşme hükmü haline gelmiş genel işlem şartı olması gerekir²⁰⁶. Dolayısıyla sözleşmeye hiç dâhil olmamış bir hükmün geçersizliğinden söz edilemeyecektir.

Öte yandan, genel işlem şartlarının karşı tarafın hâkimiyet alanına girmesi şartların tek tek müzakere edilmesi anlamına gelmemektedir²⁰⁷. Zira bu durumda sözleşme bireysel hale geleceğinden genel işlem şartlarından söz etmek mümkün olmayacaktır.

²⁰⁵İbrahim Kaplan, *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.81, Aydoğdu, s.119

²⁰⁶Atamer, Karşılaştırma, s.11, Açıköz, s. 214, Ayan, Elif, s. 10.

²⁰⁷Açıköz, s.214-215.

Uygulamada basılı sözleşme formlarının arkasına genel işlem şartları olarak düzenlemeye yer verildiği görülmektedir²⁰⁸. Örneğin önceden basılmış kira sözleşmeleri veya otobüs, uçak gibi taşıma sözleşmeleri bu kapsamdadır.

Bu durumda şu durumu tartışmak gerekecektir. Örneğin basılı bir şekilde kira sözleşmesi hazırlandığında taraflar sözleşme hükümlerini ve şartlarını okuduktan sonra sözleşmeyi imzalayabilirler. Bu durumda şartlardan önceden haberdar olan karşı taraf sözleşme hükümleri ve genel işlem şartları ile bağlı olurken bir otobüs bileti aldığınızda bileti ödemeyi yaptıktan sonra kesildiği varsayıldığında bilet arkasında yer alan genel işlem şartları sözleşme kurulmadan önce karşı tarafa sunulmuş olmamaktadır²⁰⁹. Bu durumda sözleşme imzalandıktan sonra karşı tarafın genel işlem şartını öğrendiği gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

Genel işlem şartlarına ilişkin karşı tarafın öğrenmesi için yapılacak bilgilendirmenin sözleşme kurulmasından önce veya sözleşmenin kurulması anında yapılması gerekir²¹⁰. Aksi takdirde sözleşme kurulduktan sonra bilgilendirme yapılması ve karşı tarafın kabul etmesinin beklenmesi sözleşmenin tek taraflı değişikliği niteliğindedir ki bu durumda sözleşmeye yeni bir öneri getirilmesi söz konusudur.

Sonradan yapılan bilgilendirme şartın sözleşmeye dâhil olduğu anlamına gelmez. Örneğin; seyahat sırasında bilet alındıktan sonra biletin arkasında yer alan eşya kaybından sorumlu tutulamayacağı vs. gibi sorumluluk kayıtları içermesi karşı tarafın bu kaydı kabul ettiği anlamına gelmemektedir. Zira burada sözleşme kurulmuş karşı tarafın sessiz kalması sözleşme kurulduktan sonra bu şartların kabul edildiği anlamında olmayıp genel işlem şartını kullanan tarafın tek taraflı olarak sözleşmenin değiştirilmesine yönelik getirmiş olduğu bir öneri mahiyetindedir²¹¹.

Nitekim bu durumun önlenmesi için bilet satışı yapmadan genel işlem şartlarının bilet satışı yapılan yerde konulacak bir levha bir bilgilendirme formu şeklinde sunulmuş olması ve yolcunun bu şartları inceledikten sonra bilet satışının yapılması hukuken uygun olacaktır.

²⁰⁸Antalya, s. 305, Ayan, Elif, s. 12, Atamer, Denetleme, s. 90-91.

²⁰⁹Ayan, Elif, s. 12, dn. 26, Atamer, Denetleme, s. 90-91, Havutçu, s. 125-127.

²¹⁰Ayan, Elif, s. 12.

²¹¹Ayan, Elif, s. 12, dn. 26, Atamer, Denetleme, s. 90-91, Havutçu, s. 125-127.

B. KARŞI TARAFIN KABUL ETMESİ

Genel işlem şartlarının sözleşme hükmü haline gelmesinin bir diğer şartı da karşı tarafın sunulan şartları kabul etmesidir. TBK. m. 21/1’de düzenlenen yürürlük denetiminin diğer iki şartı olan kullanan tarafından genel işlem şartının varlığı hakkında açıkça bilgilendirme yapılmış ve karşı tarafa şartların içeriğinin öğrenilmesi imkanı sağlanmış olmasına rağmen karşı taraf kabul etmemişse bu durumda genel işlem şartları sözleşmenin içeriği haline gelmeyecektir.

Kabul, sunulan önerinin sözleşmenin kurulması için gerekli olan tek taraflı irade açıklamasından ibarettir²¹². Kabulün nasıl ve ne şekilde yapılacağına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemekte olup kabul açık, zımni ve global kabul olarak üçe ayrılır²¹³.

1.Açık (Sarih) Kabul

Kabul, icaba uygun olarak icapta bulunana açık bir beyan ile sunuluyorsa burada açık kabul söz konusudur²¹⁴. Açık kabul de genellikle beyan aracı söz ve işaretlerden doğrudan kabul edildiği yoruma ihtiyaç duyulmaksızın anlaşılmaktadır.

Genel işlem şartları kabul edilmiş ve şartları sunan tarafa kabul beyanının iletiliş tarzından doğrudan anlaşılması söz konusudur. Önemli olan kabulün herhangi bir tereddüte mahal vermemesidir. Örneğin; genel işlem şartlarını kullanan tarafça karşı tarafa yazılı halde sunulan sözleşme hükümleri imzalanarak kabul edilmiş ise bu durumda açık kabul söz konusu olur. Ancak kabulün kural olarak yazılı olarak yapılması zorunlu olmayıp sözü veya taraflarca karar verilen herhangi bir işaretle de kabul gerçekleştirilebilir²¹⁵.

2.Zımni (Örtülü) Kabul

Örtülü kabulde açık kabuldeki gibi karşı tarafa açıkça şartların kabul edildiği bildirilmemektedir. Burada açık açık söylemek yerine kabul anlamına gelecek

²¹²Eren, s.254, Cansel/Özel, s. 108-109, İnan/Yücel, s. 189-190, Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, Sayram Yayınları, Konya, 2011, s.71. Antalya, s.67, Yelmen, s.87, Ruhi, s. 19, Akipek Öcal, GİK, s. 191, Ayan, Mehmet, s.170.

²¹³Kocayusufpaşaoğlu vd. s. 232-238,

²¹⁴Eren, s. 255, Kılıçoğlu, s. 67, Antalya, s.306, Kocayusufpaşaoğlu vd., s.14, İnan/Yücel, s. 190, Ruhi, s. 19.

²¹⁵Eren, s.258, Antalya, 66-67, İnan/Yücel, s. 190, Ruhi, s.20.

nitelikte bir eylem, davranış veya susma hali ile iradesinin karşı tarafa sunulması ile örtülü kabul oluşmaktadır²¹⁶.

Mesela, pazarda fiyatı tezgâha konularak belirlenmiş domatesi almak isteyen kişinin satıcıdan domates vermesini istemesi durumunda, kabule ilişkin açık bir irade beyanı bulunmasa dahi müşteri, fiili ile kabule ilişkin iradesini bildirdiği anlaşılmaktadır. Zira domateslere seçerek almak yönündeki fiili ile örtülü olarak kabul beyanında bulunmaktadır.

Susma, kural olarak kabul şeklinde yorumlanamasa da bazı hallerde örtülü kabul olarak değerlendirilir²¹⁷. Örneğin; vekalet sözleşmesinin kurulmasına ilişkin TBK. m. 503'te yer alan düzenlemedeki şartları taşıyan kişilerin açıkça öneriyi reddetmemeleri halinde kabul etmiş sayılacaklarından sözleşme kurulacaktır.

Susmanın kabul anlamına geldiği bir başka örnek ise; internetten ürün sipariş edildiğinde ürüne ilişkin yer alan genel işlem şartlarında teslimden itibaren 7 gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin iade edilebileceği söyleniyor ve 7 gün içinde iade hakkı kullanılmıyor ise bu durumda TBK. m. 6 gereğince örtülü olarak kabul edilmiş sayılır²¹⁸. TBK. m. 6'da işin niteliği veya durumdan açık olarak kabul zorunluluğu yoksa öneri makul bir süre reddedilmemişse kabul edilmiş sayılacağı belirtilmiştir.

3.Global Kabul

Genel işlem şartları genellikle karşı tarafa sunulurken, sunulan kişinin şartları okuyup dilerse değiştirebileceği şekilde olmayıp kabul et veya etme şeklinde sunulan ve sözleşme metnine dâhil olan hükümlerdir. Bu nedenle genel işlem şartları kendisine sunulan taraf çoğu zaman okumadan dahi şartları imzalamaktadır.

Genel işlem şartlarına, sözleşmeye ilişkin beyandan ayrı olarak bir beyana yer verilmeyip bir atıfla sözleşme beyanının içeriği haline getirilmesine doktrinde

²¹⁶Eren, s. 255-256, Kılıçoğlu, s.67-68, Antalya, s.307, Kocayusufpaşaoğlu vd., s.144-148, İnan/Yücel, s. 190-192, Ruhi, s.19-20, Açıköz, s. 272, Ayan, Mehmet, s.171.

²¹⁷Kocayusufpaşaoğlu vd., s.146, Eren, s.256, Cansel/Özel, s.109, Antalya, s. 68, Ayan, Mehmet, s.171.

²¹⁸Yelmen, s. 89.

“global kabul” denilmektedir²¹⁹. Global kabul esasında genel işlem şartları bakımından söz konusudur²²⁰. Nitekim genel işlem şartlarında karşı tarafın mutlaka okuyup anlayarak şartları kabul etmesi gerektiğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Aksine kendisine genel işlem şartları sunulan tarafın şartları imzalamak zorunda kalması nedeniyle özel olarak koruyucu hükümler getirilmiştir.

Genel işlem şartlarının geçerli olabilmesi için şartların varlığı hakkında bilgi vermek ve karşı tarafın hakimiyet alanına girmesini sağlandığında global kabul geçerli olacaktır. Yani kişi okumadan şartları kabul etse dahi kabulü geçerlidir. Nitekim genel işlem şartlarının unsurlarından biri olan müzakere etmeme şartından dolayı şartların tek tek değerlendirilmesi hukuken mümkün olmayacağından özel olarak global kabulde bulunmuş kişilerin korunması gerekecektir.

TBK. m. 21’de yer alan bahsi geçen koruma ihtiyacından ötürü olsa gerek m. 21/2’de sözleşmenin niteliği ve işin özelliğine tamamen yabancı olan genel işlem şartlarını yazılmamış sayılması hüküm altına alınmış ve TBK. m. 22 gereğince de yazılmamış sayılan hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı savının sunulamayacağı belirtilmiştir.

Her ne kadar 6098 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce olması sebebiyle somut olayda TBK. m. 21/son hükmü uygulanmamış olmasa da Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 13/02/2013 tarih ve E:2012/14777, K:2013/2711 sayılı kararında; ipotek akit tablosunda ipotek verenin ayrıca müteselsil olarak kefil olacağına ilişkin konulmuş olan kaydın ipotek sözleşmesinin niteliğine uygun olmadığı belirtilmiştir²²¹.

Ancak İsviçre Federal Mahkemesinin Yargıtay’ın söz konusu kararının aksine ipoteğe ilişkin karşı tarafı müteselsil kefil yapan hükmü ve bunun dışında imza taklidi nedeniyle bankanın yanlış kişiye ödeme yapmasından sorumlu olmayacağına

²¹⁹Nihat Yavuz, *Öğretide ve Uygulamada Sözleşmedeki Haksız Şartlar (Haksız Sözleşme Şartı)*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 58, Kocayusufpaşaoğlu vd., s.235-236, Aydoğdu, s.24, Havutçu, s.112, Antalya, 307, Açıkgoz, s.268, Topçuoğlu, s. 50.

²²⁰Yelmen, s.91, Antalya, s.307-309, Açıkgoz, s.268, Topçuoğlu, s. 50.

²²¹www.kazancihukuk.com. (E.T. 26/03/2019), Topçuoğlu, s. 20.

ilişkin hükmü beklenmeyen şaşırtıcı nitelikte görmemiştir²²². Nitekim bizde Yargıtay'ın bakış açısı ve bahsi geçen kararı daha doğrudur.

Örneğin cari hesap şeklinde bir kredi sözleşmesi varsa ve bu kredi sözleşmesinde kefalete ilişkin kayıt gizlenmişse bu kayıt, işin özelliğine uygun düşmediğinden yazılmamış sayılacaktır²²³. Ancak 6098 sayılı TBK. m. 583 ve 584'üncü maddelerinde kefalet için getirilen şekil şartları nedeniyle sözleşmeye gizli kefalet kaydı konulması artık pek mümkün olmasa da söz konusu kefalete ilişkin işin özelliği ve sözleşme niteliğine göre alışılmadık bir kaydın yazılmamış sayılmasına ilişkin genel işlem şartının yürürlük denetiminin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce yapılmış sözleşmeler için daha söz konusudur²²⁴. Ancak Yargıtay'ın birçok kararlarında genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelerin kamu düzeninden olmadığı şeklinde bir yorum yaptığı için 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önceki işlemlere uygulanmayacağına hükmedilmiştir²²⁵.

Ayrıca, taraflar genel işlem şartlarına uygun olmayan bir husus hakkında taraflar anlaşarak sözleşme hükmü haline getirmişlerse bu durumda bireysel sözleşme her zaman genel işlem şartlarından önce olarak uygulanması gerekir²²⁶. Nitekim Yargıtay kararında da özel kuralın genel işlem şartlarından önce uygulanması gerektiği belirtilmiştir²²⁷.

III. YAZILMAMIŞ SAYILMA

A. GENEL OLARAK

Genel işlem şartlarına ilişkin hükümler Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmeden önce denetim, Yargıtay tarafından dürüstlük kuralına uygun olup olmaması çerçevesinde yapıyordu. Örneğin bankanın faiz artırma yetkisi sözleşme ile verilmişse bu durumda bu hükmün tüketiciye karşı dürüstlük kuralına uygun

²²²BGE 49 II 167,182 ve 187, BGE 109 II 116, (Bkz. Naklen; Atamer, Denetleme, s.113-114, dn.161, 163, Aydoğdu, s.105. dn.508-509).

²²³İsmail Kayar, "Kredi Sözleşmelerindeki Bankaya Tek Yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulanması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, Aralık 1997, C.1, S.2, s. 82 vd., Kaplan, Standart, s.60-61.

²²⁴Aydoğdu, s.106.

²²⁵Yargıtay 11. HD. T.23/02/2015, E:2014/17587, K:2015/2403, Yargıtay 11. HD. T.03/06/2015, E:2015/2808, K:2015/7592, Yargıtay 11. HD. T. 29/09/2015, E:2015/10074, K:2015/9585, Yargıtay 11. HD. T.23/11/2015, E:2015/9713, K:2015/12399. www.kazancihukuk.com (E.T. 14/04/2019)

²²⁶Yavuz, Nihat, s. 58, Ayan, Elif, s. 7, Arıkan, Armağan, 71-72.

²²⁷Yargıtay 11.HD. 14.04.1995 tarih ve E:1995/1993, K:1995/3369 www.kazancihukuk.com (E.T. 13.02.2019).

olarak kullanılması gerekmektedir²²⁸. Diğer yandan önceden faizin enflasyon oranında bankalar tarafından tek taraflı olarak arttırılabileceğine ilişkin sözleşmeye konulan genel işlem şartları geçerli kabul edilirken günümüzde TBK. m. 24'te düzenlenen sözleşme hükmünün tek taraflı olarak karşı tarafın aleyhine olacak şekilde değiştirilemeyeceğine ilişkin yapılan düzenleme emredici nitelikte olduğundan bu hüküm yazılmamış sayılacaktır. Ancak kanun lafzı gereği genel işlem şartları karşı taraf lehine olacak şekilde tek taraflı olarak değiştiriliyorsa bu durumda değişikliğin geçerli olacağı değerlendirilmektedir²²⁹.

Diğer yandan bir görüşe göre; TBK. m. 24'teki şekliyle bir düzenlemeye gerek olmadığı bu sonuca içerik denetimi ile de varılabileceği belirtilmektedir²³⁰. Nitekim bu görüşü savunanlara göre yazılmamış sayılmanın kesin hükümsüzlük olarak anlamak gerekir²³¹.

Nitekim TBK. m. 24 yerinde bir hüküm olup maddede karşı taraf aleyhine tek taraflı değişiklik yapma veya yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtların yazılmamış sayıldığından bahsedilmektedir. Kanun koyucunun iradesinin söz konusu kayıtların kesin hükümsüz olarak değerlendirilmesini isteseydi, içerik denetimi içerisinde yer verirdi. Yazılmamış sayılma, kanuni yaptırım olarak sözleşme metnine dâhil edilmemesi anlamına gelmekte olup içerik denetiminin yapılması veya sözleşme özgürlüğü sınırları içerisinde denetimin her zaman yapılabileceği aşikârdır.

Kanun koyucu TBK. m. 24'teki gibi bir kaydın yer aldığı tespit edildiğinde yazılmamış sayılmasına karar verilerek diğer hükümlerle sözleşmenin devamlılığının sağlanabileceği şeklinde ikinci bir denetim yolu öngörülmüştür.

Doktrinde bir görüşe göre bazı durumlarda değişiklik yasağının söz konusu olmayacağı bu durumun karışıklık yaratmaması için TBK. m. 24'e kanunda izin verilen hallerde değişiklik yasağının uygulanmaması gerektiğine ilişkin bir hüküm

²²⁸Yargıtay 19. HD. T:24/06/1996-8814/6503, Yargıtay 19. HD. T:08/04/1996-5917/3457 Kararlar için bkz. Yavuz, Nihat, s. 100-102.

²²⁹Eren, s.221, Turgut Öz, "Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul, Aralık 2002, S.1-2, s.140, Antalya, s.319, Gülerci/Kılınç, s. 104, Cansel/Özel, s. 132.

²³⁰Uluslan, Düşünceler, s.531, Havutçu, TBK-GİŞ, s.45, Atamer, Karşılaştırma, s.61, Antalya, s.318, Açıköz, s. 290.

²³¹Altıp, GİŞ Armağan, s. 259-260, Gül Doğan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları, *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013, s. 470.

maddeye konulması gerektiği belirtilmektedir²³². Bu düşüncede olanların örneksemelerinde 5464 sayılı KKK. m. 25, 6502 sayılı Kanun'un m. 36/2 vb. örnek gösterilmektedir²³³.

TBK. m. 24'e kanundan kaynaklı bazı durumlarda değiştirme yasağının uygulanmamasına ilişkin bir hüküm koymaya gerek bulunmamaktadır. Zira örneksime olarak gösterilen hükümler özel kanunlarda yer alan hükümler olup TBK. m. 24 genel nitelikte bir kanun hükmü olması nedeniyle özel kanunda farklı bir düzenleme yer alıyorsa bu durumlarda özel kanunlarda yer alan hükümlerin uygulanacağı açıktır.

Öte yandan, TBK. m. 21'de belirtilen karşı tarafın genel işlem şartlarının öğrenmesi imkânı sağlanmamışsa, karşı taraf için alışılmamış nitelikte hükümler içeriyorsa yürürlük denetiminden geçemeyeceğinden bu durumda söz konusu şartlar yazılmamış sayılacaktır.

B. HUKUKİ NİTELİĞİ

Doktrinde yaptırım türleri ve ayrımları hususunda fikir birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre Borçlar Hukuku anlamında hukuki işlemlerin geçersizlik halleri; kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik, eksiklik olup yokluk kavramını ise hukuki ilişki hiç kurulmamış olarak değerlendirilerek geçersizlik türü içinde değerlendirilmemektedir²³⁴. Bir başka görüş ise yokluk kavramının ayrı değerlendirilmesini, geçersizlik hallerinin eksiklik, kesin hükümsüzlük ve iptal olduğu ancak yazılmamış sayılmanın da bağımsız bir müeyyide olarak kabul edilmesi gerektiği şeklindedir²³⁵.

Bir diğer görüşe göre ise; sözleşmenin geçersizlik halleri; yokluk, kesin hükümsüzlük, iptal, noksanlık, kısmi hükümsüzlük ve sürekli sözleşmelerde geçersizlik olarak altıya ayrılmaktadır²³⁶.

²³²Kuntalp, Banka, s.101-102.

²³³Aydoğdu, s.112.

²³⁴Eren, s.332, Öztan, s.31, Gülerci/Kılınç, s. 92. Konuya ilişkin ayrımlar hakkında bkz. Yelmen, s. 94 vd.

²³⁵Akıncı, s.116 vd.

²³⁶M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.179. Konuya ilişkin değerlendirme için bkz. Yelmen, s. 94, dn. 40.

“Yazılmamış sayılma” kavramı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş yazılmamış sayılmayı yokluk yaptırımına tabi tutulması gerektiğini²³⁷, bir görüş ise suigeneris bir hükümsüzlük olarak saymak gerekeceğini²³⁸, bir başka görüş ise yazılmamış sayılmanın kesin hükümsüzlük anlamına geldiğini²³⁹, doktrinde yer alan diğer bir görüş ise kısmi hükümsüzlük olduğunu²⁴⁰, son olarak bir görüş ise yazılmamış sayılmayı kısmi yokluk olarak²⁴¹ nitelendirmektedir.

Katıldığımız bir diğer görüşe göre yazılmamış sayılma “sözleşme kapsamına dâhil edilmeme” anlamına gelmektedir²⁴². Nitekim kanun koyucunun söz konusu kavramı koymasındaki amacın sözleşmeye dâhil olmaması olduğu değerlendirilmektedir. Zira sözleşmenin yazılı yapılmaya zorunluluğu bulunmadığı hususları göz önüne alındığında, yazılı yapılmayan sözleşmede yazılmamış sayılma şeklinde bir müeyyide oluşacaktır ki terim olarak “yazılmamış sayılma” kavramı yerine örneğin, “sözleşme hükmüne dâhil edilmeme” kavramı kullanılmış olsaydı daha uygun olurdu²⁴³.

Yazılmamış sayılma kendine özgü bir müeyyide olup sözleşmenin kurulup kurulmaması veya geçerli olup olmamasından ziyade sözleşme içeriğine girip girmediği bakımından bir inceleme yapılır²⁴⁴. Nitekim Yargıtay bir kararında tarafların sözleşmede üzerini çizdikleri bir hususu sözleşmeye dâhil etmeme şeklinde yorumlamıştır²⁴⁵.

Yazılmamış sayılma bir yaptırım türü olup borçlar kanunu dışında Türk Ticaret Kanunu’nun 675, 679, 682, 686, 784, 786, 789, 790, 794’üncü maddelerinde de yazılmamış sayılmaya ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

²³⁷ Eren, 221, Açıköz, s. 263, Yıldırım, s. 94, Topçuoğlu, s.20.

²³⁸ Antalya, s.310.

²³⁹ Çınar, s.101, Akipek Öcal, GİK, s.196, Altop, GİŞ Armağan, s. 259-260, Doğan, s.470, Ulusan, Düşünceler, s. 1224,

²⁴⁰ Hatemi/Gökyayla, s.62, Arıkan, Yazılmamış Sayılma, s.72, Oğuz, s.113-114.

²⁴¹ Akıncı, s.123-124, Yıldırım, s. 95, Eren, s. 221, Açıköz, s. 264.

²⁴² Altop, Sempozyum, s. 40, Sirmen, s. 115, Arıkan, Yazılmamış Sayılma, s. 21, Yelmen, s.93-94, Ayan, Elif, 16, İnan/Yücel, s.304. Cansel/Özel, s.129.

²⁴³ Atamer, Tasarı, s.15, Ayan, Elif, s. 16, Altop, Sempozyum, s. 40, Arıkan, Yazılmamış Sayılma, s.21.

²⁴⁴ Yelmen, s.105, Altop, Sempozyum, s. 40-42, Sirmen, s. 115.

²⁴⁵ Yargıtay 19. HD. T. 05/03/2002, E:2001/4613, K:2002/1457, www.kazancihukuk.com (E.T 13/04/2019.)

1.Yazılmamış Sayılmanın Yokluk Açısından İncelenmesi

Sözleşmenin kurucu unsuru, TBK. m. 1/1’de de düzenlendiği gibi tarafların hukuki bir sonucun ortaya çıkması için birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanıdır²⁴⁶. Sözleşme kurulurken tarafların iradeleri birbirine uygun değilse söz konusu sözleşme kurulmayacak yani yokluk müeyyidesi ile karşı karşıya kalınacaktır. Yoklukta hukuki işlem hiç doğmamış olur. Yokluk müeyyidesi ile karşı karşıya kalan hukuki işlemin ortadan kaldırılması için dava açmak gerekmez. Ancak yokluk tespit davasına konu olabilir.

Yazılmamış sayılmada da yokluktaki gibi hükmün hiç var olmadığı göz önüne alındığında birbirine benzediği düşünülebilir. Zira bu nedenle doktrinde yazılmamış sayılmadan kastedilenin aslında yokluk olduğu değerlendirmesinde bulunan yazarlar vardır²⁴⁷.

