

T.C.
İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ



GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Burcu KESKİN

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Bilim Dalı

HAZİRAN, 2021

T.C.
İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ



GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Burcu KESKİN
(Y1812. 220001)

Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Bilim Dalı

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Öğr. Üyesi Pakize Ezgi AKBULUT

HAZİRAN, 2021

ONAY FORMU

ONUR SÖZÜ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Genel İşlem Koşullarının Denetimi” adlı çalışmanın, tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurulmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin Bibliyografya’da gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve onurumla beyan ederim. (18/06/2021)

Burcu KESKİN

ÖNSÖZ

Globalleşen dünyada ülkelerin başta ticaret olmak üzere her alanda birbirine bağımlı hale gelmesi ve teknolojiadaki gelişim sonucu gerek yurt içi gerekse uluslararası arenada kurum ve kuruluşların çok sayıda ve değişik alanlarda sözleşme yapma ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Söz konusu bu sözleşmelerin yapımı ve bunların yapımındaki hızlilik gerekliliği de “Genel işlem koşullarının” kullanım alanını genişletip kullanıcı sayısını artırmıştır. Yapılan bu sözleşmelerde yer alan genel işlem koşullarının belirlenmesine müdahil olmayan taraf içinde çok sayıda hak kayıpları olduğu görülmüştür. Bu hak kayıplarının en aza indirilmesi amacıyla da genel işlem koşullarının denetimi hakkındaki düzenlemeler TBK ile birlikte hukuk dünyamıza girmiştir.

Bu çalışmamda genel işlem koşullarının denetiminin hukuki niteliği, koşulları, amacı ve aşamalarını artı eksi yönlerin incelenmesi amaçlanmıştır. Çalışma konunun belirlenmesinde ve hazırlama sürecinin her aşamasında değerli bilgilerini, tecrübelerini ve zamanını benden esirgemeyerek her zaman destek sağlayan, yönlendirme ve bilgilendirmeleriyle çalışmamı hukuk bilimine uygun temeller ışığında şekillendiren değerli hocam Sayın Dr. Öğr. Üyesi Pakize Ezgi AKBULUT’a sonsuz teşekkür eder, saygılarımı sunarım.

Haziran, 2021

Burcu KESKİN

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

ÖZET

Genel işlem koşulları, aynı tip sözleşmelerde kullanılmak üzere, önceden tek taraflı olarak hazırlanan ve benzer içeriğe sahip koşullardır. Bu sözleşmeler tek taraflı olarak sözleşmenin kurulma anından önceki bir zamanda hazırlandığı için karşı tarafın bu koşullara müdahale etmesi mümkün olmamaktadır. Bu sebeple de söz konusu genel işlem koşullarının uygulanması sırasında sözleşmenin temeli olan karşılıklı irade uyuşmasının varlığı konusunda şüpheler ortaya çıkmaktadır.

Bu şüphelerin ortadan kaldırılması ve genel işlem koşullarından haberi olmayan karşı tarafın; aleyhine olan hususlar hakkında tam bir bilgi sahibi olması ve korunmasının sağlanması amacıyla, kanun yoluyla sözleşmelere müdahale edilmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Söz konusu bu müdahale, genel işlem koşullarının idari ve yargısal olarak denetimi aracılığıyla sağlanmaktadır. Çalışmamızın ana konusunu oluşturan genel işlem koşullarının yargısal denetimi temelde; yürürlük denetimi, yorum denetimi, içerik denetimi olmak üzere üç aşamadan oluşmaktadır.

Çalışmamda genel işlem koşullarının denetimini her ne kadar TBK çerçevesinde incelesem de TTK ve TKHK kapsamında da bu konuda düzenlemeler bulunduğu görüldüğünden, konu haksız rekabet ve haksız şartlar bakımından da incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Genel işlem koşulları, Genel İşlem Koşullarının Denetimi, TTK ve TKHK açısından içerik denetimi

INSPECTION GENERAL TRANSACTION CONDITIONS

ABSTRACT

Auditing of general transaction conditions are contracts with the same content, prepared unilaterally in advance to be used in similar contracts. It is not possible for the other party to intervene in these contracts. Because these contracts were prepared before the parties signed. Therefore, the implementation of these general transaction conditions creates doubts about the existence of mutual declarations of will, which is the basis for the establishment of the contract.

We need administrative and judicial control to remove these doubts and to ensure that the other party is aware of the situations that are against them and to protect them against these adverse conditions. In general operating conditions

There are three types of controls. These are enforcement control, comment control and content moderation. In our study, we tried to examine the general transaction conditions within the framework of TTK and TKHK as well as within the framework of TBK.

Keywords: General Transaction Conditions, Inspection of General Transaction Conditions, Content Control in Terms of TTK and TKHK

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	v
ÖZET.....	vii
ABSTRACT.....	ix
İÇİNDEKİLER.....	xi
KISALTMALAR.....	xiii
I. GİRİŞ.....	1
II. TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE GENEL İŞLEM KOŞULLARININ TANIMI, UNSURLARI VE 818 SAYILI BORÇLAR KANUNU İLE FARKLARI	3
A. Genel Olarak.....	3
B. Genel İşlem Koşullarının Tanımı ve Uygulama Alanı.....	7
C. Genel İşlem Koşullarının Unsurları.....	13
1. Tek Taraflı Olarak Sözleşmenin Kurulmasından Önce Hazırlanması	13
2. Aynı Nitelikte Birden Fazla Sözleşme İçin Belirlenmesi	17
3. Sözleşmenin Diğer Tarafının Bilgilendirilmesi	18
D. Genel İşlem Koşullarının Hukuki Niteliği.....	22
E. Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunları Bakımından Genel İşlem Koşullarının Farkı.....	24
1. Genel.....	24
2. 818 Sayılı Borçlar Kanunu Döneminde Genel İşlem Koşulları.....	24
3. 6098 Sayılı TBK Döneminde Genel İşlem Koşullarındaki Yenilikler.....	27
III. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU KAPSAMINDA GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ.....	28
A. Genel	28
B. İdari Denetim.....	32
C. Yargısal Denetim.....	33
1. Yürürlük Denetimi.....	34
a. Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları için yürürlük denetimi (TBK m. 21/1).....	40

b. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı genel işlem koşulları için yürürlük denetimi (TBK m. 21/2).....	43
c. Yürürlük denetiminin yaptırımı: Yazılmamış sayılma.....	47
2. Yorum denetimi.....	56
3. İçerik denetimi.....	64
a. Genel hukuk kurallarıyla (TBK m. 27) içerik denetimi.....	65
b. Genel işlem koşullarına özgü hukuk kurallarıyla içerik denetimi.....	67
i. Genel olarak.....	67
ii. TBK m. 24 kapsamında içerik denetimi (Değiştirme yasağı).....	68
iii. TBK m. 25 kapsamında içerik denetimi.....	71
c. İçerik denetiminin yaptırımı: Kısmi geçersizlik.....	83
IV. SONUÇ.....	86
V. KAYNAKLAR.....	96
ÖZGEÇMİŞ.....	102

KISALTMALAR

- AB.** : Avrupa Birliği
a.g.e. : Adı geçen eser
a.g.m. : Adı geçen makale
BGB : Alman Medeni Kanun'u (Bürgerliches Gesetzbuch)
bkz. : Bakınız
C. : Cilt
dn. : Dipnot
E. : Esas Sayısı
K. : Karar Sayısı
S. : Sayı
s. : Sayılı
ss. : Sayfa Sayısı
TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TK : 6762 sayılı Ticaret Kanunu
TKHK : 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
m. : Madde
vd. : Ve devamı

I. GİRİŞ

Yüzyıllardır insanlar birbirleriyle etkileşim içinde olmuş ve bir şekilde karşılıklı alışveriş yapmak durumunda kalmışlardır. Bu etkileşimin zamanla gelişip büyümesi ve alışverişin kâr amacıyla yapılmaya başlanması beraberinde sözleşme yapılma ihtiyacını da ortaya çıkarmıştır. Bu nedenle asıl olan ve ilk ortaya çıkan sözleşme şekli bireysel sözleşmedir. Bu sözleşmede taraflar karşı karşıya gelir, asıl edim ve yan edimler konusunda pazarlık yapılarak kendi özgür iradeleriyle bir sonuca varırlardı. Bireysel sözleşmede taraf iradeleri üstün olduğu için aleyhte olan hükümler de geçerli olup, buna tarafın kendisi katlanmak zorundadır.

Ancak tarihsel gelişimde sanayi devrimi sonucu hızlı üretimin sağlanması, ticari hayata hız kazandırmış ve sözleşmelerin sınırlarını genişletmeye başlamıştır. Hatta günümüzde birçok işlem online yapılabildiği için artık yüz yüze gelmeye dahi ihtiyaç kalmamıştır. Böylece sözleşmeler daha global bir hal almıştır. Bu da dolaylı olarak sözleşmelerin daha hızlı yapılması gerekliliğini ortaya çıkarmış ve matbu ya da standart sözleşme olma şekline dönüşümüne sebep olmuştur. Ancak bu durum sözleşme hükümlerini uzatarak kısa sürede okunamayacak ve anlaşılması zor hale getirmiştir. Bu da sözleşmenin temel unsuru olan birbirine uygun karşılıklı irade beyanlarında eksikliğe ve çoğu zaman karşı tarafın kendisine dayatılan sözleşme hükümleri konusunda bilgi sahibi olmadan onaylamasına sebep olmuştur. Bu onayda beraberinde mağduriyetleri getirmiştir.

Önceden çoğunlukla şirketler arasında olan sözleşme yapma ihtiyacı teknolojinin ve insanlığın gelişimi ile birlikte bireyselliğe dönüşmüş ve günümüzde hemen hemen bütün insanlar artık birçok sözleşmeye imza atmak durumunda kalmışlardır. Bu da bütün insanların bir şekilde sözleşmelerde yer alan genel işlem koşullarıyla karşı karşıya gelmesine ve bunları onaylamasına sebep olmuştur. Bu şekilde önceden, tek taraflı olarak hazırlanan standart sözleşmeler, farklı isimlendirmeler olsa da genel olarak ve TBK’de ‘genel işlem koşulları’ olarak adlandırılmıştır. Bende çalışmamda bu adlandırmayı kullanarak; genel işlem koşullarının yıllar içerisindeki uygulamalarında yaşanan sorunları, özellikle sözleşmenin hazırlanma aşamasında

sözleşme hükümlerine müdahil olma imkânı bulamayarak zayıf konumda kalanların mağduriyetini ve bunların korunma ihtiyacından doğan kanun gücü ile bu tehlikenin bertaraf edilmesi maksadıyla hukukumuzda girmiş olan sözleşme genel işlem koşullarının denetimini incelenmiş bulunmaktayım.

Genel işlem koşullarının denetimi, hukukumuzda tüm sözleşme tiplerini kapsayacak şekilde uygulanabilmesinin önünü TBK ile birlikte açmıştır. TBK'den önceki dönemlerde özel kanunlar veya yargı kararlarıyla kısıtlı da olsa bir şekilde genel işlem koşullarının denetimi uygulama alanı bulmuştur. Ancak bu şekildeki denetim uygulamaları, maalesef ki yeterli olamamıştır. Genel işlem koşullu sözleşmelerin, tek tarafça hazırlanması ve karşı tarafın da çoğu zaman içeriğini bilmeden kabul etmek durumunda kalması sebebiyle; sözleşme hükümlerinin oluşturduğu dengesizliğin giderilmesi genel işlem koşullarının denetiminin gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Bu kapsamda TBK ile birlikte hukukumuzda giren genel işlem koşullarının denetimi üç başlık altında toplanabilir. Bunlar; yürürlük, yorum ve içerik denetimidir. Doktrinde bu konu da birçok tasnif bulunmakla birlikte daha temel ve TBK'ye uygun olması sebebiyle çalışmamızda bu tasnif tercih edilmiştir¹.

Çalışmamız genel işlem koşullarının denetimi genelinde incelenmekle birlikte; öncelikle genel işlem koşullarının tanımı yapılmış ve sonrasında unsurlarından bahsedilmesini müteakip, genel işlem koşullarının denetimi konusunda doktrinde bulunan diğer tasnifler ve var olan tartışmalar incelenerek hazırlanmıştır. Bu kapsamda özellikle TTK haksız rekabet ve TKHK haksız şart başlığı altında düzenlenen genel işlem koşullarının özel görünümleri, genel kanun olan TBK m. 20-25 hükümleri ile ortak bir payda da toplanarak incelenmeye çalışılmıştır.

¹ Bkz. aşağıda II, ss. 23 vd.

II. TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE GENEL İŞLEM KOŞULLARININ TANIMI VE UNSURLARI

A. Genel Olarak

Genel işlem koşulları, 17. ve 18. yy'da ortaya çıkan insanı daha da özgürleştiren ve özgür iradesini ortaya çıkartan düşünce akımlarıyla birlikte devletin sosyal ve ekonomik hayata müdahalesi sadece koruma faktörüne doğru yönelmiştir. Böylece daha liberal ekonomi anlayışı gelişirken, 19. yy'da sanayi devrimi ile birlikte kapalı tarım ekonomisi yerini uluslararası boyutta birbirlerine muhtaç ve iş bölümüne ihtiyaç duyan işletmelere bırakmaya başlamıştır. Ancak 2.Dünya savaşıdan sonra devletin ekonomiye müdahale etmemesi anlayışının yanı sıra bireyin korunması gerekliliğini de ortaya çıkarmıştır². Böylece ekonomiye müdahale etmeyen ancak piyasa koşullarını ve bireylerin güçlünün karşısında korunduğu bir anlayış ortaya çıkmıştır.

Özellikle sanayi devriminden sonra hız kazanan ticari hayat, devamında ticari ilişkilerin artmasını ve özellikle büyük firmaların mükerrer sözleşmeleri yapmasını gerektirmiştir. Buda zaman kazanma amacıyla sözleşmelerinin daha hızlı yapılması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Bu gereklilik, zaman içerisinde genel işlem koşullu sözleşmelerin oluşumuna neden olmuştur. Genel işlem koşullarının ilk kullanım alanlarının ise demiryolu taşımacılığı alanında yapılan sözleşmeler olmakla birlikte, 1880'li yıllardan günümüze kadar olan süreçte çoğunlukla sigortacılık, bankacılık ve abonelik sözleşmelerinde kullanıldığı görülmektedir³.

Genel işlem koşullu sözleşme, birden fazla sözleşmenin gerçek ya da tüzel kişilerle yapılacak olan ve bir tarafça, genellikle güçlü tarafça, önceden hazırlanmış ve hızlı olma amacı taşıyan sözleşme yapma ihtiyacından ortaya çıkmıştır. Her ne kadar genel işlem koşullu sözleşme hayatın hızına ayak uydurma avantajını sağlasa da tek

² Yeşim M. Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s .9-26

³ Murat Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları Şerhi**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, ss. 16; Lale Sirmen, 'Genel İşlem Şartları Kavramı', **İzmir Barosu Dergisi**, S. 3,2015, ss. 207-226

tarafli hazirlanmasi sebebiyle karshi taraf icinde bircok rizikoyu da icinde barindirmaktadir. Bu rizikolarda da surec icerisinde devletin genel islem kosullarina mudahil olmasini gerektirmektedir. Aslinda taraflar arasindaki dengesizligin duzenlenmesi ve adil olmayan sozlesme kosullarina mudahale edilerek dengesizligin ortadan kaldirilmesi sosyal devlet anlayisinin gerekliligidir⁴. Genel olarak bakildiginda genel islem kosullarinin denetimi dualist bir yapida duzenlenmistir⁵. Yani sozlesme oncesinde denetim ve sozlesme gerceklestikten sonra yapilan denetim olmakla birlikte, TBK’de yer alan genel hukum niteliginde ve ozel kanunlarda yer alan denetimler olarak duzenlenmistir.

Genel islem kosullarinin denetimi hakkında ilk duzenlemeler Polonya’da yapilan 1933 tarihli Borclar Kanunu ve Italya’da gerceklestirilen 1942 tarihli degisiklikle Medeni Kanun’da bulunmaktadir. Boylelikle genel islem kosullarinin denetimi kanunlara girmeye baslamistir⁶. Genel islem kosullu terimi, Alman hukukunda 1977 yilinda yururluge giren Genel islem Sartlari Hukukunun Duzenlemesi Hakkinda Yasa ile duzenlenmistir. Daha sonra ise 2001 yilinda bu kanun kaldirilarak Alman Medeni Kanun Kapsamina alinmistir⁷. Alman Hukuku bakımından uc asamali bir denetim kabul edilmiştir. Bu acidan sosyal ve ekonomik olarak zayıf konumda olan sozlesmenin karshi tarafını sozlesmeye dahil edilen genel islem kosullari hakkında bilgi verme ve kendisine genel islem kosullarının ogrenilmesi firsati verme yukumlulugunun incelendigi yururluk denetimi birinci asamayı olusturmaktadır. Daha sonra ise yorum denetimi asamasi ile bazı yorum teknikleri, lehe yorum ve bireysel sozlesme hukumlerine oncelik taninmasi duzenlenmistir. Son asama ise icerik denetimidir. Icerik denetimi ise mutlak gecersiz olan hukumler ve hakimnin takdirine birakilan kosullar olarak ele alinmistir⁸. Alman Medeni Kanun BGB§310’a gore

⁴ Antalya, **a.g.e.**, ss. 399; Ömer Ali Girgin, ‘‘Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesinin Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi’’, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 1, 2019, ss. 144-145

⁵ Aydoğdu, **a.g.m.**, ss. 5

⁶ Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 21

⁷ Safiye Nur Bağrıaçık, ‘‘Genel İşlem Şartları ve Denetlenmesi’’, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 1, 2013, ss. 141-176; Genel İşlem Koşullarının tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, **a.g.e.**, ss. 9-26; Murat AYDOĞDU, ‘‘ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulanma Alanı’’, *E- Journal of Yasar University (Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi)*, C. 8, Özel Sayı, 2013, ss. 571-621 (www.dergipark.com.tr)

⁸ Atamer, **a.g.e.**, ss. 40-41

TBK'den farklı olarak genel işlem koşulları; aile, miras, şirketler hukuku ile toplu sözleşmeler, şirket ve hizmet sözleşmeleri için geçerli değildir⁹.

İsviçre hukukunda ise genel işlem koşulları, 1988 yılında Haksız Rekabetin Önlenmesine İlişkin Kanun ile düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda haksız rekabet başlığı altında düzenlenmesiyle tacirler koruma altına alınmıştır¹⁰. İsviçre Hukukunda genel işlem koşulları, haksız rekabet başlığı altında incelendiği için daha çok ticaret hayatı yönelik olarak düzenlenmiştir. Bu alandaki en büyük yenilik ise Avrupa Birliği Konseyi 5 Nisan 1993 tarihinde Tüketici Sözleşmelerindeki Kötüye Kullanılabilir Hükümler Hakkında Yönergenin kabul edilmesi olmuştur. Ancak bu yönergede genel işlem koşullarının denetimi konusunda sadece içerik denetimi üzerinde durulmuştur. İçerik denetimini ise hükümlerin ayrı ayrı pazarlık konusu edilip edilmediği çerçevesinde değerlendirmektedir¹¹.

Bizim hukuk sistemimize ise genel hukuk kuralı olarak; genel işlem koşulları ve yargısal denetimi, 2011 yılında kabul edilen TBK ile birlikte girmiştir. Mukayeseli hukuk açısından bakıldığı zaman genel işlem koşullarının denetiminin bizim sistemimize girişi konusunda geç kalındığı açıktır. Bizim hukuk sistemimiz, genel işlem koşullarının denetimi konusunda düalist yapıyı tercih ederek hem sözleşme öncesinde hem de sözleşme ile ilgili özel kanunlardaki düzenlemeler ile denetimi sağlamaktadır¹². Bazı özel kanunlarla da sözleşme öncesi idari denetim düzenlenmiştir¹³. Ancak TBK'de yargısal denetimi düzenleyerek, sözleşme sonrasındaki yargısal olarak yapılacak olan denetimi sağlamıştır. Sözleşme sonrası yapılacak olan yargısal denetim; Türk Borçlar Kanunu düzenlenmesinin yanı sıra, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun, Türk Ticaret Kanunu, 5464 s. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu gibi özel kanunlarla genel işlem koşullarının denetimini karşımıza çıkarmaktadır.

Doktrinde genel işlem koşulları için çoğunlukla standart sözleşmeler terimi kullanılmakla birlikte, tip, kitlesel, seri, çerçeve ve iltihaki sözleşme terimleri de

⁹ Alman Medeni Kanun'u çevirisi için bkz.; www.gesetze-im-internet.de

¹⁰ Bağrıaçık, **a.g.m.**, ss. 144

¹¹ Atamer, **a.g.e.**, ss. 44-45

¹² Murat Aydoğdu, “6098 s. Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, S. 2, 2011, ss. 1-50

¹³ Bkz. aşağıda, III., ss. 27 vd.

kullanılmaktadır¹⁴. Antalya genel işlem koşulları için TKHK'e de uyumlu olarak standart sözleşme terimini tercih etmektedir. Bu anlamda genel işlem koşullarını üç başlık altında genel standart sözleşmeler, tüketici standart sözleşmeler ve ticari standart sözleşmeler olarak incelemektedir¹⁵.