Yazılmamış sayılan genel işlem şartları dışında sözleşmenin diğer hükümleri geçerliliğini koruması nedeniyle yazılmamış sayılmanın niteliğinin “kısmi yokluk” yaptırımı olduğunu savunanlara²⁴⁸ da katılmak mümkün değildir. Nitekim yokluk kavramının sözleşmenin kuruluşu ile ilgili olduğu genel işlem şartlarının ise “sözleşme hükmü” niteliğinde olduğu göz önüne alındığında “kısmi yokluk” diye bir tabir kullanmak zorlayıcı bir yorum olacaktır. Zira sözleşme ya kurulmuştur ya kurulmamıştır. Sözleşmenin bir kısmı kurulmuş bir kısmı kurulmamış denilemeyecektir. Ancak yazılmamış sayılmada yazılmamış sayılan şartlar dışındaki sözleşme hükümleri geçerliliğini sürdürür ve TBK. m. 22 gereğince yazılmamış sayılan şartlar olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağı savında bulunulamayacaktır.

Yazılmamış sayılma, yokluktan farklıdır. Nitekim yokluk, hukuki işlemin kurucu unsurlarının bir veya birkaçının eksikliği nedeniyle hiç var olmaması anlamına gelmektedir²⁴⁹. TBK. m. 1’de belirtildiği üzere; sözleşme, tarafların karşılıklı birbirine uygun iradelerinin açıklanması ile kurulur. “Yokluk” ile “yazılmamış sayılma” kavramlarının ilk bakışta birbirine benzediği izlenimi oluşsa da “yokluk” sözleşmenin kurulması ile ilgilidir. Genel işlem şartlarının “sözleşme”

²⁴⁶Eren, s.331, Ruhi, s.15, Gülerci/Kılınc, s. 91.

²⁴⁷Eren, s.221, Oğuzman/Öz, s.168.

²⁴⁸Akıncı, s.124, Eren, s.221, Açıkgöz, s.117, Murat Topuz,“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi”, *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013, s.1165, Yıldırım, s. 95.

²⁴⁹Eren, s.331-332, Akıncı, s.117, Ayan, Mehmet, s. 127.

değil “sözleşme hükümleri” olduğu hususundan yola çıkarak sözleşmede yazılmamış sayılan hususlar yer almasına rağmen sözleşme kurulmuş olabilir²⁵⁰.

TBK. m. 21’de karşı tarafın menfaatine genel işlem şartları varsa ve karşı taraf açıkça şartların varlığı hakkında bilgilendirilmemiş ve içeriğini öğrenme imkânı tanınmamışsa bu durumda şartların yazılmamış sayılacağı düzenlenmiştir. Burada kurucu unsurlarda eksiklik bulunmamaktadır. Nitekim yokluk yaptırımında doğmuş bir sözleşme yoktur. Ancak yazılmamış sayılmada sözleşme genel işlem şartları dışında geçerliliğini korumaktadır. Bu nedenlerle iki kavram birbirinden farklıdır.

2.Yazılmamış Sayılmanın Kesin Hükümsüzlük (Butlan) Açısından İncelenmesi

Kesin hükümsüzlük (butlan) sözleşmenin konusu imkânsız veya hukuka, ahlaka ve emredici kurallara, kişilik haklarına, öngörülen şekle aykırı olması, geçerlilik unsurlarının eksikliği nedeniyle ölü doğması halidir²⁵¹.

Bir görüşe göre, şekil unsurlarına uyulmaması halini kesin hükümsüzlük (butlan) olarak değerlendirilmemesi bunun “kendine özgü geçersizlik” olarak değerlendirilmesi gerekir²⁵².

Ayrıca ayırt etme gücü olmayan kişinin yapmış olduğu işlemler, muvazaalı yapılan işlemler de kesin hükümsüzdür. Kesin hükümsüzlükte sözleşme kurucu unsurlarını ihtiva ettiği için kurulmuştur ancak geçerlilik unsurların taşımadığı için başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaz. Ölü olarak doğan sözleşme ise sonradan geçerli hale getirilemez.

Hukuken kesin hükümsüz olan bir sözleşme nedeniyle edimini ifa eden mülkiyet veya sebepsiz zenginleşme sebebiyle verdiği geri isteyebilir²⁵³. Ancak TBK. m. 81 hükmü gereğince hukuka ve ahlaka aykırı olan bir sonuç için bir edimde bulunulmuşsa bu durumda verilen şeyin geri istenmesini hukuk düzeni korumamıştır.

Kesin hükümsüzlük kamu düzenine ilişkin olduğu için hâkim tarafından re’sen dikkate alınır. Menfaati olan herkes sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu

²⁵⁰Yelmen, s.104.

²⁵¹Öztan, s.32, Akıncı, s.119, Gülerci/Kılınç, s. 92-93, Ruhi, s. 35, İnan/Yücel, s. 233-234, Ayan, Mehmet, s.127-128.

²⁵²Eren, s.334.

²⁵³Eren, s.335.

ileri sürülebilir. Ancak bir görüşe göre; TMK. m. 23/2 kapsamına giren sözleşmeler söz konusu olduğunda TBK. m. 27/1 hükümlerine tabi olmayıp kişisel özgürlüğü sınırlandırılan kişinin menfaatinin korunduğu gibi bir sonuç somut olaydan çıkarılıyorsa bu durumda somut olayda, hâkimin de re'sen gözetmesi gereken bir husus yoksa sadece kişisel hakkı ihlal edilen tarafça sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü ileri sürülebilir, aksi takdirde sözleşme geçerlidir²⁵⁴.

Kesin hükümsüzlük ile yazılmamış sayılma başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğuramaları nedeniyle birbirine benzeseler de yazılmamış sayılmamış sayılan şart sözleşmenin muhtevasına girmemiştir. Kesin hükümsüzlükte ise sözleşme mevcut olup hüküm ve sonuç doğurmamaktadır.

Nitekim benzerlikleri nedeniyle de TBK. m. 24 gerekçesinde yazılmamış sayılmanın kesin hükümsüzlük ile karıştırıldığı anlaşılmaktadır. Zira Kanun maddesinin gerekçesinde sözleşmenin bir hükmünün tek taraflı olarak değiştirileceğine veya yeni düzenleme hazırlayabileceğine ilişkin yetki veren genel işlem şartlarının TBK. m. 27/2'nin birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüz olacağı ancak ikinci cümlesinin uygulanmasının söz konusu olmayacağı belirtilmiştir. Nitekim gerekçede kavram kargaşası yaşanmıştır. Kanun'un 24'üncü maddesinde tek taraflı değişiklik veya yeni düzenleme hazırlayabileceğine ilişkin sözleşmeye konulan genel işlem şartlarının yazılmamış sayılacağı belirtilmiş olup kesin hükümsüz olacağına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak gerekçede yazılmamış sayılma halinin kesin hükümsüzlük olduğu ancak sözleşmede yazılmamış sayılan hükümler dışında kalan hükümlerle sözleşme yapılmayacağı savının ileri sürülemeyeceği, yani TBK. m. 27/2'de yer alan düzenlemenin ikinci cümlesinin uygulanamayacağı belirtilmiştir.

Kanun gerekçesinde yer alan kavram kargaşasına katılmak mümkün değildir. Nitekim yazılmamış sayılma ayrı, kesin hükümsüzlük ayrı bir müeyyide olup Kanun'da farklı maddelerde düzenlenmiştir. Yazılmamış sayılma özel bir müeyyide olup sözleşmeye dâhil olmama şeklinde yorumlamak gerekmektedir.

²⁵⁴Eren, s.336.

Diğer yandan bir görüşe göre ise yazılmamış sayılma, kesin hükümsüzlük olarak değerlendirilmeli²⁵⁵ ve mevcut sistemimizde yer alan yaptırımlar yeterli olduğundan farklı ifadelerle yeni kavramlar oluşturmamak gerekmektedir²⁵⁶.

3. Yazılmamış Sayılmanın Kısmi Kesin Hükümsüzlük (Kısmi Butlan) Açısından İncelenmesi

Kesin hükümsüzlük TBK. m. 27/1'de, kısmi kesin hükümsüzlük ise TBK. m. 27/2'de düzenlenmiştir²⁵⁷. Sözleşmenin içerdiği hükümlerin bir kısmı aykırılık oluşturması nedeniyle sakatken bir kısmı geçerliliğini koruyorsa bu durumda kısmi kesin hükümsüzlük söz konusudur²⁵⁸. Bu durumda TBK. m. 27/2 gereğince sözleşmede sakatlık bir kısma ilişkinse ve sakat olan hükümler olmaksızın sözleşme yapılmayacağı kabul edilmediyse sözleşmede sakat olan kısım hükümsüz olup diğer kısım geçerliliğini korur. Bir başka ifade ile kısmi kesin hükümsüzlük ile sakat olan hükümlerin dışında kalan kısmın geçerli olacağına ilişkin tarafların farazi iradeleri olduğu varsayılmıştır²⁵⁹. Ancak sözleşmede kesin hükümsüz olarak kabul edilen hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılıyorsa sözleşmenin tamamı hükümsüz olur. TTK m. 1530/1'de, TBK. m. 27/2'nin ikinci cümlesinin uygulanmayacağı düzenlenmiş olup sözleşme gereği yerine getirilmesi gereken edim yetkili birimlerce veya kanuni düzenleme ile öngörülen en yüksek sınırı aşmışsa, aşan kısım hata ile ödenmiş olsa dahi geri alınabilecek ve aşan kısım olmasaydı sözleşme yapılmayacağı savı ileri sürülemeyecektir²⁶⁰. Benzer durum TBK. m. 22/2'de de söz konusudur.

Yargıtay tarafından da kısmi butlan kabul edilmiş ve kalan kısımla sözleşmenin devamlılığının sağlanacağı belirtilmiştir. Yargıtay bir kararında sözleşmeye konulan cezai şartın kişinin ticari hayatını sürdüremeyecek şekilde mahvına sebep oluyorsa cezai şartın hâkim tarafından takdir yetkisi kapsamında

²⁵⁵ Arıkan, Yazılmamış Sayılma, 26-27, Çınar, s.101, Doğan, s.466-468, Ulusan, Düşünceler, s. 1224, Değerlendirmeler için bkz. Yelmen, s. 99, dn. 66.

²⁵⁶ Kuntalp vd., Değerlendirmeler, s.27.

²⁵⁷ Yelmen, s. 98, Gülerci/Kılınç, s. 94.

²⁵⁸ Öztan, s.32, Veysel Başpınar, *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998, s.54, Gülerci/Kılınç, s. 94.

²⁵⁹ Başpınar, s.87.

²⁶⁰ Yelmen, s.101, Eren, s.339, İnan/Yücel, s. 234.

değerlendirilerek belirleme yapılması, cezai şartın fahiş kısmının batıl sayılıp kalan kısmının geçerli olması gerektiği belirtilmiştir²⁶¹.

Ancak Alman Medeni Kanununda ise TBK. m. 27/2’de yer alan düzenlemenin tam tersi hükme yer vermiştir. Buna göre; sözleşmenin bir kısmı hükümsüz ise kalan kısmın geçerli olacağı açıkça kabul edilmedikçe asıl olan sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz sayılmasıdır²⁶². Kısacası sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz sayılması asıl iken kısmi kesin hükümsüzlük istisnadır.

TBK m. 21 ve 22’de yer alan yazılmamış sayılmaya ilişkin hükümler kısmi hükümsüzlük olarak değerlendirilemez. Nitekim kısmi olarak hükümsüz olan hükümler de kesin hükümsüzlükte olduğu gibi hüküm ve sonuç doğurmayacak olsa da sözleşme olarak kurulmuştur. Ancak yazılmamış sayılma da sözleşme hükümlerine dâhil olmamıştır.

Yazılmamış sayılma ile kısmi kesin hükümsüzlük birbirine benzer yanlar da taşıdığı için çoğu zaman karıştırılarak yazılmamış sayılmanın kısmi kesin hükümsüzlük olduğu şeklinde doktrinde savunan yazarlar mevcuttur²⁶³. Bazı yazarlara göre ise yazılmamış sayılma kısmi kesin hükümsüzlükten ağır ancak yokluk yaptırımına göre daha hafif bir hükümsüzlük halidir²⁶⁴.

Bir görüşe göre ise, alışılmışın dışında sözleşmenin niteliğine yabancı olan genel işlem şartları ile tek taraflı değiştirme ve aleyhe hüküm getirme hakkı tanıyan genel işlem şartlarına ilişkin yazılmamış sayılma halinin kısmi kesin hükümsüzlük olarak değerlendirilmesi gerekir²⁶⁵.

Yazılmamış sayılmanın kısmi kesin hükümsüzlük olarak değerlendirilmesinin sebebinin TBK. m. 22’de yer alan yazılmamış sayılan şartlar dışındaki hükümlerin geçerliliğini koruyacağına ilişkin hüküm olup benzer durum kısmi kesin hükümsüzlükte de söz konusudur. Ancak kısmi hükümsüzlükte sözleşme mevcut olup kısmi olarak da olsa hüküm ve sonuç doğurmamaktadır. Yazılmamış sayılmada

²⁶¹Yargıtay 23. HD. T:12/04/2017, E:2015/2772, K:2017/1091 www.kazancihukuk.com (E.T.02/04/2019.)

²⁶²Eren, s.336.

²⁶³Arıkan, Yazılmamış Sayılma, s.72, Oğuz, s.113-114.

²⁶⁴Antalya, s.106, Umut Yeniocak, “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, Temmuz-Ağustos 2013, S.107, s. 86.

²⁶⁵Aydoğdu, s.77, Akçal, s.61, Esnek geçersizlik şeklindeki görüş için bkz. Antalya, s.310.

ise yazılmamış sayılan kayıt, hiç sözleşme hükmüne dâhil olmadığından batıl olarak değerlendirilemeyecektir²⁶⁶.

4.Yazılmamış Sayılmanın Eksiklik Açısından İncelenmesi

Eksiklik, sözleşme kurulurken bazı unsurlarda olan noksanlık halidir. Eksiklik halinde sözleşme bazı unsurlarında olan noksanlıklara rağmen kurulmuş olup eksik olan unsurlar tamamlanana kadar sözleşme askıda olup hüküm ve sonuç doğurmaz²⁶⁷. Eksik olan hususlar tamamlandığında ise sözleşme kurulduğu andan itibaren hüküm ve sonuç doğuracaktır. Örneğin; ayırt etme gücü olan ancak henüz reşit olmamış kişinin yapmış olduğu satım sözleşmesi, yasal temsilci icazet verene kadar askıda hükümsüz olup onay verildiği takdirde hüküm ve sonuç doğuracak, sözleşme ilk yapıldığı anda geçerli olacaktır²⁶⁸. Ancak yasal temsilci onay vermezse bu durumda sözleşme kesin olarak hükümsüz olur²⁶⁹.

Genel işlem şartları kapsamında yazılmamış sayılan hüküm ile eksiklik kavramı birbirinden farklıdır. Zira sözleşme kurulurken sunulan genel işlem şartlarında yer alan bir hüküm yazılmamış sayıldığında sözleşmenin diğer unsurları geçerliliğini sürdürür, yani sözleşme kurulmuş ve sonuç doğurmaktadır. Eksiklikte ise eksik olan unsur tamamlanana kadar sözleşme askıda hükümsüzdür. Eksik olan unsur tamamlandığında sözleşme ilk kurulduğu andan itibaren hüküm ve sonuç doğuracak olup tamamlanmama halinde ise sözleşme kesin hükümsüz sayılacaktır. Ayrıca yazılmamış sayılan genel işlem şartlarının sonradan geçerlilik kazanması gibi bir durum söz konusu değildir²⁷⁰.

5.Yazılmamış Sayılmanın İptal Edilebilirlik Açısından İncelenmesi

İptal, kurucu unsurları ihtiva ederek kurulmuş ve kurulduğu andan itibaren hüküm ve sonuç doğuran bir sözleşmede, geçmişe etkili olarak sözleşmenin kaldırılması imkânı veren hakkın kullanılmasıdır²⁷¹.

²⁶⁶Yelmen, s. 102.

²⁶⁷Kocayusufpaşaoğlu vd., s.593-594, Gülerci/Kılınç, s. 95.

²⁶⁸Öztaş, s.33.

²⁶⁹Oğuzman, Öz, s. 185, Eren, 333.

²⁷⁰Yelmen, s.96.

²⁷¹Eren, s. 343, Kocayusufpaşaoğlu vd., s.586, Öztaş, s. 32-33., Gülerci/Kılınç, s. 94-95, Ayan, Mehmet, s. 129-130.

Örneğin yanılma (TBK. m. 30-35), aldatma (TBK. m. 36), korkutma (TBK. m. 37-38) iradeyi sakatlayan hallerden olup bu halleri taşıyan kimse tarafından kurulan sözleşme iptal edilebilir olup sözleşme iptal edilene kadar geçerliliğini korur.

İptal edilmesini gerektirecek bir sebebin bulunması kendiliğinden sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmamakta olup iptal hakkı olan kişi tarafından bu yöndeki iradesinin açıklanması ve karşı tarafa bu durumun ulaşması şarttır²⁷². İptal bozucu yenilik doğuran haklardan olup bazı durumlarda iptal hakkı dava yoluyla kullanılması gerekir. Örneğin; tenkis davası (TMK. m. 560), ölüme bağlı tasarrufun iptali (TMK. m. 557) dava yoluyla kullanılacak iptal haklarındandır²⁷³.

İptal ile TBK. m. 21 ve 22’de düzenlenen yazılmamış sayılmaya ilişkin hükümler birbirinden farklı kavramlar ve yaptırımlar olup yazılmamış sayılan genel işlem şartı başlangıçtan itibaren geçerli değildir. İptalde ise bu hak kullanılmadığı takdirde sözleşme geçerliliğini koruyacak, kullanıldığında ise sözleşme batıl hale gelecektir²⁷⁴.

Diğer yandan yazılmamış sayılmada iptaldeki gibi karşı tarafa iletilmesi gereken bir irade açıklamasına gerek yoktur²⁷⁵. Söz konusu yazılmamış sayılan genel işlem şartı başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurmayacaktır.

C. YAZILMAMIŞ SAYILMANIN DOĞURDUĞU SONUÇLAR

TBK. m. 21/1’de karşı taraf aleyhine olan genel işlem şartlarının geçerli olabilmesi için gereken şartlar sayılmış ve bu şartların bulunmaması halinde söz konusu genel işlem şartının yazılmamış sayılacağı düzenlenmiştir. Kısacası genel işlem şartları yürürlük denetiminde bakılan unsurları taşımadığı için geçemediyse bu durumda sözleşme kapsamına dâhil edilemeyecek, diğer bir deyişle yazılmamış sayılacaktır.

Ayrıca TBK. m. 21/2’de ise konulan genel işlem şartı sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı ise bu durumda da konulan şartın yazılmamış sayılacağı

²⁷²Kocayusufpaşaoğlu vd., s.586, Ergun Özsunay, *Borçlar Hukuku I, Giriş-Hukuki Muameleden Doğan Borçlar-Nedensiz Zenginleşmeler*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1983, s.125.

²⁷³Eren, s.344, Ayan, Mehmet, s. 130.

²⁷⁴Eren, s.344, Öztan, s. 33, Kocayusufpaşaoğlu vd. s, 586-588, Başpınar, s. 22,

²⁷⁵Yelmen, s.97.

düzenlenmiştir. Nitekim sözleşmenin olağan niteliğinden farklı beklenen yükümlülükleri aşacak şekilde konulan yükümlülükler genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin kanuna girmesinden önce de hâkim doğruluk ve dürüstlük ilkesinin görünümü olan güven ilkesine uygun olup olmadığı yönünden bir inceleme yapması gerekiyordu. Örneğin bir Yargıtay kararında; tarafların araç satışına ilişkin bir sözleşme yaptıkları, bedelin belirli bir kısmının peşin, belirli bir kısmının ise teslim tarihinde ödeneceğine karar veriliği, satıcının teslim yetkisini kendisine saklı tutmasına ilişkin konulmuş şarta istinaden parça gelmediği için teslim süresinin uzadığı teslim günündeki fiyatın karşı tarafça kabul edilmesi gerektiği iddiasında bulunduğu uyuşmazlıkta yüksek mahkemece teslim ilişkine ilişkin konulan şartın dürüstlük kuralına, güven ilkesine aykırı kullanıp kullanmadığının hâkim tarafından doğrudan incelemekle yükümlü olduğu, teslim tarihindeki fiyatın artmasından dolayı anlaşılan bedelin üzerindeki kısmın alıcıya yükletilmesinin uygun olmayacağı ve uyuşmazlığın bu çerçevede çözümlenmesi gerektiği belirtilmiştir²⁷⁶.

Görüldüğü üzere konulan şart sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı ise her durumda geçerli olmayacağı belirtilmiştir. Genel işlem şartlarının Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmesi üzerine sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olarak konulan kayıt yazılmamış sayılacağı açık bir şekilde hüküm altına alınmış oldu.

Alman mahkeme kararlarında genellikle karşı tarafa ek mali külfet getiren, sözleşmenin sona ermesine rağmen karşılığı olmaksızın ödeme yapılması gerektiği ve karşılıksız kalan sözleşmeyi sona erdirdiğinde ise sözleşme cezası ödemesine ilişkin kayıtlar, karşı tarafın herhangi bir kusuru olmamasına rağmen kullananın istediği zaman sözleşmeyi sona erdirebileceğine ilişkin kayıtlar, ücretsiz yapılacağı ilan edilen bir hizmet karşılığı ücret talep edilebileceğine ilişkin kayıtları şaşırtıcı nitelikte bularak sözleşmenin bir parçası olamayacağı belirtilmiştir²⁷⁷.

Genel işlem şartlarının yazılmamış sayılması halinde ne olacağı TBK. m. 22'de düzenlenmiştir. Buna göre; sözleşmede yazılmamış sayılan genel işlem şartları olmaksızın sözleşmenin diğer hükümleri geçerliliğini korur ve genel işlem şartlarını kullanan taraf bu şartlar olmaksızın sözleşme yapmayacağı savını ileri süremez.

²⁷⁶Yargıtay 13. HD. T. 07/04/1981, E:1981/519, K:1981/2513 www.kazancihukuk.com (E.T.09/04/2019), Kaplan, Standart, s.60.

²⁷⁷Bu kararlar hakkında bkz. Aydoğdu, s.104, dn. 501.

Alman Medeni Hukukunda da bu durumda yazılmamış sayılan genel işlem şartları dışındaki hükümlerde geçerlilik ilkesi benimsenmiş ve bir boşluk oluşması durumuna ise kanun hükümleri ile doldurulabileceği belirtilmiştir²⁷⁸.

Bizim kanunumuzda genel işlem şartları yazılmamış sayıldığında bir boşluk oluşur ise bu boşluğun nasıl doldurulacağına ilişkin açık bir hüküm yer almasa da TBK. m. 2'nin genel hüküm olması nedeniyle uygulanabileceği, sözleşmenin esaslı noktalarında anlaşıldığı takdirde tali noktalarda boşluğun giderilerek sözleşmenin ayakta tutulabileceği değerlendirilmektedir²⁷⁹.

Doktrinde bir görüşe göre de esaslı noktalarda uyuşulmuşsa sözleşmede düzenlenmemiş kısımlar hakkında doğacak boşlukların hâkim tarafından farazi iradeye göre veya yedek hukuk kurallarına göre doldurulabileceği belirtilmiştir²⁸⁰.

Yargıtay bir kararında; doğalgaz abonman sözleşmelerinin özel hukuk kurallarına tabi olan iltihaki sözleşmelerden olduğu, tekel nitelik taşıyan idarelerin kamu yararı, kamu düzeni ve sözleşmeye aykırı hüküm koyamayacağı, bu durumun sözleşme özgürlüğüne aykırılık teşkil etmeyeceği, bu nedenle Doğalgaz Satış Fiyatı Kararları Tebliğinde yer alan üst sınırı aşan tarifelerin tüketiciyi bağlamayacağı ve hâkimin kanun koyucu gibi hareket ederek tüketiciyi koruyacak nitelikte sözleşmenin yüksek tarifeye ilişkin hükmünü yok sayarak tebliğde belirtilen miktar doğrultusunda borç miktarını tespit etmesi gerektiği bildirilmiştir²⁸¹.

Diğer yandan Yargıtay'ın bir başka kararında; genel işlem şartının yazılmamış sayılması veya kesin hükümsüz olarak kabul edildiğinde bir boşluk doğuyorsa bu durumda hâkim, boşluğu öncelikle yedek hukuk ile çözümlenmeye çalışılmalı, sağlanamıyorsa TMK m.1 uyarınca örf ve âdete bu da sağlamıyorsa hâkimin hukuk yaratması ile boşluğun doldurulması gerektiği belirtilmiştir²⁸².

²⁷⁸Rehbinder/Teoman, s. 649.

²⁷⁹Hayrunnisa Özdemir, *Genel İşlem Şartlarında Şaşırtıcı ve Beklenmedik Şartlar TBK m.21/II*, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/373230s.2356>. (E.T.26/03/2019), Kaplan, Müdahale, s.85 vd., Uygun, s.39, Antalya, s.310, Topçuoğlu, s. 52.

²⁸⁰Yeşim M. Atamer, "Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Bazı Düşünceler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul, 2005, C.LXIII, S.1-2, s.171 vd, Cansel/Özel, s.121, Topçuoğlu, s.52.

²⁸¹Yargıtay 13. HD. T:18/03/1996, E:1996,1734, K:1996/2495. www.kazancihukuk.com. (E.T.19/03/2019)

²⁸²Yargıtay 11. HD. T.11/12/2017, E:2016/8789, K: 2017/7099, www.kazancihukuk.com (E.T. 13/04/2019.)