İltihaki sözleşme terimini ise daha çok Yargıtay kararlarında "standart sözleşme" ile birlikte kullanıldığını görmekteyiz¹⁶. Ancak genel işlem koşullarının, iltihaki sözleşme olarak nitelendirilmesi konusunda doktrinde tartışma mevcuttur. Aydoğdu'ya göre iltihaki sözleşmeleri, standart sözleşme olarak kabul etmek mümkün değildir. Bu noktada standart sözleşmeleri, iltihaki sözleşmeleri de kapsayan daha geniş bir terim olarak nitelendirebiliriz¹⁷. Kocayusufpaşaoğlu'na göre ise iltihaki sözleşmeler; Fransızca anlamından yola çıkıldığında standart sözleşme ile aynı anlamda sözleşme niteliğindedir¹⁸. İltihaki sözleşme; tekel niteliğindeki bir kamu hizmetinin gerçekleştirilmesi amacıyla, kamu kuruluşu tarafından yapılan standart sözleşmelerdir. Bu noktada sözleşmeyi hazırlayan tarafın, kamu kurum veya kuruluşu ya da bu kuruluşlarca izin verilen kamu hizmeti ya da niteliğinde olması durumunda iltihaki sözleşmeler söz konusu olur¹⁹. Burada genel işlem koşulları için iltihaki sözleşme teriminin kullanılması kanımızca doğru değildir. Çünkü genel işlem koşulları daha geniş kapsamlı olduğundan iltihaki sözleşmeyi de içine almaktadır. Keza genel işlem koşullu sözleşmeler kamu kurumu dışında, özel kişi ve kurumlarca da yapılabilecek daha geniş bir kavramdadır. Ancak iltihaki sözleşmelerde, taraflardan

¹⁴ Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdulkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, ss. 232; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, 18. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, ss. 27; Orhan Ersun Civan, **Genel İş Koşulları**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Kitabevi, Haziran 2015, ss. 8

¹⁵ Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1**, 4. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2018, ss. 405-406

¹⁶ **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2016/4495 E., 2017/ 3635 K., 12.06.2017 tarihli kararında** "Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporları ve tüm dosya kapsamına göre, dava konusu sözleşmenin düzenleniş şekli ve içeriği itibarıyla standart-tip iltihaki sözleşme niteliğinde olduğu, somut uyuşmazlığın haksız şarttan kaynaklandığı gözetildiğinde, bankanın ancak davaya konu kredilerin verilmesi için zorunlu, makul ve belgeli masrafları davacıdan isteyebileceği, davacıya kullandırılan kredinin ticari kredi olduğu, kredinin kullandırılması sırasında banka tarafından 10.465 TL ücret tahsil edildiği, istihbarat ücreti, ipotek tesis ücreti ve ekspertiz komisyonu adı altında alınan bedellerin zorunlu olarak alınması gerekli bir gider olmadığı, haksız şart teşkil ettiği gerekçesiyle davanın kabulüne, 10.465 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir."

¹⁷ Aydoğdu, **a.g.m.**, ss. 6-7; Özgür Karadağ, **Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar**, 2. Baskı, Ankara, 2015, ss. 33-34

¹⁸ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 230

¹⁹ Antalya, **a.g.e.**, ss. 395; Atamer, **a.g.e.**, ss. 7; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 230-231; Civan, Orhan Ersun, **Genel İş Koşulları**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Kitabevi, 2015, ss. 25

birinin kamu kurum veya kuruluşu olduğu genel işlem koşullu bir sözleşme olduğu açıktır. TBK'ye göre, sözleşmeyi hazırlayan tarafın kamu tüzel kişisi olup olmadığı yönündeki hukuki kimliği önem arz etmemektedir. İltihaki sözleşmeler, TBK'ye göre genel işlem koşullarının sadece özel bir türünü oluşturan idari sözleşmelerdir.

Şeker'in görüşüne göre ise; TBK'nin düzenlemesini dikkate alarak sözleşme koşullarını kullanacak olan tarafın kamu tüzel kişisi olması bir farklılık doğurmamaktadır²⁰. Bu açıdan genel işlem koşullarını "tip sözleşme" olarak nitelendirmektedir. Yazara göre "genel işlem koşulları" ve "genel işlem koşullarını içeren sözleşmeler" aynı değildir ve genel işlem koşullarını içeren tüm sözleşmeler tip sözleşmelerdir²¹.

Adı geçen bu terimler, Borçlar Kanunu kapsamında birer sözleşme türüdür. Genel işlem koşulları ise; bir sözleşme türü değil, önceden tek taraflı olarak hazırlanan sözleşme hükümleridir²². Doktrinde çoğunluklu olarak "standart sözleşme" terimini kullanmaktadır. Ayrıca TKHK standart sözleşme terimini kullandığından diğer terimlerin kullanılması uygun düşmese de standart sözleşme teriminin genel işlem koşullarını karşılayan bir terim olduğu açıktır.

B. Genel İşlem Koşullarının Tanımı ve Uygulama Alanı

Doktrinde genel işlem koşulları hakkında birçok tanım yapılmaktadır. Eren, genel işlem koşullarını taraflardan birinin ileride çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere önceden tek başına hazırlayarak, sözleşmenin yapılması sırasında diğer tarafa sunduğu standart sözleşme hükümleri olarak tanımlamaktadır²³. Bir başka tanıma göre ise; taraflardan birinin önceden, sözleşmeye değiştirilmeden eklenmesi koşuluyla hazırladığı sözleşme koşullarıdır²⁴. Daha sade bir tanımlama ise; TBK m. 20/1'den

²⁰ Muzaffer Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, ss. 18; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 230-231

²¹ Şeker, **a.g.e.**, ss. 16, dn. 41; Adem Yelmen, **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2014, ss. 49-50

²² Adem Yelmen, **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları**, 1. Baskı, İstanbul, Yetkin Yayınevi, ss. 50; Standart sözleşmelerinin genel işlem koşullarını içeren sözleşmeler bir bütün olarak ifade eden terim olması hakkında bkz. Atamer, **a.g.e.**, ss. 7; Genel işlem koşullarının sadece standart sözleşmelerini kapsamadığı hakkında bkz. Civan, **a.g.e.**, ss. 16

²³ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, İstanbul, Yetkin Yayınevi, 2018, ss. 215; Benzer bir tanım için bkz. Şeker, **a.g.e.**, ss. 56-57

²⁴ Atamer, **a.g.e.**, ss. 61; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Ankara, Turhan Yayınevi, 2020, ss. 158; Oğuz Ersöz, "Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama

yola çıkararak, sözleşmenin yapım aşamasında düzenleyen, ileride yapılması planlanan çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden hazır olarak bulundurduğu ve karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir²⁵. TBK m. 20 hükme göre genel işlem koşulları, ‘‘Bir sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri’’ olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlardan yola çıkıldığında genel işlem koşulları; taraflardan birinin aynı kaldığı, diğer tarafın ise farklı gerçek ya da tüzel kişiler olduğu, önceden hazırlanmış, içeriği aynı olan, ama sözleşmenin karşı tarafının farklı olması sebebiyle birbirinden bağımsız olan sözleşmelere değiştirilmeme koşuluyla eklenen sözleşme koşulları olarak tanımlayabiliriz. Genel işlem koşulları TBK m. 20 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Ayrıca genel işlem koşulları; TBK haricinde haksız şartlar başlığı altında TKHK’de ve haksız rekabet başlığı altında TTK’de düzenlenmiştir.

Öncelikle TBK m. 20/1’in ifadesinde, doktrinde haklı olarak eleştirilen bazı lafzi yanlışlıklar bulunmaktadır. İlk önce belirtmek gerekir ki, madde hükmünde kullanılan ‘tek başına’ ifadesi sözleşmeyi hazırlayan tarafın hiçbir yardım almadan sadece ve sadece kendisinin hazırlaması gerektiği izlenimini uyandırmaktadır²⁶. Ancak böyle bir durum söz konusu değildir. Kullanılan sözleşme metni, sözleşmeyi kullanacak kişinin kendisi tarafından hazırlanabileceği gibi üçüncü bir kişiden de yardım alarak da hazırlanabilir.

İkinci olarak; TBK m. 20/1’de kullanılmış olan ‘düzenleyen’ terimi, kişinin sadece kendisinin hazırladığı genel işlem koşullarının kullanılmasının zorunlu olacağı anlamının çıkarılmasına sebebiyet vermektedir. Mevzuatın BGB’de bu konuda ‘‘kullanıcı, kullanıcı anlamındaki ‘‘Verwender’’ ifadesi kullanılmıştır. Sonuç olarak kişi, önceden hazırlanmış olan hazır sözleşmeleri veyahut üçüncü bir kişi tarafından hazırlanmış bir genel işlem koşulunu kullanabilir²⁷. Bu durumda yine genel işlem koşullu sözleşmeden

Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması’’, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 2017, ss. 73

²⁵ Antalya, **a.g.e.**, ss. 415; Yelmen, **a.g.e.**, ss. 48; Ömer, Çınar, **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, ss. 51

²⁶ Umut Yeniocak, ‘‘Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi’’, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 26, S. 107, 2013, ss. 75-96; Genel işlem koşullarının üçüncü kişiden yardım alarak hazırlanabilmesi hakkında bkz. Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 226; Mehmet Akçal, ‘‘Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme’’, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 1, 2014, ss. 53

²⁷ Yelmen, **a.g.e.**, ss. 58, dn. 44; Atamer, **a.g.e.**, ss. 66; Antalya, **a.g.e.**, s. 415; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, ss. 167; Civan **a.g.e.**, ss. 23-24; Başak Görgeç, ‘‘Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakları Kapsamında

bahsedilebilir. Sonuç olarak; sözleşmeyi kullanacak olan kişi, söz konusu sözleşmeyi kendisi hazırlayabileceği gibi hazırlama aşamasında yardım alması ya da hazır maktu bir sözleşme metnini kullanması durumunda da yine genel işlem koşullarının denetiminin uygulanması önünde bir engel bulunmamaktadır.

Genel işlem koşullarını içeren sözleşmeler bakımından taraflar, karşılıklı olarak anlaşmışları andan itibaren artık genel işlem koşullarını içeren sözleşmeler artık bireysel sözleşme niteliği kazanır. Bu sebeple genel işlem koşullarını içeren sözleşmelerde bireysel sözleşmelerde olduğu gibi sözleşme özgürlüğüne dayanmaktadır. Genel işlem koşulları bakımından taraflardan biri, kendi aleyhine olan bir durumu dahi kendi özgür iradesiyle kabul edebilir. Genel işlem koşullarını içeren sözleşmeler bakımından uygulamada oluşan sorun, karşı tarafın söz konusu aleyhe sözleşme hükümlerini kapsayan genel işlem koşulları hakkında bilgi sahibi olmaması noktasında toplanmaktadır. Genel işlem koşulları için sözleşmenin içeriğini belirleme hakkı sözleşme özgürlüğü kapsamında tek taraflı olarak sözleşmeyi hazırlayan tarafın iradesini yansıtmakta, bu iradeyi daha üstün konuma getirmektedir²⁸. Eğer sözleşmenin her iki tarafı, gerçek anlamda sözleşmenin bir parçası olan genel işlem koşulunun lehe ve aleyhe sözleşme koşullarını bilerek ve kendi özgür iradesiyle karar vermiş ise bu noktada artık bireysel sözleşmeden bahsedebiliriz ve sözleşme ile belirlenen en adil olandır ilkesi geçerli olur.

Bir genel işlem koşulundan bahsedebilmemiz için öncelikle hukuki olarak tam ve geçerli bir sözleşmenin bulunması gerekmektedir. Bu kapsamda tek taraflı işlemler, bir sözleşmenin konusunu değiştirmiyorsa, yürürlükten kaldırmıyorsa ya da yeni bir koşul getirmiyorsa, genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün değildir²⁹.

Genel işlem koşulları, TBK m.20 vcm.25 hükümleri arasında düzenlenmiştir. TBK m.20/1’de birinci cümlede genel işlem koşullarının tanımı yapıldıktan sonra, ikinci cümlede kanunun dolanılmasının önlenmesi amacıyla, ‘genel işlem

Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma Dergisi**, C. 19, S. 1, 2013, ss. 412; Genel işlem koşullu sözleşme akdedildikten sonra her iki tarafça kullanıldığı için ‘kullanan’ terimi yerine ‘tek tarafça koyulma’ teriminin kullanılmasının daha uygun olacağı hakkında bkz. Dağdelen, Ahmet Hakan, ‘Genel İşlem Şartları ve Teşmil ile Yürürlük Denetiminin Esasları’, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 25, S. 2, 2019, ss. 640-641

²⁸ Atamer, **a.g.e.**, ss. 2

²⁹ Antalya, **a.g.e.**, ss. 405

koşullarının sözleşme metninde ya da ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli gibi unsurların, söz konusu sözleşme hükümlerini, genel işlem koşulları olmaktan çıkarmayacağı” düzenlenmiştir. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, kanunun belirlediği unsurları taşıdığı müddetçe genel işlem koşulları hükümlerine tabidir ve denetime tabidir.

TBK m. 20/2’e göre genel işlem koşullarının amacının aynı olması yeterlidir. Yani genel işlem şartlarını içeren sözleşme metninin özdeş olması gerekmemektedir³⁰. Böylece kanun koyucu, uygulamada kelime değişiklikleriyle, maddelerin yerlerinin değiştirilmesi vb. şekillerde sözleşme hükümlerinin maktu olmaktan çıkarılarak sözleşmelerin genel işlem koşullu olmadığı iddiasında bulunulmasının önüne geçilmiştir. Bu noktada önemli olan husus, sözleşmenin şeklinden öte amacıdır³¹. Genel işlem şartlarının birden fazla sözleşmede kullanılması amacıyla tek taraflı olarak belirlenmiş olması yeterlidir. Genel işlem koşullarının 3 tür fonksiyonu bulunmaktadır³²:

- Öncelikle sözleşmelerde standardizasyon ve rasyonalizasyon sağlar.
- Sözleşmelerin yapılmasını hızlandırarak taraflara zaman kazandırır.
- Kanunlarda bulunan eksik ve boşlukları doldurulabilir.

Tüm bu özellikleri genel işlem koşullarının avantajlarıdır. Ancak bu avantajlarının yanında birçok dezavantajı da bulunmaktadır. Bu sebeple de bu dezavantajlarının bertaraf edilebilmesi için genel işlem koşullarının denetlenmesi söz konusudur.

Alman Medeni Kanununun aksine hukukumuzda sözleşme türleri bakımından, genel işlem koşullarının denetimi hükümlerinin uygulanmasında bir sınırlama olmadığı için, tüm sözleşme tiplerinde genel işlem koşullarının teoride uygulanması mümkündür. Ancak toplu iş sözleşmeleri karşılıklı pazarlık yöntemi ile oluşturulduğu için, uygulamada genel işlem koşulları denetiminin çoğunlukla uygulanması söz

³⁰ TBK m. 20/2: “ Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metninin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.”

³¹ Atilla ALTOP, “Türk Borçlar Kanunu Tasarı’nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi”, **İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu**, 2006, ss. 141-155

³² Eren, **a.g.e.**, ss. 215-216

konusu olmamaktadır³³. Yargıtay, toplu iş sözleşmelerini, çalışma koşullarının belirlenmesinde önemli yeri olan bir hukuk kaynağı olarak görmekle birlikte; ‘‘...çalışma koşullarını belirleyen faktörler arasında yukarıdan aşağıya doğru bir sıralama yapmak gerekirse; kanunlar, toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ve iş yeri uygulamaları bir bütün olarak çalışma koşullarını belirler. Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar piramidin üst sıralarının mutlak emredici olarak düzenleyen bir hususun, işçi lehine olsa dahi daha alt sıralardaki kaynaklarla değiştirilmesi mümkün değildir.’’ ibaresine yer vermiştir³⁴.

Görüldüğü gibi toplu iş sözleşmeleri, işçi-işveren ilişkileri bakımından güçlü bir hukuk kaynağıdır. Toplu iş sözleşmeleri; yapım aşamasında işçi sendikası ile işveren sendikası ya da herhangi bir sendikaya üye olmayan işveren arasında iş sözleşmesinin koşullarının belirlendiği, karşılıklı pazarlık içinde yapılan sözleşmelerdir³⁵. Karşılıklı pazarlığın var olması sebebiyle de burada genel işlem koşullarından bahsetmek uygulamada mümkün olmamaktadır. Ancak teori olarak toplu iş sözleşmelerinin genel işlem koşulları unsurlarını taşıması durumunda, genel işlem koşulları hakkındaki denetimlerin uygulanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Fakat toplu iş sözleşmeleri dışındaki bireysel iş sözleşmelerinde; işveren işçiye karşı daha güçlü bir konumda olması sebebiyle, işçiye dayattığı iş sözleşmesinde genel işlem koşulları unsurları mevcut ise genel işlem koşulları denetimi de söz konusu olmaktadır.

Türk Borçlar Kanunumuz, genel olarak bireysel sözleşmeler temelinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda tarafların, Anayasa m. 48 ve TBK m. 26 kapsamında tarafların sözleşme özgürlüğü bulunmaktadır. Anayasa m. 48’e göre ‘‘herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme yapma hürriyetine sahiptir.’’. TBK m. 26’a göre ise ‘‘Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.’’ Bu hükümlerden yola çıkılarak sözleşme özgürlüğü ise; tarafların istedikleri kişi ile sözleşme yapma, karşılıklı ifaların belirlenmesinde ve ifa zamanının karar verilmesi konusunda tarafların özgür olması anlamına gelmektedir³⁶. Bireysel

³³ Ece Baş, **6098 s. Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi**, İstanbul, 2013, Filiz Kitabevi, ss. 283-285 (www.bilgi.edu.tr/E.T. 13.06.2020)

³⁴ Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 132, Yargıtay 22. HD.2016/23515 E.,2017/28384 K.,11.12.2017 T.’li kararı

³⁵ Can Tuncay/Burcu Savaş, **Toplu İş Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul, BETA Yayınevi, 2013, ss.160

³⁶ Sözleşme özgürlüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Pakize Ezgi Akbulut, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yapıtırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, ss. 17; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 25-28; Antalya, **a.g.e.**, ss. 73-75; Atamer, **a.g.e.**, ss. 9-10; Haluk N. Nomer **Borçlar Hukuku Genel**

sözleşmelerde varsayılan durum, tarafların eşit konumda olması ve kendi özgür iradeleriyle lehe veya aleyhe olan sözleşme hükümlerine karşılıklı olarak karar vermeleridir. Bu durum, Fransız Hukukunda ‘‘sözleşme ile kararlaştırılan adildir’’ ilkesi ile açıklanmaktadır³⁷. Yani bir kişi kendi özgür iradesiyle sözleşme ile sağlanacak fayda ve zarar dengesine kendisi karar verdiyse, kendisi zararı göze almış ise, bu konuya müdahale edilmesi kişinin temel özgürlüğü olan sözleşme özgürlüğünün ihlal edilmesi anlamını taşımaktadır. Bu özgürlüğün sınırı, hukukumuz bakımından TBK m. 27 ile çizilmiştir³⁸. TBK m. 27’e göre ‘‘Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.’’ Yani taraflar; emredici hükümlere, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olan, kişilik haklarıyla bağdaşmayan ve gerçekleştirilmesi mümkün olmayan konularda sözleşme koşulları belirleyemezler; belirlense bile söz konusu sözleşme hükümleri, duruma göre sözleşmenin tamamı geçersiz olur. Ayrıca Kanun koyucu, bir kişinin iradesinin korkutma, hile ve yanıltma ile sakatlanması durumlarında ve aşırı yararlanma (gabin) hükmü ile kişinin zor durumda kalması veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılarak karşılıklı edimler arasındaki açık orantısızlığın bulunması durumunda ve/veya diğer tarafın bilerek bu durumdan yararlanmak istemesi halinde bireysel sözleşmelere müdahale etme olanağı sağlamıştır³⁹. Bu hükümlerde toplumun yararının bireysel yarardan üstün tutulması ve sosyal devlet anlayışı ile yine devletin zayıf olanı koruması söz konusudur.

Ancak bireysel sözleşmeler için her ne kadar bu koruma hükümleri getirilmişse de; zaman zaman özellikle bankalar, sigorta şirketleri gibi büyük işletmelerin kullandığı ve önceden hazırladıkları genel işlem koşullarının bulunduğu sözleşmeler çoğu zaman bu koruma alanlarının dışında kalmaktadır. Bu durumda genel işlem koşullu sözleşmenin zayıf konumda olan ve bu koşullar karşısında söz sahibi olmayan taraf için sözleşme özgürlüğü görünüşte var olmaktan öteye gidememektedir⁴⁰.

Hükümler, 17. Baskı, , İstanbul, Beta Yayıncılık, 2020, ss. 78-79; Derya Ateş, ‘ ‘Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları’’, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 72, 2007, ss. 75; Turgut Akıntürk/Derya Ateş, **Borçlar Hukuku**, 29. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2020, ss. 55

³⁷ Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 7

³⁸ Sözleşme özgürlüğünün tarihsel gelişimi ve sözleşme özgürlüğünün sınırının çizilmesi hakkında bkz. Atamer, **a.g.e.**, ss. 9-29

³⁹ Akbulut, **a.g.e.**, ss. 22-23; Nomer, **a.g.e.**, ss. 81; Eren, **a.g.e.**, ss. 313

⁴⁰ Bağrıaçık, **a.g.m.**, ss. 4

Bireysel sözleşmelerde hâkim olan eşitlikçi adalet; genel işlem koşullu sözleşmelerde denkleştirici ve dağıtıcı adalete dönüşmektedir⁴¹. Bu durum genel işlem koşullarına ayrıca bir koruma alanı oluşturulması ihtiyacını ortaya çıkarmakta olup, devletin kanunla düzenlenmiş ve bireysel sözleşmelerden ayrı bir yerde tutulmuş bir müdahalesini gerektirmektedir.

Genel işlem koşulları, TBK dışında ve çalışmamızın devamında daha ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz TKHK m. 5’de haksız şartlar başlığı altında da düzenlenmiştir. TKHK m. 5’e göre genel işlem koşulu, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşme koşullarına dahil olan ve dürüstlük kuralına aykırı olarak tüketicinin aleyhine olan sözleşme şartı olarak düzenlenmiştir⁴². Bu noktada tüketici lehine olan genel işlem koşulu içeren sözleşme şartının, denetime tabi olup olmadığı sorunu ile karşılaşılmaktadır⁴³. Genel işlem şartlarının düzenlenme sebebini incelediğimizde zayıf konumda olan tarafın korunmasının amaçlandığı görülmektedir. Bu sebeple zayıf konumda bulunan kişinin lehine olan hükümleri, genel işlem şartları olarak değerlendirmemek ve içerik denetimi dışında tutmak gerekmektedir. Ayrıca; her iki tarafın tacir olduğu sözleşmeler, ticari iş niteliğinde olacağı için TTK’de düzenlenen haksız rekabet hükümleri devreye girecektir. Bunun sonucu olarak, TTK’nin tacirlere yüklediği “basiretli davranma yükümlülüğü” sebebiyle tacir olan taraflar için TBK hükümlerinin uygulanmasının mümkün olup olmadığı konusunda da doktrinde tartışma mevcuttur⁴⁴.

C. Genel İşlem Koşullarının Unsurları

1. Tek Taraflı Olarak Sözleşmenin Kurulmasından Önce Hazırlanması

Genel işlem koşulunu içeren bir sözleşmeden bahsedebilmemiz için öncelikle olması gereken, sözleşmeyi kullanacak olan tarafın sözleşme kurulmadan önce tek taraflı olarak sözleşme metnini hazırlamasıdır. Bu durum dolaylı olarak sözleşmenin kurulma aşamasında zayıf konumda olan karşı tarafın, önceden ve çoğunlukla sözleşmeyi hazırlayan tarafın lehine olan sözleşme hükümlerinden habersiz olarak sözleşmeyi imzalamaya mecbur bırakılması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Öncelikli

⁴¹ Antalya, **a.g.e.**, ss. 398; Atamer, **a.g.e.**, ss. 26-27

⁴² Aşağıda bkz., III., ss. 66 vd.

⁴³Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 228

⁴⁴ Aşağıda bkz. III., ss. 63

olarak bu noktada sözleşmenin en temel ilkesi olan ‘‘tarafkların eşitliği’’ ilkesi zedelenmektedir⁴⁵. Burada önemli olan, genel işlem koşullu sözleşmenin birden fazla sözleşmede kullanılması amacıyla tek taraflı olarak hazır bulundurulmasıdır. Bu kapsamda genel işlem koşulları, genel ve soyut niteliktedir⁴⁶.

Genel işlem koşulları ile daha çok sözleşmenin yan veya ikincil unsurları düzenlenmekte olup, sözleşmenin esaslı noktalarında anlaşılmayı müteakip bu yan edimlerin görüşülmemesi, bazen de karşı tarafın bu hükümleri önemsememesi bazen de sözleşme yapmaya ivedilikle ihtiyaç duyulması sebepleriyle karşılıklı pazarlık yapılmadan kabul edilmektedir⁴⁷. Örneğin, bir kişinin tüketici kredisi kullanmak için başvurduğu A bankasında yaptığı görüşmede anaparayı, faiz oranlarını, taksitlerini ve ne kadar sürede geri ödemesi gerektiği gibi hususların konuşulmasını müteakip, banka tarafından önceden hazırlamış olan on-on beş sayfayı bulan yan unsurların düzenlendiği sözleşme metinleri okunmadan imzalanmaktadır. Bu noktada hiçbir maddeyi okumadan sözleşmeyi imzalayan kredi çeken taraf, kendi bilgisi dışında olan yetkili mahkemeyi belirleyen sözleşme hükmü ve bankanın tek taraflı olarak geriye etkili olarak faiz oranını artırma vb. aleyhine olan sözleşme hükümlerini de kabul etmiş olur. Bu durumda yetkili mahkeme olarak Londra Mahkemelerinin belirlenmiş olduğunu varsayarsak bu durumdan haberi bile olmayan kişinin hak arama özgürlüğü dolaylı olarak elinden alınmış olmaktadır⁴⁸. Bu gibi durumlarda genel işlem koşullarının denetimi devreye girmektedir.

Genel işlem koşulları ile sözleşmenin esaslı noktalarının düzenlenip düzenlenemeyeceği konusunda doktrinde tartışma bulunmaktadır. Bu konuda bizim çalışmamız açısından önemli olan nokta, genel işlem koşullarını içeren sözleşmelerdeki asli edimler genel işlem koşullarına özgü denetime tabi olacak mı noktasında toplanmaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, genel işlem

⁴⁵ Aydoğdu, **a.g.m.**, ss. 14; Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 96; Civan, **a.g.e.**, ss. 24-25; Eren, **a.g.e.**, ss. 219

⁴⁶ Eren, **a.g.e.**, ss. 220; Yelmen, **a.g.e.**, ss. 55; Aydoğdu, **a.g.e.** ss. 104-105; Civan, **a.g.e.**, ss. 27

⁴⁷ Asli edim yükümlülükleri, sözleşmenin esaslı unsurlarından oluşmaktadır. Bu edimler borçlunun birincil düzeyde yükümlülükleridir. Yan edim yükümlülükleri ise sözleşmenin esaslı unsuru olmayıp, sözleşmenin kurulmasına etkisi bulunmayan yükümlülüklerdir. Bu konuda bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, ss. 42-45; Eren, **a.g.e.**, ss. 31-42

⁴⁸ Yetki şartlarının genel işlem koşullarının denetimi açısından değerlendirilmesi hakkında bkz. Evrim Erişir, ‘‘ Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi’’, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı, 2014, ss. 1141-1213; Tuğçe Tuzcuoğlu, **Genel İşlem Şartları**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, ss. 68-72; Meral Sungurtekin Özcan, ‘‘Medeni Yargılama Hukukunda Yetki Sözleşmeleri ve Genel İşlem Koşulları Bağlamında Değerlendirilmesi’’, **İzmir Barosu Dergisi**, 2015, ss. 497-542

koşullarıyla daha çok yan edimler düzenlenmektedir. Tarafların asli edimler konusunda anlaşamaması durumunda sözleşme kurulmuş sayılmayacağından, denetiminin uygulanması da söz konusu olmayacaktır⁴⁹. Bu sebeple sözleşmenin asıl edimi ve bedeli genel işlem koşullarına özgü denetimin dışında kalmaktadır. AB Yönergesinde m. 4/2 ‘‘Sözleşme kaydının kötüye kullanılabilirliği değerlendirmesi ne sözleşmenin asli edimin yükümüne ne de semen ve sunulan hizmet veya mal arasındaki dengeye ilişkin olamaz; meğerki ilgili kayıtlar açık ve anlaşılabilir şekilde saptanmış olmasın.’’ düzenlemesiyle istisnai olarak asli edimleri genel işlem koşullarını özgü denetime tabi tutmuştur⁵⁰. Ancak söz konusu koşulun saydam olmaması durumunda olabileceği düzenlenmiştir⁵¹. Yani söz konusu asli edim, açık ve anlaşılır değilse istisnai olarak denetime tabi olur. Aksi görüşte olan yazarlara göre genel işlem koşullarıyla hangi yönlerin düzenlendiği önem arz etmemektedir. Bu görüşe göre fiyat gibi unsurlar önceden belirlenerek karşı tarafa dayatılabilir⁵². Ancak bizim hukukumuz açısından bir sözleşmenin kurulabilmesi için sözleşmenin temelini oluşturan edimler hakkında açıkça müzakere edilmesi ve karşılıklı irade uyuşması gerekmekte, aksi takdirde sözleşme kurulmamış sayılır⁵³. Bu durumda tarafların fiyat gibi asli edimler konusunda anlaşamaması durumunda sözleşmenin kurulması mümkün değildir. Keza hayatın olağan akışı içerisinde bedel gibi asli edimler konusunda tarafların pazarlık etmemesi mümkün görülmemektedir. Bu konuda farklı bir bakış açısında sahip olan Aydoğdu’ya göre olması gereken; hukuk bakımından asli edimler konusunda da genel işlem koşullarına özgü denetim uygulanmalıdır. Söz konusu denetim uygulandıktan sonra Alman hukukunda olduğu gibi denetimi geçemeyen asli edim sonucunda sözleşmenin tamamı geçersiz sayılmalıdır⁵⁴. Bu konuda; genel hükümler çerçevesinde yapılan denetimlerin, genel işlem koşulları için yapılan

⁴⁹ Eren, **a.g.e.**, ss. 225; Antalya, **a.g.e.**, ss. 405; aksi görüş için bkz. Civan, **a.g.e.**, ss. 289-297; Atamer, **a.g.e.**, ss. 64; Aydoğdu **a.g.e.**, ss. 86-95; Pelin Karaaslan, ‘‘İnternet Platform Sahibine Ait Genel İşlem Koşullarının, Üçüncü Kişilerin Platform Üzerinde Gerçekleştirdiği Sözleşmelerin İçeriğe Dahil Edilmesi’’, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 2, 2018, ss. 262

⁵⁰ Çeviri için bkz. Atamer, **a.g.e.**, ss. 266

⁵¹ Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 87

⁵² Atamer, **a.g.e.**, ss. 62

⁵³ Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, ss. 31

⁵⁴ Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 140

denetim türlerine göre daha dar olması sebebiyle, asli edimler hakkında da genel işlem koşulları denetiminin yapılması gerektiği savunulmaktadır⁵⁵.

Ancak mevcut hukuk düzeni içerisinde konu incelendiğinde; asli edim konusunda anlaşamama söz konusu olduğunda, sözleşmenin asli unsurunun eksikliği sebebiyle söz konusu sözleşme hakkında yokluk yaptırımını uygulanmalıdır. Çünkü bu durumda sözleşmenin kurucu unsurunda eksiklik söz konusudur. Ancak taraflardan birinin iradesinin sakatlanması yani zayıf konumda olan kişinin aldatılması, korkutulması ya da hataya düşmesi durumunda; TBK m.30 vd. hükümlerinde düzenlenen irade sakatlığı hükümlerine dayanarak “Bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirme imkânı ya da zayıflığı, tecrübesizliği gibi sebeplerle” TBK m.28’de düzenlenen “aşırı yararlanma” hükümlerine dayanarak edimler arasındaki dengesizliğin giderilmesini isteyebilme imkânı bulunmaktadır.

Yukarıda da bahsedildiği gibi genel işlem koşullarını sözleşmeyi kullanacak olan tarafın bizzat hazırlaması ya da hazır bir sözleşme metnini kullanması gerekmemektedir. Bu durumda genel işlem koşullarının varlığından bahsedilir. Fakat sözleşmenin her iki tarafının da müşterek olarak üçüncü bir kişi ya da kurum tarafından hazırlanan genel işlem koşullarını içeren sözleşme metninin kullanılması konusunda anlaşmaları durumda artık bireysel bir sözleşmeden bahsedilebilir⁵⁶. Çünkü taraflar ortak olarak sözleşme hükümlerine karar vermiştir. Burada artık genel işlem koşullarının tek tarafı olarak hazırlanmış olma ve karşı tarafın bu sözleşmeyi kabule zorlanması unsurları ortadan kalkmaktadır.

Ayrıca noterler veya avukatların maktu olarak önceden hazırladıkları ve taraflar arasındaki uyuşmazlıkları çözmeye yönelik matbu olarak önceden hazırlanan sözleşmeleri de genel işlem koşulu olarak kabul etmek doğru değildir. Çünkü taraflardan biri diğer tarafı söz konusu sözleşmeleri kabul etmeye zorlamamaktadır. Aksine taraflar eşit bir şekilde üçüncü bir kişinin aracılığıyla sözleşmeye müdahil olmakta ve karşılıklı pazarlık imkanları bulunmaktadır. Tarafların, araç satış

⁵⁵ Asli edimler hakkında en azından saydamlık denetimi yapılması gerektiği hakkında bkz. Civan, **a.g.e.**, ss. 289-297

⁵⁶ Yeşim Atamer, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55, F. 1,(f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları ve Sempozyumu Bankacılık Enstitüsü Yayınları**, Ankara, 2012, ss. 18; İlknur Serdar, “TBK’nin Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, **İzmir Barosu Dergisi**, S. 3, 2015, ss. 229

sözleşmeleri veya boşanma protokolleri gibi sözleşmeleri gerçekleştirmek maksadıyla notere veya avukata başvurmaları bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Ancak bu noktada avukatın belli bir kişinin yanında yer alması durumunda aynı durumdan söz edemeyiz⁵⁷.

2. Aynı Nitelikte Birden Fazla Sözleşme İçin Belirlenmesi

Genel işlem koşulunun ortaya çıkmasının sebeplerinden birisi, taraflardan birinin aynı tip sözleşmeleri sürekli olarak gerçekleştirmesi sebebiyle mükerrer sözleşme hazırlama külfetinden kaçınması, tek tip olarak hazır bulundurulan uzun sözleşmelerin karşı tarafa doğrudan imzalatılarak zaman kazanılmasıdır. TBK m.20/1'de aranan ‘‘çok sayıdaki benzer sözleşme’’ unsuru Kılıçoğlu tarafından eleştirilmektedir. Yazara göre bu şekilde bir unsur bulunmamalı, taraflardan birinin önceden tek taraflı olarak hazırladığı tek bir sözleşme dahi bu kapsamda değerlendirilmelidir⁵⁸. Genel işlem koşulları beraberinde karşı tarafa sözleşmeye müdahil olma hakkı tanınmaması dezavantajını da getirmektedir. Bu noktada insan doğası gereği kişinin kendi aleyhine sözleşme hükmü düzenlemesi beklenemez zaten. Buda sözleşmeyi hazırlayan tarafın kendi menfaatlerini koruma maksadıyla karşı tarafının aleyhine olan hususların, sözleşme içeriğinde yer almasına sebebiyet vermektedir. Genel işlem koşullarına özgü denetimin amacı bu dezavantajı ortadan kaldırmak olduğu dikkate alınır, birden fazla sayıda hazırlanan sözleşmeler yerine karşı tarafa söz hakkı tanınmayan tüm sözleşme metinleri genel işlem koşulları olarak değerlendirilmesi yerinde olur.

Zaten hazırlanan sözleşmenin fiili olarak kaç kere kullanıldığıнын bir önemi bulunmamaktadır. Doktrinde genel kabul gören görüşe göre sadece birden fazla sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanmış olsa da tek sefer kullanılması genel işlem koşulu olarak kabul için yeterlidir⁵⁹. Gelineen noktada genel işlem koşulundan bahsedebilmemiz ve denetime tabi tutabilmemiz için fiilen birden fazla kullanım şartını aramamaktayız. TBK m. 20/2 madde hükmünün lafzında kullanılan ‘‘birden fazla sözleşmede kullanımdan’’ anlaşılması gerekenin, Alman doktrini ve uygulamasında olduğu gibi sözleşmenin en az üç kez kullanılması amacıyla hazırlanmış olması

⁵⁷Atamer, **a.g.m.**, ss. 18; Sirmen, **a.g.m.**, ss. 221; Civan, **a.g.e.**, ss. 31

⁵⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, ss. 168

⁵⁹ Aydoğdu, **a.g.m.**, ss. 18; Genel işlem koşullarından bahsedilebilmesi için en az üç kez kullanılması gerektiği hakkında bkz. Çınar, **a.g.e.**, ss. 57

şartının aranması olduğu yönünde bir görüşte mevcutken İsviçre Hukuku'nda birden fazla sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanmış olup, fiilen tek bir sözleşmede kullanılması yeterli görülmektedir⁶⁰. Bu durumda TBK m. 20/2'yi fiilen en az üç kez kullanılması şeklinde yorumlamamak gerekmektedir. Burada birden fazla kullanım amacıyla hazırlanmış olan genel işlem koşulunun bir kez dahi kullanılması sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulu olarak kabul edilmesi ve denetime tabi olması için yeterlidir⁶¹.

Sonuç olarak; genel işlem koşullarının fiilen kaç kere kullanıldığıının uygulamada bir anlamı bulunmamaktadır. Ayrıca söz konusu metinlerin özdeş olmaması da genel işlem koşullarına özgü kanunların uygulanmasını engellemeyeceğine göre karşı tarafa dayatılan tüm sözleşmeler genel işlem koşulu olarak değerlendirilmelidir.

3. Sözleşmenin Diğer Tarafının Bilgilendirilmesi

Tek taraflı olarak aynı nitelikte birden fazla sözleşme için hazırlanan genel işlem koşulları; uygulamada bazen çok uzun ve karmaşık, bazen de çok küçük yazı puntosu ile yazılarak karşı tarafın, sözleşmeyi okumasını zorlaştırılacak ya da okusa da anlaşılmayacak halde yapılmaktadır⁶². Bu durumda da zayıf konumda bulunan kişinin bu söz konusu koşulları okumaları, tek tek tartışmaları uygulamada mümkün olmamaktadır.

Bazen de genel işlem koşulları, yazı türü olarak karşı tarafın dikkatini çekecek şekilde yazılmış olsa ve bu hükümler okunsa dahi içerik bakımından kullanılan kelimeler olağan alışagelmış kelimeler olmamaktadır. Bu durumda da karşı taraf, genel işlem koşulunu anlayamamakta ve sonuçlarıyla ilgili bir sonuca varamamaktadır⁶³. Böylece çoğu zaman zayıf konumda olan kişi neye imza attığını bilmeden genel işlem koşullarını kabul etmektedir.

Genel işlem koşullarında, herhangi bir şekil şartı bulunmamakla birlikte, tarafların ilişkilendirme anlaşmasıyla sözleşme kapsamına girmesi için karşı tarafın

⁶⁰Ali Haydar Yağcıoğlu, "Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8)", *Journal Of Yeditepe University*, C. 8, Özel Sayı, 2013, ss. 3069

⁶¹ Atamer, *a.g.m.*, ss. 6-7; Yelmen, *a.g.e.*, ss. 55; Eren, *a.g.e.*, ss. 219; Civan, *a.g.e.*, ss. 28-29; Antalya, *a.g.e.*, ss. 416; Aydoğdu, *a.g.e.*, ss. 106-107

⁶²Kocayusfpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, *a.g.e.*, ss. 229

⁶³Kocayusfpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, *a.g.e.*, ss. 236

kabulüne bağılı olarak sözleşme içeriğine dahil olur⁶⁴. İlişkilendirme kelime anlamı olarak da iki veya daha fazla ayrı şeyin birbiriyle ilişkili duruma getirmektir⁶⁵. Bizim çalışmamız bakımından ilişkilendirme anlaşması; sözleşmenin esas noktalarında anlaşıldıktan sonra, yan veya ikincil noktaların düzenlendiği genel işlem koşullarını asıl sözleşmeye bağlamak olarak kabul edilmelidir. Burada bahsettiğimiz dahil olma, sözleşmenin genel işlem koşulları ile birlikte kurulmuş olmasıdır. Hukuk sistemimizde kabul edilen bireysel sözleşme anlayışına dayanarak, ilişkilendirme anlaşması ile genel işlem koşulları sözleşmenin içeriğine dahil olur ve bireysel sözleşme hükmü niteliği kazanır⁶⁶.

Bu noktada sözleşmeyi hazırlayan taraf, karşı tarafa açıkça genel işlem koşullarının sözleşmede kullanılması hakkında bilgi verme yükümlülüğü altına girmektedir. Sözleşmeyi kullanan tarafın, sözleşme hakkında karşı tarafa örtülü olarak bilgi verdiği ya da karşı tarafın kendi imkanlarıyla bilgi sahibi olabilecek durumda olması iddiaları geçerli değildir⁶⁷. Bu durumlar somut olayda var olsa bile, sözleşmeyi hazırlayan taraf, karşı tarafın kültür, tecrübe ve eğitim durumunu göz önüne alarak ona göre bir aydınlatmada bulunması gerekmektedir. Yani karşı tarafa koşullar hakkında bilgi verilmesi durumunda karşı tarafın bu genel işlem koşullarını anlayabilecek bilgi ve tecrübeye sahip olması gerekmektedir. Bilgi ve tecrübeye sahip olmasından kastımız; karşı tarafın anlayabileceği şekilde bilgilendirilmesi gerekliliğidir. Aksi takdirde bilgi verilmesi şartının yerine getirilmediği kabul edilir. Bu durumda yürürlük denetiminden kaçınılamaz⁶⁸.

Aslında genel işlem koşulları, taraflar arasında tek tek tartışılarak kabul edilmişse, artık genel işlem koşullu sözleşme, bireysel sözleşme olarak kurulmuş olur⁶⁹. Ancak sözleşme metnine, tüm hükümlerin tartışılarak kabul edildiği ibaresinin yazılmış olması, TBK m.20/3 gereğince tek başına genel işlem koşullarına bireysel

⁶⁴ Şeker, **a.g.e.**, ss. 11; Antalya, **a.g.e.**, ss. 418-419; Eren, **a.g.e.**, ss. 221

⁶⁵ www.sozluk.gov.tr (E.T.10.01.2020)

⁶⁶ Yelmen, **a.g.e.**, ss. 83-85

⁶⁷ Ayşe Havutçu, 'Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İle İlişkilendirilmesinde Düzenleyen (GİŞ Kullanan) İçin Getirilen Külfetler', **İzmir Barosu Dergisi**, 2015, S. 3, ss. 244-245

⁶⁸ Yeniocak, **a.g.m.**, ss. 7

⁶⁹ Âdem Yelmen, 'Değişirme Yasağı', **İzmir Barosu Dergisi**, S. 3, 2015., ss. 60; Genel işlem koşulları hakkında sözleşmeyi kullanan tarafın değişiklik yapmaya hazır olması hakkında bkz. Civan, **a.g.e.**, ss. 33; Atamer, **a.g.e.**, ss. 74; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, **a.g.e.**, ss. 243

sözleşme niteliği kazandırmaz⁷⁰. Bunun yanı sıra uygulamada genel işlem koşullarının, tek tek okunması ve tartışılması çok zaman alacağından, genel işlem koşullarının bireysel sözleşmeye dönüşmesi uygulamada çok zordur. Ancak tüm sözleşme hükümlerinin tek tek okunarak açıklanması uygulamada zor olmakla birlikte, özellikle ticari hayat düşünüldüğünde çok sayıda ve hızlı şekilde yapılan sözleşmelerde karşı tarafın uzun süre bilgilendirilmesi çok zordur. Bu sebeple bilgilendirme yükümlülüğünde aradığımız kriter, dürüstlük kuralına uygun olarak karşı tarafın genel işlem koşulları hakkında bilgi edinmesine fırsat tanınmasıdır⁷¹.