Nitekim doktrinde tarafların ikinci derecedeki hususlar bakımından anlayamadıkları takdirde hâkim tarafından işin özelliğine göre ve tamamlayıcı nitelikteki kurallara göre değerlendirme yaparak uyumsuzluğu gidermeye çalışır²⁸³.

Örneğin, taraflar sözleşmeye sorumsuzluk kaydı koysalar ve bu kayıtlar, yürürlük denetiminden geçemeyerek sözleşme metnine dâhil olmasa yani yazılmamış sayılsa, bu durumda söz konusu kayıtlar olmaksızın sözleşmeyi yapmazdım diyemeyeceğinden borcu hiç veya gereği gibi ifa etmezse bu durumda karşı tarafa karşı TBK. m. 112 gereğince sorumlu olur.

Diğer yandan bir diğer yazılmamış sayılma hali ise; TBK. m. 24'te düzenlenmiş olup karşı taraf aleyhine sözleşmenin tek taraflı değişiklik yapabilme veya yeni bir düzenleme getirebilme imkânı veren şartlardır. Bu durumda bu şartlar da yazılmamış sayılacak ve sözleşme başından beri sözleşmenin kapsamına hiç dâhil olmayacak, taraflar arasında herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır²⁸⁴.

²⁸³Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul Üniversitesi Yayınları (Fakülteler Matbaası), İstanbul, 1976, C.I, s.66, Akipek Öcal, GİK, s. 196-197.

²⁸⁴Yelmen, s.107.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA YORUM VE İÇERİK DENETİMİ

I. GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA YORUM DENETİMİ

A. GENEL OLARAK

Yorum kelime anlamıyla, “bir yazının veya bir sözün, anlaşılması güç yönlerini açıklayarak aydınlığa kavuşturma” olarak tanımlanmıştır²⁸⁵. Yorum, “bir irade beyanının yani iradeyi açıklamak için kullanılan sözcüklerin, deyimlerin neyi anlatmak istediğini tespit etmeye denir”²⁸⁶. Hukuki işlem yorumu, işlemin hangi anlama geleceği, doğuracağı sonuçlar hakkında fikri çalışmalar yapma ve incelemeler bütünüdür²⁸⁷.

Genel işlem şartlarının yeterince açık olmaması veya birden fazla anlama gelmesi halinde nasıl yorumlanacağı TBK. m. 23’te düzenlenmiş olup kullanan aleyhine karşı taraf lehine yorum yapmak gerekecektir.

Ancak bir görüşe göre; kural yeterince açık ve anlaşılır değilse hükmün geçersiz sayılması gerekeceği, karşı taraf lehine dahi yorumlanabilecek bir hükmün bulunmadığı belirtilmektedir²⁸⁸. Yargıtay’ın da bu görüşü destekler nitelikte bazı kararları da mevcuttur. Bu kararlarda hangi risklerin garanti altına alındığı net olarak belirlenmeden kart hamillerinin doğmuş ve doğacak her türlü borçtan sorumlu tutulmasının “belirsizliğin garantisi olmaz” denilerek konulan kefaletin geçersizliğine hükmedilmiştir²⁸⁹.

Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile genel işlem şartları genel hükümler çerçevesinde düzenlenmiş olup genel işlem şartlarının yorumlanması sırasında yeterince açık hüküm yoksa veya birden fazla anlama geliyorsa kullanan aleyhine, karşı taraf lehine yorumlanacaktır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu ile genel işlem şartları düzenlenmeden önce de Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun

²⁸⁵ www.tdk.gov.tr

²⁸⁶ İnan/Yücel, s. 260, Antalya, s. 63,

²⁸⁷ Şener Akyol, *Sözleşmenin Yorumu*, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.1, Açıköz, s. 274.

²⁸⁸ Atamer, Karşılaştırma, s.48-49, Açıköz, s. 357.

²⁸⁹ Yargıtay 11.HD. T.25/02/2010, E:2008/11547, K:2010/2169 www.kazancihukuk.com (E.T. 14/04/2019)

gereğince tüketici lehine yorum yapılması gerektiğini düzenleyen hükümler mevcut idi. Nitekim Yargıtay da bazı kararlarında genel işlem şartlarının karanlıkta kalan hususları hakkında metni kaleme alan aleyhine yorum yapılması gerektiği belirtilmiştir²⁹⁰.

Hâkim tarafından genel işlem şartının yorumlanırken mümkün mertebe sözleşmenin tarafların iradesi doğrultusunda ayakta tutulmasını sağlamak, bunu yaparken de zayıf olanın korunması amacıyla kullanan aleyhine karşı taraf lehine yorumlamak gerekir²⁹¹. Kaldı ki genel işlem şartlarını kullanacak taraf zaten karşı tarafın kabul etmesini istediği, kendi lehine olan hususları karşı tarafa sunduğundan sözleşme yapılırken avantajlı durumdadır. Bu nedenle kanunun kullanan aleyhine karşı taraf lehine yorum yapılması gerektiği hükmünü koyarak sözleşmeyi ayakta tutması bakımından TBK. m. 23 yerinde bir düzenlemedir.

Zira sözleşme yapılırken uyulması gereken genel sınırlamalar hâkim tarafından her daim dikkate alınabileceği ve TBK. m. 27/1’de yer alan sınırlamalara uymamanın müeyyidesinin kesin hükümsüzlük olduğundan bu kapsamda olmayan sözleşmenin ayakta kalmasının sağlanması gerekir. Genel işlem şartlarının yorumlanması ile sözleşmenin kurulması anından sözleşmenin sona ermesi anına kadar uygunluk denetimi kapsamında korunmaktadır.

Genel işlem şartları sözleşmeye dâhil olduğunda bu sefer bu şartların taraflarca aynı anlama gelip gelmediklerine bakılır. Eğer taraflar konulan hükümleri farklı şekilde anlıyorlarsa bu durumda başvuru denetim yorum denetimidir. Yorum denetimi ile amaçlanan taraflarca farklı algılanan ve üzerinde anlaşamadıkları genel işlem şartlarının gerçekte normal şartlar altında algılanması gereken şekli belirleyerek anlaşmazlığı çözümlenektir²⁹².

Ancak yorum denetimi yapılmadan önce genel işlem şartlarının bireysel sözleşme haline gelip gelmediğine bakmak gerekir. Sözleşmeye genel işlem şartı olarak konulan hüküm daha farklı şekilde bireysel sözleşme halinde de düzenlenmişse bu durumda bireysel sözleşme hükümlerine öncelik verilir. Örneğin genel işlem şartı olarak sorumsuzluk kaydı konulmuş ancak bireysel sözleşme

²⁹⁰Yargıtay 19. HD. T.24.03.2015, E:2014/16601, K:2015/4094, Yargıtay 3. HD. T.02.06.1998, E:1998/4263, K:1998/6098. www.kazancihukuk.com (E.T. 14/04/2019)

²⁹¹Açıkgöz, s. 238-239, Akipek Öcal, GİK, s. 197.

²⁹²Çınar, s.108, Açıkgöz, s. 274.

hükümü olarak da borca aykırı davranış halinde sorumlu olunacağına ilişkin bir hüküm varsa bu durumda sorumsuzluk kaydı uygulanmayacaktır²⁹³.

Genel işlem şartları yorumlanırken somut olan sözleşmeye ve tarafların iradelerine somut sözleşme çerçevesinde bakmak gerekir²⁹⁴. Ancak doktrinde aksi yönde de görüşler mevcuttur. Aksi yönde düşünenlere göre; genel işlem şartlarında irade asıl sözleşmeden bağımsız olarak oluşmuş irade olup yorum yapılırken genel işlem şartını düzenleyen tarafın iradesinin ne yönde olduğuna bakmaya düzenlemeler için tarafların hiç görüşmemiş olduklarından gerek olmadığı, yorum yaparken somut olayın özelliklerine bakılmasının ve öncelikli incelenmesinin uygun olmadığı, yorumun metnin dışında kalarak bağımsız olarak değerlendirmek gerektiği belirtilmiştir²⁹⁵.

Nitekim kanaatimizce, genel işlem şartlarının yorumlanması gerektiğinde, somut olarak yapılmış olan sözleşmeye bakılarak tarafların farazi iradelerine uygun bir şekilde yorumlama yapılması gerekir²⁹⁶. Nitekim amaç tarafların arzu etmedikleri şekilde sırf genel işlem şartlarının lafzına bakarak istemedikleri bir sonuç oluşturmak değildir. Bu sebeple tarafların sözleşme ile farazi iradeleri tespit edilebiliyorsa bu durumda somut sözleşmenin bütününe bakarak yorum yapılması gerekir. Zira kanun koyucunun iradesinin de bu yönde olduğu TKHK. m. 5/6'da yer alan hükümde şartların haksızlığı değerlendirilirken sözleşme konusunun niteliği, tarafların sözleşmeyi yapmasındaki nedenleri ile sözleşmenin tüm şartlarının dikkate alınacağı belirtilmektedir.

Ayrıca genel işlem şartları yorumlanırken eğer yoruma ihtiyaç duyulan hükme ilişkin bireysel sözleşmede açık hüküm varsa bu durumda bireysel sözleşmedeki durum geçerli olacağı açıktır. Nitekim taraflar bireysel sözleşme yaparlarken karşılıklı müzakere ederek söz konusu hükümde anlaştıkları için bireysel sözleşme hükümleri, genel işlem şartlarına göre öncelikli olarak uygulanmalıdır.

²⁹³ Ayan, Elif, s.17.

²⁹⁴ Yelmen, s.113-114, Açıköz, s. 275.

²⁹⁵ Bahtiyar, GİŞ-Tüketici, s.95-96, M. Polat Soyer, "Genel İş Koşulları", *BASİSEN Eğitim ve Kültür Yayınları*, İstanbul, 1987, S.11, s.130 vd., Havutçu, s.150-151, Safiye Nur Bağrıaçık, "Genel İşlem Şartları ve Denetlenmesi", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul, Temmuz 2012,C.11, S.2, s.160.

²⁹⁶ Yelmen, s.114, Kaplan, Müdahale, s.64 ve s.77, Kocayusufoğlu vd., s.238-239, Sirmen, s.119, Açıköz, s.254-255, Cansel/Özel, s. 131.

Nitekim Yargıtay'ın bazı kararlarında; sözleşme yorumlanırken TBK. m. 19 (818 sayılı BK. m. 18) gereğince tarafların ortak ve gerçek amaçlarının dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir²⁹⁷.

Diğer yandan genel işlem şartları yürürlük denetiminden geçerek sözleşme metnine dâhil olmuş ise asıl sözleşmeden ayrı olarak düşünülemez. Bu nedenle bazen sadece lafza bakarak yorum yapmak hakkaniyete ve tarafların menfaatine uygun düşmeyebilir, tarafların sözleşmeyi yapmalarındaki amaç ve iradelerine bakarak bir yorum yapma ihtiyacı doğabilir. Bu durumda sadece lafza bakarak tarafların istemedikleri sonuca varacak iradelerine aykırı düşecek şekilde yorum yapılamaz²⁹⁸.

Kişiler bireysel sözleşme yapmamışlarsa bu durumda yorum denetimine başvurulacak ve konulan hükmün açık ve anlaşılabilir olup olmadığı, birden fazla anlam taşıyıp taşımadığı incelenecektir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda TBK. m. 23 gereğince genel işlem şartı olarak konulmuş olan hüküm kullanan aleyhine karşı taraf lehine yorumlanacaktır. Genel işlem şartlarını kullanan taraf bu şartları hazırlayan kişinin kendisi olmadığı, bu nedenle kendi aleyhine yorumlanmasının hukuka aykırı olduğu savunmasında bulunamaz²⁹⁹. Zira sözleşmeye genel işlem şartı olarak konulmadan önce kullanan kişi bir değerlendirme yapma imkânına sahiptir.

Nitekim TBK. m. 23'ün gerekçesinde de; düzenleyenin genel işlem şartlarını hazırlarken dürüstlük kuralına gereken önemi vermesi gerektiğini, aleyhe yorum yapılması için düzenleyenin mutlaka uzman kişi olması gerektiği, uzman olması fikrine kapılıp farklı çözüm benimsenmesinin “çelişkili davranma yasağı”³⁰⁰ ilkesine aykırılık taşıyacağı belirtilmiştir.

Bakıldığında çelişkili hükümlerin düzenleyen aleyhine yorumlanması kuralı Roma Hukukundan beri süregelen bir uygulamadır³⁰¹. Yorum yapılırken çerçeve,

²⁹⁷Yargıtay, 15.HD. T. 10/11/2016, E:2016/2802,K:2016/4633, Yargıtay, 14.HD. T. 10/03/2015, E:2014/15067, K:2015/2598, Yargıtay 1. HD. T. 01/07/2014, E:2013/11348, K:2014/12685. YHGK T.19/03/2014, E:2013/1-751, K:2014/333. www.kazancihukuk.com (E.T. 10/04/2019), Yıldırım, s.90, İnan/Yücel, s.262.

²⁹⁸Akyol, Sözleşme, s.18.

²⁹⁹Kuntalp, Banka, s. 96, Antalya, s.300.

³⁰⁰Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Şener Akyol, *Medeni Hukukta Çelişki Yasağı*, Prof. Dr. Feyzi N. Feyzioğlu'nun Anısına Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 13 vd., Gülerci/Kılınç, s. 105, Açıköz, s. 282-283, Cansel/Özel, s. 131, dn. 354.

³⁰¹Ulusan, Düşünceler, s.1226, Havutçu, s.176-177, Mehmet Demir, “2008 Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel İşlem Koşullarına İlişkin Maddelerinin (m. 20-25) Değerlendirilmesi ve

emredici hukuk kurallarına aykırı veya emredici hukuk kurallarını bertaraf edici nitelikte olmamasıdır.

B. GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA YORUM DENETİMİ UNSURLARI

TBK. m. 23'te düzenlenen genel işlem şartlarının yorumlanabilmesi için; konulan şartın açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlam taşıması gerekir. Şayet yorum yapılması ihtiyacı doğuyorsa kanun gereği yorum düzenleyen aleyhine, karşı taraf lehine yorum yapılacaktır.

TBK. m. 23 gerekçesine bakıldığında; TMK. m. 2'de düzenlenen dürüstlük kurallarının genel işlem şartları bakımından özel bir uygulama alanı doğuracaktır. Zira kanun koyucu düzenleyenden sözleşme koşullarını dürüstlük kurallarına uygun olarak oluşturmasını bekler.

1. Açık ve Anlaşılır Olmaması

Genel işlem şartı olarak sözleşmeye konulan kayıt tartışmaya mahal vermeksizin açık ve anlaşılır bir anlam taşıyorsa bu durumda bu kaydın yorumlanması gerekecektir³⁰². Konulan kayıt ise yorumlanırken hal ve şartlara bakarak tarafların kaydı koyma amaçlarına bakmak gerekir.

Nitekim Yargıtay bir kararında; yorum yapılırken sözleşmenin her kısmının sözleşmenin bütünü göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerektiğini, asıl amacın tarafların gerçek ve ortak gayelerinin tespiti olduğu, ortak gaye tespit edildiğinde lafza bakarak farklı yorum getirilemeyeceği belirtilmiştir³⁰³. Kısacası konulan hükmü yorumlarken sözleşmenin tümüne bakıp mantık çerçevesinde değerlendirilmeli, lafza bakılmalı, ortak gaye tespit edilmeye çalışılmalıdır.

Kanunumuz genel işlem şartlarında yoruma açık bir durum tespit edildiğinde zayıf olan tarafı korumanın amaçlanması nedeniyle genel işlem şartını kullanan aleyhine karşı taraf lehine yorum yapılması gerektiğini belirten düzenlemeler ihtiva etmektedir.

Çözüm Önerileri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2008, S.76, s.221, Helvacı, s.91, Altop, Sempozyum, s. 42, Gülerci/Kılınç, s. 105, Topçuoğlu, s.20.

³⁰²Yelmen, s.112-113, Açıkgöz, s. 355-356.

³⁰³Yargıtay 4.HD T.10/04/1998, E:1977/3517, K:1978/4786 www.kazancihukuk.com (E.T. 10/04/2019)

Kanun koyucu kanun koyarken, hâkim ise önüne gelen uyuşmazlıkta zayıf olanı koruyan hükümler vermeye çalışırlar. Nitekim genel işlem şartlarının yorumlanmasında, gerek işçi ve işveren ilişkisinde, tüketici sözleşmelerinde alıcı ile satıcı arasındaki ilişkilerde zayıf olanın mağduriyetine sebep olacak şekilde yorum yapılmaktan kaçınılmaktadır.

2. Birden Çok Anlam Taşınması

Genel işlem şartı taşıyan hüküm bazen birden fazla anlama gelmektedir. Bunun nedeni çoğu kez genel işlem şartlarının, genel ve soyut nitelikte olması nedeniyle somut bir olay olmaksızın karşı tarafa sunulmasıdır.

Genel işlem şartları karşı tarafa özel ilişki çerçevesinde hazırlanarak sunulmadığı için bazen sözleşmenin bütününe bakıldığında genel işlem şartlarında yer verilen hükmün birden fazla anlama geldiği olur. Bu durumda da konulan hükmün yorumlanması gerekmektedir.

Konulan hüküm birden fazla anlama geldiği açıksa bu durumda TBK. m. 23 gereğince genel işlem şartlarını kullananın aleyhine karşı tarafın lehine olacak şekilde yorum yapılarak uyuşmazlık giderilmeye çalışılır. Zira aksi şekilde yorum yapıp anlaşmazlığın çözümlenmeye çalışılması kanun gerekçesinde de belirtildiği gibi genel hukuk ilkesi olan “çelişkili davranma yasağı”na aykırı olacaktır.

C. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ YORUMLANMASINDA BAŞVURULAN YÖNTEMLER

Genel işlem şartlarının yorumlanması ihtiyacı oluştuğunda yorumlamanın nasıl yapılacağına ilişkin hukuk sistemleri arasında yöntemsel bakımdan farklılıklar vardır. TBK. m. 23'te özel olarak yorumun nasıl yapılacağı belirtilmişse de uygun düşüğü ölçüde genel yorum yöntemlerinden de yararlanılabilir.³⁰⁴

Alman Hukukunda genel işlem şartları yorumlanırken objektif yorum benimsenirken, İsviçre hukukunda sübjektif yorum yöntemi benimsenirken bizde ise ağırlıklı olarak sübjektif yoruma ağırlık verilmiştir³⁰⁵. TBK. m.19/1'de ise sözleşmenin yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını

³⁰⁴Yıldırım, s.90, Yelmen, s.117.

³⁰⁵Ayan, Elif, s.18-19, Açıkgöz, s. 275-276, Bkz. İnan/Yücel, s. 263-264, dn.604, Bkz. Cansel/Özel, s. 131, dn. 353.

saklamak için kullanmış oldukları sözcükler esas alınmaksızın ortak ve gerçek iradelerine itibar edileceği belirtilmiştir.

Sözleşmenin yorumlanması sözleşmenin içeriği, hükümleriyle ilgili bir problem olması durumunda söz konusudur. Genel işlem şartları ise şartları sağlayıp yürürlük denetiminden geçtikten sonra sözleşme muhtevasına dâhil olur. Bu aşamadan itibaren sözleşme içeriği haline gelmiş genel işlem şartlarının yeterince açık olmaması veya birden fazla anlam taşımaması durumunda yorumlanması gerekir.

Sözleşmenin yorumlanması ile tarafların gerçek veya farazi olan iradelerinin ortaya çıkarılması amaçlanır³⁰⁶. Genel işlem şartlarının yorumlanmasında ise özel bir kural öngörülmiştir. Buna göre TBK. m. 23'te yorum kullanan aleyhine, karşı taraf lehine olacak şekilde yapılacağı belirtilmiştir. Ancak genel yorum yöntemleri genel işlem şartlarının yorumlanmasında uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir³⁰⁷.

1.Genel Yorum Yöntemleri

Sözleşme yorumlanırken tarafların kullanmış oldukları kelimeler, sözleşme metninin bir parçası olarak değerlendirilmeli ve tek başına değil sözleşme bütünlüğüne bakılarak sistematik bir şekilde değerlendirilerek sonuca varılmasına sistematik bağlantı ilkesi adı verilir³⁰⁸. Bu nedenle sözleşme yorumlanırken sistematik bağlantı ilkesine uygun olarak yorumlanmalıdır.

Taraflar arasında daha önceden var olan emsal olabilecek sözleşmeler varsa, taraflar arasında genelde belirli bir anlaşmaya vardıkları ve mutabık kaldıkları anlaşılıyorsa bu durumda önceden yapılmış olan sözleşmeler yorum yapılırken göz önünde tutulmalıdır³⁰⁹. Netice itibariyle yapılacak yorum; ahlaka, emredici hukuk kurallarına uygun, çelişik ifadeler içermeyen, hakkaniyetli, açık ve anlaşılır olmalıdır³¹⁰.

³⁰⁶Eren, s.466, Cansel/ Özel, s.119, Yıldırım, s. 90.

³⁰⁷Yelmen, s.117.

³⁰⁸Eren, s.470-471.

³⁰⁹Tekinay vd., s.200, İnan/Yücel, s.266.

³¹⁰Yelmen, s.119.

a. Geçmişe Dönük Yorum Yöntemi

Sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar ve durum göz ardı edilmeden iradeyi sorgulayacak şekilde yorum yapılmalıdır³¹¹. Hâkim sözleşmeyi yorumlarken sözleşmenin yapıldığı ana giderek ve davranışlara, sarfedilen sözlere, ortam ve şartlara bakarak tarafların o zamandaki iradelerinin ne yönde olduğunu araştırmalıdır³¹².

Örneğin sözleşme oluşturulurken sözleşmeyi meydana getirirken tarafların konuşmaları, birbirlerine karşı muameleleri çerçevesindeki irade beyanlarının göz önünde bulundurulması gerekir. Zira taraflar sözleşme kurulması sırasındaki iradeleri ve muameleleri doğrultusunda sözleşme kurarlar.

b. Dürüstlüğe Dayalı Yorum Yöntemi

Sözleşme, dürüstlük kuralına uygun olarak yorumlanmalıdır. Dürüstlük kuralına göre yorumlanırken objektif yorum ilkesi ile güven ilkesine dikkat edilerek yorum yapılır³¹³.

Dürüstlük kuralı, “*orta zekâlı, normal, makul kimselerin, toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlâka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçları ile iş hayatının ihtiyaçlarına cevap veren, bu nedenle de herkesçe benimsenen kurallar bütünü*” olarak tanımlanmıştır.³¹⁴

aa) Objektif Yorum İlkesi

Sözleşmeyi yorumlarken hâkim tarafların gerçek iradelerini araştırmalıdır. Gerçek iradeler eğer tespit edilemiyorsa güven teorisi gereği farazi iradelerini tespit etmelidir³¹⁵. Objektif yorum, olağan hayat akışı içerisinde, dürüstlük kurallarına göre gerçek iradenin tespitidir.

³¹¹Kaplan, Standart, s.55,60, Akyol, Sözleşme, s.57,84, Tekinay vd.,s.198, İnan/Yücel, s. 266.

³¹²Eren, s.472, İnan/Yücel, s. 266, Cansel/Özel, s. 120.

³¹³Antalya, s. 63, İnan/Yücel, s. 260, Açıköz, s.269.

³¹⁴Öztan, s.173, Seyfullah Edis, “Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği”, **Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’na 70. Yaş Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975, S.367, s.449, Yelmen, s.125, Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku Birinci Cilt**, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s.166,

³¹⁵Eren, s.472, İnan/Yücel, s. 260, Antalya, s. 63, Cansel/Özel, s. 118-119, Yıldırım, s. 90.

Objektif yorumda, üçüncü kişinin makul, normal ve dürüst bir şekilde anlaması gereken yoruma öncelik verilir. Dürüstlük kuralı gereği olan orta zekâlı, makul ve normal insanın algılaması gereken irade çerçevesinde beyanda bulunan ile karşı taraf arasındaki beyanda uyumsuzluk oluşursa farazi iradelerinin tespiti gerekecektir.

bb) Güven İlkesi

Güven ilkesi, tarafların kişisel irade beyanlarını tespit ederken uygulanılacak bir yöntem olup doğrudan sözleşmenin yorumuna ilişkin değilse de iradenin anlamını araştırmaya yönelik olduğundan dolayı olarak kullanılacak ilkelere biri olarak adlandırılabilir³¹⁶. Güven ilkesi dürüstlük kuralı gereği iradenin nasıl anlamlandırılması gerektiğine ilişkin yapılacak yorumda dikkate alınan ilkedir.

Klasik güven teorisine göre, üçüncü kişinin anladığı şekliyle beyana değer vermesi iken, modern güven teorisinde; tarafların dürüstlük kuralı gereği bildiği ve bilmesi gereken tüm olguların değerlendirilmesi ve anlaşılması gereken beyana olan güvenin korunması ya da makul, dürüst ve normal kişilerce anlaşılması gereken beyana olan haklı güvenin korunması söz konusudur³¹⁷.

c. Tümsel Yorum Yöntemi

Sözleşme hükmü yorumlanırken sadece yorumlanacak olan hükme değil sözleşmeye bir bütün olarak bakıp sözleşmedeki yeri ve diğer hükümlerle ilişkisine dikkat edilmeli bir bütün olarak ele alınmasına tümsel yorum kuralı denir³¹⁸.

Sözleşmedeki münferit hükümler ile diğer hükümler ile olan ilişkileri bir arada değerlendirilerek yorumlama yapılmalı, bir bütün olarak irade tespiti yapılmalıdır. Zira sözleşmenin yer aldığı yere göre sözcükler ve cümleler farklı anlamlar içerebilir. Bu durumda sözleşmenin bütününe bakılarak yorum yapılacaktır.

d. Lafzi Yorum Yöntemi

Sözleşmenin amacına aykırı düşmediği takdirde lafza önem vererek sözleşmenin yorumlanmaya çalışılması önemlidir. Ancak tarafların gerçek veya

³¹⁶Eren, s.472, Antalya, s. 63, İnan/Yücel, s. 264, Açıkgöz, s. 269-270.

³¹⁷Antalya, s.63, İnan/Yücel, s. 264.

³¹⁸Yelmen, s.118, Tekinay vd. s.197, İnan/Yücel, s. 265-266, Yıldırım, s.90.

farazi iradeleri araştırılmadan sadece lafza bakarak yorum yapmak amaca uygun düşmemektedir.

Sözleşmenin yapılış amacı ile konulan hükmün lafzı birbirinden farklı ise lafza bağlı kalınmamalıdır. Zira sadece tek başına şekli veya lafzi yorum yeterli değildir³¹⁹. Şayet gerek sehven gerek gerçek maksatı gizlemek için kullanılan kelime ve tabirlere bakılarak irade tespiti yapmak, lafzı yorum yapmak, hukuka uygun olmayacaktır.

e. Sözleşmenin Korunması Lehine Yorum Yöntemi

Yorum yapılırken önemli olan taraf iradelerinin yansıması olan sözleşmenin ayakta tutulması amacıyla değerlendirmede bulunmak gerekir³²⁰. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında; ortaklık sözleşmesinde tarafların yükümlülüklerini yerine getirilmemesi halinde ortaklık sözleşmesinin bittiği şeklinde yorum yapılmamalı, sözleşmenin ayakta olduğu şeklinde yorumlanması gerekir, denilerek hükmü bu çerçevede tesis etmiştir³²¹.

Yargıtay'ın bazı kararında ise, sözleşmenin yerine getirilmesine imkân sağlayacak şekilde yorum yapılması gerektiği belirtilmiştir³²². Zira sözleşmenin ayakta tutulmasına ilişkin yapılan yorum sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği ilkesinin önemi nedeniyle uygulanması gereken yöntemlerdendir.

f. Düzenleyici Kurallardan Sapan Anlaşmaların Dar Yorumlanması Yöntemi

Düzenleyici kurallardan sapan sözleşme hükümlerinin de dar yorumlanması gerekir³²³. Örneğin, düzenleyici kurallar ile öngörülmüş haklardan hakkaniyete aykırı olacak şekilde vazgeçmeyi içeren hükümler dar yorumlanmalıdır.

³¹⁹Eren, s.473, İnan/Yücel, s. 265.

³²⁰Tekinay vd. s.198, Oğuzman, Öz, s.200, Cansel/Özel, s.120.

³²¹Yargıtay 3. HD. T.21/05/2015 E: 2014/13893, K:2015/9285. www.kazancihukuk.com (E.T. 10/04/2019)

³²²Yargıtay 14. HD. T. 22/02/1982, E:1982/7695, K:1982/953, Yargıtay, 13.HD. T. 13/09/1994, E:1994/6066, K:1994/7489, Yargıtay 14. HD. T.21/10/1988, E:1988/4087, K:1988/6746. www.kazancihukuk.com (E.T. 10/04/2019)

³²³Cansel/Özel, s. 120, Çınar, s.117, Açıkgöz, s. 280, Yıldırım, s.90.

Yoruma ihtiyaç duyulan bir hüküm bulunduğu takdirde bu hükmün dar bir şekilde zayıf olan tarafın aleyhine uygulama alanını sınırlandıracak şekilde dar yorumlanması gerekmektedir³²⁴. Buna daraltıcı yorum ilkesi denilmektedir.

g. Borçlu Lehine Yorum Yöntemi

Kanun koyucu genellikle düzenleme getirirken zayıf olanın korunmasına ilişkin hükümler koymaya çalışır. Sözleşme hükmünde yoruma ihtiyaç duyulması halinde de zayıf olan tarafın menfaatleri gözetilerek, zayıf olan tarafın lehine olacak şekilde yorum yapılmalıdır³²⁵.

Örneğin; kira, tüketici ve hizmete ilişkin yapılan sözleşmelerde yorum yapılması gerektiğinde; kiracıyı, tüketiciyi, işçiyi koruyucu şekilde yorum yapılır. Zira tüketici lehine yorum yapılması gerektiğine ilişkin TSHŞHY. m. 6/3'te bir hüküm bulunmaktadır.

2.TBK. m. 23 Gereğince Kullanan Aleyhine Karşı Taraf Lehine Yorum Yöntemi

Taraflar arasında sürekli iş ilişkisi mevcutsa taraflar çerçeve bir sözleşme ile genel işlem şartlarını daha sonraki münferit sözleşmelerde her seferinde belirtmeksizin kullanabilirler³²⁶.

Bazı durumlarda yapılan sözleşmeye önceden hazırlanan genel işlem şartları dâhil edildiğinde konulan şart yeterince açık değilse veya birden fazla anlam ihtiva ediyorsa yorumlanması gerekir. Bu yorumun nasıl yapılması gerektiği TBK m. 23'de belirtilmiştir. Buna göre; genel işlem şartlarını kullanan taraf aleyhine karşı taraf lehine yorum yapmak gerekecektir. Doktrinde bu şekilde yorumlamaya beyanı kaleme alan aleyhine yorumlama yöntemi denilmektedir³²⁷.

³²⁴Çınar, s.117, Açıkğöz, s. 280.

³²⁵Sema Aydın, "Alım Satım Aracılık Çerçeve Sözleşmelerinde Yer Alan Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C.V, S.1, s.114, İnan/Yücel s.267-268, Cansel/Özel, s.120.

³²⁶Rehbinder/Teoman, s.648.

³²⁷Eren, s.473, Yelmen, s.119, İnan/Yücel, s. 268, Cansel/Özel, s. 120, Yıldırım, s.90, Topçuoğlu, s.20, Akipek Öcal, GİK, s. 197, dn. 16.

Ancak dikkat edilmesi gereken nokta ise sözleşme taraflar bir araya gelerek hazırlanmış ise, yani bireysel sözleşme bakımından beyanı kaleme alan aleyhine yorum ilkesi geçerli olmayacaktır³²⁸.

Genel işlem şartlarının yorumlanmasında kullanan aleyhine yorum yapılmasının nedeni karşı tarafa genel işlem şartlarını sunarken zaten avantajlı durumda olup istediği hükümlerin kabul ettirilmesini sağlamak amacı taşırken, söz konusu şartların açık ve anlaşılır olmasını sağlayabileceğinden yorum yapılmasını gerektiren nedenler oluşursa bunun doğuracağı sonuçlara da kullananın katlanması gerekir³²⁹. Aksi durumu savunmak kullananın kendi kusuruna dayanarak hak iddia edilemeyeceği ilkesine aykırılık oluşturacağından hukukumuzca da kabul edilmemiştir³³⁰.

Ayrıca TBK. m. 23'te kullanan aleyhine yorumlanması ilkesi Roma Hukukunda yer alan "sözleşmede tereddütte kalınmışsa kullanan aleyhine yorumlanacağı ilkesi" ile benzerlik göstermektedir. TBK. m. 23'te öngörülen yorum yöntemi düzenleyenin gereken özeni göstermesi gerektiğinden dürüstlük ilkesinin uygulama alanı olarak değerlendirilebilir.

II. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ İÇERİK DENETİMİ

A. GENEL OLARAK

İçerik denetimi TBK. m. 25'te düzenlenmiş olup sosyal hukuk devleti olmanın ve zayıfları korunmasının doğal bir sonucudur³³¹. Buna göre; karşı taraf aleyhine, onun durumunu ağırlaştıracak şekilde, dürüstlük kurallarına aykırı genel işlem şartları sözleşmeye konulamaz. Her ne kadar kanun hükmünde "*genel işlem koşullarına*" denilerek sözleşme ile karıştırıldığı ifade tarzından anlaşılrsa da aslında anlatılmak istenen genel işlem şartlarının sözleşme hükmü olduğudur. Kanun metninde "genel işlem şartları içeren sözleşmelere" şeklinde ifade edilse daha doğru olurdu.

³²⁸Eren, s.473, Cansel/Özel, s.120.

³²⁹Tekinalp, s.141, Rehbindir/Teoman, s. 648, Açıköz, s. 355-356, Yıldırım, s. 95.

³³⁰Yelmen, s.120.

³³¹Sermet Akman, "Genel İşlem Şartları", *Günümüzde Yargı Dergisi*, İstanbul, 1979, S.3, s.18. ,Özel, s.61, Altop, Sempozyum, s. 33, Antalya, s.288, Açıköz, s. 223, Atamer, Sempozyum, s. 105-106.

Dürüstlük kurallarına aykırı hüküm içermesi halinde yaptırımın kesin hükümsüz olacağı TBK. m. 25'in gerekçesinde belirtilmiş ve içerik denetimi ile genel işlem şartı içeren sözleşmeye dürüstlük kuralına aykırı hükümler konulmuşsa bu hükümler dışındaki hükümlerin geçerliliğini koruyacağı belirtilmiştir.

TBK. m. 25'in geçerli olması için karşı tarafın aleyhine olması ve dürüstlük kuralına aykırı karşı tarafın durumunu ağırlaştırması gerekmektedir. İçerik denetiminde hâkime de yol gösterecek temel ölçüt, dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı taraf ile aradaki dengenin olumsuz yönde bozulmasına neden olacak hükümlerin olup olmadığı yönündedir³³².

İçerik denetimi yapılırken zayıf olan karşı tarafın konulan genel işlem şartları nedeniyle dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde karşı taraf aleyhine olacak şekilde dengesizlik oluşturacak hükümlerin geçersiz sayılması gerekir³³³. Burada dürüstlük kuralı, bozulan dengenin yeniden oluşturulmasını sağlayacak fonksiyona sahiptir³³⁴.

Ancak içerik denetimi yapılırken dürüstlük kuralına aykırı olabilecek davranışların neler olduğu veya dürüstlük kuralının hangi sınırlar çerçevesinde uygulanması gerektiği hususunda hâkime yol gösterecek bir hükme kanunda yer verilmemiştir³³⁵. Örneğin; kullanana keyfi olarak sözleşmeyi fesih hakkı tanıyan genel işlem şartları, karşı tarafın sözleşmeyi feshetmek istemesinde ise ağır cezai müeyyide veya tazminat isteneceğine ilişkin konulmuş genel işlem şartı dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağından içerik denetimine konu olacaktır³³⁶.

Diğer yandan içerik denetimine ilişkin TBK. m. 25'te karşı tarafın aleyhine veyahut durumunu ağırlaştıracak şekilde hükümlerin dürüstlük kuralına aykırı olamayacağı düzenlenmiş olup karşı tarafın aleyhine ya da durumunu ağırlaştıracak nitelik taşıyorsa konulan hüküm bu durumda içerik denetimine konu olmayacaktır.

³³²Erdem Büyüksağis, "İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlandırılması Üzerine Mostazo Claro'nun Düşündükleri", *Prof. Dr. Aydın Zevklilere Armağan*, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Birleşik Matbaacılık, İzmir, 2013, C.8, Özel Sayı, s.709-710, Antalya, s.313, Açıköz, s. 348-349.

³³³Aydoğdu, s.127, İçerik denetiminin yaptırımının "yazılmamış sayılma" olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Şeker, s. 31 vd., bkz. Topçuoğlu, s. 49, dn. 133.

³³⁴Havutçu, s.175, Açıköz, s. 237.

³³⁵Yelmen, s.123, Açıköz, s.285-290.

³³⁶Doğan, s.471.

Zira kanun koyucunun buradaki düşüncesi, kullanan kişinin kendi aleyhine olacak şekilde genel işlem şartı sunmayacağını düşünülmesidir³³⁷.

İçerik denetiminde asıl olan taraflar arasında oluşmuş olan menfaat dengesizliğinin giderilmesidir. Genel işlem şartlarında yürürlük denetimi ile sözleşme muhtevası haline gelip gelmediği incelenirken yorum denetiminde, konulan hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden fazla anlama gelmesi nedeniyle taraf iradelerinin ön plana çıkarılarak konulan hükme açıklık getirilmeye çalışılır. İçerik denetiminde ise karşı tarafın durumunu ağırlaştıracak şekilde aleyhine dürüstlük kuralına aykırı şekilde konulmuş hükmün yaratmış olduğu menfaat dengesizliği giderilerek adil bir sonuca ulaşılmaya çalışılır. Dolayısıyla içerik denetimine gelene kadar her zaman menfaat dengesinin korunduğu söylenemez. Bu durumda hâkim sözleşmenin içeriğine doğrudan müdahale ederek adil bir sonuca varmaya çalışır³³⁸. Böylelikle sözleşme taraflar arasında dengeli bir hale gelir ve adil olmayan hükümler sözleşme kapsamından çıkarılmış olur³³⁹.

Ancak yürürlük ve yorum denetimi yapılmaksızın dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle doğrudan içerik denetimine geçilmesini Yargıtay hukuka uygun bulmamış öncelikle yürürlük ve yorum denetiminin yapılması gerektiği, bu denetimlerden sonra içerik denetiminin yapılabileceği gerekçesiyle bozma kararı vermiştir³⁴⁰.

B. İÇERİK DENETİMİNDE DÜRÜSTLÜK KURALI

TBK. m. 25'te genel işlem şartlarının içerik bakımından değerlendirilebilmesi için baz alınması gereken temel ölçütün dürüstlük kuralı olduğu açıktır. Ancak bir görüşe göre içerik denetiminde sadece dürüstlük kuralına bakılmaması ayrıca genel kural olan sözleşme özgürlüğünün sınırlarının da incelenmesi gerekir³⁴¹.

³³⁷Aydoğdu, s.131, Açıkğöz, s. 287.

³³⁸Arif B. Kocaman, "Bankaların Tacir ve Sanayiciler ile Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri", *Bilgi toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp'e Armağan*, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, C. I, s.1103, Antalya, s.312-313, Açıkğöz, s.239.

³³⁹Nilgün Başalp, "Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler", *Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2011, s.233, Açıkğöz, s.239.

³⁴⁰Yargıtay 11. HD. T.28/04/2016, E:2015/9764, K:2016/4814 www.kazancihukuk.com (E.T. 14/04/2019)

³⁴¹Yelmen, s.124-125, Antalya, s.312, İnan/Yücel, s. 305, Açıkğöz, s.239.

Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira sözleşme özgürlüğünün sınırlarına ilişkin incelenmesi gereken emredici hükme aykırılık, ahlaka, kişilik haklarına aykırılık ve kamu düzenine aykırılık durumlarında zaten bakılması gereken kanun maddesi TBK. m. 27 gereğince kesin hükümsüzlüktür. Sözleşme özgürlüğünün sınırlama yaptığı hallerde içerik denetimi yaparak dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığına bakmaya gerek yoktur, zira kesin hükümsüzdür.

Sözleşme özgürlüğünün düzenlendiği TBK. m. 26'da kanunun öngördüğü sınırlar içerisinde sözleşme yapılabilecek aksi takdirde TBK. m. 27'de düzenlenen kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaşılacaktır. Kısacası sözleşme özgürlüğünün sınırları içerisine giren hususlarda aykırılık olması halinde bu durumda kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaşacağından içerik denetiminin incelenmesine gerek yoktur.

1. Tanımı

Dürüstlük kelime olarak “doğruluk”³⁴² anlamına gelmektedir. Hukuki anlamda dürüstlük kuralı ise “orta zekâlı, normal, makul kimselerin, toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlâka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçları ile iş hayatının ihtiyaçlarına cevap veren, bu nedenle de herkesçe benimsenen kurallar bütünü”³⁴³ olarak tanımlanmıştır.

TMK. m. 2'de dürüstlük kuralı ile ilgili genel bir ilke konulmuş olup dürüstlük kuralının tanımı, hangi davranışların dürüstlük kuralına aykırı olacağına ilişkin bir açıklama yapılmamıştır. TMK. m. 2'de ise; herkesin haklarını kullanırken veya borçlarını ifa ederken dürüstlük kuralına uyması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca maddede hakkın kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunmayacağı da düzenlenmiş olup söz konusu düzenleme dürüstlük kuralı ihlalinin bir görünümüdür³⁴⁴.

Nitekim kanunda hangi davranışların dürüstlük kuralına aykırı olduğuna ilişkin bir belirleme yapılmadığı için söz konusu davranışların dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı yargı içtihatlarına ve hâkim takdirine bırakılmıştır.

³⁴²www.tdk.gov.tr (E.T. 14/04/2019)

³⁴³Öztaş, s.173, Edis, s.449, Yelmen, s.125, Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s.166.

³⁴⁴Yelmen, s.126, Açıköz, s.349-350, Yıldırım, s.10, Akipek Öcal, GİK, s. 197, Topçuoğlu, s. 32.

TMK. m. 2'nin temelini "güven düşüncesi" olduğu³⁴⁵, tarafların sözleşme yaparken ahde vefa ilkesine uyacakları varsayımıyla karşılıklı güven ilişkisi telakki ederek sözleşme kurmaktadır³⁴⁶.

2. İçerik Denetiminde Dürüstlük Kuralının Özellikleri

Dürüstlük kuralı, hukuki ilişkileri düzenleyen kuralların konulması sırasında ve yorumlamada, kanunun yorumu ve tamamlanmasında, tarafların iradelerinin yorumlanmasında, sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması, tamamlanması ve değiştirilmesi sırasında göz önünde bulundurulması gereken genel bir ilkedir³⁴⁷.

a. Kişilerin Dışında Objektif Nitelikte Olması

Dürüstlük kuralının konulmasındaki amaca baktığımızda herkes tarafından uyulması gereken kurallar olması nedeniyle kişilerin dışında olduğundan bahsedebiliriz³⁴⁸. Kısacası dürüstlük kuralının kişiler dışında oluşundan maksat kişilerin bu kurala uygun hareket edip etmediklerinin kişilerin şahsi düşüncesi, kişilik ve ruhsal yönden durumunun bir önem arz etmemesidir³⁴⁹.

b. Tamamlayıcı ve Açıklayıcı Nitelikte Olması

Hukuk kurallarının açıklanmaya veya tamamlanmaya ihtiyaç duyulması halinde dürüstlük ilkesine uygun hareket edilmesi gerekir³⁵⁰. Nitekim somut olay her zaman aynı şekilde sirayet etmeyeceği, sonsuz ihtimal ve değişik durumlar olabileceğinden uyuşmazlık her zaman soyut kurallara göre çözümlenemez³⁵¹. Bu nedenle tamamlayıcı ve açıklayıcı durumlara ihtiyaç duyulur ki burada dürüstlük kurallarına göre çözüm bulmak gereklidir.

³⁴⁵Şener Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 6vd.

³⁴⁶Edis, s.447, Öztan, s.173.

³⁴⁷Yasemin Durak, "Güven Sorumluluğu ve 'Culpa In Contrahendo', *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C.25, S.1, s.243, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/333283> (E.T. 16/04/2019), Yelmen, s.128, Akyol, Dürüstlük, s.6, İnan, Yücel, s. 78.

³⁴⁸Edis, s.449, Hıfzı Veldet, *Türk Medeni Hukuku, Cilt 1, Başlangıç ve Şahsın Hukuku*, İstanbul Matbaacılık, İstanbul, 1948, s.20.

³⁴⁹Edis, s.449.

³⁵⁰M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.260, İnan/Yücel, s. 78.

³⁵¹Edis, s.451.

İsviçre Federal Mahkemesi de dürüstlük kuralını “ *türlü hukuki ilişkileri düzenleyen kurallara onları tamamlamak, yorumlanmasına katkıda bulunmak için eklenen etik mülahazalardan çıkarılmış temel bir norm*”³⁵² olarak değerlendirmiştir.

c. Emredici Nitelikte Olup Kendiliğinden Dikkate Alınması

Dürüstlük kuralları kanunun lafzından ve amacından anlaşıldığı üzere emredici niteliktedir³⁵³. Maddi hukuk kuralı olması ve TMK. m. 2/1 düzenlemesi sebebiyle hâkim tarafından re’sen dikkate alınır³⁵⁴.

Dürüstlük kuralının re’sen dikkate alınması, tarafların iddia ve savunmalarında ilkeye aykırı davranıldığı hususuna yer verilmese dahi hâkim tarafından göz önünde bulundurulması demektir.

Diğer yandan hâkimin dürüstlük kuralını uygulayabilmesi için kanunun açıkça yetki verilmesine gerek bulunmayıp kanunun dürüstlük kuralına yollama yapmasa da hâkim tarafından dikkate alınmalıdır³⁵⁵.

d. Somutlaştırılması Gereken Bir İlke Oluşu

Dürüstlük kuralı genel bir ilke olarak düzenlenmiş olup hangi hallerin dürüstlük kuralına aykırı olacağına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Düzenlemedeki bu belirsizlik nedeniyle somutlaştırılma ihtiyacı hâsıl olur³⁵⁶.

Her somut olayda dürüstlük kuralı doğrudan uygulama zorunluluğu olan bir ilke olmayıp meseledeki menfaatlere bakılarak, dürüstlük kuralı uygulanması gerektiği kanısına varıp mesele somutlaştırıldıktan sonra uygulama alanı bulacaktır³⁵⁷.

³⁵²Karar için bkz. Edis, s.451, Bkz. Yelmen, s. 127, dn.14.

³⁵³Aydın Zevkliler, *Medeni Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku*, Savaş Yayınları, Ankara, 1995, s.57.

³⁵⁴Edis, s.449-450, Halil Akkanat, “Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının MK. m.2 Hükümü Aracılığı ile Aşılması: Örnek Bir Yargıtay Kararı ve Değerlendirilmesi, *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan*, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2007, C.II, s. 1667.

³⁵⁵Edis, s.450.

³⁵⁶Ateş, Dürüstlük, s. 89.

³⁵⁷Ateş, Dürüstlük, s. 89.

C.İÇERİK DENETİMİNDE GEÇERSİZLİĞE HÜKMEDİLEBİLECEK GENEL İŞLEM ŞARTLARI

TKHK. m.5/1’de dürüstlük kurallarına aykırı olacak şekilde tüketici aleyhine dengenin bozulmasına neden olacak nitelikteki şartların haksız olacağı ve bu nedenle geçersiz sayılması gerektiği belirtilmiştir. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik’in ekinde haksız şart sayılabilecek haller örneksene yoluyla hâkime yol göstermesi bakımından düzenlenmiştir³⁵⁸. Türk Borçlar Kanununa ise böyle bir listelemeye yer verilmemiştir. Ancak Alman Medeni Kanununda geçersizlik anlamına gelecek hallerin bir listesine yer verilmiştir³⁵⁹.

Türk Borçlar Kanununda da Alman Medeni Kanunundaki ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelikteki gibi örneksene yoluyla içerik denetimine konu olacak dürüstlük kuralına aykırı hallerin düzenlenmesi uygun olurdu³⁶⁰.

İçerik denetiminin dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı hususunda bir değerlendirme yapılması gerekmekte olup dürüstlük kuralının genel bir ilke olarak düzenlenip hangi durumların dürüstlük ilkesine aykırı olacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediğinden somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından dikkate alınması gerekir.

Söz konusu içerik denetimi neticesinde geçersizliğine hükmedilecek kurallara bizim hukukumuzda yer verilmemiştir. Ancak bazı hallerde kanunda açıkça düzenlenmiş bir hükme aykırılık söz konusuysa bu durumda emredici hükme aykırılık gerekçesiyle içerik denetimi yerine TBK. m. 27 söz konusu olacaktır. Netice olarak sonuç geçersizlik olsa da dayanak olacak madde değişecek TBK. m. 25 yerine TBK. m. 27 olacaktır.

Örneğin; TBK. m. 146 vd. maddelerde sözleşmeden doğan borçlarda zamanaşımı müessesesi düzenlenmiştir. TBK. m. 146’da kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça genel zamanaşımı süresi alacaklar için 10 yıldır. TBK. m. 147’de ise 5 yıl zamanaşımı öngörülen alacaklara yer verilmiştir. Genel işlem şartı olarak bu sürelerden farklı bir zamanaşımı süresi öngörülmesi emredici kurallara aykırı olduğu

³⁵⁸Altop, Sempozyum, s. 43, Antalya, s.318, Açıköz, s. 290, Yelmen, s. 130.

³⁵⁹Aydoğdu, s.138, Yelmen, s.133, Altop, Sempozyum, s. 43, Antalya, s.318.

³⁶⁰Altop, Sempozyum, s. 43, Akipek Öcal, GİK, s.188.

için TBK. m. 27 gereğince kesin hükümsüzdür. Burada içerik denetimi yapmaya, dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığını incelemek gerekmeyecektir. Nitekim her iki kanun hükmünün de yaptırımı kesin hükümsüzlüktür. Aynı şekilde alacağın zamanaşımına uğramayacağı veya karşı tarafın zamanaşımı def'inde bulunmayacağı yönünden bir iddiası yer alıyorsa bu durumda da TBK. m. 160'ta emredici bir hüküm yer almış ve zamanaşımından önceden feragat edilemeyeceği düzenlenmiştir.