Kanunun aradığı şekilde; bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği konusunda ispat yükü, genel işlem koşullarını kullanan taraftadır⁷². Sözleşmeyi önceden tek taraflı olarak sözleşmede kullanılmak amacıyla hazır bulunduran kişinin sözleşmenin genel işlem koşulu olmadığını, söz konusu hükümleri karşı tarafın bilgisi dahilinde kendi özgür iradesiyle verdiği ve söz konusu sözleşmenin artık bireysel sözleşme niteliğinde olduğunu ispatlaması gerekmektedir. Burada TKHK m. 5/3'te düzenlenen "Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür." hükmünden yola çıkılarak TBK anlamında da ispat yükünün sözleşmeyi tek taraflı hazırlayan tarafa ait olduğu sonucuna varılabilir⁷³.

Ancak ispat yükünün nasıl yerine getirileceği TBK açısından belirsizdir. Özellikle bankalar tarafından genel işlem koşulları uygulamada çok kullanılmaktadır. Ancak bankalar, karşı tarafa bilgilendirmenin yapıldığı konusunda ispat için "karşı tarafın okuyup anladığına dair el yazısı ile yazdığı notu ve imzasını taşıyan belgeleri" kullanmaktadır. Ancak bu belgelerin sadece imzalanmış olması bilgilendirmenin

⁷⁰ Eren, **a.g.e.**, ss. 219; Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 111-112; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, ss. 168; Antalya, **a.g.e.**, ss. 417-418

⁷¹ Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, ss. 64; TBK m. 20/3 hükmü açısından dürüstlük kuralına uygun olarak bilgi verme koşulunun aranmamasının bu konuda yeterli olmaması, bu açıdan aranması gereken sözleşmenin karşı tarafının içeriğe etki edebilme fırsatı tanınması gerektiği konusunda bkz. Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 112; Civan, **a.g.e.**, ss. 33

⁷² Antalya, **a.g.e.**, ss. 420; Müzakerenin ispatı bakımından Yargıtay 11. HD. 2016/8679 E., 2017/7516 K. 25/12/2017 T. kararı " ... Bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu niteliğinde olup olmadığını hangi tarafın ispat etmesi gerektiğine ilişkin TBK'da açık bir düzenleme olmamakla birlikte, 6502 sayılı TK 5/3 maddesinden yola çıkılarak, önceden ve çok sayıda kullanılmak amacıyla hazırlanmış belirli bölümleri boş olan ve sonradan doldurulan sözleşme hükümlerinin kural olarak müzakere edilmemiş olduğu, aksinin sözleşmeyi hazırlayan tarafa ispat edilmiş gerektiği kabul edilmeli, gerektiğinde bu konuda ticari ve e posta yazışmaları, faksılar, sözleşme taslakları vs. ispat vasıtalarından yararlanılmalıdır... " (Yargıtay kararı için bkz. Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 110); Atamer, **a.g.e.**, ss. 71; Civan, **a.g.e.**, ss. 41

⁷³ Atamer, **a.g.m.**, ss. 24-25

yapıldığı konusu TBK m. 20/3 gereğince ispat için yeterli kabul edilmemektedir. Ayrıca son zamanlarda bankalar, genel işlem koşullarına bir hafta öncesinin tarihini yazarak bilgilendirme formunun karşı tarafa önceden verilerek incelendiği izlenimini yaratmaktadır. Uygulamada yapılan tüm bu davranışlar dikkate alındığında, söz konusu belgelerin taşıdığı imzaların ispat yeterliliği açısından güvenilirliğinde bir soru işareti oluşmakta ve ispatın nasıl yapılacağı konusunda bir muamma söz konusu olmaktadır⁷⁴.

İspat yükü açısından zaten özellikle tüketiciler açısından dikkate alındığında, söz konusu sözleşmenin genel işlem koşulları olduğu ve bu konuda aydınlatmanın yapılmadığı ya da birden fazla sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanıp hazırlanmadığı noktasını ispatlaması sözleşmenin karşı tarafı için çok zordur. Ayrıca söz konusu bilgilendirme irade açıklaması niteliğinde olmadığı için ispat her türlü delil ile sağlanabilir⁷⁵. Söz konusu ispatın gerçekleşmemesi durumunda genel işlem koşulunun varlığı kabul edilmelidir⁷⁶. Aydoğdu ise ispatın nasıl gerçekleşmesi gerektiği konusunda; tarafların imzalarını içeren telgraf, güvenli elektronik imza içeren telgraf gibi yazılı kanıtlarla ispat yapılması gerektiğine dikkat çekmektedir⁷⁷. Yani genel işlem koşulunun ispatında tanık gibi ispat yollarıyla ispatlanmaması gerektiğini savunmaktadır. Ancak bu konuda ispatın her türlü delil ile yapılabilmesinin önünde de herhangi bir engel bulunmamaktadır. İspat konusunda, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2016/8679 E. 2017/7560 K. 25/12/2017 T. kararında:”... Bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu niteliğinde olup olmadığını hangi tarafın ispat etmesi gerektiğine ilişkin TBK’de açık bir düzenleme olmamakla birlikte, 6502 sayılı TK 5/3 maddesinden yola çıkarak, önceden ve çok sayıda kullanmak amacıyla hazırlanmış belirli bölümleri boş olan ve sonradan doldurulan sözleşme hükümlerinin kural olarak müzakere edilmemiş olduğu, aksinin sözleşmeyi hazırlayan tarafça ispat edilmesi gerektiği kabul edilmeli, gerektiğinde bu konuda ticari ve e-posta yazışmaları ,fakslar, sözleşme taslağı vs. ispat vasıtalarından yararlanılmalıdır.”⁷⁸ denilmektedir. Yargıtay’ın vermiş olduğu bu kararda yazılı delillere öncelik tanıdığı görülmektedir. Ayrıca, Yargıtay kararında dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus; “önceden ve çok

⁷⁴Örnek için bkz , Yeniocak, **a.g.m.**, ss. 84

⁷⁵ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, ss. 171

⁷⁶Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 232

⁷⁷ Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 109; Atamer, **a.g.e.**, ss. 25; Civan, **a.g.e.**, ss. 42-43

⁷⁸ Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 110

sayıda kullanım amacıyla hazırlanmış belirli bölümleri boş olan sözleşmelerin, genel işlem koşulu olarak kabul edilmesi’’ karine olarak kabul edilmektedir.

Ancak burada belirtmek isteriz ki taraflar, her halükârda düzenleyici hukuk kurallarına aykırı genel işlem koşullarında anlaşma yapamazlar. Taraflar tabii ki kendileri için aleyhe olan bir hususta sözleşme yapabilirler. Ancak bunun için aleyhine düzenleme yapılan kişinin bu durumu önceden bilmesi ve kendi iradesiyle, yani iradesi sakatlanmadan söz konusu hükmü kabul etmesi gerekmektedir. Genel işlem koşulları konusunda ise; kişinin kendisi aleyhine olan bir durumu hayatın olağan akışı içerisinde kabul etmeyeceği anlayışıyla hareket edilerek, genel işlem koşulları hakkında düzenleyici hukuk kuralı uygulanır⁷⁹.

D. Genel İşlem Koşullarının Hukuki Niteliği

Genel işlem koşulları hakkında doktrinde iki tane hukuki nitelendirme bulunmaktadır. Bunlardan birincisi ‘norm teorisi’, diğeri de ‘sözleşme teorisi’dir. Genel işlem koşulları, tarihi süreç içerisinde ilk olarak norm teorisi olarak nitelendirilmiştir. Fakat ilerleyen zamanlarda norm teorisi yerini sözleşme teorisine bırakmıştır⁸⁰.

Norm teorisi, ilk defa 1928 yılında Almanya’da ortaya çıkmış⁸¹ ve 1955 yılında da Alman Federal Mahkemesi bu görüşü terk etmiştir⁸². Genel işlem koşulları hakkında uzun yıllar uygulanmıştır. Norm teorisine göre genel işlem koşulları, kanun hükmü benzeri olarak kabul edilmektedir. Bu görüşün temelini, genel işlem koşullarının genel ve soyut nitelikte olması oluşturmaktadır⁸³.Ancak genel işlem koşullarını norm teorisi olarak kabul etmek mümkün değildir. Şöyle ki; bu görüşe göre genel işlem koşulları, kanun niteliğine sahip olur ve herkesi bağlar. Öncelikle sadece sözleşmenin taraflarını bağlayan ve onları ilgilendiren bir konudaki sözleşmenin kanun hükmü gibi kabul edilmesi ve kanun gücü verilmesi doğru olmamakla birlikte, Anayasa’da belirlenen organlar dışında kimsenin genel bağlayıcı hüküm koyamayacağına dikkat etmek gerekmektedir. Bu durumda dolaylı olarak genel işlem

⁷⁹ Eren, **a.g.e.**, ss. 221

⁸⁰Bağrıaçık, **a.g.m.**, ss. 149-150; Karadağ, **a.g.e.**, ss. 43-44

⁸¹ Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 30, dn. 158

⁸² Atamer, **a.g.e.**, ss. 78

⁸³ Eren, **a.g.e.**, dn. 52, ss. 218; Civan, **a.g.e.**, ss. 19

koşullarının denetiminin önüne geçmektedir⁸⁴. Ayrıca genel işlem koşulları norm teorisi ışığında değerlendirilirse, koşullar hakkında bilgilendirme ve karşılıklı irade uyuşması olmasa dahi genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olması durumuyla karşılaşılmaktadır⁸⁵. Kanunlar; yürürlüğe girmeleri, iptali ya da değiştirilmesi uygulamaları da dikkate alındığında sözleşme hükümlerine göre daha sıkı şartlara bağlanmıştır⁸⁶. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, genel işlem koşullarına kanun gibi güçlü bir hukuki nitelik kazandıran norm teorisinin kabulü, mağduriyetleri daha da artıracak gibi zaten güçlü olan tarafı daha da güçlendirecektir. Bu sebeple norm teorisinin terk edilmesi yerinde olmuştur.

Sözleşme teorisine göre ise; genel işlem koşulları, olması gerektiği gibi sözleşme niteliğinde kabul edilmektedir⁸⁷. Sözleşme teorisine göre genel işlem koşullarının sözleşme hükmü olarak kabul edilebilmesi için tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanları bulunmalıdır⁸⁸. Çünkü genel işlem koşulunun sözleşmenin içeriğinden sayılabilmesi için öncelikle karşı tarafça kabul edilmesi gerekir. Zaten bir sözleşmeden bahsetmenin ilk ve en önemli şartı tarafların birbirine uygun karşılıklı irade beyanlarıdır. Bu kapsamda genel işlem koşullarının geçerlilik kazanması da bu koşula bağlıdır.

İsviçre hukukunda yaygın olan görüşe göre; bankalar, sigorta şirketleri, taşıyıcılar gibi genel işlem şartlarının yoğun olarak kullanıldığının bilinmesi genel işlem koşullarının karşı tarafça için yeterli olmamakta, genel işlem koşullarına açık bir yollama yapılması ile mümkün olmak birlikte toplumda banka gibi büyük firmaların genellikle genel işlem koşullarıyla işlem yaptığı bilinen bir olgu olduğundan; bu tür şirketlerle işlem yapan kişilerin, genel işlem koşullarının bilincinde olduğunun kabulü dürüstlük kuralına uygun olduğunun kabulünden daha uygundur⁸⁹. Bu sebeple mesela banka ile işlem yapan bir kişinin genel işlem koşulundan haberi olmadığı iddiası dürüstlük kuralına uygun değildir. Bu sebeple yapılan değerlendirmede somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerekmektedir.

⁸⁴ Eren, **a.g.e.**, ss. 222

⁸⁵ Civan, **a.g.e.**, ss. 19-20; Eren, **a.g.e.**, ss. 218; Atamer, **a.g.e.**, ss. 77-78

⁸⁶ Eren **a.g.e.**, ss. 218

⁸⁷ Eren, **a.g.e.**, ss. 218; Civan, **a.g.e.**, ss. 20; Atamer, **a.g.e.**, ss. 78-80; Çınar, **a.g.e.**, ss. 60-61

⁸⁸ Civan, **a.g.e.**, ss. 21; Aydoğdu, **Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı**, ss. 588

⁸⁹ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 235

E. Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunları Bakımından Genel İşlem Koşullarının Farkı

1. Genel Olarak

Genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin tüm sözleşmeleri kapsayacak şekilde uygulanması, ilk olarak TBK ile hukukumıza girmiştir. TBK'den önce genel işlem koşulları, sigorta, tüketici vb. hukuk dallarına ilişkin özel kanunlarda karşımıza çıkmaktaydı. Ancak bu hükümler, sadece özel kanunun kapsadığı alanda uygulandığı için yeterli gelmemektedir.

Bu sebeple de TBK'den önce söz konusu özel kanunlar dışında kalan sözleşmeler için; daha çok yargı kararlarıyla mevcut Borçlar Kanunu içerisinde genel işlem koşullarına uygun düşebilecek başkaca hükümlerle denetim yapılarak mağduriyetler giderilmeye çalışılmıştır. Bu anlamda özellikle dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmeler yapıldığı görülmektedir.

2. Borçlar Kanunu Döneminde Genel İşlem Koşulları

Borçlar Kanunu döneminde, genel işlem koşulları hakkında genel hüküm niteliğinde hukuki bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna rağmen genel işlem koşullarını içeren sözleşmeler hızla gerçekleştirilmekte, bu da söz konusu genel işlem koşulları hakkında uyuşmazlıkları beraberinde getirmektedir. Taraflar arasında oluşan hukuki uyuşmazlıklar hakkında kanunda bir düzenleme bulunmadığı için, uygulamada; daha çok dürüstlük kuralının düzenlendiği TMK m. 2 ile hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırının düzenlendiği TMK m. 24 ve BK m. 19/2'den ve BK m. 20'den yola çıkarak hukuki uyuşmazlıkları çözmeye çalışılmıştır⁹⁰. BK m. 19 ve m. 20, bugün yürürlükte olan TBK'nin kesin hükümsüzlüğün düzenlendiği TBK m.27'e karşılık gelmektedir. Bu da uygulamanın daha çok incelemeyi; kanunun emredici hukuk kurallarına, ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırılık çerçevesinde yapılmakta olduğunu göstermektedir.

Emredici hukuk kuralları bakımından yapılan incelemeler şüphesiz ki tüm kanun, yönetmelikleri ve içtihadı birleştirme kararları gibi kanun dışındaki diğer yazılı

⁹⁰ Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 55-58; Civan, **a.g.e.**, ss. 224; Antalya, **a.g.e.**, ss. 401

kaynakları da içerisine almaktadır⁹¹. Bu bakımdan kamu veya özel hukuk ayrımı yapılmamaktadır. Ayrıca TBK m. 27 açıkça emredici hukuk kuralları olarak düzenlendiği için taraflar, tamamlayıcı veya yorumlayıcı hukuk kuralları için geçersizlik söz konusu olmayacaktır⁹². Bir hükmün emredici olup olmadığı lafzından anlaşılabilirliği gibi hükmün amacından yola çıkılarak kamu düzenini ve toplum ahlakını koruduğu anlaşılıyorsa emredici hüküm niteliğindedir⁹³. Ahlaka aykırılık ise toplumların özelliklerine göre farklılık göstermekle birlikte, kanunlarda düzenlenmeyen bu durum, daha çok toplumun örf ve adetlerinden yola çıkılarak yapılmaktadır⁹⁴. Şüphesiz ki ahlaka aykırılık ile kastedilen sadece sözleşmenin konusunun ahlaka aykırı olması değildir, sözleşmenin amacının veya sonucunun da ahlaka aykırı olmasını ifade etmektedir⁹⁵. Genel ahlak kuralları belirlenirken Anayasa hükümleri dikkate alınmalıdır⁹⁶. Kamu düzeni ile toplumun temel yapısını, devlet ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan, toplumsal yarar ve hukuk düzenin korunması olarak tanımlanabilir. Bu noktada kamu düzeninin belirlenmesi kriteri için yazılı hukuk kurallarının ihlali dışında toplumun yararını gözetilen bir kamu düzeninin bulunduğu açıktır⁹⁷.

Emredici hukuk kuralları, kamu düzeni, ahlak kuralları dışında BK döneminde gabin yani TBK’de ki yeni ifadesiyle aşırı yararlanma hükümlerine göre de denetim yapılmaktaydı⁹⁸. Aşırı yararlanma, kişilerin dar ve zor durumda kalmaları sebebiyle sözleşme yapmak zorunda kalmaları ve bu durumdan ötürü karşı tarafça sömürülmelidir⁹⁹. Aşırı yararlanmanın üç adet unsuru bulunmaktadır. Öncelikle

⁹¹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, ss. 137; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 86-87; Atamer, **a.g.e.**, ss. 146; Emredici hukuk kurallarının istisnaen yazılı olmayan hukuk kurallarını da kapsadığı hakkında bkz. Eren, **a.g.e.**, ss. 334; Yazılı olmayan hukuk kurallarının emredici hukuk kuralları kapsamında olmadığı hakkında bkz. Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, ss. 75-76

⁹² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, ss. 137; Eren, **a.g.e.**, ss. 336; Sözleşmede yer alan genel işlem koşullarının tamamlayıcı hukuk kurallarından ayrılmasında nitelik ve nicelik bakımından incelenmesi gerektiği hakkında bkz. Mustafa Sencer Kara, ‘‘Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri’’, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 1, ss. 738

⁹³ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 86-87; Eren, **a.g.e.**, ss. 335; Kocayusufoşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 536; Akbulut, **a.g.e.**, ss. 167

⁹⁴ Atamer, **a.g.e.**, ss. 151-160; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, ss. 142-143

⁹⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 89-90; Eren, **a.g.e.**, ss. 339; Atamer, **a.g.e.**, ss. 153

⁹⁶ Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, ss. 77-78; Atamer, **a.g.e.**, ss. 153

⁹⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufoşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 546-566; TBK m. 27 hükmünde ‘‘hukuka aykırılık’’ ve ‘‘kamu düzenine aykırılık’’ın ayrı ayrı belirtilmesi durumunun yazılı olmayan kamu düzeni kuralları olduğu şeklinde bir anlayışa sebep olması ve bu durumun hukuk güvenliği açısından ortaya çıkardığı sakıncalar hakkında bkz. Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, ss. 75-80

⁹⁸ Atamer, **a.g.e.**, ss. 160-167; Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 57; Antalya, **a.g.e.**, ss. 401;

⁹⁹ Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, ss. 105; Nomer, **a.g.e.**, ss. 113; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 142

objektif unsur olan edimler arasında aşırı bir fark bulunmalıdır. Sübjektif unsurlar ise iki taraflı ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan aşırı yararlanmadan bahsedebilmemiz için öncelikle zarar gören tarafın zor durumda kalma, düşüncesizlik, deneyimsizlik gibi hallerinin bulunması gerekmektedir. Bunun yanı sıra diğer tarafında bu zayıflığı sömürme kastı olmalıdır¹⁰⁰.

Bahsettiğimiz bu kanun hükümlerinin yanı sıra BK'de bir düzenleme bulunmamakla birlikte genel olarak kabul edilmiş hukuk ilkelerinden yola çıkılarak¹⁰¹;

- Düzenleyenin aleyhine karşı tarafın lehine yorum ilkesi,
- Şaşırtıcı genel işlem koşullarının geçersiz olması,
- Genel işlem koşullarının dar yorumlanması ilkeleri yargı kararlarında ve doktrinde uygulanmıştır.

TBK'den önceki dönemde kanuni düzenlemeler, ilk olarak sigorta hukuku alanında karşımıza çıkmaktadır. 1956 tarihli 6762 s. TTK m. 1266'da sözleşme hükümlerinin İktisat ve Ticaret Vekaletince tasdik edilmesi ve zahmetsizce okunabilecek tarzda yazılması gerekliliği düzenlenmiştir. Bu baskı tarzına uyulmaması halinde, söz konusu hükümler yerine kanuni düzenlemeler uygulanacaktı. 2011 tarihli 6102 s. yeni TTK'de yine; sigorta sözleşmeleriyle ilgili olarak, m. 1423'te sigorta acentesinin aydınlatma yükümlülüğünden bahsetmekle birlikte, söz konusu sözleşme hükümlerinin m. 1425'te rahat ve kolayca okunabilmesine dikkat çekmiştir. Böylece yavaş yavaş kanuni düzenlemelerimize de girmeye başlayan genel işlem koşulları, daha sonra tüketicileri korumak amacıyla TKHK ile daha net bir şekilde hukukumuzda yerini almıştır. 4077 sayılı TKHK'e; 06.03.2003 tarihinde 4822 sayılı Kanun ile eklenen m. 6 ile, "haksız şartlar" başlığı altında düzenlenen genel işlem koşulları, daha sonra 28 Mayıs 2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı TKHK m. 5'de ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelikte tüketici sözleşmelerindeki "haksız şart" başlığı altında düzenlenmiştir.

Ancak önceden de bahsettiğimiz gibi bu düzenlemeler; genel işlem koşulları karşısında sözleşmeye müdahil olamayan zayıf tarafın korunması açısından yetersiz kalmıştır. Doktrinde ise bu açığın kamu düzenine aykırılık ile doldurulabileceği görüşü

¹⁰⁰ Eren, **a.g.e.**, ss. 435-443; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 142-144; Atamer, **a.g.e.**, ss. 163-166

¹⁰¹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, ss. 165-166

hakimdi. Ancak TKHK ile tüketicilerin lehine düzenlemeler gelmiş olmasına rağmen, TBK'den önceki dönemde; özellikle denetim ve içerik bakımından genel hüküm olmaması sebebiyle uyumsuzlukların giderilmesi için bu kanuni düzenlemelerin yeterli olmadığı görülmüştür¹⁰².