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da düzenlenen hükümler ile Türk Borçlar Kanununda yer alan hükümlerin yarışması halinde hâkim karşı tarafın lehine olan hükmü uygulayabilecektir³⁶¹. Yani Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in ekinde yer alan haksız şartlara ilişkin kısımlar TBK. m. 25 gereği içerik denetimi yapılırken hâkime yol gösterebilecektir³⁶².

Bir görüşe göre dürüstlük kuralının yanında ayrıca sözleşme özgürlüğünün sınırlarına da içerik denetiminde bakılması gerektiği³⁶³ belirtildiğinden içerik denetiminde geçersizliğine hükmedilebilecek bazı genel işlem şartları aşağıda açıklanacaktır.

1. Kabul Ve İfa Sürelerine İlişkin Kayıtlar

Genel işlem şartlarını kullanan taraf bir edimin ifası için belirlenecek süreyi çok uzun tutabilir veya ifa zamanının belli olmayacağı şekilde konulacak hükümler dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde karşı taraf aleyhine hüküm doğuracaksa bu durumda içerik denetimi sonucu olarak geçersiz sayılmalıdır (BGB §308/1)³⁶⁴. İcap ve kabul hükümlerinin düzenlendiği TBK. m. 3 vd. maddelerinde uygun bir süre kavramından bahsedilmişse de süreye ilişkin bir üst belirleme yapılmamış olup öneri zayıf taraftan gelmiş ise genel işlem şartı ile belirlenecek bağlı kalacağı sürenin uzun olması mağduriyeti artırabilecektir³⁶⁵.

Ancak genel işlem olarak öneriyle bağlılık için belirlenecek uzun sürelerin her zaman dürüstlüğe aykırı olduğu iddiasında bulunmak doğru olmayacaktır. Zira genel işlem şartını kullanan tarafça öneride bulunulmuş ve karşı tarafın kabulü için

³⁶¹Antalya, s.293-294, Açıkgöz, s.246. ve s. 294.

³⁶²Açıkgöz, s.246, Yelmen, s. 130-131, İçerik denetimi bakımından hâkime yol göstermesi için emsal çözüm önerileri için bkz. Demir, Öneriler, s. 227 vd.

³⁶³Yelmen, s. 125, Antalya, s.312.

³⁶⁴Bkz. Yelmen, s. 133, Şeker, s. 271, Bkz. Aydoğdu, s. 139, dn. 682.

³⁶⁵Aydoğdu, s. 139.

uzun bir süre belirlenmesi lehine de olabileceğinden her zaman geçersiz olduğu sonucuna varılmamalıdır³⁶⁶. Zira karşı taraf öneriyi istediği zaman kabul etmeyerek sözleşmeyi kurmayabilir. Bu durumda kabul beyanı gelmeden genel işlem şartlarının sözleşme metni haline gelmesinden söz edilemeyeceği için içerik denetimi söz konusu olmayacak genel hükümler çerçevesinde uyuşmazlığın giderilmesi gerekecektir³⁶⁷.

Mesela önerinin kabulü için on yıllık bir süre öngörülmüş ve karşı taraf bu sürenin dolmasına yakın kabul beyanını gönderdiğinde kullanan önerisini yerine getiremeyecek durumda olabilir ve genel işlem şartı sözleşme metni haline geldiği için içerik denetimi yapılabilecekse de karşı taraf aleyhine sonuç doğurduğundan bahsedilemeyecektir. Bu durumda makul süreyi aşması nedeniyle karşı tarafın kabulünü yeni bir öneri olarak kabul edip uyuşmazlığın bu çerçevede çözülmesi gerekir. Önerinin kabulü veya reddinin içerik denetimine konu olması bu nedenlerle çok da uygun değildir.

Yargıtay, ifa zamanına ilişkin vermiş olduğu kararlarda; sözleşme veya aradaki borç ilişkisi niteliğinden belli olmadıkça borcun hemen ifa edilmesinin asıl kural olduğu, bir vade belirlenmemişse borcun doğduğu an muacceliyetin olduğu, vadeye bağlanmışsa vadenin gelmesi ile borcun muaccel olacağı, temerrüt için muacceliyetin şart olduğu ancak muacceliyetin tek başına temerrütün varlığını kabul için yetersiz olduğu belirtilmiştir³⁶⁸.

Yargıtay ifa zamanının tayinine ise tarafların birlikte ya da yalnız biri tarafından karar verilebileceği, isterlerse taliki bir şartın gerçekleşmesi konusunda da anlaşabileceklerini belirtmektedir³⁶⁹.

Yargıtay kararında ve TBK. m. 90'da belirtildiği gibi ifa zamanaşımında kural borcun doğduğu anda veya vade olarak belirlenen tarihte muaccel olması olup temerrütün, muacceliyet ile oluşacağı belirtilmişse de her zaman bu şekilde oluştuğu söylenemeyeceğinden duruma ve somut olaya göre bir inceleme yapılması gerektiğinden bahsedilmiştir. İfa zamanı makul değilse bu durumda somut olaya göre

³⁶⁶Yelmen, 133-134, Aydoğdu, s. 140.

³⁶⁷Yelmen, s.134.

³⁶⁸YHGK, T: 05/03/2003, E:2003/11-68, K:2003/136; YHGK, T: 05/03/2003, E:2003/9-76, K:2003/126; YHGK, T: 05/03/2003, E: 2003/9-79, K:2003/129. www.kazancihukuk.com. (E.T: 20/04/2019)

³⁶⁹YHGK, T:03/11/1982, E:1981/11-34, K:1982/870 www.kazancihukuk.com (E.T. 21/04/2019)

bir inceleme yapıldıktan sonra içerik denetimi yapılarak geçersizliğine hükmedilebilir³⁷⁰.

Bu nedenle duruma göre inceleme yapılarak genel işlem şartlarının zayıf tarafın aleyhine olacak şekilde ifa zamanını veya kabul ile öneri için belirlenen sürenin uzatılması halinde dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde olması durumunda TBK. m. 25 söz konusu olacaktır. Bu durumda bir boşluk hali söz konusu olursa bu durumda TBK. m. 2 ve TMK. m. 1 hükümlerine göre hâkim boşluğu gidermeye çalışmalıdır.

Nitekim Yargıtay'ın bir kararında, teslim süresinin saklı tutulmasına ilişkin konulan şartın tüketicinin aleyhine olup olmadığını, dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapılarak çözülmesi gerektiği ve hâkimin bu durumu re'sen göz önünde bulundurması gerektiği belirtilmiştir³⁷¹.

Ancak tek taraflı olarak ifa zamanını değiştiren, temerrüt halinde karşı taraf aleyhine olacak şekilde ek süre vererek var olan sürenin değişmesini öngören hükümler yazılmamış sayılacağından zaten içerik denetimi yapmaya gerek kalmayacaktır. Zira sözleşme karşı taraf aleyhine olan değiştirme yetkisi veren hükümler olmaksızın sözleşme devam edecek kullanan taraf sözleşme yapmayacağı savını ileri süremeyecektir.

Bir görüşe göre; tek taraflı değişiklik yapma yetkisi veren genel işlem şartları geçersizdir³⁷². Ancak bu görüşe katılmamaktayız. Zira değiştirme yasağı TBK. m. 24'te düzenlenmiş olup yaptırım olarak yazılmamış sayılacağı belirtilmiştir. "Yazılmamış sayılma" sözleşme hükmüne dâhil edilmeme³⁷³ olduğu için geçersiz³⁷⁴ olduğunu söylemek doğru değildir.

³⁷⁰Yelmen, s. 135.

³⁷¹Yargıtay 13. HD, T:07/04/1981, E:1981/519, K:1981/2513. www.kazancihukuk.com (E.T. 21/04/2019)

³⁷²Aydoğdu, s.141, İnan/Yücel, s. 304, Tekinay vd., s. 208, Kocayusufpaşaoğlu vd., s. 232-233, Gülerci/Kılınç.

³⁷³Altop, Sempozyum, s.40, Sirmen, s.115, Ayan, Elif, s.16.

³⁷⁴Yelmen, s.97, İnan/Yücel, s. 304, Cansel/Özel, s. 131.İçerik denetimi içerisinde değerlendirilmesi gerektiğinden kesin hükümsüz olarak değerlendirilmesine ilişkin görüş için bkz. Altop, Sempozyum, s. 43.

2. Sözleşmeden Dönmeye İlişkin Kayıtlar

Sürekli olmayan sözleşmelerde, kullananın, sözleşmede belirtilmemiş ve haklı neden olmaksızın, kullanana yükümlülüğünün kalkmasına imkân verecek şartlar geçersizdir (BGB §308/3)³⁷⁵. Bu durumda dönme hakkı sözleşmede hüküm bulunması ve haklı bir sebep olması halinde mümkündür.

Yargıtay kararlarında da haklı bir sebep olmaksızın sözleşmeden dönülemeyeceği belirtilmiştir³⁷⁶. Yargıtay'ın bir başka kararında ise; tarafların komisyoncu ile imzaladıkları sözleşmede taşınmaz satışı gerçekleşmese dahi komisyon ücreti ödeneceğine ilişkin bir hükme yer verildiği, projeye aykırı imalatların olması sebebiyle haklı bir sebep dolayısıyla satış sözleşmesinden vazgeçilmesi nedeniyle komisyon ücretinin doğmayacağı belirtilmiştir³⁷⁷.

Objektif olarak geçerli bir sebep olmaksızın dönme hakkı veren genel işlem şartları geçersiz sayılacaktır. Objektif olarak geçerli bir sebep olarak karşı tarafın iflas etmesi durumu veya karşı tarafın ekonomik durumuna ilişkin yanıtıcı beyanlarda bulunması gösterilebilir.

TSHŞHY Ek 1-e bendinde, satıcı, sağlayıcı veya kredi verene sözleşmeyi serbestçe feshetme hakkı tanıyan ancak bu hakkı tüketiciye tanımayan şartların haksız şart olduğu, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin fesih hakkını kullanmasına rağmen ifa etmediği edimlerin karşılığı olarak almış olduğu şeyleri muhafaza etme hakkı veren şartların da haksız şart olduğu düzenlenmiştir. Diğer yandan TSHŞHY Ek 1-f bendinde de; satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin süresiz sözleşmeyi herhangi bir bildirim olmaksızın feshedebileceğine ilişkin konulmuş şartların haksız olduğu belirtilmiştir.

3. Değişirme Hakkının Saklı Tutulmasına İlişkin Kayıtlar

BGB §308/4'deki hükmünde; kullanan tarafın kendi edimini değiştirmesine imkân tanıyan, yapılacak değişiklik karşı taraf menfaati bakımından makul sayılmıyorsa geçersiz olduğu belirtilmiştir³⁷⁸.

³⁷⁵ Bkz. Yelmen, s. 136, Şeker, s. 272, Bkz. Aydoğdu, s.141, dn.699.

³⁷⁶Yargıtay 13.HD, T:04/02/2015, E:2014/9626, K:2015/2535.

³⁷⁷Yargıtay 13. HD. T:13/11/2006, E:2006/9542, K:2006/14822 www.kazancihukuk.com (E.T. 21/04/2019)

³⁷⁸Bkz. Yelmen, s.137-138, Şeker, s. 272, Bkz. Aydoğdu, s.142, dn.705.

Ancak bizim kanunumuzda tek taraflı karşı taraf aleyhine olacak şekilde değişiklik yapma yetkisi içeren genel işlem şartlarının yazılmamış sayılacağı TBK. m. 24'te düzenlenmiştir. Burada içerik denetiminin söz konusu olmadığı yazılmamış sayılan şartın sözleşmeye hiç dâhil olmadığı anlamına geldiği açıktır. Bu nedenle değişikliğin karşı taraf için makul olup olmadığına bakmaya gerek yoktur³⁷⁹. Ancak bir görüşe göre tarafların menfaatine göre bir değerlendirme yapılması, taraflar için makul olabilecek değişikliğe izin verilmesi gerektiği belirtilmektedir³⁸⁰.

Tek taraflı karşı taraf aleyhine değişiklik yapma yetkisi veren genel işlem şartlarının geçersiz olması gerektiği şeklinde görüşler³⁸¹ olsa da TBK. m. 24 hükmü emredici nitelikte olup yazılmamış sayılacağına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Yazılmamış sayılan hüküm bir boşluk yaratır ise TBK. m. 2 ve TMK. m. 1 hükümlerine göre doldurulur.

Türk Borçlar Kanunu ile genel işlem şartlarına ilişkin bir düzenleme yapılmadan önce kullanan tarafa tek taraflı değişiklik yapma yetkisi dürüstlük ve iyiniyet kuralları çerçevesinde değerlendiriliyordu³⁸². Nitekim Yargıtay'ın bir kararında; banka fahiş bir faiz kazanma amacıyla faiz oranını tek taraflı artırmasına ilişkin kendisine verilen yetki neticesinde haklı sayılamayacak bir orana getirmesinde kredi müşterisinin MK. m. 2 ve 3 çerçevesinde korunması gerektiği belirtilmiştir³⁸³. Ancak Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girince 24'üncü madde gereğince emredici hükme yer vermiş ve müeyyide olarak da yazılmamış sayılacağı düzenlenmiştir.

TSHŞHY. Ek 1-h bendinde yer alan düzenlemeye göre; sözleşmeyi düzenleyen sözleşme şartlarını, sözleşmede belirlenmiş haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı değiştirilmesine ilişkin konulan kayıtlar haksız şarttır. Tek taraflı değişiklik yapılmasına ilişkin Türk Borçlar Kanununda yazılmamış sayılması şeklinde bir yaptırım öngörürken Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'te söz konusu değişiklik haksız şart olarak nitelendirilmiştir.

³⁷⁹ Aydoğdu, s.142, Yelmen, s.139.

³⁸⁰ Jauernig/Stadler, §308 Rn 6. (Bkz. Naklen; Yelmen, s. 139, dn. 50-51.), Aydoğdu, s. 142-143, dn. 706-707.

³⁸¹ Tekinay vd., s. 208., Kocayusufpaşaoğlu vd., s. 232-233, Gülerci/Kılınç, s. 103-104, Aydoğdu, s.141, İnan/Yücel, s. 304.

³⁸² Onur Yalçın, *Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Geçerliliği*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 117vd., Kayar, s.82 vd.

³⁸³ Yargıtay 19. HD. T: 25/11/1994, E:1994/6472, K:1994/11467, www.kazancihukuk.com (E.T. 21/04/2019), Kocaman, s. 1116-1117, İnan/Yücel, s.305.

4. Farazi Beyanlar

Kullananın karşı tarafa beyanda bulunması için makul bir süre tanımamışsa ve sözleşmenin başında öngörülen davranışın ne anlam taşıyacağını belirlemekle yükümlü değilse karşı tarafın belirli bir davranış sergilemesinin veya sergilememesinin belirli bir irade taşıyacağına ilişkin konulan kayıtlar geçersizdir (BGB §308/5)³⁸⁴.

Ancak karşı tarafa belirli bir beyanda bulunması için makul bir süre belirlenmişse veya sözleşmenin başlangıcında davranışın hangi anlama geleceği hakkında kullanan bilgilendirmede bulunmuşsa bu durumda karşı tarafın davranışı bir irade açıklaması olarak değerlendirilebilir³⁸⁵. Genellikle bu kayıtlara bankacılık ve sigorta işlemlerinde rastlanmaktadır³⁸⁶.

TSHŞHY Ek 1-ğ bendende; “*tüketicinin sözleşmeden önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, aksi ispat edilemeyecek şekilde kabul ettiğini gösteren şartlar, haksız şarttır.*” denilmekte olup farazi kabule ilişkin iş bu hükümlerin haksız şart olduğu değerlendirilmektedir.

5. Ulaşma Varsayımına İlişkin Kayıtlar

Kullanan, kendisi için özel anlam taşıyan bir beyanın karşı tarafa ulaşmış sayılmasına ilişkin konulmuş kayıtların geçersiz olacağı belirtilmiştir (§BGB 308/6)³⁸⁷. Kullananın özel anlam taşıyan fesih, ihtar, cayma gibi beyanlarını karşı tarafa olağan yollarla ulaştırmak yerine ulaşmış sayılacağına ilişkin kayıtlar geçersizdir.

Karşı tarafa beyanın ulaştığına ilişkin ispat külfeti kullanandadır. Alman Hukukunda ise irade açıklamasının gönderildiğine ilişkin ispat külfeti kullananda iken beyanın karşı tarafa ulaşmış olmasına ilişkin kullanana ispat külfeti yüklenmemiştir³⁸⁸. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Nitekim posta yoluyla

³⁸⁴Bkz. Yelmen, s. 140, Şeker, s.272, Bkz. Aydoğdu, s.141, dn. 699.

³⁸⁵Yelmen, s. 140, Aydoğdu, s.145.

³⁸⁶Aydoğdu, s.145.

³⁸⁷Bkz. Yelmen s. 141, Şeker, s. 272, Bkz. Aydoğdu, s.145, dn.718.

³⁸⁸Jauernig/Stadler §308 Rn 8.(Bkz. Naklen; Yelmen, s. 141, dn.58.)

gönderilen irade beyanının karşı tarafa bir problem nedeniyle ulaşmaması halindeki riskin karşı tarafa yükletilmemesi gerekir³⁸⁹.

Kullanan tarafından genel işlem şartına beyanın geç veya hiç aktarılmamasının sonuçlarını müşteriye yükletmesi halinde öğretide hâkim görüş, varma anında irade beyanlarının hüküm doğuracağı göz önüne alındığında varma anına kadar riskin beyan sahibine, vardığı andan itibaren doğacak tehlikeler ise beyanın muhatabına ait sayılması gerektiği³⁹⁰ yönünde bir değerlendirme yapılması gerektiği bunun dışındaki genel işlem şartlarının geçersiz sayılması şeklindedir³⁹¹.

6. Sözleşmenin Tasfiyesine İlişkin Kayıtlar

Borç ilişkisinin sona erme hallerinden olan fesih ve dönme hakkı Türk Borçlar Kanunu'nun değişik maddelerinde düzenlenmiştir. Fesih ve dönme hakkı, tek taraflı varması gerekli ve yenilik doğurucu nitelikte olan irade beyanıdır³⁹². Fesih, borç ilişkisini ileriye etkili olacak şekilde sona erdirirken dönme, borç ilişkisini geçmişe etkili olarak sona erdirir³⁹³. Fesih veya dönme halinde ifa edilen şeylerin tazmini veya iadesi gibi problemler ortaya çıkabilmektedir.

Taraflar bazen yapmış oldukları sözleşmelere eklemiş oldukları genel işlem şartları ile fesih veya dönme durumunda ifa edilen edimden veya bir haktan yararlanması karşılığı yararlanma bedeli talep edilmesi veya yapılan masraflar için tazmin için gereken meblağları belirleyebilmektedirler.

Kullananın tarafların biri sözleşmeyi fesih veya dönme hakkını kullanması halinde; karşı tarafın, bir haktan veya ifa edilen edimden yararlanması karşılığı fahiş bir yararlanma bedeli talep etmesi ya da yaptığı masraflar için yüksek bir tazminat istemesine ilişkin konulmuş kayıtlar geçersizdir (BGB §308/7)³⁹⁴.

Bu durumda içerik denetiminin konusu olan bu hususların dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde karşı tarafın aleyhine fahiş miktarlar belirtiliyorsa bu durumda Alman Hukuku'nda yer alan husustan farklı olarak sözleşmenin ayakta tutulması

³⁸⁹Aydoğdu, s. 145.

³⁹⁰Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*, Garanti Matbaası, İstanbul, 1968, s.5.

³⁹¹Yavuz, Nihat, s. 228-229.

³⁹²Eren, s. 1120, İnan/Yücel, s.655, Ayan, Mehmet, s. 410-411, Yıldırım, s. 313-314.

³⁹³Eren, s. 1128, İnan/Yücel, s. 655, Ayan, Mehmet, s. 410-411, Yıldırım, s.313-314.

³⁹⁴Bkz. Yelmen, s. 141, Şeker, s.273, Bkz. Aydoğdu, s.146, dn.722.

amaçlanmalı ve fahiş olan oran hâkim tarafından indirilerek ayakta tutulmalıdır. Nitekim Yargıtay'ın fahiş miktarlar hakkında indirim yapılarak sözleşmenin ayakta tutulmasına ilişkin kararları mevcuttur³⁹⁵.

Ancak, Alman Hukukunda yer alan bu hükümden yapılan çıkarımla eğer istenen tazminat veya yararlanma gideri makul ölçüdeyse bu durumda geçerliliğini korur. Bizde ise söz konusu düzenlemeye benzer düzenleme, TSHŞHY. Ek 1-ç bendinde yer almaktadır.

7. Edimin İfa Edilemeyecek Durumda Olmasına İlişkin Kayıtlar

TBK. m. 112 vd. maddelerinde borcun ifa edilmemesi halleri ve sonuçları düzenlenmiştir. TBK. m. 112'ye göre; borç gereği gibi veya hiç ifa edilmezse, borçlu kendisine yüklenebilecek bir kusur bulunmadığını ispat etmedikçe alacaklının zararlarını tazmin etmekle yükümlüdür. Borcun ifa edilmemesi durumunda kanunun tanıdığı seçimsel haklar ise TBK. m. 125'te düzenlenmiştir.

TBK. m. 125 ve TBK m.126'da düzenlenen dönme ve fesih hakları borçlunun temerrüdü halinde uygulanabilecektir³⁹⁶. Taraflar aralarında genel işlem şartı içeren bir sözleşme yaptıklarında yer verilen kayıta kullananın ifa edememe durumunda ifa yükümlülüğünden kurtulma amaçlı olarak sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği hususu yer alıyorsa bu durumda içerik denetimi nedeniyle geçersiz olacaktır.

İçerik denetimi yapılırken mehzaz kanun olan Alman Medeni Kanunda yer verilen yasak hallerden yararlanılır. Nitekim kullanan, edimi ifa edebilecek durumda olmaması halinde karşı tarafı bu konuda gecikme olmaksızın bilgilendirmeden ve karşı tarafın yerine getirdiği edimi gecikmeden ifa edeceğini veya tazmin edeceğini taahhüt etmeden sözleşmeden dönmeye ilişkin hakkını ifa yükümlülüğünden kurtulmak amacıyla saklı tutacağına ilişkin kayıtlar geçersizdir (BGB §308/8)³⁹⁷.

³⁹⁵Yargıtay 23. HD. T:12/04/2017, E:2015/2772, K:2017/1091 www.kazancihukuk.com (E.T.02/04/2019.) Yargıtay 13. HD. T:21/11/2005, E:2005/11415, K:2005/17157, www.kazancihukuk.com (E.T. 26/02/2019)

³⁹⁶Eren, s. 1035, İnan/Yücel, s. 606, Ayan, Mehmet, s. 403

³⁹⁷Aydoğdu, s.146, Yelmen, s. 142, Şeker, s. 273.

Ancak kullanan, edimini yerine getiremeyeceğini karşı tarafa gecikmeksizin bildirmişse, karşı tarafın edimini gecikmeksizin iade veya tazmin edeceğini belirtmişse haklı nedenle sözleşmeden dönebilir.

8. İfadan Kaçınma Hakkına İlişkin Kayıtlar

Kullanan tarafın karşı tarafın sahip olduğu ifadan kaçınma hakkını kaldıran veya sınırlayan, sözleşmeden dolayı doğan hapis hakkını kaldıran veya sınırlayan, hapis hakkını kullanırsa ayıbı kabul edeceğine ilişkin kayıtlar geçersizdir (BGB §309/2)³⁹⁸. Benzer düzenlemeye TSHŞHY. Ek 1-c,ç ve l bentlerinde yer verilmiştir.

İfadan kaçınma veya sınırlama hali denilince def'i hakkı düşünülebilir. Nitekim tek taraflı yöneltilmesi gereken irade beyanıdır def'i hakkına istinaden borçlu, borcun konusu edimi yerine getirmekten kaçınma imkânına sahiptir³⁹⁹. Örnek olarak; TBK. m. 161'de düzenlenen zamanaşımı def'i, TBK. m. 97'de düzenlenen ödemezlik def'i, TBK. m. 585 gereğince tartışma def'i verilebilir.

Def'i bir hak olması nedeniyle feragat edilmesi mümkündür. Ancak kullanan tarafından karşı tarafın sahip olduğu bir def'i hakkının kullanılmamasına ilişkin bir genel işlem şartı sunmuşsa ve bu şart hâkim değerlendirmesi neticesinde TBK. m. 25 gereği dürüstlük kuralına aykırı ve karşı taraf aleyhine sonuç doğuracak nitelik arz ediyorsa geçersiz sayılabilecektir.

Ancak karşı tarafın def'i hakkının kullanılmaması nedeniyle bu kaybı telafi edecek nitelikte bir menfaat sağlanmışsa bu durumda karşı tarafın aleyhine olacak nitelik arz etmediğinden genel işlem şartı geçerli sayılacaktır. Nitekim söz konusu değerlendirmenin somut olay çerçevesinde hâkim tarafından yapılması gerekir.

9. Takas Yasağına İlişkin Kayıtlar

TBK. m. 139-145 arasında borcu sona erdiren sebeplerden biri olarak düzenlenen takas, karşılıklı olarak muaccel olan bir miktar para veya benzer nitelikteki edimleri birbirlerine borçlu olan tarafların alacakları oranında borçlarını

³⁹⁸ Bkz. Yelmen, s. 143, Şeker, s. 280, Bkz. Aydoğdu, s.147-148, dn.733.

³⁹⁹ Eren, s. 71-72, İnan/Yücel, s. 112-113, Yıldırım, s. 18.

sona erdirmeleridir⁴⁰⁰. Takas karşılıklı anlaşarak ileri sürülmesi gerekmez; tek taraflı karşı tarafa iletilmesi ile mümkündür.

Tarafların aralarında yapmış oldukları sözleşmede takas ileri sürülemeyeceğine ilişkin kayıt içerik denetimi sonucu geçersiz olacaktır. Nitekim bu durum Alman Medeni Kanunu'nda; kullanan tarafından, karşı tarafın kesinleşmiş ya da tartışmasız olan bir alacağı varsa takas hakkını kullanmasını ortadan kaldıracak olan kayıtların geçersiz olacağı (BGB§309/3)⁴⁰¹ şeklinde düzenlenmiştir. Karşı taraf her ne kadar genel işlem şartları ile konulan takas hakkını kaldıracak kaydı kabul etmek durumunda kalmışsa da takas hakkını kullanabilecektir.

TSHŞHY. Ek 1-b bendinde de benzer bir düzenlemeye yer verilmiş olup tüketicinin takas hakkı dâhil sözleşmeyi düzenleyene veya üçüncü kişiye yöneltebileceği kanun ile tanınmış hakları ortadan kaldıracak kayıtların haksız şart olduğu belirtilmiştir.

10. İhtar Ve Ek Süreye İlişkin Kayıtlar

Kullananı ihtarda bulunma veya ek süre verme yükümlülüğünden kurtaracak nitelikte kayıtlar geçersizdir.(BGB §309/4)⁴⁰². Diğer yandan kanun ile verilmesi zorunlu olan ek sürenin kısaltılmasına ilişkin kayıtlar da geçersizdir⁴⁰³.

Örneğin; TBK. m. 315'te kiracının temerrüdü düzenlenmiş olup muaccel hale gelmiş kira bedelini veya yan giderin ödenmemesi halinde kiraya verenin yazılı bir süre vermesi gerekir. Eğer bu süre içerisinde kiracı borcunu yerine getirmezse bu durumda kiraya veren sözleşmeyi feshedebilir. TBK. m. 315/2'de ise verilecek sürenin 10 gün, konut veya çatılı işyeri ise 30 günden az olamayacağı düzenlenmiştir. Bir başka örnek ise TBK. m. 351 verilebilir⁴⁰⁴.

Söz konusu sürelerin kısaltılması veya kaldırılmasına ilişkin genel işlem şartı yer alıyorsa bu durumda bu hükümler geçersizdir. Ancak burada içerik denetimine

⁴⁰⁰Eren, s.1274, İnan/Yücel, s. 635, Ayan, Mehmet, s. 417, Karakılıç, s.230.

⁴⁰¹Bkz. Yelmen, s.144, Bkz. Aydoğdu, s.148, dn.735.

⁴⁰²Bkz. Yelmen, s.144, Bkz. Aydoğdu, s.149, dn.737.

⁴⁰³Aydoğdu, s.149.

⁴⁰⁴Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 283.

bakmaya gerek yoktur; zira emredici kanun hükmüne aykırılık söz konusu olduğu için TBK. m. 27 gereğince de geçersizlik sonucun varılacaktır⁴⁰⁵.

11. Tazminat Talebinin Götürü Olarak Belirlenmesine İlişkin Kayıtlar

Tazminat, zarar verici olayın şahıs varlığı değerinde veya mal varlığı değerinde meydana getirdiği eksilmenin giderilmesi ve bir nebze de olsa eski hale getirilmesidir⁴⁰⁶. Tarafların aralarından yapmış oldukları sözleşmede kullanan tarafından sunulmuş olan genel işlem şartı ile tazminat miktarı sabit olarak belirlenmesinde bir sakınca yoktur.

Kullananın götürü tazminat belirlemesine ilişkin sözleşmeye genel işlem şartı koymasında bir sorun bulunmamaktadır. Ancak; kullanan zarara veya değer azalmasına uğramışsa isteyebileceği tazminat miktarının götürü olarak belirlenmişse, belirlenen götürü miktar zarar veya değer azalmasına göre fazlaysa, zararın veya değer azalmasının olmadığını ya da miktarın düşük olduğunu ispatlama imkânını karşı tarafın elinden alan kayıtlar geçersizdir (BGB §309/5)⁴⁰⁷.

Kullanan tarafından belirlenen tazminat miktarı zarara göre bariz nitelikte düşükse veya karşı tarafın zararının miktarını ispatlayacak yolların kullanılmasını engelleyecek nitelikteki kayıtlar TBK. m. 25 gereğince dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın menfaatine açıkça aykırılık taşıyacağından bu durumda konulan genel işlem şartının geçersiz olacaktır.

12. Cezai Şarta İlişkin Kayıtlar

Karşı tarafın sözleşmeye konu edimi kabul etmemesi, kabulü öngörülen zamanda kabul etmemesi veya ifade temerrüde düşmesi, sözleşmeden dönmesi hallerinde kullanana cezai şart ödemek zorunda olmasına ilişkin konulan kayıtlar geçersizdir (BGB §309/6)⁴⁰⁸.

Alman hukukunda cezai şartın genel işlem şartları ile karşılaştırılmasına olanak verilmemiştir⁴⁰⁹. Ancak bizim kanunumuzda cezai şart konulmasına izin

⁴⁰⁵Aydoğdu, s.149.

⁴⁰⁶Eren, s.724, İnan/Yücel, s. 459, Yıldırım, 218-219, Karakılıç, s. 161-162.

⁴⁰⁷Bkz. Yelmen, s. 145, Şeker, s. 280, Bkz. Aydoğdu, s.149, dn.741.

⁴⁰⁸Bkz. Yelmen, s. 146, Şeker, s. 280-281, Bkz. Aydoğdu, s.150, dn.722.

⁴⁰⁹Yelmen, s.146.

veren hükümlerimiz mevcuttur. Zira TBK. m. 179 vd. maddelerinde ceza koşuluna yer verilmiştir.

Bir görüşe göre hukukumuzda cezai şartın her zaman haksız genel işlem şartı olduğu varsayımına dayanılmayacağı, somut sözleşme ilişkisinin göz önüne alınarak hâkime değerlendirme imkânı tanınarak aşırı bir cezai şart belirlenmişse indirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴¹⁰.

Nitekim TBK m. 182’de hâkimin aşırı gördüğü cezai koşulu re’sen indirebileceği düzenlemesine yer verilmiş olup kanun ile konulmasına izin verilen cezai koşulun genel işlem şartı ile belirlenmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Zira yürürlük denetiminden geçen genel işlem şartları sözleşme hükmü haline geldiğinden genel işlem şartları arasında cezai şarta ilişkin hükümlere yer verilmesinde bir sakınca yoktur. Ancak aşırı oranda belirlenen şartın indirilebileceği de emredici hüküm olduğundan somut olayın göz önünde bulundurulması gerektiği görüşü isabetlidir. Bu nedenle aşırı oranda olmamak şartıyla genel işlem şartı olarak cezai şart kararlaştırılabilir⁴¹¹.

13. Yükümlülüklerin İhlalinde Sorumsuzluk Hükümleri

Alman hukukunda sorumsuzluk kayıtlarına ilişkin hususlar §309/7 ve §309/8’de düzenlenmiştir. Bizde ise TBK. m. 115’te ağır ve hafif kusur sorumluluğu diye bir ayrıma gidilmiş olup ağır kusurdan dolayı sorumlu olmayacağına ilişkin kayıtlar zaten kesin hükümsüzdür. Ancak hafif kusurdan dolayı sorumlu olunmayacağına ilişkin hükümler geçerli olabilecektir⁴¹².

TBK. m. 115’te hafif kusurdan dolayı konulabilecek sorumsuzluk kaydına iki istisna getirilmiştir. Bunlar; karşı taraf ile hizmet sözleşmesinden dolayı bir borç varsa; kullananın uzmanlığını gerektiren hizmet, meslek veya sanat ancak yetkili makamlarca verilen izinle yürütülebiliyorsa sorumsuzluk anlaşması yapılamayacaktır. Yapılması halinde kesin hükümsüzlük sonucuyla karşılaşılacaktır.

⁴¹⁰Mehmet Demir, “Ceza Şart Kaydına Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Verilmesi Sorunu”, *Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2005, s. 446, Ancak tacirlerin basiretli davranma yükümlülüğü nedeniyle fahiş cezai şartın indirilemeyeceğine ilişkin bkz. Topçuoğlu, s.33-34.

⁴¹¹Veli Karagöz, “Tip İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C.VIII, S.1-2, s.594-595. <http://hukukdergi.erkincan.edu.tr> (E.T. 22/04/2019)

⁴¹²Yelmen, s. 147.

TSHŞHY. Ek 1-a bendinde sözleşmeyi düzenleyen in ihmali veya herhangi bir davranışı nedeniyle tüketici hayatını kaybederse, yaralanırsa veya maddi anlamda bir zarara uğrarsa bu durumda düzenleyen in sorumlu olmayacağına ilişkin konulan kayıtların haksız şart olacağı düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin Ek 1-b bendinde ise; sözleşmeyi düzenleyen in, yükümlülüklerini tamamen veya kısmen yerine getirmemesi halinde veya ayıplı ifa etmesi durumunda tüketicinin haklarını engelleyen kayıtların haksız şart olduğu düzenlenmiştir.

14. Sürekli Borç İlişkilerinin Sürelerine İlişkin Kayıtlar

Hizmet ve eser sözleşmeleri bakımından sürekli borç ilişkisinde karşı tarafın iki yıldan fazla bir süre için bağlı kalmasını içeren veya karşı tarafı bir yıldan fazla bir süre için sözleşme ile bağlı kalacak şekilde sözleşmenin yenilenmesini öngören, zımni olarak uzatılmış olan sözleşme süresinin bitmesine üç aydan fazla kala fesih için bildirim yapılması gerektiği şeklinde konulan kayıtlar geçersizdir. (BGB §309/9)⁴¹³.

Hizmet sözleşmesi TBK. m. 393 vd. maddelerde düzenlenmiştir. Hizmet sözleşmesi TBK. m. 393 gereğince; işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan bir süre için iş görme borcu altına girdiği, işverenin ise yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmelerdir.

Belirli süreli hizmet sözleşmesi ise TBK. m. 430'da düzenlenmiş olup belirlenen sürenin bitiminden aksi kararlaştırılmamışsa fesih bildirimine gerek olmaksızın sona erer. Ancak belirli süreli sözleşme bitmesine rağmen işçi çalışmaya, işveren çalıştırmaya devam ediyorsa burada belirsiz süreli sözleşme söz konusudur. 10 yıldan uzun süre sözleşme devam ediyorsa bu durumda taraflar hizmet sözleşmesini 6 aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir.

Kullanan genel işlem şartı ile hizmet sözleşmesine 6 aylık daha uzun süre önce fesih bildiriminde bulunulmasını istiyorsa ve bu durum dürüstlük kurallarına aykırı olduğu hâkim tarafından değerlendirilmişse geçersiz olacaktır.

⁴¹³Yelmen, s.149-150, Şeker, s. 283-284, Bkz. Aydoğdu, s.153, dn.761.

TSHŞHY. Ek 1-g bendinde; belirli sözleşmelerde sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin konulan kayıtların haksız şart olacağı düzenlenmiştir.

15. Sözleşmede Kullanan Tarafın Değişebileceğine İlişkin Kayıtlar

Satım, ödünç, eser veya hizmet sözleşmelerinde, üçüncü kişinin adı belirlenmeden, diğer tarafa sözleşmeden dönme hakkı tanınmadıkça, kullanan tarafın değişebileceğine ilişkin kayıtlar geçersizdir (BGB §309/10)⁴¹⁴.

TBK. m. 205'te benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. TBK. m. 205/2'de sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilmiş olan izne istinaden veya sonradan onay verilerek yapılan anlaşma da sözleşmenin devri hükümlerine tabi olacağı bildirilmiştir. Kısacası sözleşmede, kullanan tarafından genel işlem şartı olarak kullanan tarafın değişebileceği hususunda bir genel işlem şartı sunulması ile karşı tarafın menfaati dürüstlük kurallarına aykırı şekilde ihlal edilebilir.

Nitekim karşı taraf güven ilişkisi içerisinde kullanan ile bir anlaşmaya varmakta ve bu genel işlem şartı nedeniyle sözleşmenin karşı tarafının kim olacağını bilemeden, sözleşme gereklerine uyulup uyulamayacağı riski ile karşı karşıya kalmaktadır. Bu durumda hakkaniyet ve dürüstlük kuralı gereği eğer taraf değişikliği ile karşı tarafa dönme imkânı tanınıyorsa ancak bu durumda genel işlem şartı geçerli olmalıdır.

Eğer üçüncü kişi belirlenmişse, karşı tarafa sözleşmeden dönme imkânı tanınmışsa bu durumda konulan kayıtlar geçerli olacaktır. TSHŞHY. Ek 1-m bendinde ise tüketicinin onayı çerçevesinde olabileceği aksi takdirde haksız şart olacağı belirtilmiştir.

16. Temsilcinin Sorumluluğuna İlişkin Kayıtlar

Temsil TBK. m. 40-48 arasında düzenlenmiştir. Temsil, bir kimsenin, hukuki olarak hüküm ve neticelerin temsil olunana ait olmak üzere, temsil olunan adına ve hesabına hukuki muamele yapabilmesidir⁴¹⁵. Ancak TBK. m. 40/2'de temsilci eğer hukuki işlemi yaparken temsilci olduğunu belirtmezse hukuki sonuçlarından kendisi sorumlu olacaktır.

⁴¹⁴Bkz. Yelmen, s. 151, Şeker, s. 284, Bkz. Aydoğdu, s.154, dn.766.

⁴¹⁵Eren, s.424-427, İnan/Yücel, s. 334, Yıldırım, s. 147, Karakılıç, s. 104.

Kullananın, karşı taraf adına sözleşmeyi yapacak olan temsilciyi, açıkça veya ayrı bir beyanla bildirmeksizin şahsen sorumlu tutulacağı veya borçlu yerine sorumlu olacağına ilişkin kayıtlar ile yetkisiz temsil durumunda BGB §179'da öngörülenden daha kapsamlı sorumluluk öngören kayıtlar geçersiz sayılmıştır⁴¹⁶.

Maddeden de anlaşılacağı için temsilcinin şahsen veya garanti yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için açıkça ve ayrı bir beyanla temsilciye durumu bildirmesi gerekir.

TBK. m. 46'da yetkisiz temsil hali düzenlenmiş olup, şayet yetkisiz temsilcinin işlemine temsil olunan icazet verirse bu durumda temsil olunan işlemle bağlı olur. Temsil olunanın icazet vermemesi hali ise TBK. m. 47'de düzenlenmiş ve zarar doğmuş ise ancak bu durumda zararı giderilmesi yetkisiz temsilciden istenebileceği hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla kullanan tarafından zararı aşan miktarda ve kapsamda sorumluluk yükleyen genel işlem şartı sunması durumunda bu şart geçersiz olacaktır.

17. İspat Yüküne İlişkin Kayıtlar

Kullananın, ispat yükünü karşı tarafın aleyhine olacak şekilde değiştiren, kendi sorumluluğunu karşı tarafa yüklediği, karşı tarafa bazı hususları teyit ettirdiği hükümler geçersizdir. (BGB §309/12)⁴¹⁷. Ancak kanun hükmünde bu konuda bir istisna öngörülmüştür. Buna göre; normal veya elektronik yolla imzalanmış olan alındı belgelerinde belirtilen hükümler geçerlidir.

TSHŞHK. Ek 1-n bendinde; tüketiciyi öngörülmemiş bir hakeme başvurusunu öngören, tüketicinin göstereceği delilleri ölçülü olmayacak şekilde kısıtlamak, sözleşmeyi düzenleyene ait olan ispat külfetini tüketiciye yükleyen ve bu sebeple hukuken başvuracağı yolları sınırlayan veya ortadan kalkmasına sebep olacak kayıtlar haksız şart olarak değerlendirilmiştir.

Nitekim Yargıtay'ın bir kararında; yazılı ispata ilişkin hükmün tüketiciyi külfet altına bırakması bakımından haksız şart olarak değerlendirilmiştir⁴¹⁸. Ayrıca Yargıtay'ın başka bir kararında ise; tarafların delil anlaşması yaparak davacı sigorta

⁴¹⁶Bkz. Yelmen, s. 151-152, Şeker, s. 284, Bkz. Aydoğdu, s.155, dn.769.

⁴¹⁷Bkz. Yelmen, s.152, Şeker, s. 285, Bkz. Aydoğdu, s.155-156, dn.771.

⁴¹⁸Yargıtay 13. HD. T:20/01/2010, E: 2009/9084, K:2010/235, Karar için; Cevdet İlhan Günay, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 166-167.

şirketinin defter ve belgelerinin münhasır delil olacağı düzenlenmişse de davalının defter ve belgelerinin karşı delil olarak sunmasında engel bulunmamaktadır hükmüne yer verilmiştir⁴¹⁹.

Yargıtay'ın bir diğer kararında ise; banka mevduat cüzdanının arkasında yer verilen genel esaslardaki “ uyuşmazlık anında banka kayıtları esas alınır.” şeklindeki kaydın delil sözleşmesi olarak değerlendirilemeyeceği, bir güven kuruluşu olan bankanın tek taraflı düzenlemiş olduğu “uyuşmazlık anında banka kayıtlarının esas alınacağına” ilişkin kayda dayanarak karşı tarafın cüzdan içeriği ile bağlı olmayacağı iddiasında bulunması hakkaniyete ve güven ilkesine uygun olmadığından bahsedilmiştir⁴²⁰.

Yargıtay kararından da anlaşılacağı üzere sadece kullananın elinde bulunan delillere dayanılabileceği ve bu delillere itiraz edilemeyeceğine ilişkin yer verilen şartın TBK. m. 26 ve 27'ye aykırı olacaktır⁴²¹.

18. Beyanların Ve Bildirimlerin Şekline İlişkin Hükümler

Karşı tarafın bildirimlerinin yazılı şekilden daha ağır bir şekilde kendisine veya üçüncü bir kişiye iletilmesini öngören ya da özel bir varma (ulaşma) şartı belirleyen kayıtlar geçersizdir (BGB §309/13)⁴²².

D. İÇERİK DENETİMİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

TBK. m.25'te içerik denetiminin yaptırımının ne olacağına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak madde gerekçesine baktığımızda içerik denetiminin müeyyidesinin dürüstlük kuralına aykırı olan genel işlem şartının TBK. m. 27/2 gereğince kesin hükümsüz olacağı, ancak kesin hükümsüz sayılan genel işlem şartı dışındaki hükümlerin geçerliliğini sürdüreceği belirtilmiştir.

Dolayısıyla içerik denetiminin yaptırımının kısmi kesin hükümsüzlük olduğu söylenebilir. Nitekim kısmi kesin hükümsüzlükte dürüstlük kuralına aykırılık taşıyan ve karşı taraf aleyhine olan hüküm geçersiz olup diğer kısımların geçerliliğini korur.

⁴¹⁹Yargıtay 11. HD. T:07/03/2014, E:2012/14396, K:2014/4363. www.kazancihukuk.com (E.T. 22/04/2019)

⁴²⁰YHGK, T:14/06/1995, E:1995/11-425, K:1995/616. www.kazancihukuk.com (E.T. 23/04/2019)

⁴²¹Şener Akyol, “Banka Sözleşmeleri”, *Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen'e Armağan*, Afa Matbaacılık, İstanbul, 2001, s.107, Yelmen, s. 153.

⁴²²Bkz.Yelmen, s. 153, Şeker, s.285, Bkz. Aydoğdu, s.156, dn.775.

TBK. m. 25 gerekçesinde her ne kadar yaptırımın kesin hükümsüzlük olarak kabul edilse de TBK. m.27/2'ye atıf yaptığı için kısmi kesin hükümsüz denilebilir⁴²³.

Doktrinde çoğunlukta olan görüşe göre de içerik denetiminin yaptırımı kısmi kesin hükümsüzlüktür. Ancak gerekçede hükümsüz sayılan hükümler olmaksızın sözleşme yapılmayacağı savının ileri sunulamayacağı belirtilmiş olup TBK. m. 22'de yer alan düzenlemenin TBK. m. 25 için de geçerli olacağı değerlendirilmiştir⁴²⁴. Ancak içerik denetiminin yaptırımının gerekçede belirtilmesi yerine kanunda açıkça belirtilmesi daha faydalı olurdu, nitekim doktrinde de bu yönde eleştiriler mevcuttur⁴²⁵.

Diğer yandan, sözleşme özgürlüğünün sınırlarına uymayan, emredici hükümlere, ahlaka, kişisel haklara, kamu düzenine aykırılık içeren hükümler TBK. m. 27 gereğince kesin olarak hükümsüzdür. Zira bu durumun içerik denetimi ile ilgisi olmayıp genel işlem şartlarının sözleşme özgürlüğü sınırlarında kalmasına rağmen dürüstlük kurallarına aykırılık taşıyacak şekilde karşı taraf aleyhine konulmuş bir şart var ise bu durumda yapılabilecek bir denetim yoludur.

Örneğin; kira sözleşmesine konulmuş bir genel işlem şartında kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde cezai şart öngörülmüş veya diğer kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin bir hüküm konulmuşsa burada içerik denetimi yapılmasına gerek olmaksızın TBK. m. 346'da yer alan hükme aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olması sonucunu doğurması gerekir. Şayet TBK. m. 346'daki gibi özel bir düzenleme söz konusu olmasaydı bu hükmün dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde karşı tarafın aleyhine sonuç doğurduğundan içerik denetimi yapılarak şartın geçersiz olacağı sonucuna varılması gerekir.

⁴²³ Aydoğdu, s.133, Antalya, s. 318, Cansel/Özel, s. 132, Yıldırım, s. 95.

⁴²⁴ Kırkbeşoğlu, s.66.

⁴²⁵ Atamer, Karşılaştırma, s. 62-63, Alpaslan Akman, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Şartları", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2012, C.86, S.5, s.240.

E.YASAL MEVZUATTA YER ALAN BAZI DÜZENLEMELERİN GENEL İŞLEM ŞARTLARI ÇERÇEVESİNDE İNCELENMESİ

1.TBK. m. 396, TBK. m. 444 vd. Maddelerinde Düzenlenen Rekabet Yasağına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi

İşçinin işverene karşı en önemli sorumluluğu iş sözleşmesinden kaynaklanan özen ve sadakat yükümlülüğüdür. TBK. m. 396/3'e göre; işçi işveren ile iş sözleşmesi devam ettiği sürece işvereni ile rekabette bulunamaz, sadakat yükümlülüklerine aykırı hareket edemez.

TBK. m. 444'te düzenlenen rekabet yasağına ilişkin sözleşme yapılabilmesi için işçinin fiil ehliyetine sahip olması, sözleşmenin sona ermiş olması, yazılı bir sözleşme olması, işverenin önemli bir zararına sebep olma durumunun söz konusu olması gerekir⁴²⁶.

Genel işlem şartları sözleşme türüne bağlı olmaksızın her sözleşme için uygulanabilir, her sözleşme için genel işlem şartlarının denetimi yapılabilmelidir. Bir görüşe göre toplu iş sözleşmelerinde genel işlem şartlarının uygulanması elverişlilik sağlanamasa da kişisel olarak yapılan iş sözleşmelerinde genel işlem şartları uygulanabilecektir⁴²⁷. Nitekim ayırım yapılmaksızın tüm sözleşmelerde genel işlem şartlarının uygulanması ve denetimin yapılmasında yasal olarak bir engel bulunmamaktadır. Günümüzde ise iş sözleşmelerinde rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler genel işlem şartı olarak sözleşmede yer almaktadır.

Yargıtay rekabet yasağına ilişkin düzenlemeye yer verilmiş bir iş sözleşmesinde; tarafların rekabet sözleşmesini yazılı şekilde yapmaları ancak bu yazılı şeklin özellik arz etmediği, adi yazılı şekilde yapılabileceği, tarafların önceden düzenlenen standart hükümlere yer verebileceği, işçinin zayıf olması nedeniyle korunması zorunluluğu bulunduğundan genel işlem şartlarının uygulanması gerektiği belirtilmiştir⁴²⁸.

⁴²⁶Şükriye Esra Baskan, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, s.117-118, file:///F:/y.l.tez/C2S2makale8.pdf (E.T.25.02.2013)

⁴²⁷Havutçu, TBK-GİŞ, s.32.

⁴²⁸Yargıtay 9. HD. T.28.03.2013, E:2010/25792, K:2013/10539. www.kazancihukuk.com (E.T.25/02/2019.)

Yargıtay'ın bir diğer kararında ise; ilk derece mahkemesince işverenin rekabet yasağına uyulmaması nedeniyle cezai şart belirlenmesine ilişkin oluşan uyuşmazlıkta davalının konunun TBK. m. 21 gereğince bağlayıcı nitelik taşımaması gerektiği nedeniyle cezai şart talebinin reddi istenilmiş, rekabet yasağı ve cezai şartın işçiyi yükümlülük altına soktuğu ve sözleşmenin standart sözleşme niteliğinde olması dolayısıyla tek taraflı işverence düzenlendiği, işverenin sorumluluğunun olmadığı göz önüne alındığında genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeler gereğince işçinin cezai şartın ve rekabet yasağına ilişkin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerle bağlı olmayacağı gerekçesiyle davanın reddine hükmedildiği, Yargıtay tarafından konu sadece sözleşmenin yapıldığı tarihte 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olması sebebiyle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerinin 6101 sayılı Kanun'un 1 inci maddesi gereğince hükümlerin geçmişe etkili olmayacağından ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına hükmedilmiştir⁴²⁹.