3. TBK Döneminde Genel İşlem Koşullarındaki Yenilikler

Genel işlem koşulları, hukukumuzda genel hüküm niteliğinde ilk kez 2011 yılında kabul edilen TBK ile gelmiş ve TBK m. 20-25 arası hükümlerde düzenlenmiştir. Bu kapsamda genel işlem koşullarının tanımı ve unsurlarının yanı sıra, zayıf olan ve sözleşmeye herhangi bir müdahale hakkı olmayan tarafı korumak amaçlı olarak denetim yolları da düzenlenmiştir.

TBK ile birlikte artık her türlü sözleşmeye dahil olan genel işlem koşullarının denetimi mümkündür. Hatta sözleşmelerin eki niteliğinde olan tek taraflı hazırlanan beyanlar içinde, denetim mümkün olmaktadır¹⁰³. Genel işlem koşullarının denetiminde, kişi bakımından uygulamada herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Bunun sonucu olarak genel işlem koşullarına ilişkin hükümler, başta tacirler ve tüketiciler olmak üzere herkese uygulanır¹⁰⁴. Çalışmamızın devamında daha ayrıntılı olarak açıklamakla birlikte, tacirler için genel işlem koşullarının uygulanması hakkında doktrinde bir tartışma mevcuttur. TTK'de genel işlem koşullarına ilişkin haksız rekabet hükümlerinin bulunması sebebiyle, doktrindeki bazı görüşlere göre TBK hükümleri tacirler için uygulanmamalıdır¹⁰⁵. Ancak buna karşın bizim de katıldığımız görüşe göre, TBK'nin genel hüküm niteliğinde olması sebebiyle kişi bakımından herhangi bir ayırım yapılmadan herkes için uygulanmalıdır¹⁰⁶.

¹⁰² Akbulut, **a.g.e.**, ss. 362-363; Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 55; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 255-257

¹⁰³ Aydoğdu, **a.g.m.**, ss. 8-9

¹⁰⁴ Aydoğdu, **a.g.m.**, ss. 4; Atamer, **a.g.m.**, ss. 10 vd.; Altop, **a.g.m.**, ss. 148- 149; aksi görüş için bkz. Antalya, **a.g.e.**, ss. 409; Gökhan, Antalya/Doğa E. Doğanç, "Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının Bunun TBK m. 20 vd.'daki Görünümlerinin ve TTK m. 55 f. 1 ile TBK m. 20 vd. Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma Dergisi**, C. 24, S. 2, 2018 ss. 836-842

¹⁰⁵ Antalya, **a.g.e.**, ss. 409-411

¹⁰⁶ Aşağıda bkz., III., ss. 63 vd.

III. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

A. Genel Olarak

Genel işlem koşulları yukarıda da açıklamaya çalıştığımız gibi sosyal ve ekonomik olarak güçlü olan tarafça önceden tek taraflı olarak hazırlanır ve zayıf konumdaki sözleşmenin karşı tarafı, bunu kabule zorlanır. Bu şekilde bireysel sözleşmelerde var olan sözleşme adaleti, sözleşme özgürlüğü ve sözleşme özgürlüğü ile bağlantılı olan sözleşme hükümlerinin taraflarca görüşülerek serbestçe belirlemeleri ilkeleri ortadan kalkar¹⁰⁷. Yani sözleşme taraflardan birine fayda sağlarken, diğer tarafın daha çok zarara uğraması sonucunu ortaya çıkarır. Bu sebeple sosyal ve ekonomik olarak zayıf konumda olanı korumak ve bozulan menfaat dengesinin tekrar kurulmasını sağlamak amacıyla genel işlem koşullarının denetimi yoluna başvurulmuştur¹⁰⁸.

Bu durum aslında yukarıda açıkladığımız gibi sosyal devlet anlayışının bir gerekliliğidir. Sosyal devlet anlayışının benimsenmesinin sonucu olarak; devletin dağıtıcı adalet sistemi gereğince, her iki tarafın eşit görüldüğü ama gerçekte eşit olmadığı sözleşmelerde, zayıf olanı korumak amacıyla bu tür sözleşmelere müdahalede bulunma gerekliliği, genel işlem koşullarının denetimi sonucunu ortaya çıkarmıştır¹⁰⁹.

AB yönergesine göre genel işlem koşullarının denetimi için sözleşme koşullarının pazarlık konusu yapılmadan kabul edilmesi, sözleşme hükümlerinin denetimi için yeterli görülmektedir¹¹⁰. Ancak Atamer'in de haklı olarak değindiği üzere sadece pazarlık kriterine göre genel işlem koşullarını değerlendirmek ve denetimin yolunu açmak, birden fazla kullanım kriterini genel işlem koşulu için

¹⁰⁷ Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 12

¹⁰⁸ Şeker, **a.g.e.**, ss. 26;

¹⁰⁹ Antalya, **a.g.e.**, ss. 398-399

¹¹⁰ Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Kayıtlar Hakkında Avrupa Birliği 93/13/AET Yönergesi m.3: "Tek tek pazarlık konusu edilmemiş olan bir sözleşme kaydı, dürüstlük kuralına aykırı şekilde tüketici aleyhine, sözleşme taraflarının sözleşmeden doğan hak ve borçlar dağılımında önemli ve haksız bir orantısızlık yaratması halinde kötüye kullanılabilir olarak nitelendirilir." (Çeviri için bkz. Atamer, **a.g.e.**, ss. 265)

bertaraf etmek olacaktır. Bu durumda genel işlem koşullarının uygulama alanını genişletecektir¹¹¹. Genel işlem koşullarının denetimi unsurunun sadece pazarlık edilmesi şartına bağlanması durumunda; pazarlık edilmeyen, ancak karşı tarafın bilgisi dahilinde olan sözleşme koşulları da dürüstlük kuralına uygun olmayarak denetime tabi olmasının önünü açmaktadır. Ancak bu durum dürüstlük kuralı ile birlikte sözleşme özgürlüğü ilkesini de zedelemektedir.

Sözleşmeye dahil olan genel işlem koşullarının tümü için TBK m. 20-25 arasındaki hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Öncelikle tüm sözleşmelerde olduğu gibi emredici hukuk kurallarına aykırı düzenlenen genel işlem koşulları da TBK m. 27 gereğince hükümsüzdür. Yine TBK m. 27'nin devamı olarak; kamu düzenine, ahlaka aykırı olan genel işlem koşulları herhangi bir denetime tabi olmaksızın geçersiz sayılacağından genel işlem koşullarına özgü denetimin dışındadır¹¹². Ancak TBK m. 27 çerçevesinde yapılan genel inceleme tüm sözleşmeler için geçerli olmakla birlikte konumuz bakımından genel içerik denetimi olarak ele alınmaktadır¹¹³. Ayrıca var olan kanun hükümlerini tekrar eden genel işlem koşulları ve kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme koşulları da sözleşmeyi kullanan tarafça hazırlanmadığı sebebiyle genel işlem koşullarına özgü denetimin dışında kalacaktır¹¹⁴. Bu durumlar dışındaki genel işlem koşulları; yürürlük, yorum ve içerik denetimlerine istisnasız olarak tabidir.

Pazarlık edilerek oluşturulmuş bireysel sözleşmeleri, genel işlem koşulları karşısında öncelikli olarak uygulanır¹¹⁵. Alman Medeni Kanun'uş 305b'de " Bireysel sözleşme anlaşmalarının genel hüküm ve koşullara göre önceliği vardır." düzenlemesiyle bu durumu açıkça düzenlemiştir¹¹⁶. Yani tarafların pazarlık ederek anlaştıkları sözleşme hükümleri, önceden tek taraflı olarak belirlenmiş olan genel işlem koşuluyla çelişirse; tarafların ortak olarak karar verdikleri bireysel sözleşme hükmü öncelik kazanır ve uygulanır¹¹⁷. Her ne kadar TBK'de bu konuda açık bir hüküm bulunmasa da yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere bu durum, Anayasa

¹¹¹ Atamer, **a.g.e.**, ss. 68-69

¹¹² Hülya Uygun, "Türk Borçlar Kanunu'nu (TBK) Getirdiği Önemli Bir Yenilik: Genel İşlem Koşullarının Denetimi", **İstanbul Barosu Dergisi**, S. 87, 2013, ss. 34-48

¹¹³ Bkz. aşağıda II., ss. 55 vd.

¹¹⁴ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, ss. 167; Karaaslan, **a.g.m.**, ss. 262; Karadağ, **a.g.e.**, ss. 182

¹¹⁵ Akbulut, **a.g.e.** ss. 365, dn. 1108

¹¹⁶Çeviri için bkz., https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_311.html

¹¹⁷ Bireysel sözleşmelerin önceliği hakkında aşağıda bkz., II, ss. 9 vd.

tarafından da güvence altına alınmış olan sözleşme özgürlüğünün bir gerekliliğidir. Böylece özgürce karar vermiş olan taraf iradelerine öncelik tanınmış olur.

Taraflar, söz konusu genel işlem koşullarını tek tek pazarlık ederek kabul etmişlerse artık söz konusu sözleşme hükümlerin hukuki niteliği bireysel sözleşmedir. Bu durum Alman Medeni Kanun § 305, f.1 son cümlede ‘‘Akit taraflar arasındaki akdi şartlar ayrıntılı olarak müzakere edildiği sürece genel şartlar ve koşullar mevcut değildir.’’ ifadeleriyle açıkça ifade edilmiştir¹¹⁸. Bizim hukukumuz açısından TBK’de bu konuda net bir düzenleme yer almamakla birlikte, TBK m. 20/3’’ ... bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.’’ cümlesi vasıtasıyla aynı sonuca varmak mümkündür¹¹⁹. Artık zayıf konumda olan sözleşmenin karşı tarafı, söz konusu genel işlem koşullarına müdahil olmuş ve sözleşme hükümleri hakkında bilgisi olmakla birlikte, bunları bilerek kendi özgür iradesiyle kabul etmiştir. Bu noktada genel işlem koşullarının lehe veya aleyhe olması önem arz etmemektedir.

Genel işlem koşullarının idari ve yargısal denetim olmak üzere temelde iki tür denetimi bulunmaktadır¹²⁰. Biz çalışmamızda TBK’yi temel aldığımız için daha çok yargısal denetim üzerinde duracağız. Yargısal denetimin, doktrinde birçok farklı tasnifleri bulunmaktadır. Doktrinde yargısal denetimi; kapsam (yürürlük denetimi), şaşırtıcı genel işlem koşulu denetimi, yorum denetimi, düzenleme ve yeni düzenleme yapma yasağı denetimi ve içerik denetimi olarak beş aşamadan oluşturan bir tasnif bulunmaktadır¹²¹. Bir ayrı tasnifte ise; öncelikle bir ön kontrol aşaması bulunduğu, daha sonrasında ise kapsam denetimi olduğu ve bununda ilişkilendirme ve yürürlük denetimi şeklinde iki aşamadan oluştuğu, sonrasında ise yorum ve içerik denetiminden oluştuğu görülmektedir¹²².

Bu tasniflere ek olarak; saydamlık denetiminin yorum denetiminden sonra içerik denetiminden önce gelen ayrı bir denetim türü olarak incelenmesi gerektiğini savunan bir tasnif de mevcuttur¹²³. çalışmamızın devamında daha ayrıntılı incelemekle birlikte

¹¹⁸ Çeviri için bkz., https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_311.html

¹¹⁹ Atamer, **a.g.m.** ss. 21

¹²⁰ Murat Aydoğdu **Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi**, I. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, ss. 68

¹²¹ Şeker, **a.g.e.**, ss. 26

¹²² Antalya, **a.g.e.**, ss. 414-415

¹²³ Gökhan Antalya/Doğa E. Doğanç, ‘Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının Bunun TBK m. 20 vd.’daki Görünümlerinin ve TTK m.55 f.1 ile TBK m. 20 vd. Birlikte Uygulanabilirliğinin

saydamlık denetimi; anlam bakımından temelde yorum denetimine yakın olsa da, aslında genel işlem koşullarının saydamlık ilkesine uygun olmaması sebebiyle denetime ihtiyaç duyulması açısından genel işlem koşulları denetiminin temelini oluşturmaktadır¹²⁴. Şöyle ki; ‘‘saydamlık ilkesi’’ genel işlem koşulunun açık ve anlaşılır olmasıdır. Açık olma terimi, genel işlem koşulunun karşı tarafça herhangi bir çelişkiye yer verilmeden net bir şekilde anlaşılmasıdır. Bu duruma aykırı genel işlem koşulları için yürürlük denetimi uygulama alanı bulmaktadır¹²⁵. Yürürlük denetiminin yanı sıra saydamlık denetimi, yorum denetimi, şaşırtıcı genel işlem koşullarının denetimi, birden fazla anlama gelme ve içerik denetimini de kapsamaktadır¹²⁶.

Yargıtay, genel işlem koşullarının denetimi hakkında 2015/14979 E. 1016/6785 K. ve 17.06.2016 T. kararında:’’ ...Genel işlem koşulları incelenirken, genel işlem koşulları çerçevesinde kapsam (yürürlük), yorum ve içerik denetimi adı altında üç denetimin yapılması gerekmektedir.’’ ifadesiyle üç aşamadan oluşan tasnifi kabul etmiştir¹²⁷. Sonuç olarak; yukarıda bahsettiğimiz tasnifler uygulama aşamaları olarak birbirlerine yakın ve doğru olsa da çalışmamız da genel işlem koşullarının denetimini Yargıtay Kararlarına ve TBK sistematığına daha uygun olduğunu düşündüğümüz ve temelde üç denetim aşamasından oluşan Eren’in yapmış olduğu tasnife göre inceleyeceğiz¹²⁸. Bu tasnife göre; ilk önce yürürlük denetimi diğer adıyla uygulama ya da kapsam denetimi, sonrasında yorum denetimi, içerik denetimi ve içerik denetimini ise kendi içerisinde TBK m. 27 çerçevesinde yapılan genel içerik denetimi ve özel içerik denetimi olarak inceleyeceğiz¹²⁹.

Değerlendirilmesi’’, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma Dergisi**, C. 24, S. 2, 2018, ss. 830-831

¹²⁴ Aşağıda bkz., III, ss. 47 vd.

¹²⁵ Doğa Ekrem Doğancı, **Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi**, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2018, ss. 154

¹²⁶ Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 134-135

¹²⁷ Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 487

¹²⁸ Eren, **a.g.e.**, ss. 221 vd.; Yelmen, **a.g.e.**, ss. 81 vd.; Atamer, **a.g.e.**, ss. 81 vd.; Akçaal, **a.g.m.**, ss. 55; Karadağ, **a.g.e.**, ss. 45 vd.. Nihat Yavuz, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler**, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, ss. 94; Temelde yine üç aşamadan oluşmakla birlikte ‘‘ genel işlem koşullarının tarafların rızasıyla sözleşmenin içeriğine girmesi, genel işlem koşullarının yorumlanması, içerik denetiminden oluşan sınıflandırma için bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 232 vd.; Yine temelde üç aşamadan oluşan ancak yaptırımlar çerçevesinde incelenen sınıflandırma için bkz. Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 139 vd.; benzer bir sınıflandırma için bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 172 vd.; Ön kontrol, kapsam denetimi başlığı altında ilişkilendirme ve yürürlük denetimi olarak iki aşamalı denetimden sonra yorum ve içerik denetimlerinden oluşan sınıflandırma için bkz. Antalya, **a.g.e.**, ss. 414

¹²⁹ Eren, **a.g.e.**, ss. 226

B. İdari Denetim

Genel işlem koşulları için genel olarak iki tür denetim söz konusudur. Bunlardan birincisi idari makamlarca gerçekleştirilen idari denetim, ikincisi de mahkemeler aracılığıyla yapılan yargısal denetimdir.

İdari denetim; hazırlanan genel işlem koşullarının kullanılmadan önce idare tarafından denetlenmesi ve uygulanabilirliği açısından onay alınmasıdır¹³⁰. Genel işlem koşullarının idari denetimi, bizim hukukumuzda daha çok sigorta hukuku alanında uygulanmaktadır. 5684 Sigortacılık Kanunu m. 11 hükmüne göre ‘‘Sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir.’’¹³¹ Bu konuda verebileceğimiz bir başka örnek ise, genel işlem koşullarının sıklıkla kullanıldığı bankacılık sözleşmeleridir. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 24/2 gereğince kredi kartlarında yer alması gereken asgari unsurların belirlenmesi amacıyla Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu’na yetki verilmiştir. Kurul ise bu yetkisini, 2006 yılında kullanarak banka kartları ve kredi kartları için ayrı ayrı olarak sözleşmelerin asgari unsurlarını belirlemişlerdir¹³².

İdari denetimle amaçlanan genel işlem koşullarında yer alan haksız hükümlerin, uygulama aşamasından önce kontrol edilmesi ve oluşabilecek uyuşmazlıkların önüne sözleşme kurulmadan önce geçilmesidir¹³³. Böylece sözleşmelerdeki menfaat dengesi bozulmadan korunmuş olacaktır. Ancak bu denetim, Kanun’un belirlediği sayılı durumlarda uygulanabilir.

Doktrinde bulunan görüşlerden bazıları idari denetimin faydalı olabileceğini kabul etmektedir¹³⁴. Bir başka görüşe göre ise genel işlem koşullarının idari denetimi sınırlı sayıda uygulandığında faydalı olabilecek niteliktedir, bu kapsamda genel işlem

¹³⁰Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 239; Çınar, **a.g.e.**, ss. 64

¹³¹ Antalya, **a.g.e.**, ss. 400; Çınar, **a.g.e.**, ss. 65; Sigortacılık Kanunu m. 11 düzenlemesinde yer alan sigorta genel şartları ve genel işlem koşullarının; ön denetim makamının fiilen düzenleyen olması, sözleşmenin ana muhtevasının oluşturulması ve sigorta genel şartlarının kanun gücüne dayanması sebepleriyle temelde birbirlerinden farklı olduğu görüşü hakkında bkz. Ecem Aras Yeşilova, ‘‘Sigorta Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Kullanılması’’, **İzmir Barosu Dergisi**, S. 3, 2015, ss. 447-470

¹³² Güler Gümüşsoy, ‘‘ Bankacılık İşlemlerinde Genel İşlem Koşulları’’, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 12, C. 1, Ocak 2013, ss 177-211

¹³³Karadağ, **a.g.e.**, ss. 47

¹³⁴Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi**, ss. 69

koşullarının tamamının bu kapsamda değerlendirilmesi bürokrasi uygulamaları içinde eriyip kaybolma ihtimaline sebep olmaktadır¹³⁵. Bu yöndeki bir uygulamada genel işlem koşullarının niteliklerini kaybetmesine sebebiyet vermektedir. Bu sebeple çok ağır mağduriyetlere sebep olunmaması için genel işlem koşulları için idari denetim uygun bir çözümdür. Ancak bütün genel işlem koşullarını bu tür bir denetime tutmak tarafların sözleşme özgürlüğünü zedeleyecektir. Ayrıca belirtmek isteriz ki bir genel işlem koşulunun idari denetimden geçmiş olması, yargısal denetimin yapılmasına engel olmamaktadır¹³⁶.

C. Yargısal Denetim

Yargısal denetim, genel işlem koşulları hakkında yargı eliyle yapılan incelemedir. Bu denetim üç aşamadan oluşmaktadır. Birinci aşama, yürürlük denetimidir. Bu aşamada genel işlem koşullarının ilişkilendirme anlaşmasının var olup olmadığına bağlı olarak, genel işlem koşullarının hukuki olarak geçerlilik kazanıp kazanmadığı incelenir¹³⁷. Daha sonra ise içerik ve yorum denetimleri gelir.

Doktrindeki bazı görüşler, yürürlük denetiminden önce sözleşmede genel işlem koşullarının yukarıda incelediğimiz unsurlarının sözleşmede bulunup bulunmadığının incelendiği bir ön denetim aşamasının var olduğunu savunmaktadır¹³⁸. Ancak genel işlem koşulları unsurlarının belirlenmesinin bir denetim aşaması olarak kabul edilmesinin doğru olmadığı kanısındayız. Bu husus daha çok denetim aşamasına geçilmeden önce çözümlenmesi gereken bir ‘‘ön meseledir’’¹³⁹. Çünkü bu unsurların var olmaması durumunda zaten genel işlem koşullarında söz konusu olamayacağı için, genel işlem koşullarının TBK’de düzenlenen denetimi de söz konusu olmayacaktır. Genel işlem koşullarının denetim amacının bozulan menfaat dengesinin yargı eliyle düzeltilmesi olması nedeni ile, genel işlem koşullarının unsurlarının var olup olmadığı konusunu bir denetim türü olarak nitelendirmemek gerekir.

¹³⁵Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 239-240

¹³⁶ Antalya, **a.g.e.**, ss. 400

¹³⁷ Aşağıda bkz., III, ss. 30-33

¹³⁸Antalya, **a.g.e.**, ss 415; Doğanç, **a.g.e.**, ss. 101 vd.

¹³⁹ Atamer, **a.g.m.**, ss. 12; Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi**, ss. 46

1. Yürürlük Denetimi

Genel işlem koşulunun hukuk dünyasında geçerli olarak var olabilmesi için öncelikle yürürlük denetiminden geçerek, uygulanabilir hale gelmesi gerekmektedir. Yürürlük, kelime anlamı olarak ‘‘gereğinin yapılması’’dır¹⁴⁰. Bu sebeple genel işlem koşullarının gereğinin yapılabilmesi için öncelikle yürürlük denetiminden geçmesi gerekmektedir. Yürürlük denetimi, TBK m .21’de düzenlenmiş ve bu hükme göre yürürlük denetimi, ‘‘Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin yapılması sırasında genel işlem koşullarını kullananın karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlaması ve karşı tarafında bu koşulları kabul etmesine bağlıdır.’’ şeklinde tanımlanmıştır.

Genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olabilmesi için genel işlem koşulunu kullanan taraf, sözleşme kurulmadan önce karşı tarafı genel işlem koşullarının kullanılması hakkında açıkça uyarmalı ve karşı tarafa genel işlem koşullarının içeriğini öğrenme olanağını da vermiş olması gerekmektedir¹⁴¹. Bir bakıma burada sağlanmaya çalışan TBK m. 1’de düzenlenen ve sözleşmenin temel unsurunu oluşturan tarafların karşılıklı olarak birbirine uygun irade beyanlarının olmasını sağlamaktır. Ancak burada bahsedilen irade uyuşmasından kastedilenin, tarafların dış dünyaya yansıyan beyanları mı yoksa gerçek iradeleri mi olduğu belirsizdir. Bu durumda dış dünyaya yansıyan irade açıklamasına üç şekilde anlam verilebilir. Birinci durumda beyan sahibinin iradesine yüklediği anlamdır. Ancak bunun kabulü, karşı tarafın sadece dış dünyaya yansıyan irade beyanı ile karşılaştığı gerçeği sebebiyle kabul edilemez. İkinci durumda ise; objektif olarak üçüncü bir kişinin yüklediği anlam dikkate alınabilir. Ancak sözleşme ile ilgisi bulunmayan üçüncü bir kişiyi yorumunu dikkate almakta sorunun çözümü için tatmin edici değildir¹⁴². Bu noktada üçüncü olarak da güven teorisi devreye girer. Güven teorisi ile dürüstlük kuralına uygun olarak, durumun özelliklerine göre karşı tarafın öne sürülen irade beyanına hangi anlamı vermesi beklenilmekte ise o anlama üstünlük tanıyan bir prensiptir¹⁴³. Güven teorisinin amacı,

¹⁴⁰www.sozluk.gov.tr (E.T.: 24.12.2020)

¹⁴¹ Atamer, **a.g.e.**, s s. 83; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 232; Civan, **a.g.e.**, ss. 167; Antalya, **a.g.e.**, ss. 419; Akbulut, **a.g.e.**, ss. 371

¹⁴²Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 132-135

¹⁴³ Bağrıaçık, **a.g.m.**, ss. 154; Atamer, **a.g.e.**, ss. 81; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 133; Antalya, **a.g.e.**, ss. 231; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 73-74

tarafların irade beyanları sonucu karşı tarafta oluşan güvenin korunmasıdır¹⁴⁴. Bu durumda yürürlük denetimi ile yapılmak istenen; güven teorisiyle yola çıkılarak, dürüstlük kuralına uygun olarak sözleşmenin kurulup kurulmadığının belirlenmesi amaçlanmaktadır. Böylece tarafların dış dünyaya yansıyan irade beyanları ile somut olayın haklı gösterdiği noktada oluşan güvenin dikkate alınması sağlanmaktadır.

Aslında yürürlük denetimi, güven teorisi içerisinde bir ilişkilendirme anlaşmasının varlığının denetlenmesidir. İlişkilendirme anlaşması, önceden hazırlanan genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil edilmesidir. İlişkilendirme anlaşmasının var olması ve genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olması için; genel işlem koşulunun varlığı hakkında karşı tarafa bilgi verilmesi ya da en azından bunları öğrenme imkânı sağlanması ve genel işlem koşulundaki sözleşme hükümlerini bilinçli bir şekilde kabul etmesi gerekmektedir¹⁴⁵. Ancak burada dikkat edilmesi gereken, sözleşmeyi hazırlayan tarafın, karşı tarafın sözleşme içeriğini öğrendiğinden emin olması değildir. Aradığımız kriter, bu konuda karşı tarafa dürüstlük kuralına uygun olarak öğrenme fırsatı verilmiş olmasıdır¹⁴⁶. Bu şekilde gerçekleştirilecek olan sözleşmelerde; sözleşmeyi hazırlayan taraftan, tek tek genel işlem koşulları hakkında karşı tarafa bilgi verilmesini ve anlaşıldığından emin olunmasını değil, sözleşmede genel işlem koşullarının varlığı hakkında bilgi verilmesini beklemek gerekir.

Bu noktada yürürlük denetiminde, ilk önce ilişkilendirme anlaşması denetimi yapılmalıdır. İlişkilendirme anlaşmasının, en geç sözleşmenin kuruluş aşamasına kadar gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Genel işlem koşulunu içeren sözleşme, şekle bağlı olsa dahi ilişkilendirme anlaşması için herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır¹⁴⁷. İlişkilendirme anlaşması için ilk olarak, sözleşmede genel işlem koşulunun bulunduğu yönünde karşı tarafa açıkça bilgi verilmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra genel işlem koşulunun içeriğinin de öğrenilme fırsatının verilmesi

¹⁴⁴ Atamer, **a.g.m.**, ss. 26, dn. 54

¹⁴⁵ Antalya/Doğancı, **a.g.m.**, ss. 831

¹⁴⁶ Atamer, **a.g.m.** ss. 28; karşı görüş için bkz. Yeniocak, **a.g.m.**, ss. 83, ‘‘ Genel işlem koşullarına maruz kalan taraf, kendisiyle müzakere edilse de, bu koşulların anlam ve önemini, sonuçlarını algılayacak düzeyde bilgi ve tecrübeye sahip değilse, fiilen müzakere olgusunun gerçekleşmiş olması, tek başına kanunun aradığı şartın yerine getirildiği anlamına gelmemektedir.’’; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 234, ‘‘ ... yalnız bir hukukçunun gereği gibi değerlendirebileceği bir kayıt, şeffaflık(saydamlık) ilkesine uymaz ve müşteri tarafından benimsemek suretiyle standart sözleşme içeriğine girmiş (yürürlük kazanmış) sayılmaz.’’

¹⁴⁷ Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 152; Genel işlem koşullarının şekil şartını sözleşmenin şeklinde yapılması hakkında bkz. Civan, **a.g.e.**, ss. 180

gerekmektedir¹⁴⁸. Eğer bahsettiğimiz bu şartlar gerçekleştirilirse, karşı tarafın aleyhine olan hususlar da dahil olmak üzere, genel işlem koşulları sözleşme ile ilişkilendirilmiş olur. Yani önceden maktu olarak hazırlanmış ve soyut olan genel işlem koşulları, birbirlerine uygun irade beyanları ile somut hale gelmiş ve artık bireysel sözleşme niteliğini kazanmış olur.

Günümüzde çevrimiçi işlemlerin gelişmesi ve yüz yüze sözleşme yapma imkânının bulunmaması durumlarında, karşı tarafa genel işlem koşullarını öğrenme fırsat verilmesi önem arz etmektedir. Genel işlem koşulları, daha çok bankalar tarafından kullanılmaktadır. Bazı bankalar, gün geçtikçe kullanımı artan internet bankacılığı işlemlerinin gerçekleştirilebilmesi için; genel işlem koşullarının müşteri tarafından okunmasını sağlayarak bilgilendirme metninin altındaki ‘okudum, anladım’ kutucuklarının işaretlenmesini zorunlu kılmaktadır. Aksi takdir yapılacak olan işleme onay vermemektedir. Bu noktada kişi, metni okuyup okumama konusunda özgürdür. Sözleşme metni okunmamış olsa bile kişiye bilgi edinme fırsatı sunulmuş, hatta genel işlem koşulları okunmaya zorlanmıştır. Bu durumda kişi sözleşme metnini global olarak kabul etmiş ve genel işlem koşulları artık ilişkilendirilmiş olup, geçerli sözleşme hükmünün var olduğu kabul edilir.

Bu noktada bilgilendirme veya içeriğin öğrenilme imkânı tanınmasının yanı sıra karşı tarafın bu hükümleri kabul etmesi de önemlidir. Çünkü kabul ile birlikte artık ilişkilendirme anlaşması kurulmuş ve genel işlem koşulları sözleşmeye dahil olmuş olur. Bu kapsam da sözleşmenin kabulü şu şekillerde yapılabilir;

- Açık Kabul:

TBK m. 1 ‘e göre sözleşme tarafların birbirlerine uygun irade açıklamasıyla kurulur. Kabul, sözleşmenin kurulması yönündeki sözleşmeyi kullanan tarafın önerisine karşılık diğer tarafın sözleşmeyi öneriye uygun olarak gerçekleştirme isteğini kesin ve yoruma ihtiyaç olmaksızın gösteren irade beyanıdır¹⁴⁹. İrade açıklaması ise açık veya örtülü olarak yapılabilir. Açık kabul, kişinin sözleşmeyi hazırlayan tarafça bilgilendirilmesi sonucu sözleşmenin, herhangi bir tereddütte mahal verilmeyerek, yoruma gerek duyulmadan ve doğrudan doğruya anlaşılabilir beyanıdır¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Doğanç, **a.g.e.**, ss. 144; Antalya, **a.g.e.**, ss. 419

¹⁴⁹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 68

¹⁵⁰ Antalya, **a.g.e.**, ss. 93; Eren, **a.g.e.**, ss. 134; Nomer, **a.g.e.**, ss. 44

Açık kabulden bahsedebilmemiz için, öncelikle genel işlem koşulların rahatça okunabilmesi ve ortalama bir kişinin okuduğu zaman kolayca anlayabilmesi gerekmektedir. Açık ve anlaşılır olma ile kanun koyucunun sağlamaya çalıştığı, karşı taraftaki kişinin kabul ettiği sözleşme hükümlerini kendi zihin dünyasında irdelemesi, artı ve eksileri belirleyip ona göre benimseyerek kabul etmesini sağlamaktır¹⁵¹. Açıkça okunamayan genel işlem koşullarının benimsenmiş olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Böylece olası bir kafa karışıklığının önüne geçilerek daha sonradan oluşabilecek uyuşmazlıklar engellenmeye çalışılmıştır. Bu noktada TKHK m. 5/IV tüketici sözleşmelerinin yazılı olması durumunda; hükümlerde tüketicinin anlayabileceği nitelikte açık ve anlaşılır bir dil kullanılması gerektiğini düzenlemiştir. Benzer bir hüküm de 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 24'de yazılı şekil olarak on iki punto ve koyu renkle yazılması gerekliliğini düzenlemiştir¹⁵².

Sonuç olarak açık kabul; kişinin kendi zihin dünyasında karşı tarafın sunmuş olduğu genel işlem koşullarını irdelemesi, bu hükümleri lehine ve aleyhine olan durumları göz önüne alarak yoruma gerek duyulmadan net bir irade açıklamasıyla "kabul ediyorum" veya "kabul etmiyorum" şeklinde beyanda bulunmasıdır. Böylece genel işlem koşulları sözleşme ile ilişkilendirilmiş olur ve artık bireysel bir sözleşmenin varlığından bahsedilebilir.

- Kapalı Kabul

Kapalı kabul veya örtülü kabul ile anlatılmaya çalışılan; sözleşme hükümleri karşısında kişinin açıkça beyanını açıklamaması veya somut olarak iradeyi gösteren davranışlarla sözleşmeyi kabul etmesi veya reddetmesidir¹⁵³. Kapalı kabulde iradeyi gösteren davranışın güven ilkesi çerçevesinde yorumlanması gerekmektedir¹⁵⁴. Bir kişinin süresi biten kira sözleşmesine rağmen taşınmazda bulunmaya devam etmesi,

¹⁵¹ Eren, **a.g.e.**, ss. 234; Civan, **a.g.e.**, ss. 176-177; Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 174

¹⁵² 1/3/2006 Tarih, 26095 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanan 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 24/1: " Kart çıkaran kuruluşlar ile kart hamilleri arasındaki ilişkiler, bu Kanun ve ilgili diğer mevzuat çerçevesinde en az on iki punto ve koyu siyah harflerle hazırlanacak yazılı şekilde veya uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle mesafeli olarak ya da mesafeli olsun olmasın Kurulun yazılı şeklin yerine geçebileceğini belirlediği ve bir bilişim veya elektronik haberleşme cihazı üzerinden gerçekleştirilecek ve müşteri kimliğinin doğrulanmasına imkân verecek yöntemler yoluyla kurulacak sözleşmeler ile düzenlenir ve buna ilişkin usûl ve esaslar Kurul tarafından belirlenir. Sözleşmenin bir örneği, kart hamiline ve varsa kefile verilir. Sözleşme hükümleri ve kartın kullanımı hakkında kart hamiline ayrıntılı bilgi verilmesi zorunludur."

¹⁵³ Antalya, **a.g.e.**, ss. 93

¹⁵⁴ Hatemi/Gökayla, **a.g.e.**, ss. 37; Nomer, **a.g.e.**, ss. 45

kapalı olarak sözleşmeye devam etme iradesinin bulunduğu göstergesidir¹⁵⁵. Bazen de “susma” gibi herhangi bir davranış sergilemesi ile de irade açıklanması mümkündür. Mesela TBK m. 197’de borcun üstlenilmesi sözleşmesinde alacaklı belli bir süre susarsa öneriyi reddetmiş sayılır.

TBK m. 1 gereğince kapalı kabulün genel işlem koşulları bakımından uygulanması da mümkündür. Güven kuramı çerçevesinde genel işlem koşullarını hazırlayan tarafın, karşı tarafın susmasını kabul olarak yorumlanması durumu ortaya çıkabilir¹⁵⁶. Dürüstlük kuralına uygun olarak ve somut olayın özelliklerine göre ya da taraflar arasında daha önceden mevcut olan iş ilişkisinin tekrarlanması gibi durumlarda, kapalı kabulün uygulanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır¹⁵⁷. İsviçre hukukunda kapalı kabul, bir tek tacirler arasındaki sözleşmelerde kabul edilmiştir¹⁵⁸. Ancak bizim hukukumuz bakımından bu yönde bir sınırlama bulunmamaktadır.

Bazı durumlarda genel işlem koşulunun karşı tarafa bildirilmesi ve tarafların karşılıklı görüşmesi mümkün olmayabilir. Bu durumlarda tarafların, karşı tarafa iradesini açıkça belirtmesi çok zordur. Kapalı kabulün en çok görülme şekli, açık bir alanda ilan usulü yapılan bildirimlerde görülür. Bu şekildeki ilanlar da genel işlem koşulu olarak kabul edilir. Bu tür koşullarda, karşı tarafın kapalı kabulü olduğu var sayılır. Her ne kadar genel işlem koşulları bakımından kural, açık kabul olsa da doktrinde kapalı kabulün de olabileceği görüşleri mevcuttur¹⁵⁹. Alman hukukunda bulunan kanuni düzenlemeye göre; açık bir yerde ilan edilen genel işlem koşulları, makul ve normal olan bir üçüncü kişi tarafından fark edebilecek şekilde yapılmalıdır¹⁶⁰. Bu açıdan tüketici ile yapılan genel işlem koşulları içeren sözleşmeler için açık kabul aranması yerinde olmakla birlikte, aksi bir durumda karşı tarafın sözleşmeden önce söz konusu durumdan haberdar edilmesi gerekir¹⁶¹. Ayrıca taraflar arasında daha önceden kurulmuş iş ilişkileri mevcut ise ve genel işlem koşullarından diğer tarafın haberi varsa; yapılacak sözleşmelerde, açıkça diğer sözleşmeler için atıfta

¹⁵⁵ Örnek için bkz. Atamer, **a.g.e.**, ss. 100; Eren, **a.g.e.**, ss. 135-137;

¹⁵⁶ Atamer, **a.g.e.**, ss. 100-101

¹⁵⁷ Eren, **a.g.e.**, ss. 235; Aydoğdu **a.g.m.**, ss. 25-26

¹⁵⁸ Antalya, **a.g.e.**, ss. 424

¹⁵⁹ Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi**, ss. 92; Antalya, **a.g.e.** ss. 424; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 234-236; Atamer, **a.g.e.**, ss. 99; Yelmen, **a.g.e.**, ss. 88-89; Civan, **a.g.e.**, ss. 177-178

¹⁶⁰ Antalya, **a.g.e.**, ss. 421

¹⁶¹ Atamer, **a.g.e.**, ss. 100-101

bulunulmasında bile kapalı bir kabulün varlığı kabul edilebilir¹⁶². Ancak burada iş ilişkileri arasında uzun süreli bir kesinti olmaması gerekir.

- Global Kabul

Global kabul, genel işlem koşullarının kabulünde en çok görülen kabul şeklidir. Genel işlem koşullu sözleşmeler, genellikle çok uzun ve okunması çoğu zaman imkânsız olan, okunsa bile anlaşılması güç olan hükümlerdir. Bu gibi durumlarda çoğu zaman sözleşmenin karşı tarafı sözleşmeyi okumadan bir bütün olarak kabul etmektedir. Bu tür okunmadan bütün olarak yapılan kabul etmeye global kabul denilmektedir¹⁶³. Global kabul için sözleşme hükümlerini kabul eden kişi, her bir sözleşme sayfasına imzasını veya parafını atması, sözleşmenin son sayfasına ise adını soyadını ve imzasını atması gerekmektedir¹⁶⁴. Bunun yanı sıra global kabul, örtülü olarak da gerçekleştirilebilir¹⁶⁵. Bu tür kabullerde zayıf konumda bulunan tarafın korunması ihtiyacı daha fazla gün yüzüne çıkmaktadır¹⁶⁶. Çünkü global kabulde taraf, hükümlerin birçoğundan habersiz olarak imza atmış olmaktadır. Ancak bu duruma kişi, güven kuramı sebebiyle katlanmak zorundadır¹⁶⁷. Bu amaçla kanun koyucu, global kabulde bulunan tarafı korumak için bazı önlemler almıştır. Bunlar şu şekilde sıralanabilir¹⁶⁸;

- Genel işlem koşullarına özgü olan denetim yöntemleri,
- Bireysel anlaşmaların genel işlem şartlarından üstünlüğü ilkesi doğrultusunda; taraflar arasında genel işlem koşulları bulunmasına rağmen sözleşmede genel işlem koşuluna ters düşen bir durumun olması durumunda bireysel sözleşme hükmünün öncelik kazanması,
- Çalışmamızın devamında daha ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz, beklenilmeyen kayıtların ve şaşırtıcı kayıtların sözleşmeye dahilinin kabul edilmemesi,
- Açık ve anlaşılır olmayan genel işlem koşullarının zayıf taraf lehine yorumlanması hükümleri bu önlemlerdendir.

¹⁶²Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 234

¹⁶³Atamer, **a.g.e.**, ss. 102; Esra Kaşak, “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 1, 2012, ss. 416

¹⁶⁴ Aydoğdu, **a.g.m.**, ss. 25; Civan, **a.g.e.**, ss. 179

¹⁶⁵ Atamer, **a.g.e.**, ss. 102; Civan, **a.g.e.**, ss. 129

¹⁶⁶ Yelmen, **a.g.e.**, ss. 91; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 236

¹⁶⁷ Atamer, **a.g.e.**, ss. 101

¹⁶⁸Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 237-238

TBK m. 20/3 gereğince zayıf konumda olan tarafın genel işlem koşullarının bulunduğu her bir sayfaya imza veya paraf atması, sayfanın sonuna imzasını atması, söz konusu genel işlem koşullarının müzakere edildiği anlamına gelmemektedir. Sonuç olarak, global kabul tek başına genel işlem koşullarına bireysel sözleşme niteliği kazandırmaz. Ayrıca bu durum genel işlem koşulları denetiminin yapılmasına da engel teşkil etmemektedir¹⁶⁹.

TBK m. 21 kapsamında iki konu üzerinde yürürlük incelemesi yapılır. Birinci aşamada TBK m. 21/1 gereğince karşı tarafın menfaatine aykırı bir düzenleme olup olmaması bakımından; ikinci olarak da TBK m. 21/2 gereğince sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları bakımından.

a. Karşı Tarafın Menfaatine Aykırı Genel İşlem Koşulları İçin Yürürlük Denetimi (TBK m. 21/1)

TBK m. 21/1'e göre; karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânının karşı tarafa sağlanması ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, söz konusu genel işlem koşullarına "yazılmamış sayılma yaptırımı" uygulanır.

Doktrinde TBK m. 21/1 düzenlemesinde bulunan," karşı tarafın menfaatine aykırı" ifadesi haklı olarak eleştirilmektedir¹⁷⁰. Eleştirinin sebebi ise, hükümlerin içeriğine bakılarak menfaate uygunluk denetiminin incelemesinin bu aşamada yapılmaması gerektiğidir. Bir genel işlem koşulunun karşı tarafın menfaatine aykırılığının incelenmesi, içerik denetimi aşamasında yapılması gereken bir incelemedir. Menfaate aykırılık incelemesi, sözleşme hükümlerinin içerikleri ve neyi kastettikleri ile karşı taraf için bir zararın olup olmadığının incelenmesi sonucunu oluşturmaktadır. Mevzuat hukukunda "karşı tarafın menfaatine aykırı olma" şeklinde bir denetim sebebi bulunmamaktadır. Alman Medeni Kanun'u §305'te genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olmasının şartları düzenlenmiştir. Bu konuda mevzuat kanundan ayrılmaktayız. Hatta kanun koyucunun yürürlük denetimine

¹⁶⁹ Aydoğdu, **Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi**, ss. 94

¹⁷⁰ Yelmen, **a.g.e.**, ss. 82; Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 158; Atamer, **a.g.e.**, ss. 28, Civan, **a.g.e.**, ss. 167-168; Tuzcuoğlu, **a.g.e.**, ss. 152

gereğinden fazla ağırlık verdiği yönünde bir görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre içerik denetiminin yanında yürürlük denetimi ikincil bir denetim safhasına dönüşür¹⁷¹.