Yargıtay'ın söz konusu kararında ilk derece mahkemesi kararında genel işlem şartlarına ilişkin denetimin uygun olmadığı hukuken uygun olmayacağı şeklinde bir nitelendirme yapılmamış sadece iş sözleşmesi yapıldığında genel işlem şartlarına ilişkin koruyucu düzenlemelere 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer verilmediği ve geçmişe etkili olmayacağı 6101 sayılı Kanun ile düzenlendiğinden bu gerekçe ile bozmuştur. Eğer söz konusu iş sözleşmesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılmış olsa idi genel işlem şartlarına ilişkin koruyucu hükümlerin uygulanacağı açıktır.

2.6102 Sayılı TTK. m. 55 Hükümünün Değerlendirilmesi

Dürüstlük kuralına aykırı olan davranışlar ve ticari uygulamaları içeren TTK. m. 55'teki hükümler haksız rekabet oluşturacak hususlara yer verilmiş olup bir ticari sözleşmede haksız rekabet anlamına gelmeyecek yani TTK. m. 55 kapsamında sayılabilecek bir şart bulunmaması halinde genel nitelikteki TBK. m. 20-25 hükümleri uygulama alanı bulur. Özel nitelikte olan hükümlerde bir düzenlemeye yer verilmediği zaman genel nitelikte olan hükümler uygulanacaktır. Bu durum özel

⁴²⁹Yargıtay 11. HD. T:18.09.2017, E:2016/1821,K:2017/4467, www.kazancihukuk.com(E.T. 25.02.2019)

hükümün (lexspecialis), genel hükme (lexgeneralis) göre öncelikle uygulanacağına ilişkin ilkedden kaynaklanmaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre; her iki tarafın da tacir olduğu ticari sözleşmelerde TBK. m. 20-25'in uygulanmaması gerektiği, genel işlem şartları ile sağlanan korumadan tacirlerin yararlanamayacağı belirtilmiştir⁴³⁰. Ancak bu fikre katılmak mümkün değildir. Zira genel işlem şartları bakımından bir ayırım görülmemiş herkesin genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerden yararlanabileceği belirtilmiştir⁴³¹.

Genel işlem şartlarının tacirlere uygulanmayacağı savında olanlara göre TTK. m. 54 vd. yer alan haksız rekabete ilişkin hükümlerin tacirler bakımından uygulanmasının asıl olduğu belirtilse de söz konusu hükümlerin amacı haksız rekabetin korunması dürüst ticareti sağlamak olduğundan TTK. m.55/f hükmü ile TBK. m. 20-25 hükümleri farklı nitelikte olup farklı yaptırımlar içermektedir⁴³².

TTK. m. 55'te düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı davranışlar için açılacak davalar TTK. m. 56'da yer almakta olup Türk Ticaret Kanunu kapsamında yapılacak denetimde bir sözleşme olmasa dahi soyut nitelikte bir denetim yapılabilecekken dürüstlük kuralına dayalı denetim olan TBK. m. 25 kapsamındaki içerik denetiminde ortada geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme olması ve denetim neticesinde dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı bulunması durumunda geçersizlik yaptırımı söz konusu olacaktır⁴³³.

Somut olayda hem TTK. m. 55/f hem de TBK. 20-25 söz konusu olabilecektir. Bu durumda bir görüşe göre yarışan haklar söz konusu olacağından TBK. m. 60'ın söz konusu olabileceği, kanunda aksi öngörülmedikçe en iyi giderim imkânı sağlayan hükme göre uyuşmazlığın çözümlenmesi gerektiği belirtilmiştir⁴³⁴.

Sözleşme öncesi haksız rekabete ilişkin kurallar ve rekabet hukukuna ilişkin düzenlemeler genel işlem şartlarında içerik denetimini destekler nitelikte olan özel düzenlemelerdir.

⁴³⁰ Antalya, s.294-295, Topçuoğlu, s.28.

⁴³¹ Altop, GİŞ-Armağan, s.254-257, Altop, Sempozyum, s. 35, Açıkgöz, s.243, Topçuoğlu, s. 17.

⁴³² Aydoğdu, s. 165.

⁴³³ Aydoğdu, s. 165-166, Uzunallı, s.391.

⁴³⁴ Uzunallı, s. 414-415, TTK. m. 55/f özel hüküm niteliğinde olduğundan boşluk bulunması durumunda TBK. m. 20-25 uygulanmalıdır görüşü için bkz. Oğuzman/Öz, s. 165.

3.6502 Sayılı TKHK. m. 5 Hükümünün Değerlendirilmesi

6502 sayılı Kanun ile düzenlenen “haksız şartlar” kavramı ile Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenen “genel işlem şartları” arasındaki en önemli fark uygulama alanı bakımından görülür. Nitekim Türk Borçlar Kanunu genel kanun olması ve “genel işlem şartlarının” herkesçe kullanılıyorken, 6502 sayılı kanun Türk Borçlar Kanunu’na göre özel hüküm ihtiva etmesi ve sözleşmenin taraflarından birinin tüketici olması halinde uygulama alanı bulur. Sözleşmenin taraflarından biri tüketici ise ilk önce 6502 sayılı Kanun hükümleri uygulanacak Kanun’da uygulanacak bir hüküm bulunmadığı takdirde genel hükümler olan Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen genel işlem şartları hükümleri uygulanacaktır⁴³⁵.

6502 sayılı Kanun’un 5’inci maddesinde “haksız şart” kavramının tanımlaması yapılmıştır. Buna göre; tüketici ile önceden müzakere edilmeksizin sözleşmede yer edinen ve tüketici aleyhine dürüstlük ilkesine aykırı olarak dengesizlik sonucu oluşturan kayıtlar olarak tanımlanmış olup haksız şart bulunması halinde bu şartların kesin hükümsüz olacağı belirtilmiştir.

6502 sayılı Kanundan önce yürürlükte olan 4077 sayılı TKHK’da “iyiniyet kuralına” aykırılık hususundan bahsedilmekte ve kastedilenin dürüstlük kuralı olduğu savı ileri sürülmekteyken 6502 sayılı Kanunda “dürüstlük kuralı” ibaresinin yer alması yerinde olmuştur⁴³⁶.

Diğer yandan, haksız şartın söz konusu olabilmesi için TBK. m. 20-25’den farklı olarak “birden çok kişi ile sözleşme yapma amacının” olması gerekmekte, “tüketici ile müzakere edilmemesi hususu” yeterli görülmektedir⁴³⁷. Nitekim gerek 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gerekse bu kanun kapsamında çıkarılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelikte; tüketici ile müzakere edilmeksizin sözleşmeye dahil edilen ve dürüstlük kurallarına aykırı olacak şekilde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarının haksız

⁴³⁵Atamer, Karşılaştırma, s. 10, Altop, GİŞ-Armağan, s. 254-257, İnan/Yücel, s.308, Açıkğöz, s.248, Akipek Öcal, GİK, s. 199.

⁴³⁶Aydoğdu, s. 184, Çınar, s.143, Karataş, s. 56.

⁴³⁷Antalya, s. 293, Açıkğöz, s. 247, Karataş, s. 53.

şart olarak nitelendirileceği belirtilmiş olup esas alınması gereken kriter, dürüstlük kuralına aykırılık taşıyıp taşımadığıdır⁴³⁸.

6502 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde de Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerdekine benzer bir düzenlemeye yer verilmekte ve haksız şart niteliğinde olan kayıtların dışındaki sözleşme hükümlerinin geçerli olacağı ve bahsedilen şartlar olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı ileri sürülemeyeceğinden bahsedilmiş olup TBK. m. 22'de bu duruma benzer hükümler ihtiva etmektedir.

6502 sayılı Kanun'da haksız şartların kesin hükümsüz olacağı düzenlenmişken içerik denetimi dışında TBK. m. 21 ve 24'te genel işlem şartlarının yazılmamış sayılacağı şeklinde bir müeyyide öngörülmüştür. Ancak her ne kadar nitelendirme ve öngörülen sonuçlar farklı olsa da sözleşmede menfaate aykırı olan haksız şart veya genel işlem şartları olmaksızın diğer hükümlerin geçerliliğini koruyacağı her iki kanun düzenlemesinde yer almaktadır.

Müzakere edilmemesi hususu, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da daha geniş değerlendirilmiştir. Önceden hazırlanan şart standart sözleşmede yer almışsa, tüketici içeriğe etki edemiyorsa, şartın müzakere edilmediği kabul edilecektir. Eğer müzakere edildiği iddiası mevcut ise bu durum sözleşmeyi düzenleyen ispat etmelidir. Sözleşme bütününe bakılarak bir değerlendirmede bulunduğumuzda sözleşmenin standart nitelikte bir sözleşme olduğu sonucuna varılırsa sözleşmenin belirli unsurlarının karşılıklı görüşülmüş olması halinde sözleşmenin geri kalan hükümlerine 6502 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin uygulanmasında bir engel bulunmamaktadır.

TBK. m. 23'te düzenlenen genel işlem şartlarının yorumlanmasına ilişkin hükmün benzeri aynı şekilde 6502 sayılı Kanunun 5/4'üncü maddesinde de düzenlenmiştir. Buna göre konulan şart, tüketicinin anlayabileceği nitelikte değilse, açık bir dille ifade edilmemişse veya birden fazla anlama gelecek şekildeyse bu durumda tüketici lehine yorumlanacaktır.

Haksız şarta ilişkin genellikle kredi kartı üyelik ücreti, dosya masrafı adı altında önceden açıkça belirlenmeden banka tarafından tüketiciden tahsil edilen

⁴³⁸Havutçu, s.172, Uzunallı, s.403-404, Çınar, s.145, Karataş, s. 132.

bedellerin tüketici aleyhine haksız şart niteliğinde olduğu Yargıtay tarafından değerlendirilmiştir⁴³⁹.

Yargıtay başka bir kararında⁴⁴⁰ banka alacağından dolayı maaş hesabından sözleşme ile ancak ¼ ünden mahsup işlemi yapabileceği, onun dışında tüm maaşın bloke edilerek banka alacakları için el konulmasına ilişkin sözleşme hükmünün tüketici ile müzakere edilmeden kararlaştırılması ve tüketiciye külfet yüklemesi nedeniyle haksız şart olarak değerlendirilmesi yönünde karar vermiştir.

4.5464 Sayılı BKKKK. m. 24. ve m. 26 Hükümlerinin Değerlendirilmesi

5464 sayılı Kanun'un 24 vd. maddelerinde sözleşme şekli ve genel işlem şartları düzenlenmiştir. Kanun'un 24'üncü maddesinde kart hamillerini koruyucu hükümlere yer verilmiş, sözleşme hükümleri ve kartın kullanımı hakkında kart hamilinin ayrıntılı olarak bilgilendirilmesi gerektiği, kart hamilinin haklarını zedeleyecek şekilde kart çıkararak kuruluşun lehine tek taraflı haksız şart sağlayacak hükümlere yer verilemeyeceği gibi koruyucu nitelikte emredici düzenlemelere yer verilmiştir.

BKKKK. m. 24/3'te; hesap özetinde asgari ödeme tutarı son ödeme tarihine kadar ödenmediği takdirde kart hamiline ödenmeyen kısım bakımından sözleşme ile kararlaştırılmış olan gecikme faizi dışında bir yükümlülük yükletilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu durumda kullanan konumundaki banka genel işlem şartları ile gecikme faizi dışında başka adlar altında bir yükümlülük karşı taraftan bekleyemez⁴⁴¹.

Yargıtay'ın banka tarafından tüketiciden tahsil edilen nakit avans ücretinin alınmasının mümkün olduğu ve bu durumun haksız şart olarak değerlendirilemeyeceği şeklinde aksi yönde kararları vardır. Söz konusu kararda⁴⁴²; 5464 sayılı Kanun'un 24/3 maddesinde kartla hizmet ve mal alımını, kart sahibinin yapmış olduğu işlemler dolayısıyla sözleşme ile belirlenmeyen komisyon, masraf vb. adlar altında herhangi bir ücret alınmayacağı belirtilmişse de taksitli avans çekimi

⁴³⁹Yargıtay 19.HD. T:20/06/2018, E:2016/18151, K:2018/3419, kazancihukuk.com (E.T. 26/02/2019)

⁴⁴⁰Yargıtay 13. HD. T.14.04.2010, E:2009/14991, K:2010/5048, kazancihukuk.com (E.T. 26/02/2019)

⁴⁴¹Mehmet Bahtiyar, "Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun, Sözleşme Şekli ve Genel İşlem Şartlarına İlişkin 24-26. Maddelerinin Değerlendirilmesi", *Makaleler II*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s.338.

⁴⁴²Yargıtay 19.HD. T:30/05/2018, E:2016/18336, K:2018/3098, kazancihukuk.com (E.T. 26/02/2019)

nedeni ile kişinin hesabından kesilen komisyonunun kanun kapsamında belirtilen ücret olarak nitelendirilemeyeceği, bu krediye emek sarf etmeden kolaylıkla ulaşılabildiği ve bankaların kar sağlamak için kurulan kuruluşlar olmaları göz önüne alındığında ve ayrıca kredi kartı ekstreleri ile işlem ücretlerine ilişkin bilgi verildiği, tüketicinin sözleşmeyi sürdürme zorunluluğunun bulunmadığı hususları da gözetildiğinde banka tarafından alınan nakit avans ücretinde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varıldığı şeklinde hüküm tesis edilmiştir.

BKMMM. m. 26/1'de; bir hesap dönemine ilişkin toplam borç miktarı ya da hesap bakiyesi üzerinden, o dönemin hesap özeti düzenlendiği hesap kesim tarihinden önceki bir tarihten itibaren faiz yürütülebileceği yönünde sözleşmede yer verilen düzenlemelerin hükümsüz olduğu belirtilmiştir. Kısaca faiz hesap kesim tarihinden itibaren işlemesi gerekirken hesap kesim tarihinden önceki bir tarihi baz alarak faiz işletilebileceğine ilişkin konulmuş bir genel işlem şartı varsa geçersiz olacaktır.

Diğer yandan BKMMM. m. 26/2'de ise; temerrüt hali de dâhil olmak üzere kart uygulamalarından kaynaklanan borca birleşik faiz uygulanamayacaktır. Kanun hükmünün aksine olarak konulan genel işlem şartı de geçersiz olacaktır.

5. TBK. m. 115 ve m. 116 Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Sözleşme ile kararlaştırılan borcu hiç yahut gereğince yerine getirmeyen, kusuru ile borcun ifasının mümkün olmamasına sebep olan borçlu bu nedenle alacaklının uğramış olduğu zararı tazmin etmekle mükelleftir. Bu tazmin yükümlülüğü eğer zarar meydana gelmeden önce sözleşmenin karşı tarafı ile anlaşarak kısmen veya tamamen sınırlandırılabilir. Eğer zarar meydana gelmişse bu durumda sorumsuzluk anlaşması yapılmış olmaz bu durumda taraflarca yapılmış bir sulh vardır⁴⁴³.

Sorumsuzluk anlaşması tarafların asli veya ferî yükümlülüklerine ilişkin bir etkide bulunmamakta sadece tazmine ilişkin oluşan sorumluluğu sınırlamaktadır⁴⁴⁴. TBK. m. 115'te düzenlenen sorumsuzluk anlaşması ile TBK. m. 116'da düzenlenen yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk maddelerinde emredici nitelikteki

⁴⁴³Erten, s.91. Akman, Sorumsuzluk, s. 44.

⁴⁴⁴Nilgün Başalp, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s.17.

hükümlere yer verilmiş olup önceden genel işlem şartları ile düzenlenecek sorumsuzluk kayıtlarında emredici olan hükümlere aykırılık söz konusu olursa bu durumda genel işlem şartı olarak düzenlenen sorumsuzluk kayıtlarına geçerlilik tanınmamalıdır. Bu durumda dürüstlük kurallarına uygun olup olmadığı hususlarının incelenmesine gerek bulunmamaktadır. Zira emredici hükümlere aykırılık söz konusudur. Ancak sorumsuzluk kayıtlarına ilişkin kuralları sözleşmenin yedek hukuk kurallarından sapma gösterirse bu durumda sözleşmenin zayıf tarafının menfaati önemli ölçüde ihlal edilmiş ise bu durumda sorumsuzluk kayıtları hükümsüz sayılmalı ve genel işlem şartı olarak sunulan sorumsuzluk kayıtlarını kullanan taraf bu kayıtların kabul edilmemesi halinde sözleşmeyi hiç yapmayacaktım savında bulunamamalıdır⁴⁴⁵.

İspat yükünün alacaklı aleyhine değiştirilmesi, bir malvarlığının sorumluluk dışı bırakılması, belirli bir meblağ ile sınırlı sorumluluk kabul edilmesi, zamanaşımı sürelerinin kısaltılması gibi hükümler sözleşme kapsamında yer alabilir. Bu kapsam dâhilinde bu hükümlerin de sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir⁴⁴⁶.

Sorumsuzluk kaydı genel işlem şartı olarak karşı tarafa sunulmuş, karşı tarafın hâkimiyet alanına girerek kabul edilmişse, söz konusu şartlar sözleşmeye yabancı veya alışılmadık hükümler taşııyorsa bu durumda yürürlük denetiminden geçmiş olur. Bu durumdan sonra sunulan şartlar birden fazla anlama gelecek nitelikte de değilse bu durumda yorum denetiminden de başarıyla geçmiş olacak ve son olarak TBK. m. 25'te yer alan içerik denetimine uygun olup olmadığına bakılacaktır. Eğer genel işlem şartı olarak konulan sorumsuzluk kaydı dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı taraf aleyhine sonuçlar doğuracak durumunu ağırlaştırarak nitelik taşıyorsa bu durumda konulan kaydın hükümsüzlüğüne karar verilmesi gerekecektir.

Nitekim TBK. m. 115 çerçevesinde hafif kusurdan dolayı yapılan bir sorumsuzluk anlaşmasında bu kayıt geçerlidir. Zira bireysel olarak bir sözleşme ile kararlaştırılmış olup genel işlem şartı olarak sunulan sorumsuzluk kaydına ilişkin yapılacak denetim bireysel sözleşmeye göre daha katıdır. Zira bireysel sözleşme ile

⁴⁴⁵Ayan, Elif, s.3.

⁴⁴⁶Atamer, Denetleme, s.250.

konulan sorumsuzluk anlaşması geçerliliğini korurken genel işlem şartı olarak sunulan sorumsuzluk kaydı TBK. m. 25 gereğince hükümsüz sayılabilir⁴⁴⁷.

6. TTK. m. 854 Hükümünün Değerlendirilmesi

TTK. m. 854'te taşıyıcıya, taşıma işleri komisyoncusuna veya faaliyetini Devletin vermiş olduğu izin ile yürütebilecek taşıma işletmelerine yüklenen sorumlulukların, önceden hafifletilmesi veya kaldırılmasına ilişkin konulacak sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu belirtilmiştir. Ayrıca sadece sözleşme hükmü olması yeterli görülmemiş, genel işlem şartı olarak sorumluluğun hafifletilmesi veya kaldırılması hallerinde de geçersiz olacağı belirtilmiştir.

TBK. m. 20-25'te düzenlenen genel işlem şartları genel hüküm olduğundan kanunlarda ayrıca bir düzenleme olmadıkça uygulanabilecek kanun hükümleridir. Taşıma sözleşmelerinde sorumluluğu hafifletecek veya kaldıracak nitelikte bir genel işlem şartı düzenlenmişse burada kanun hükmü açık olup emredici hüküm getirildiğinden burada genel hüküm olan TBK. m. 20-25 uygulama alanı bulmayacaktır.

Konuya ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında; TTK. m. 854'te (ETTK. m. 776) taşıma sözleşmelerinde sorumluluğu hafifleten veyahut kaldıracak nitelikteki kayıtların geçersiz olduğuna ilişkin hükmün emredici hüküm olması sebebiyle Türk Ticaret Kanunu hükmü karşısında tarafların koymuş oldukları genel şartnamedeki sorumluluğu sınırlandıran hükümlerin geçersiz olduğu ve uygulanamayacağı belirtilmiştir⁴⁴⁸.

7. TBK. m. 301 Hükümünün Değerlendirilmesi

Kiraya verenin teslim borcunu düzenleyen TBK. m. 301'de genel işlem şartlarına ilişkin özel bir hükme yer verilmiştir. Buna göre; kiraya veren, kiralananı belirlenen zamanda, amacına uygun olarak kullanıma elverişli şekilde teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumu korumakla yükümlüdür. Konut ve çatılı işyerinde kiracı aleyhine bu hüküm değiştirilemez, diğer kira sözleşmelerinde ise kiracı aleyhine hükme aykırı olacak şekilde genel işlem şartı konulamayacaktır.

⁴⁴⁷ Çınar, s.181.

⁴⁴⁸YHGK T:03/07/1981, E:1979/1775, K:1981/563. www.kazancihukuk.com (E.T. 23/04/2019)

Söz konusu kanun hükmü de emredici nitelikte olduğundan aksine konulan kayıtlar geçersizdir⁴⁴⁹. Bu durumda konulan kayıtlar bakımından emredici hükme aykırılık söz konusu olduğu için içerik denetimi bakımından değil TBK m. 27 gereğince geçersizlik söz konusu olacaktır.

8. 6502 Sayılı TKHK. 32 vd. Maddeleri İle Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin Değerlendirilmesi

6502 sayılı Kanun'un 32'nci maddesinin ikinci fıkrasında; geçerli bir şekilde kurulmamış sözleşmenin tüketici aleyhine olacak şekilde konut finansmanı kurulunca geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği hükmü düzenlenmiştir. Aynı Kanunun 33 üncü maddesinde ise; konut finansmanı kurulunca, konut finansmanı sözleşmesinin şartlarını içeren bir sözleşme öncesi bilgilendirme formunu makul bir süre önce tüketiciye sunmak zorundadır.

Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesinde ise sözleşme öncesi bilgilendirme formunun neleri içereceği hususlarında bir düzenleme yapılmıştır. Bütün bu düzenlemeler ve getirilen şartlar aslında birer idari denetim mekanizmasıdır. Sözleşmeye konulmuş genel işlem şartının idari bir denetimden geçiyor olması yargısal denetime engel teşkil etmeyecektir⁴⁵⁰. İdari denetim sözleşme yapılmadan önce yapılan bir denetim iken yargısal denetim sözleşme yapıldıktan sonra ortaya çıkan uyuşmazlık üzerinde yapılan denetimdir⁴⁵¹.

Kanun'un ve Yönetmeliğin bu maddeleri tüketiciyi koruyucu hükümler olup Türk Borçlar Kanununun genel işlem şartlarının koruduğu hukuki değerlerle aynıdır. Nitekim Yargıtay bir kararında; konut finansmanı kuruluşunca tüketiciye gerekli bilgilendirmenin yapılması gerektiği, sözleşme öncesi bilgi formu verilmesinin zorunlu olduğu ve söz konusu formun takip eden bir iş günü geçmeden sözleşmenin imzalanması halinde sözleşmenin geçersiz olacağı, tüketiciye verilen sözleşme öncesi bilgilendirme formunda krediye ilişkin bir bilgilendirme yapılmaması, masraf tutarlarının yazılmaması durumunda tüketiciden dosya masrafı alınmasına ilişkin tüketici aleyhine sözleşmede hükme yer verilmesi halinde bu hükümlerin tüketici bakımından haksız şart kapsamında olduğu, karşılıklı müzakere edilmediğinden

⁴⁴⁹Yelmen, s. 155.

⁴⁵⁰Havutçu, s.49-50.

⁴⁵¹Toprak, s. 153, Detaylı bilgi için bkz. Açıkgöz, s.224-249.

tüketiciyi bağlamayacağı, tüketiciye fazladan külfet getiren, hukuki durumunun ağırlaşmasına sebebiyet veren tek taraflı dayatma neticesinde dosya masrafı adı altında kredi tahsisi için alınması gereken zorunlu masraflardan olmaması durumunun TBK. m. 25'te yer alan genel işlem şartlarının dürüstlük ilkesine aykırı olarak karşı taraf aleyhine olacak şekilde onun durumunu ağırlaştıracak hükümlerin konulamayacağına ilişkin hükümler gereğince de bir hizmetin karşılığı olmaksızın dosya masrafı alınmasına ilişkin şartın geçersiz olması sebebiyle tüketiciye iade edilmesi gerektiği, aynı şekilde tüketicinin düşük faiz oranında kredinin uyarlanması talebinin yerine getirilirken zorunlu bir masraf bulunmadığı, ödeme planının değişmesi ile bir masraf yapılmamasına rağmen tüketiciden değişiklik masrafı alınması, uyarlamanın düşük faiz oranı üzerinden sözleşmenin devam ettirilmesi anlamına gelmesine rağmen kredinin erken kapatılması ücreti alacağına ilişkin tek taraflı olarak, karşılıklı müzakere edilmeden belirleme yapılmasının tüketici aleyhine haksız şart olduğu, bu durumun da TBK. m. 25 gereğince aykırılık teşkil edeceğinden 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde haksız alınan bedellerin iadesinin istenebileceği belirtilmiştir⁴⁵².