Yürürlük aşamasında yapılması gereken incelemede, sadece genel işlem koşulları hakkında karşı tarafa bilgi verilip verilmediği ve onun bilgisi dahilinde sözleşmeye dahil edilip edilmediği incelenmelidir. Burada aradığımız ‘‘bilgi verme’’ genel işlem koşullarının içeriği hakkında bilgilendirme olmayıp, kurulacak olan sözleşme de genel işlem koşullarının kullanıldığı bilgisi¹⁷². Yani ilişkilendirme anlaşmasının varlığı incelenmelidir. Yürürlük denetiminin amacı; TBK m. 1’deki sözleşme şartları sağlanarak, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, önceden hazırlanan genel işlem koşullarının (sözleşme hukukunun aradığı şartlarla) esas sözleşmeye dahil edilerek sözleşme koşulları statüsü kazanmasını sağlamak ve sözleşmeyi bireysel sözleşme olarak ayakta tutmaktır. Açıkça TBK m. 21’de yürürlük denetimi ve içerik denetimi iç içe girmiş ve bir karışıklığa sebep olmuştur. Özetle yürürlük denetiminde incelenmesi gereken:

- Genel işlem koşullarının kullanan tarafça karşı tarafa açıkça bilgi verme,
- Ayrıca içeriğin öğrenilmesi için fırsat verme,
- Son olarak da bu iki şartın gerçekleşmesi koşuluyla karşı tarafın kabul etmesidir¹⁷³.

Bu noktada kanun hükmünü, ‘‘karşı tarafın aleyhe olan sözleşme hükümleri konusunda uyarılması ve geriye kalan genel işlem koşulları hakkında bilgi edinme fırsatı verilmesi’’ ve ‘‘sosyal ve ekonomik olarak zayıf konumda bulunan kişi daha sıkı bir şekilde korunmaya çalışılmıştır’’ şeklinde yorumlasak bile, ilişkilendirme anlaşması bulunmadığı için, lehe veya aleyhe söz konusu genel işlem koşulları sözleşmeye dahil değildir¹⁷⁴. Her ne kadar bu görüşe katılsak da mevcut düzen

¹⁷¹ Atamer, **a.g.m.**, ss. 34

¹⁷² Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 166; Atamer, **a.g.m.**, ss. 28-29; aksi görüş için Yeniocak, **a.g.m.**, ss. 83; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 234; Seza Reisoğlu, ‘‘Banka Teminat Mektupları Uygulamalarında Ortaya Çıkan Başlıca Sorunlar’’, **Bankacılar Dergisi**, S. 77, ss. 112 (www.lexpera.com.tr); Benzer bir görüş olmakla birlikte aslında burada bir ‘‘teşmil denetimi’’ olduğu ve TBK m. 21 bakımından teşmil ve yürürlük denetimlerinin esaslarının karıştırıldığı, ‘‘menfaate aykırılık’’ denetiminin bu aşamada yapılmaması gerektiği hakkında bkz. Dağdelen, **a.g.m.**, ss. 645

¹⁷³ Eren, **a.g.e.**, ss. 221; Şeker, **a.g.e.**, ss. 37-38; Akçaal, **a.g.m.**, ss. 56; Ebru Ceylan, ‘‘Genel İşlem Koşulları’’, **Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansı I Prof. Dr. İsmet Sungurbey 'e Armağan.**, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, ss. 177-178; Tuzcuoğlu, **a.g.e.**, ss. 136-148

¹⁷⁴ Atamer, **a.g.m.**, ss. 28; Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi**, ss. 90

içerisinde kırk maddelik bir genel işlem koşullu sözleşmenin onuncu maddesi karşı tarafın aleyhine ise, sözleşmeyi kuran tarafın karşı tarafa onuncu maddedeki aleyhe hüküm konusunda özellikle bilgi vermesi gerekmektedir. Yani bilgilendirme fırsatının verilmesinin yanı sıra, ek olarak aleyhe hüküm hakkında bilgi verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu durumda da şaşırtıcı genel işlem koşulları benzeri olarak bilgilendirme ve öğrenme imkânı sağlansa bile aleyhe olan tüm genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.

TBK m. 21/1'e göre sosyal ve ekonomik olarak zayıf konumda olanın menfaatine aykırı durumlarda bu hükümlerin yürürlüğü zayıf tarafın bu hükmü bilmesi, en azından öğrenme imkânı tanınmış olması ve kendi iradesiyle kabul etmiş olmasına bağlıdır. Bu nedenle karşı tarafın genel işlem koşullarının varlığı hakkında uyarılması gerekmektedir. Yapılacak olan uyarı, en geç sözleşmenin kurulması aşamasında gerçekleşmelidir¹⁷⁵. Ancak konut finansman sözleşmeleri için, TKHK m. 33 maddesi gereğince sözleşme koşullarını içeren bilgi formunun sözleşme öncesi verilmesi zorunludur¹⁷⁶. Ayrıca bilgi formunun tüketici tarafından incelenebilmesi için sözleşmeden önce makul bir sürenin verilmesi gerekmektedir. Ancak söz konusu bu hüküm konut finansmanı sözleşmelerine özgüdür. TBK'de bu yönde bir hüküm olmadığı için söz konusu hükmün sadece konut finansman sözleşmesi için geçerli olduğunun kabulü gerekir¹⁷⁷.

Sağlanacak olan öğrenme imkânı, ticari hayatta sıklıkla kullanılan teyit mektupları aracılığıyla da gerçekleştirilebileceği düşünülebilir. TTK m. 21/3'e göre telefonla, telgrafla veya herhangi bir iletişim aracıyla ya da sözlü olarak kurulan sözleşmelerin içeriğini doğrulayan yazılar teyit mektubu olarak isimlendirilir. Ancak teyit mektupları, genellikle sözleşme kurulduktan sonra sözleşme hükümleri hakkında karşı tarafa bilgi vermek için gönderilir. Teyit mektubu daha çok mesafeli sözleşmelerde söz konusu olur. TTK m. 21/3 gereğince teyit mektubuna sekiz gün içerisinde itiraz edilebilir, aksi takdirde sözleşme teyit mektubunda olduğu gibi kabul

¹⁷⁵ Atamer, **a.g.e.** ss. 90; Açıkça bilgilendirmenin genel işlem koşullarının kullanan taraf için açıklanması zor ise ilan yoluyla yapılması mümkün olması hakkında bkz. Havutçu, **a.g.m.**, ss. 148-149; Atamer, **a.g.e.**, ss. 88; Kocayusufoşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 235; Yelmen, **a.g.e.**, ss. 84

¹⁷⁶ TKHK m. 33: "Konut finansmanı kuruluşları, tüketiciye, konut finansmanı sözleşmesinin koşullarını içeren sözleşme öncesi bilgi formunu, sözleşmenin kurulmasından makul bir süre önce vermek zorundadır."

¹⁷⁷ Aydoğdu, **a.g.m.**, ss. 23-24

edilmiş olur. Bu sebeple genel işlem koşulları sekiz gün içerisinde incelenmiş ve bu şekilde kabul edilmiş olur. Tüketiciler açısından ise teyit mektubuna dair kural silahların eşitliği ilkesine uygun olmayacağından uygulanmaması gerekir¹⁷⁸. Ayrıca tacir olmayan kişilerin sekiz gün içerisinde itiraz etme yükümlülüğü altında tutulmasının hakkaniyete ve menfaatler dengesine de uygun olmayacağı açıktır¹⁷⁹. Bu durumda teyit mektubunun da sadece tacirler için geçerli olduğu kabul edilebilir.

Yürürlük denetiminde olması gereken genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olabilmesi için ilişkilendirme anlaşmasının varlığı incelenmelidir. Bu anlaşmanın kurucu unsuru olan ‘‘bilgi verme’’ şartı yerine getirilmediyse ilişkilendirme anlaşması yok hükmündedir¹⁸⁰. Bu noktada zayıf konumdaki kişinin lehine olsun olmasın genel işlem koşulları sözleşme ile ilişkilendirilemez. Bu sebeple genel işlem koşullarının tamamının yapılmak istenen sözleşmeye dahil edilmemesi gerekmektedir. Bu şekilde yokluk yaptırımına uğrayan genel işlem koşulları için hükümsüzlük incelemesi yapmakta mümkün değildir¹⁸¹. Yazılmamış sayılma yaptırımı ise genel işlem koşullarının tümü için değil, ayrı ayrı içerikleri incelenerek her bir genel işlem koşulu için uygulanacak bir yaptırımdır. Yani menfaate aykırı hükümler yazılmamış sayılırken, sözleşme kalan hükümlerle ayakta tutulmaktadır. Her ne kadar yazılmamış sayılma yaptırımının hukuki niteliği hakkında doktrinde tartışma bulunsa da bizim de katıldığımız görüş gereğince kısmi yokluk söz konusu olmaktadır¹⁸².

b. Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Aykırı Genel İşlem Koşulları İçin Yürürlük Denetimi (TBK m. 21/2)

Karşı tarafın menfaatine aykırı olarak yapılan ve karşı tarafa bu konuda bilgi verilmeden sözleşme metnine dahil edilen genel işlem koşulları dışında bir de TBK m. 21/2’ e göre ‘‘Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları’’ da yürürlük denetimi sonucunda geçerlilik kazanmamaktadır. Genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olmasını kabul eden tarafın önceden hesaba katamayacağı ve sözleşme konusu işin özelliğine yabancı kayıtlar, kabul beyanının

¹⁷⁸Atamer, **a.g.e.**, ss. 92-95

¹⁷⁹Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara,16. Baskı, 2012, ss. 150

¹⁸⁰ Atamer, **a.g.m.**, ss. 28; Havutçu, **a.g.m.**, ss. 245

¹⁸¹Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, ss. 580

¹⁸² Aşağıda bkz., II., ss. 39 vd.

içinde sayılmamaktadır¹⁸³. Şaşırtıcı genel işlem koşulları, sözleşmenin tamamını incelendiğinde yadırganacak olan hükümlerdir¹⁸⁴.

Aslında bu hüküm için doktrinde “şaşırtıcı ifade” terimi kullanılmaktadır¹⁸⁵. Kanun koyucu, her ne kadar hükmün içeriğinde şaşırtıcı ifade terimini kullanmasa da madde gerekçesinde Alman Medeni Kanun § 305’a atıf yapılarak bahsedilmiştir¹⁸⁶. Şaşırtıcı işlem koşullarının varlığının kabulü için Alman ve İsviçre doktrininde objektif ve sübjektif olarak iki unsurun bulunması aranmaktadır. Objektif unsur, genel işlem koşulunun sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı olmasıdır. Sübjektif unsur ise, makul ortalama bir kişinin dürüstlük kuralına uygun olarak söz konusu genel işlem koşulunu hesaba katmasının beklenmemesidir¹⁸⁷. Doktrinde Türk hukuk sisteminde sadece objektif unsurun bulunduğunu kabul eden bir görüşte mevcuttur. Bu görüşe göre şaşırtıcı genel işlem koşullarının sübjektif unsuru içerik denetiminin kapsamında değerlendirilmektedir¹⁸⁸.

Şaşırtıcı genel işlem koşulunu; sözleşmenin içeriğine yabancı olan, sözleşmenin özelliğine aykırı olan, karşı taraftan söz konusu şartın hesaba katılması düşüncesi beklenilmeyen veya konusu dışında sözleşmenin başka bir başlık altında beklenilmeyen bir yerdeki hakkaniyete aykırı olabilecek şartları olarak tanımlayabiliriz¹⁸⁹. Alman Medeni Kanun’u § 305c hükmünde genel işlem koşullarındaki söz konusu şaşırtıcı ifadelerin doğrudan düzenlenerek geçerli olmadığı belirlenmiştir¹⁹⁰. Alman hukukunda kabul edilen görüşe göre; müşteriye şaşırtıcı genel işlem şartları işaret edilmiş veya bunun hakkında kendisi bilgilendirilmiş ise veya

¹⁸³ Antalya, **a.g.e.**, ss. 427; Atamer, **a.g.e.**, ss. 109; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 237

¹⁸⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 174-175

¹⁸⁵ Civan, **a.g.e.**, ss. 181; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 174; Atamer, **a.g.e.**, ss. 108; Eren, **a.g.e.**, ss. 221; Şeker, **a.g.e.**, ss. 42; Özel kapsam denetimi olarak adlandırılması hakkında bkz. Antalya, **a.g.e.**, ss. 427; Doğanç, **a.g.e.**, ss. 209

¹⁸⁶ TBK m. 21 gerekçesi: “... Böylece, Alman Medeni Kanununun BGB §305c maddesinde olduğu gibi, şaşırtıcı kuralların sözleşmenin içeriğinden sayılmaması ilkesi benimsenmiştir.”

¹⁸⁷ Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 197-198; Civan, **a.g.e.**, ss. 183-188; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 237-238

¹⁸⁸ Doğanç, **a.g.e.**, ss. 184; Antalya, **a.g.e.**, ss. 428; Şaşırtıcı genel işlem koşullarının içerik denetimi içerisinde incelenmesinin gerekmesiyle birlikte objektif ve sübjektif unsurların birlikte aranması gerektiği görüşü hakkında bkz. Atamer, **a.g.e.**, ss. 120

¹⁸⁹ Şeker, **a.g.e.**, ss. 42, dn. 95

¹⁹⁰ Alman Medeni Kanun’u § 305c: “ Koşullara, özellikle de sözleşmenin dış görünümüne göre, kullanıcının sözleşmeye bağlı ortağının bunlara güvenmesi gerekmeyen, genel şart ve koşullardaki hükümler sözleşmenin bir parçası olmaz.” (Çeviri için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_311.html); TBK m. 21/2 hükmünün Alman Medeni Kanun’u § 305c’den alındığı hakkında bkz. Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 190; Altop, **a.g.m.**, ss. 153

inceleme konusu karşı tarafın dikkatini çekecek şekilde daha koyu renkli, altı çizilmiş veya daha büyük punto vb. ile dikkat çekilerek yazılmış ise açık ve anlaşılır bir şekilde vurgu yapılmış ise genel işlem koşulunun şaşırtıcılığı ortadan kalkmaktadır¹⁹¹. İsviçre Hukukunda ise güven teorisinden yola çıkılarak şaşırtıcı ifadelerin kabul edilemeyeceği belirlenmiştir¹⁹². Güven teorisi gereği zayıf taraf genel işlem koşullarının varlığı hakkında bilgi sahibi olsa dahi şaşırtıcı genel işlem koşullarını da kabul etmiş sayılması dürüstlük çerçevesinde beklenemez¹⁹³.

Bizim hukukumuz bakımından da yürürlükten kaldırılan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da haksız şartların düzenlendiği m. 6'da; "Tüketici sözleşmelerinin yazılı olarak yapılması durumunda, on iki punto ve daha koyu siyah harflerle yazılması gerektiği" yönünde bir hüküm bulunmaktaydı. Ancak şu an yürürlükte olan 6502 s. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da haksız şartların düzenlendiği m. 5'de bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. Her ne kadar bu yönde bir hüküm bulunmasa bile, tüketicinin dikkatinin haksız şartlara çekilmesi amacıyla on iki punto ve koyu siyah renkte yazılmasının faydalı olacağı düşünülse de sözleşmeyi kullanan tarafın yazı şartını sağlamasıyla bilgilendirme yükümlülüğünün sona erdiği şeklinde bir algı oluşabilir. Bu sebeple belli bir yazı şekli belirlenmemesi yerinde olmuştur. Bu durumda haksız şartın belli bir şekilde yazılmış olması, söz konusu genel işlem koşullarının denetlenmesini engellememektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında makul bir kişinin yetkili mahkemeyi değiştiren genel işlem koşulunu kabul edebilmesi için fiilen söz konusu hükmü öğrenmiş ve anlamış olmasını şartını aramıştır¹⁹⁴. Bu kapsamda dikkat çekici şekilde yazılan ve özellikle sözleşmeyi kullanan tarafça karşı tarafa bildirilen genel işlem koşulunun, karşı tarafın aleyhine dahi olsa artık şaşırtıcı koşul olarak kabul edilmemesi gerekir¹⁹⁵. Yeterli düzeyde dikkat çekilerek hazırlanan genel işlem koşulu artık karşı tarafça kendi zihin dünyasında irdelemiş ve o şekilde kabul edilmiş olarak varsayılır.

¹⁹¹Doğancı, **a.g.e.**, ss. 179

¹⁹² Bağrıaçık **a.g.m.**, ss. 156

¹⁹³Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 237; Atamer, **a.g.e.**, ss. 109; Antalya, **a.g.e.**, ss. 427

¹⁹⁴Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 237, dn. 40

¹⁹⁵ Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 196; Atamer, **a.g.e.**, ss. 112; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 238; Civan, **a.g.e.**, ss. 182; Akbulut, **a.g.e.**, ss. 378; Şaşırtıcı genel işlem koşulları hakkında sadece objektif unsur incelemesi yapılması gerektiği ve bu kapsamda karşı tarafa bilgi verilmesi veya karşı tarafın dikkatinin çekilmesi incelemesi yapılmaması gerektiği hakkında bkz. Antalya, **a.g.e.**, ss. 428-429

Burada artık bireysel sözleşme söz konusudur ve sözleşme özgürlüğü gereği taraf iradelerine saygı duyulmalıdır.

Her ne kadar şaşırtıcı genel işlem koşulları, yürürlük denetimi başlığı altında düzenlenmiş olsa da şaşırtıcı genel işlem koşulları bir yönüyle de sözleşmenin içeriğine ve işin özelliğine yabancı olması nedeni ile bir içerik incelenmesi yapılmasını gerektirmektedir. Bu sebeple doktrinde şaşırtıcı genel işlem koşulu denetiminin, yürürlük denetimi aşamasında yapılması haklı olarak eleştirilmektedir¹⁹⁶.

Söz konusu bu tartışmalar neticesinde ortaya çıkan bir görüşe göre, yürürlük denetimi ile şaşırtıcı genel işlem koşulu denetiminin aynı hükümde düzenlenmesi, aynı anda yapılacağı anlamına gelmemektedir. Bu görüşe göre ilk önce TBK m. 21/1’de düzenlenen menfaate aykırılık denetimi yapılır, daha sonra TBK m. 21/2’de ki şaşırtıcı işlem denetimi yapılır. TBK m. 21/1 denetiminden geçemeyen genel işlem koşulu için TBK m. 21/2 denetiminin yapılmasına gerek yoktur¹⁹⁷. Ancak yine de şaşırtıcı işlem koşulunun, yürürlük denetimi hükmü altında düzenlenmesi kafa karışıklığına sebep olmaktadır. Bu noktada içerik denetimi başlığında incelenmesi ya da ayrı bir hüküm olarak ele alınması yerinde olur.

TBK m. 21 gerekçesine göre, şaşırtıcı koşul hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verilmiş olması ve karşı tarafında bunu kabul etmiş olması yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanmasına engel değildir. Eğer bir genel işlem koşulunun şaşırtıcı koşul olup olmadığı konusunda tereddüt edilirse, sözleşme lehine yorum ilkesi gereğince şaşırtıcı koşul olarak kabul edilmesi gerekir¹⁹⁸.

Sonuç olarak değerlendirdiğimizde; mevcut hukuk düzeni içerisinde, yürürlük denetimi başlığı altında yorum denetimi ve içerik denetiminden önce yapılan bir denetim olduğu görülmektedir. Böylece şaşırtıcı genel işlem koşulu, ilk denetimi geçtikten sonra yani objektif ve sübjektif unsurlarının bulunması durumunda sözleşmeye dahil olsa bile tekrar yorum ve içerik denetimi ile denetlenmiş olacaktır¹⁹⁹. Böylece şaşırtıcı genel işlem koşulları, objektif ve sübjektif unsurlarını taşısa ve

¹⁹⁶ Bağrıaçık, **a.g.m.**, ss. 157; Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 208

¹⁹⁷ Şeker, **a.g.e.**, ss. 46-47

¹⁹⁸ Aydoğdu, **Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi**, ss. 109

¹⁹⁹ Atamer, **a.g.e.**, ss. 110; Akbulut, **a.g.e.**, ss. 378; Civan, **a.g.e.**, ss. 182-183; Hayrünisa Özdemir, ‘Genel İşlem Şartlarında Şaşırtıcı ve Beklenmedik Şartlar TBK m. 21/2’, **İzmir Barosu Dergisi**, 2015, ss. 405

yürürlük denetiminden geçse bile dürüstlük kuralına aykırı olması durumunda içerik denetimi sonucunda hükümsüzlüğüne karar verilecektir.

c. Yürürlük Denetiminin Yaptırımı: Yazılmamış Sayılma

Kanun koyucu yürürlük denetiminin yaptırımı olarak ‘‘Yazılmamış sayılmayı’’ tercih etmiştir. TBK m. 21’de genel işlem koşulunun, yürürlük denetimi sonucunda karşı tarafın menfaatine aykırı olması ya da sözleşmenin niteliğine aykırı olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Söz konusu yaptırım, bizim hukukumuzda İsviçre Borçlar Kanunu Kıymetli Evrak Hukukunda bulunan ‘‘Nicht Geschrieben’’ kavramının çevrimiyle girmiştir²⁰⁰. Yazılmamış sayılma yaptırımı TBK dışında TTK’de kıymetli evraklar ile ilgili hükümlerde de yer alan bir yaptırım türüdür.

Her ne kadar yazılmamış sayılma yaptırımı pratikte yaptırımı uğrayan genel işlem koşullarının uygulanmasına engel olsa ve sözleşmenin kalan hükümlerinin geçerliliğini devam ettirse de hukuki niteliği hakkında kesin bir belirleme söz konusu değildir. Yazılmamış sayılma ile kanun koyucunun neyi kastettiği belirsizdir. Bu sebeple doktrinde yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği ile ilgili olarak farklı görüşler mevcuttur. Doktrinde yazılmamış sayılmanın ‘‘kısmi yokluk’’ olduğunu savunan görüşe karşın, ‘‘kısmi hükümsüzlük’’ olduğunu savunan görüşler de mevcuttur. Bunların dışında yazılmamış sayılmanın ‘‘esnek hükümsüzlük’’ olarak kendine özgü bir yaptırım türü olduğunu da kabul eden bir görüş de mevcuttur.

yazılmamış sayılmanın yokluk yaptırımını ifade ettiğini savunan görüşe göre kanun koyucu, yazılmamış sayılma ifadesini sadece TBK kapsamında kullanmamıştır. TBK’nin dışında TTK’nin çeşitli hükümlerinde de yazılmamış sayılma yaptırımıyla karşılaşılacaktır. Buradan yola çıkıldığında yokluk yaptırımını savunan görüşler, TBK’den önce TTK bakımından yazılmamış sayılmaya kanun koyucunun verdiği anlamı incelemektedir. Böylece genel işlem koşulları bakımından da yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği belirlenmeye çalışılmaktadır. Ayrıca yokluk görüşünün kabulü ile geçersizlik yaptırımından farklı olarak, sözleşmeyi kullanan taraf, ‘‘söz konusu hüküm olsa sözleşmeyi hiç yapmayacağı’’ iddiasını öne süremez²⁰¹.