Ancak doktrinde bir görüşe göre; konut finansmanı sözleşmesi imzalanıyorsa bu durumda tüketicinin lehine olacak şekilde bir sözleşme akdedildiği için sözleşme yapılması ve devamı aşamasında ortaya çıkacak masraflara tüketici katlanması gerektiği, konut finansman kuruluşunun bu masrafları isteyebilmesi için tüketiciye açık bir şekilde gerekçesini bildirmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁵³.

Diğer yandan, Yargıtay konut kredisi kullanılırken yapılan konut sigortasını için ödenen primleri tüketicinin de menfaatine olması nedeniyle haksız şart olarak kabul etmemektedir⁴⁵⁴. Doktrinde bir görüş; Yargıtay'ın bu şekilde vermiş olduğu kararlara katılmamakta ve sigorta yaptırmanın ihtiyari olduğunu, zorunlu unsur olarak sunulması durumunun ancak ihtiyari niteliğinin özellikle tüketiciye

⁴⁵²Yargıtay 13. HD. T.05/03/2013 E:2013/3682, K:2013/5249. www.kazancihukuk.com (E.T. 11.03.2019), Yargıtay 13. HD. T.05/03/2013 E:2013/3682, K:2013/5249, www.kazancihukuk.com (E.T. 11/03/2019)

⁴⁵³Sezer Çabri, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 258.

⁴⁵⁴Yargıtay 13. HD. T.09/10/2015 E:2015/6721, K:2015/29292. www.kazancihukuk.com (E.T. 11/03/2019.)

bildirilerek aydınlatmanın yapılması halinde mümkün olabileceği, aksi takdirde haksız şart kabul edilmesi gerektiği belirtmektedir⁴⁵⁵.

Bir diğer görüşe göre ise; bir taraf her ne kadar tüketici olursa olsun bankalar kar elde etmeyi amaçlayan tacirler olduklarından faiz talep edilmesi ve kredi masraflarının istenmesinin doğal olduğunu ancak talep edilecek miktarın önceden belirlenmesi gerektiği, sözleşmede gösterilmemişse talep edilememesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁵⁶.

Doktrindeki görüşü tümüyle benimsemek doğru olmayacaktır. Nitekim genel işlem şartları karşı tarafa sunulurken şartların varlığının karşı tarafça öğrenilmesi sağlanmalıdır. Karşı tarafı şartların ne anlama geldiği, niteliğinin ne olduğu vb. şekilde bilgilendirme yapmakla genel işlem şartlarını kullanan yükümlü değildir. Zira konut kredilerinde de Kanun ve Yönetmelik gereği sözleşme öncesi bilgilendirme formu karşı tarafa sözleşmeden önce sunulmak zorunda olup bu formda yer verilmesi gereken unsurlardan olduğundan tüketiciler kendi menfaatlerine de sonuç doğurduğu göz önüne alındığında sigorta için alınan primlerin haksız şart olarak değerlendirilmesi uygun değildir. Bu nedenle Yargıtay'ın görüşü hukuka ve yasal mevzuata uygundur.

⁴⁵⁵ Aydoğdu, s.53.

⁴⁵⁶ Şebnem Akipek, *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 1999, s. 313 vd.

SONUÇ

Sanayi devrimi ile birlikte ticari hayatın büyümesiyle belirli bir tipte sözleşme yapma ihtiyacına binaen hayatımıza giren genel işlem şartlarına ilişkin kanuni düzenlemeye Türk Borçlar Kanunu'nda 1 Temmuz 2012 tarihinde yer verilmiştir.

Genel işlem şartları kullanan tarafından tek taraflı olarak önceden hazırlanarak çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla karşı tarafa sözleşmenin kurulduğu sırada sunulan sözleşme hükümleridir. Genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için müzakere edilmemesi gerekir, aksi takdirde bireysel sözleşme söz konusu olacaktır.

Genel işlem şartları ile sözleşme özgürlüğüne kısmi de olsa bir sınırlandırma getirildiğinden koruyucu hükümler konulma ihtiyacı doğması sebebiyle Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilmiştir.

Diğer yandan genel işlem şartlarının sözleşme özgürlüğü kavramından sonraki maddelerde düzenlenmesi kanunun sistematigi ile daha uygun olurdu. Nitekim sözleşme özgürlüğünün kısmen sınırlanması şeklinde düzenlenen genel işlem şartlarının sözleşme özgürlüğünden bahsedilmesinden sonra kanunda yer verilmesi sistematik bakımdan daha doğrudur.

Genel işlem şartlarının kapsam (yürürlük), yorum ve içerik denetimi olmak üzere üç çeşit denetim öngörülmüştür. Kapsam denetiminde; genel işlem koşullarının sözleşme hükmü haline gelip gelmediğine ilişkin yapılmakta olan denetim olduğu, kapsam denetiminden geçmeyen genel işlem şartları hakkında diğer denetimlerin yapılmasına gerek olmadığı, zira sözleşme hükmü haline gelmeyeceği sözleşme metnine dâhil olmayacağı sonucu doğacaktır. Yürürlük denetiminde denetim karşı tarafa genel işlem şartlarının varlığı hakkında bilgi verilip öğrenme imkânı sağlanıp sağlanmadığı karşı tarafın rızası ile kabul edip etmediği hususları araştırılır.

TBK. m. 21/1'de "karşı tarafın menfaatine aykırı" olan genel işlem şartlarına yürürlük denetimi kapsamında değerlendirilerek içerik denetimi ile karışması muhtemel olduğu ve yürürlük denetiminde genel işlem şartlarının esasına girilmediğinden "karşı tarafın menfaatine aykırı" ibaresinin kavram kargaşası yaratmaması bakımından kanun metninden çıkarılması gerekir.

Yürürlük denetiminin yaptırımını olan yazılmamış sayılma kavramının hukuki niteliği bakımından doktrinde tartışma bulunsa da kanaatimizce yazılmamış sayılma kavramının “sözleşme metnine dâhil edilmemesi “ anlamına gelmektedir.

TBK. m. 24’te değiştirme yasağına ilişkin düzenlemeye yer verilmiş olup tek taraflı olarak karşı tarafın aleyhine olacak şekilde değiştirilemeyeceği veya yeni bir hüküm konulamayacağı belirtilmiştir. Bu nitelikteki bir genel işlem şartının yazılmamış sayılacağı kanunda belirtilmiş olmasına rağmen kanun maddesinin gerekçesine bakıldığında kesin hükümsüzlük yaptırımını ile yazılmamış sayılmanın birbirine karıştırıldığı görülmektedir. Zira gerekçede sözleşmenin bir hükmünün tek taraflı olarak değiştirileceğine veya yeni bir hüküm getirilebileceğine ilişkin yetki veren genel işlem şartlarının TBK. m. 27/2’nin ilk cümlesi gereğince kesin hükümsüz olacağı ancak ikinci cümle hükmünün uygulanmayacağı belirtilmektedir. Buradan da görüleceği üzere gerekçede kavram karışıklığı söz konusu olmuştur. Nitekim Kanun’da açıkça yazılmamış sayılacağı düzenlenmiştir.

Yorum denetiminde ise birden fazla anlam taşıyan veya yeterince açık olmayan genel işlem şartlarının kullanan aleyhine yorumlanması gerektiği TBK. m. 23’te düzenlenmiştir. Bu konuda da gerek doktrinde tartışmalar bulunmakta olup yeterince açık olmayan bir hükmün bulunması halinde geçersiz sayılması gerektiği şeklinde değerlendirmeler yapılmakta olup Yargıtay bazı kararları ile de bu görüşü desteklemektedir. Ancak kanun metni açık olup yeterince açık olmayan veya birden fazla anlama gelen genel işlem şartlarının kullanan aleyhine yorumlanacağı belirtilmiştir. Türk Borçlar Kanunu ile genel işlem şartları düzenlenmeden önce de Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun ile de tüketici lehine yorum yapılması gerektiği belirtiliyordu. Nitekim Yargıtay’ın da metni kaleme alan aleyhine yorum yapılması gerektiği şeklinde kararları mevcuttur. Kanaatimizce genel işlem şartlarının yorumlanması gerektiği zaman tarafların iradelerine bakılarak farazi iradelerine göre yorum yapılmalıdır.

Bir diğer denetim şekli olan içerik denetimi ise TBK. m. 25’te düzenlenmiş olup kanunda “genel işlem şartlarına” dürüstlük kurallarına aykırı olacak şekilde karşı tarafın durumunu ağırlaştıracak nitelikte hükümler konulamayacağı belirtilmiştir. Kanun metninde yer alan “genel işlem şartlarına” ibaresinin “genel işlem şartı içeren sözleşmelere” şeklinde düzenleme yapılsaydı daha isabetli olurdu.

İçerik denetiminde asıl olan menfaat dengesizliğinin giderilmesi olup içerik denetimi sırasında dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde karşı tarafın durumunu ağırlaştıracak bir hükme yer verilmesi halinde yaptırımının ne olacağına kanunda yer verilmesi de gerekçede kesin hükümsüzlük ile sonuçlanacağı belirtilmiştir.

Ancak genel işlem şartlarının, sözleşme özgürlüğünün sınırları olan kanunun emredici hükmüne, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olan ve konusu imkansız olan bir hüküm ihtiva etmesi halinde TBK. m. 27 gereğince zaten kesin hükümsüz olacağından ayrıca TBK. m. 25 gereğince dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığını değerlendirmeye gerek bulunmamaktadır. Zira zaten Türk Borçlar Kanunu gereğince kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıya kalınacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nda içerik denetimi neticesinde geçersizliğine hükmedilecek şartların neler olduğuna ilişkin bir belirleme Alman Medeni Kanunu'nun aksine yapılmamıştır. Bu nedenle somut olay çerçevesinde değerlendirme yapılarak dürüstlük ilkesine aykırı olacak şekilde karşı tarafın durumunu ağırlaştıracak nitelikte şartlar kesin hükümsüz olacaktır.

KAYNAKÇA

AÇIKGÖZ, Osman, *Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

AKÇAAL, Mehmet, “Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C. XVIII, S.1, s. 62-82.

AKINCI, Şahin, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, Sayram Yayınları, Konya, 2011.

AKINTÜRK, Turgut7 KARAMAN ATEŞ, Derya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.

AKINTÜRK, Turgut/ KARAMAN ATEŞ, Derya, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku Birinci Cilt*, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.

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

AKİPEK ÖCAL, Şebnem, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Konu Bakımından Uygulama Alanı”, *İzmir Barosu Dergisi*, 2015 Eylül, Y.80, S.3, s.187-206.(GİK)

AKKANAT, Halil, “Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının MK. m.2 Hükmü Aracılığı ile Aşılması: Örnek Bir Yargıtay Kararı ve Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN’e Armağan*, C.II, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2007, s.1655-1668.

AKMAN, Alpaslan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Şartları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.86, S.5, 2012, s.231-242.

AKMAN, Sermet, “Genel İşlem Şartları”, *Günümüzde Yargı Dergisi*, İstanbul, 1979, S.35, s.13-18. (GİŞ)

AKMAN, Sermet, Galip, *Sorumsuzluk Anlaşması*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976. (Sorumsuzluk)

AKSOY DURSUN, Sanem, *Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.

AKYOL, Şener, *Sözleşmenin Yorumu*, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2010. (Sözleşme)

AKYOL, Şener, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006. (Dürüstlük)

AKYOL, Şener, “Banka Sözleşmeleri”, *Ord. Prof. Dr. Kemalettin Birsen’e Armağan*, Afa Matbaacılık, İstanbul, 2001.

Şener Akyol, *Medeni Hukukta Çelişki Yasası*, Prof. Dr. Feyzi N. Feyzioğlu’nun Anısına Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

ALTOP, Atilla, Genel İşlem Koşulları, *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 27-44. (Sempozyum)

ALTOP, Atilla, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları”, *Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı*, Çizgi Basım YAYIN, İstanbul, 2007, s.254-260. (GİŞ-Armağan)

ANTALYA, Gökhan, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.

ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

ARIKAN, Mustafa, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması Kavramı ve Bunun Sözleşmeye Etkisi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII, S.3-4, 2012, , s.19-28. (Yazılmamış Sayılma)

ARIKAN, Mustafa, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları”, 6098 Satılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No:III, *Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul, 2012, s.69-74. (Armağan)

ARKAN, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2015.

ATAMER, Yeşim. M., “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Ağustos, 2005, s.8-37. (Tasarı).

ATAMER, Yemiş M., Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55/f.1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, *Türk Hukukuna Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, 8 Nisan 2011, BATİDER, Ankara, 2012, s.9-73 (Karşılaştırma).

ATAMER, Yeşim M., *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2001. (Denetleme)

ATAMER, Yeşim M., “Tüketici Hukukunun Gelişimi: Dünü, Bugünü ve Yarını”, Editör: Ebru CEYLAN, Tüketicinin Korunması Semineri, 2-4 Kasım 2006, *Türkiye Adalet Akademisi Yayınları*, Ankara, 2007, s.21-32. (Tüketici)

ATAMER, Yeşim, “Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurabilecek Değerlendirme Kriterleri”, *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013. s.103-137. (Sempozyum)

ATAMER, Yeşim. M., *Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları*, İstanbul Ticaret Odası Yayını, İstanbul, 2001-08. (İTO Raporu)

ATAMER, Yeşim M., “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Bazı Düşünceler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul, C.LXIII, S.1-2, 2005, s.171-191. (Boşluk)

ATEŞ, Derya, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2007. (Ahlaka Aykırılık)

ATEŞ, Derya, “ Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, S.72, 2007, s.75-93. (Dürüstlük Kuralları)

AYAN, Mehmet, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.

AYAN, Elif, “Genel İşlem Koşullarındaki Sorumsuzluk Kayıtlarının Hukuken Değerlendirilmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2016, C.XX, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/20_3_1.pdf (E.T.18.01.2019.), s.3-36.

AYDIN, Sema, “Alım Satıma Aracılık Çerçeve Sözleşmelerinde Yer Alan Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.V, S.1, 2008, s.101-123.

AYDOĞDU, Murat, **Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

BAĞRIAÇIK, Safiye Nur, “Genel İşlem Şartları ve Denetlenmesi” **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, İstanbul, Temmuz 2012, C.11, S. 2, s. 141-173.

BAHTİYAR, Mehmet, “Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nun, Sözleşme Şekli ve Genel İşlem Şartlarına İlişkin 24-26. Maddelerinin Değerlendirilmesi”, **Makaleler II**, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

BAHTİYAR, Mehmet, “Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması”, **Yargıtay Dergisi**, C.22, Ocak-Nisan, S.1-2, 1996, s.76-98. (GİŞ-Tüketici)

BASKAN, Şükriye Esra, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi” **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012, <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C2S2makale8.pdf> (E.T.25.02.2019), s.116-125.

BAŞ, Ece, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi”, **Prof. Dr. Mustafa DURAL’a Armağan**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013, s. 276-306.

BAŞALP, Nilgün, “Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler”, **Prof. Dr. Şener AKYOL’a Armağan**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2011, s.221-238.

BAŞALP, Nilgün, **Sorumluluk Anlaşmaları**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

BAŞPINAR, Veysel, *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998.

BAYSAL, Başak, “Türk Borçlar Hukuku’nun Yürürlüğü”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2012, C.LXX, S.1, s. 221-244.

BOSTANCI, Şebnem, “Genel İşlem Şartları”, <http://www.hukukiboyut.com/arsiv/d2009112493649.pdf>, (E.T.24.01.2019) s..

BÜYÜKSAGİS, Erdem, “İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlandırılması Üzerine Mostazo Claro’nun Düşündükleri” , *Prof. Dr. Aydın Zevklilere Armağan*, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Birleşik Matbaacılık, İzmir, C.8, Özel Sayı, 2013, s.675-711.

CANSEL, Erol/ ÖZEL, Çağlar, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

ÇABRİ, Sezer, *Konut Finansmanı Sözleşmeleri*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

ÇINAR, Ömer, *Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2009.

DEMİR, Mehmet, “2008 Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Genel İşlem Koşullarına İlişkin Maddelerinin (m.20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, S.76, 2008, s.217-230. (Öneriler)

DEMİR, Mehmet, “Ceza Şart Kaydına Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Verilmesi Sorunu”, *Prof. Dr. A.Şeref Gözübüyük’e Armağan*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2005, s.437-447. (Armağan)

DİZDAR, Ali Murat ,“Genel İşlem Şartları”, *Bankacılar Dergisi*, S.72, Mart 2010, s.85-93.

DOĞAN, Gül, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları”, *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013, s.459-473.

DURAK, Yasemin, “Güven Sorumluluğu ve ‘Culpa In Contrahendo’”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017, C.25, S.1, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/333283> (E.T. 16/04/2019), s.239-288.

DURAL, Mustafa/ SARI, Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2006.

EDİS, Seyfullah, “Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği”, **Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’na 70. Yaş Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, S.367, 1975, s.447-460.

ENGİN, Baki İlkey, “Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması”, **Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi Türk- İsviçre Günleri**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s.75-100.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

ERTEN, Ali, **Sorumsuzluk Şartları**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1977.

GÖRGEÇ, Başak, “Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.19, S.1, 2013, s.403-440.

GÜLERCİ, Altan Fahri, “Banka Kredilerinde Tüketicilerden Tahsil Edilen Ücret ve Masrafların Tüketici Hukuku ve Sözleşme Özgürlüğü Bakımından Değerlendirilmesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2015, C.6, S.1. <https://dergipark.org.tr/download/article-file/208335>, (E.T. 01/11/2017), s.87-128.

GÜLERCİ, Altan Fahri/ KILINÇ, Ayşe, **6098 Sayılı Yeni TBK ile Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

GÜNAY, Cevdet İlhan, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

GÜNGÖR, Gonca Hayriye, “Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşullarına Bakış ve Öneriler (I)”, **Legal Hukuk Dergisi**, İstanbul, 2005 Haziran, S.30, s.2099-2103.

HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2011.

HAVUTÇU, Ayşe, **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, Güncel Hukuk Yayınları, 2003.

HAVUTÇU, Ayşe, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **İzmir Barosu Dergisi**, Y:76, Nisan 2011, S:2, s.29-46. (TBK-GİŞ).

HAVUTÇU, Ayşe, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun’un Kapsamı” , **Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyumu**, Terazi Hukuk Dergisi, Özel Sayı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, C.9, 2014, s.8-20. (TKHK)

HELVACI, İlhan, **Gerekçeli-Karşılaştırmalı- İctihatlı- Notlu Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

İNAN, Ali Naim/YÜCEL, Özge, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

KAPLAN, İbrahim **Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2013 (Müdahale).

KAPLAN, İbrahim, **Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları**, BATİDER, C.XVI, S.2, 1991, s.47-89. (Standart)

KARAGÖZ, Veli, “Tip İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.VIII, S.1-2, 2004, <http://hukukdergi.erkincan.edu.tr> (E.T. 22/04/2019), s.593-606.

KARAKILIÇ, Hasan **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

KARATAŞ, Zeynep **“6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Haksız Şartlar”**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.

KARTAL, Doğan, “*Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar*”, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2008.

KAŞAK, Esra, “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, S.1, 2012, s.415-430.

KAYAR, İsmail, “Kredi Sözleşmelerindeki Bankaya Tek Yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulanması” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan, C.1, S.2, Aralık 1997, s.82-93.

KILIÇOğLU, Ahmet Mithat, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2016.

KIRKBEŞOğLU, Nagehan, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2011.

KOCAMAN, Arif B. “Bankaların Tacir ve Sanayiciler ile Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukuki Açından Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri”, *Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp’e Armağan*, C.I, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s.1085-1127.

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

KOCAYUSUFPAŞAOğLU, Necip/ HATEMİ Hüseyin/ SEROZAN Rona/ ARPACI, Abdulkadir, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, Filiz Yayınevi, İstanbul, 2010.

KOÇ, Nevzat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Sempozyum No: III, *Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan*, Legal Yayıncılık, 2011, s.89-92.

KUNTALP, Erden, “Bankalar ve Genel İşlem Koşulları” *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar 8 Nisan 2011*, BATİDER, Ankara, 2012, s.81-102. (Banka)

KUNTALP, Erden/BARLAS, Nami/ AYANOĞLU MORALI, Ahi/ ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, Pelin/ İPEK, Mehtap/ YAŞAR, Mert/ KOÇ, Sedef, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler**, Beta Yayınları, İstanbul, 2005.(Değerlendirme)

KÜÇÜKYALÇIN, Arzu, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.53, S.4, 2004, s.101-123.

OĞUZ, Cemal, “**Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırlaması**”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1993.

OĞUZMAN, M. Kemal/ BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2012.

OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Cilt I, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2013.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin, “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**,2001, C.50, S.1, s.55-90.

ÖZ, Turgut, “Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, İstanbul, Aralık, 2002, S.1-2., s.128-151.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, **Genel İşlem Şartlarında Şaşırtıcı ve Beklenmedik Şartlar TBK m. 21/II**, http://dergipark.gov.tr/download/article-file/373230_s.2356. (E.T.26/03/2019), s.2349-2360.

ÖZEL, Çağlar, “Haksız İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması Sorusuna Bir Bakış ve Almanya Örneği”, **BATIDER**, 1999, C.XX, S:2, s.51-69.

ÖZSUNAY, Ergun, **Borçlar Hukuku I, Giriş- Hukuki Muameleden Doğan Borçlar- Nedensiz Zenginleşmeleri**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1983.

ÖZTAN, Bilge, **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2009.

REHBİNDER, Manfred (Çev. Ömer Teoman), “Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması”, *Ord. Prof.Dr.Ernst E. Hirsch’e Armağan*, İÜHFM Özel Sayısı,C.XIII,S.1-4,İstanbul,1977,

<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023004570/1023004162>,

(E.T.24.01.2019), s.641-653.

REİSOĞLU, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.

REİSOĞLU, Seza, “Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi”, *Bankacılar Dergisi*,2011, S.77. www.tbb.org.tr/Dosyalar/Dergiler/Dokumanlar/Dergi77.pdf (E.T. 13.01.2019), s.108-121.

RUHİ, Ahmet Cemal, *Sözleşmeler Hukuku*, C.1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

SİRMEN, Lale, Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 8 Nisan 2011, BATİDER*, Ankara, 2012, s. 109-133.

SOYER, M. Polat, “Genel İş Koşulları”, *BASİSEN Eğitim ve Kültür Yayınları*, İstanbul, 1987, S.11.

ŞEKER, Muzaffer, *Yazılmamış Sayılma*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, *Borçlar Hukuku*, Cilt I, 5. Baskı, İstanbul, 1985.

TEKİNALP, Ünal “Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları”, *Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’in Hatırasına Armağan*, Ankara, 1986, s.120-160.

TOPÇUOĞLU, Metin, “Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlali ve Sonuçları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C.XIX, S.4, s.3-69.

TOPRAK, Serap, *Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerine Yansımaları Olarak Haksız Sözleşme Şartları Üzerine Bir İnceleme*, Uzmanlık Tezi, Ankara, Mayıs, 2009, <https://docplayer.biz.tr/132125-T-c-sanayi-ve-ticaret-bakanligi-tuketicinin-ve-rekabetin-korunmasi-genel-mudurlugu.html> (E.T. 13/04/2019).

TOPUZ, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi”, *Prof. Dr. Mustafa DURAL’a Armağan*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013, s.1138-1174.

TUNÇOMAĞ, Kenan, “1962 Yılında Yayınlanmış Borçlar Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları Üzerine Kısa İncelemeler”, *BATİDER*, 1964, C.II, s.417-450.

ULUSAN, İlhan, “Türk Borçlar Kanunu’ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler”, *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013, s.1219-1228. (Düşünceler)

ULUSAN, İlhan, “Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Dergisi*, İstanbul, Aralık, 2004, s.27-47. (İçerik Denetimi)

UYGUN, Hülya, “Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Önemli Bir Yenilik: Genel İşlem Koşullarının Denetimi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul, 2013, C.87, S.3, s.34-48.

UYGUR, Turgut, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.

UZUNALLI, Sevilay, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi”, *Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2013, C.LXXI, S.2, s. 383-420.

ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, N. Füsün, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, 2015.

ÜNAL, Akın, *Kelepçeleme Sözleşmeleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

VELDET, Hıfzı, *Türk Medeni Hukuku, Cilt1, Başlangıç ve Şahsın Hukuku*, İstanbul Matbaacılık, İstanbul, 1948.

VEZİOROĞLU, Cem, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul, 2010, S.5, s.3073-3083.

YALÇIN, Onur, *Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Geçerliliği*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

YALMAN, Süleyman/ BOSTANCI, Yalçın/ KIZIR, Mahmut, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Genel İşlem ve Koşulları ile İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Konya Barosu Dergisi*, 2012, S:23, s.18-23.

YAVUZ, Nihat, **Öğretide ve Uygulamada Sözleşmedeki Haksız Şartlar (Haksız Sözleşme Şartı)**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.

YAVUZ, Selçuk, “*Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından Haksız Şartlar*”, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.

YELMEN, Adem, *Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

YENİOCAK, Umut, “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, Temmuz- Ağustos, 2013, S.107, s.75-96.

YILDIRIM, Abdulkerim, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

ZAPATA, Tan Tahsin, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.

ZEVKLİLER, Aydın, *Medeni Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku- Aile Hukuku*, Savaş Yayınları, Ankara, 1995.