²⁰⁰Akbulut, **a.g.e.**, ss. 379

²⁰¹Nomer, **a.g.e.**, ss. 84-85

Bu bakımdan öncelikle TTK anlamında ‘‘Yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği’’ konusunun incelenmesinin faydalı olacağı kanısındayız. TTK bakımından yazılmamış sayılma, kıymetli evrak hukuku kapsamında kambiyo senetleri için söz konusudur. Bu kapsamda TTK m. 675,679,682,686/1, TTK m. 789,795 maddelerinde kıymetli evraklara eklenen bazı kayıtların yazılmamış sayılacağı belirlenmiştir²⁰². Tüm bu hükümler dikkate alındığında; kanun koyucu kanunun şartlarına aykırı hüküm barındıran kambiyo senedini tamamen yok saymak yerine, söz konusu kaydı yokluk yaptırımına tabi tutarak kambiyo senedini ayakta tutmaktadır²⁰³. Şöyle ki TTK m. 675’de ‘‘...görüldüğünde veya görüldüğünden belirli bir süre sonra ödenecek poliçeler dışındaki poliçelere düzenleyen tarafından faiz şartı yazılmaz; eğer yazılırsa söz konusu şart yazılmamış sayılır.’’ denilmektedir. Yani poliçede öyle bir kayıt hiç yokmuş gibi poliçe işlevini devam ettirir. Buna göre TBK açısından da ‘yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği’’ kısmı yokluk olarak kabul edilmelidir. Aynı hukuk mantığı ile yola çıkıldığında, yürürlük denetiminden geçemeyen genel işlem koşulu içinde söz konusu hüküm hiç var olmamış gibi mevcut sözleşme uygulanmaya devam eder. Yazılmamış sayılma ile sanki o genel işlem koşulu sözleşmeye hiç dahil olmamış gibi değerlendirilmektedir. Yargıtay’da vermiş olduğu bir kararda, ‘‘Bir sözleşmenin genel işlem koşullarını içermesinin tek başına bir fesih sebebi olmadığına’’ ve ‘‘Yazılmamış sayılan sözleşme hükümleri dışında geçerliliğinin devam edeceğine’’ karar vermiştir²⁰⁴. Yazılmamış sayılmayı kelime anlamı olarak da incelediğimiz zaman, yokluk yaptırımının kabul edilmesinin daha uygun olacağı açıktır.

Ayrıca yokluk yaptırımı için bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının bulunmaması gerekmektedir²⁰⁵. Sözleşmeler açısından en önemli kurucu unsur, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasıdır. Genel işlem koşulları açısından sözleşmeye dahil olan koşullar hakkında kişinin bilgilendirilmesi gerekir. Ancak bu bilgilendirme genel işlem koşullarının içeriklerine değil, sözleşmede genel işlem

²⁰² Akbulut, **a.g.e.**, ss. 380; Atamer, **a.g.m.**, ss. 31 vd.

²⁰³ Akbulut, **a.g.e.**, ss. 382; Yelmen, **a.g.e.**, ss. 92-93

²⁰⁴ Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 448 : Yargıtay 11. HD. 2016/8702 E.,2017/2271 K., 19.04.2017 T. kararında ‘‘... Aynı Kanun’un 22. maddesi gereğince de sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Dolayısıyla, sözleşmelerde genel işlem şartının bulunması sözleşmelerin feshi için neden teşkil etmez.’’

²⁰⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 184; Nomer, **a.g.e.**, ss. 60; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, ss. 71; Eren, **a.g.e.**, ss. 349

koşullarının kullanıldığına ilişkindir²⁰⁶. Bir kişinin bilgisi dahilinde olmayan bir konuda irade beyanında bulunulması da beklenemeyeceği için sözleşmede kurucu unsur eksikliği bulunmaktadır. Bir sözleşme yok hükmünde ise o sözleşmeye tahvil ya da yokluğun ileri sürülmesiyle hakkın kötüye kullanılması sonucu yokluğun düzeltilmesi mümkün değildir²⁰⁷. Sonuç olarak; bizimde katıldığımız yokluk yaptırımını savunan görüşe göre yürürlük denetimi ile incelenen, sadece sözleşmenin geçerli olarak kurulup kurulmadığıdır. Hukuki anlamda hiç var olmamış bir sözleşmenin kısmi hükümsüzlüğünden söz edilebilmesi mümkün değildir²⁰⁸. Aslında yukarıda açıklamaya çalıştığımız üzere, yürürlük denetimi ile bir sözleşmenin tüm kurucu unsurları sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu sebeple yazılmamış sayılmanın hukuki niteliğinin hükümsüzlük olarak kabul edilmesinin mümkün olmayacağı savunulmaktadır²⁰⁹.

Bu durumda yürürlük denetimi hakkında karşı tarafa genel işlem koşullarının sözleşmede kullanıldığına dair bilgi verilmemesi sonucunda ilişkilendirme anlaşması bulunmamaktadır ve genel işlem koşulları sözleşmeye dahil edilmemektedir, TTK hükümleri de dikkate alındığında yazılmamış sayılma yaptırımını kısmi yokluk olarak kabul edilmelidir²¹⁰. Kanun koyucu, bu yaptırım türüyle tıpkı kambiyo senetlerinde olduğu gibi sözleşmeyi ayakta tutmaya önem vermektedir. Bu açıdan TBK m. 21'e göre genel işlem koşulları içerisinde sosyal ve ekonomik olarak zayıf konumda bulunan kişinin menfaatine aykırı olan ve/veya şaşırtıcı koşullar sözleşmede yokmuş gibi hareket edilerek, kalan hükümlerle sözleşme ayakta kalmaya devam etmektedir.

Yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanabileceği diğer hükümler olan "değiştirme yasağı" ve "şaşırtıcı koşulları" da incelediğimizde karşı tarafın iradesinin aslında bulunmadığı gerçeğinden hareket edilmektedir. Şöyle ki; değiştirme

²⁰⁶Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 174; Eren, **a.g.e.**, ss. 222; Akbulut, **a.g.e.**, ss. 389-396; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, ss. 169-170; Nomer, **a.g.e.**, ss. 84-85; Havutçu, **a.g.m.**, ss. 265; Kaşak, **a.g.m.**, ss. 419

²⁰⁷ Tahvilin mümkün olmaması hakkında bkz. Nomer, **a.g.e.**, ss. 60; Hakkın kötüye kullanıldığı gerekçesiyle yokluğun düzeltilmeyeceği hakkında bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 184, dn. 587; Civan, **a.g.e.**, ss. 190

²⁰⁸ Eren, **a.g.e.**, ss. 348-349

²⁰⁹ Eren, **a.g.e.**, ss. 222; Akbulut, **a.g.e.**, ss. 389-396; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, ss. 169-170; Nomer, **a.g.e.**, ss. 84-85; Havutçu, **a.g.m.**, ss. 265; Atamer, **a.g.m.**, ss. 31; İbrahim Kaplan, **Türk Borçlar Hukuku, TBK m. 1-206 (Genel Hükümler)**, 7. Baskı, Ankara, Yekın Yayınevi, 2021, ss. 93; Mehmet Ayan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, ss. 210; Kesin hükümsüzlük görüşünü kabul etmekle birlikte maddenin amacı dikkate alındığında sorunun tarafların irade uyuşması kapsamında yokluk olarak nitelendirilmesi gerektiği hakkında bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 174

²¹⁰ Eren, **a.g.e.**, ss. 222; Nomer, **a.g.e.**, ss. 85; Akbulut, **a.g.e.**, ss. 390

yasağında, genel işlem koşullarının dahil olduğu ya da söz konusu sözleşmeyle atıf yapılan başka bir sözleşmedeki tek taraflı olan karşı taraf aleyhine genel işlem koşullarını içeren sözleşmenin hükmünün değiştirme ya da yeni bir hüküm düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar da yazılmamış sayılır²¹¹. Böylece sözleşmeyi hazırlayan tarafın tek taraflı olarak sözleşme hükümlerini kendi lehine olacak şekilde değiştirmesinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Kanunda bu konuda bir yasak bulunmadığı var sayıldığında; bu durumda sözleşmeyi hazırlayan taraf, kendisine sözleşme hükmünü değiştirme yetkisi veren sözleşme hükmüne dayanarak karşı tarafın bilgisi dışında istediği değişikliği yapabilecektir. Böyle bir durumda da karşı tarafın değişen sözleşme hükmü hakkında yine iradesi bulunmamaktadır.

Yokluğu savunan görüşten sonra gelen ikinci çoğunluk görüşe göre ise, yazılmamış sayılma ile asıl kast edilen ‘kesin hükümsüzlük (butlan)’ olduğu görüşüdür. Kesin hükümsüzlük, bir hukuki işlemin kurucu unsurları tam olmakla birlikte geçerlik şartlarını ilgilendirecek düzeyde eksikliklerin bulunmasıdır²¹². TBK m. 27/1’e göre kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına aykırı olan veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür²¹³. Doktrinde bu görüşü savunanlar yokluk yaptırımını savunanların aksine, öncelikle burada sözleşmenin kurucu unsurlarında bir eksiklik olmadığını, tarafların esaslı unsurlarında anlaşmaları durumunda sözleşmenin kurulmuş olarak kabul edileceğini, bu sebeple de yokluk yaptırımından bahsedilemeyeceğini savunmaktadırlar²¹⁴.

Şüphesiz ki buradaki kesin hükümsüzlük de aslında bir kısmi hükümsüzlüktür. Ancak TBK m. 22 düzenlemesine göre yazılmamış sayılma yaptırımının söz konusu olduğu durumlarda TBK m. 27/2 hükmü uygulanamayacaktır. Kısmi geçersizlik

²¹¹ Aşağıda bkz. II., ss. 57 vd.

²¹² Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk Giriş**, 15. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, ss. 184; Eren, **a.g.e.**, ss. 349; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, ss. 130

²¹³ TBK m. 27/1: ‘ Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.’

²¹⁴ Mustafa Arıkan, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması Kavramı ve Bunun Sözleşmeye Etkisi’, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 3, 2012, ss. 19-28; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, ss. 665-66; Altop, **a.g.m.**, ss. 153-154; Şebnem Akipek Öcal, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Konu Bakımından Uygulama Alanı’, **İzmir Barosu Dergisi**, S. 3, 2015, ss. 187-207; Yazılmamış Sayılma yaptırımının kısmi hükümsüzlük benzeri olduğu hakkında bkz. Ceylan, ‘**Genel İşlem Koşulları**’, ss. 180; Safa Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2013, ss. 77; Civan, **a.g.e.**, ss. 101

görüştünü savunan yazarlar, TBK m. 22'in lafzından kanun koyucunun asıl amacının hükümsüzlük olduğu ancak TBK m. 27/2'nin yürürlük denetimi açısından uygulanmasının önüne geçmeyi amaçladığını savunmaktadırlar²¹⁵. Ayrıca genel işlem koşulları hakkında değiştirme yasağının düzenlendiği TBK m. 24'ün gerekçesinde, kanun koyucunun yazılmamış sayılma ile kısmi hükümsüzlüğü kastettiğini kabul etmektedirler²¹⁶. Ayrıca genel işlem koşullarıyla sözleşmenin esaslı unsurları değil yan unsurları düzenlendiği için tarafların esaslı unsurlarda anlaşmalarından sonra yazılmamış sayılmanın kısmi yokluk olarak nitelendirilmemesini savunmaktadırlar²¹⁷.

Yokluk ve hükümsüzlük dışında son dönemlerde "modern hükümsüzlük teorisi" de doktrinde tartışılmaya başlanmıştır. Bu kapsamda yazılmamış sayılma yaptırımını esnek hükümsüzlük olarak nitelendiren görüşlerde mevcuttur. Yelmen'e göre genel işlem koşulları, bir sözleşme değil sözleşme kapsamına alınmaya çalışılan sözleşme koşullarıdır. Bu nokta da tartışılan, genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olup olmadığıdır²¹⁸.

TBK m. 27'de; kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkânsız olan sözleşme hükümlerinin kesin hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Esnek hükümsüzlük görüşüne göre kanun koyucu burada kesin hükümsüzlükten bahsetmiş fakat net bir tanım yapmamıştır. Bu sebeple mutlak bir kesin hükümsüzlükten değil, ihlal edilen hükmün amaç ve anlamı dikkate alınarak yorum yapılması gerekmektedir²¹⁹. Bu görüşe göre TBK m. 27'de öngörülen kesin hükümsüzlük, sadece kanun koyucu tarafından belirlenmiş olan bir geçersizlik türüdür. Hukuk dünyasındaki bütün geçersizlikler birebir TBK m. 27'e uygun olmak zorunda değildir. Ayrıca karşı tarafın genel işlem koşullarını global da olsa bir kabulü olduğu için, sözleşmenin kurucu unsurlarında da bir eksiklik bulunmadığını savunmaktadırlar. Bu sebeple tam bir yokluk da söz konusu olmamaktadır. Esnek hükümsüzlük görüşüne

²¹⁵Altop, **a.g.m.**, ss. 153-154; Kısmi hükümsüzlük olarak nitelendiren görüşler hakkında ayrıca bkz. Şeker, **a.g.e.**, ss. 150-156; Akbulut, **a.g.e.**, ss. 385-387

²¹⁶TBK m. 24 hükmü gerekçesi: "... Bir tip sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer verilen bu tür kayıtlar, Tasarının 27'nci maddesinin ikinci fıkrası birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlı olacaktır."

²¹⁷Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, ss. 66; Esaslı noktalarda taraf iradelerinin uyuşması varsa sözleşmenin tamamen yok veya geçersiz kabul edilmemesi gerektiği hakkında bkz. Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 210-213

²¹⁸Yelmen, **a.g.e.**, ss. 105

²¹⁹Esnek hükümsüzlük hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 593-595; Akbulut, **a.g.e.**, ss. 71; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, ss. 88 ; Esnek hükümsüzlük görüşü ile terimleri çoğaltmaya ve kavram kargaşası oluşturulmaması gerektiği hakkında bkz. Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, ss. 66

göre; bazı durumlarda kısmi hükümsüzlükten daha ağır ya da yokluktan daha hafif bir yaptırımdan bahsedilebilir. Esnek hükümsüzlük görüşünü savunanlarda buradan yola çıkarak yazılmamış sayılmayı “hükümsüzlükten daha ağır, yokluktan daha hafif kendine özgü bir yaptırım türü” olarak yorumlamaktadırlar²²⁰.

Esnek hükümsüzlük ile kesin hükümsüzlüğün sınırları esnetilerek yaptırım olarak ara kademeler oluşturulmaktadır. Yazılmamış sayılmayı da bu kapsamda kesin hükümsüzlükten daha ağır, yokluktan daha hafif ara kademede bulunan bir yaptırım olarak nitelendirmektedirler²²¹. Genel işlem koşulları tek başlarına bir sözleşme değil, sözleşmenin birer hükmüdür. Ayrıca esnek hükümsüzlük görüşünü benimseyen anlayışa göre yazılmamış sayılma, temelinde taraf iradesinin sözleşmeye yansımaması sonucunda ortaya çıkar²²². Bu sebeple bir sözleşme için söz konusu olabilecek yaptırım türlerinin, sözleşme hükümleri için yazılmamış sayılma yaptırımı ile sözleşmenin kurulması için unsurların tam olup olmadığı incelenemez. Diğer bir ifade ile sözleşmenin kurulup kurulmadığı değil, sözleşmenin içindeki hükümlerin geçerli olup olmadığıyla ilgilidir²²³.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği hakkında var olan görüşler ışığında, yazılmamış sayılmanın hukuki niteliğinin kısmi yokluk olduğu görüşünün kabulü daha uygun olmaktadır. Bu açıdan bakıldığında yürürlük denetimi aşamasında genel işlem koşullarının varlığı hakkında sözleşmenin karşı tarafına bilgi verilmesi ve sözleşmenin içeriğini öğrenme fırsatı verilmelidir. Bu şartların gerçekleşmemesi durumunda tarafların irade beyanlarının uyduğu söylenemez²²⁴. Bu noktada tarafın genel işlem koşullarını kullanması için verdiği kabul beyanı, menfaate aykırı genel işlem koşullarına, şaşırtıcı koşullara ve değiştirme yasağına tabi genel işlem koşullarını kapsamamaktadır.

Şaşırtıcı genel işlem koşulları hakkında da aynı durum söz konusudur. Karşı tarafın şaşırtıcı genel işlem koşulunu nasıl yorumladığı bilinmemekle birlikte, açık bir genel işlem koşulu olmadığından kişinin anlayamadığı bir konuda iradesinin

²²⁰ Arıkan, **a.g.m.**, ss. 19-28; Antalya, **a.g.e.**, ss. 429; Yelmen, **a.g.e.**, ss. 104-106; Doğançcı, **a.g.e.**, ss. 209-215

²²¹ Antalya, **a.g.e.**, ss. 125-126

²²² Umut Yeniocak, “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 26, S. 107, 2013, ss. 75-96

²²³ Yelmen, **a.g.e.**, ss. 104-106

²²⁴ Atamer, **a.g.m.**, ss. 30; Akbulut, **a.g.e.**, ss. 390

bulunması da beklenemez. Bu sebeplerle tarafların sözleşmenin esaslı unsurlarında iradelerin varlığı söz konusudur. Ancak bu durumda taraflar arasında genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olduğunu da söyleyemeyiz. Değiştirme yasağı da bu kapsamda değerlendirilmektedir. Şöyle ki; değiştirme yasağında, sözleşmeyi kullanan taraf, kendisine sözleşme hükümlerini tek taraflı olarak kendi lehine değiştirilmesinin yasak olması anlamındadır²²⁵. Bu durumlarda da tarafların iradelerinin aynı önde olduğundan bahsedilemeyeceğinden dolayı kurucu unsur eksikliğinden söz konusu genel işlem koşulu yok hükmündedir. Bu noktada kanun koyucunun yazılmamış sayılma yaptırımı ile kısmi hükümsüzlüğü kastettiği ancak TBK m. 27/2'nin uygulanmasını engellemek amacıyla böyle bir yola başvurduğunun kabulü de mümkün görülmemektedir. Sonuç olarak, sözleşmeye hiç dahil olmayan genel işlem koşullarının hükümsüzlüğünden bahsedilemeyeceği gibi TBK m. 27/2 anlamında da tarafların müdahale yetkileri bulunmamaktadır²²⁶.

Ayrıca yukarıda da bahsetmiş olduğumuz gibi yürürlük denetimi aşamasında sadece ilişkilendirme anlaşması incelenmektedir. Bu durum dikkate alındığında hükümsüzlükten farklı olarak kurucu unsurları incelenmektedir. Hükümsüzlük, genel işlem koşullarının içeriğinin incelenmesi sonucunda ortaya çıkan bir yaptırımden; yokluk ile genel işlem koşulları hakkında tarafların iradelerinin aynı yönde olup olmadığı yönündeki sözleşmenin kurucu unsuru incelenir. Bu noktada genel işlem koşullarının amacı dikkate alındığında genel işlem koşullarının tamamının yok hükmünde olması ve sözleşmeye tamamen dahil edilmemesi duruma uygun düşmemektedir²²⁷. Yazılmamış sayılma ile tüm genel işlem koşullarının değil TBK m. 21 ve m. 24'e aykırı koşullar sözleşmenin içeriğinden çıkarılacaktır. Bu noktada TBK m. 22'nin açık hükmü gereğince; kişinin sözleşmede o hüküm olmasaydı sözleşmeyi imzalamayacağı, bu sebeple sözleşmenin tamamen geçersiz olmasını kullanan taraf açısından TBK m. 27/2 hükmü uygulama alanı bulamaz²²⁸.

Yazılmamış sayılma yaptırımının uygulandığı genel işlem koşulları, sözleşmenin içeriğine baştan itibaren dahil olamaz. Bu durumda geriye etkili olarak taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmaz²²⁹. Bir hükmün yazılmamış sayılmasıyla

²²⁵ Aşağıda bkz. II, ss. 57 vd.

²²⁶ Akbulut, **a.g.e.**, ss. 396

²²⁷ Akbulut, **a.g.e.**, ss. 390

²²⁸ Eren, **a.g.e.**, ss. 222-223

²²⁹ Yelmen, **a.g.e.**, ss. 107; Şeker, **a.g.e.**, ss. 178

birlikte, o hüküm sözleşmede artık “yokmuş” ve hiç var olmamış gibi sözleşme uygulanır. Yani o hüküm sözleşme metnine hiç eklenmemiş gibi olur. Öncelikli olarak TBK m. 22’e göre, sözleşmeyi hazırlayan taraf söz konusu hüküm olmazsa sözleşmeyi hiç imzalamayacağı iddiasına dayanamaz. Böylece kanun koyucu tarafların TBK m. 27/2’e dayanarak kanunun dolanılmasının önüne geçmeyi amaçlamıştır²³⁰. Ayrıca kanun koyucunun kanun metninde “ sözleşmeyi hazırlayan taraf” olarak özellikle belirtmesi, sözleşmenin karşı tarafını bu şekilde bir kuralla bağlamamaktadır²³¹. Ancak yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği bakımından kabul ettiğimiz kısmi yokluk görüşüne göre TBK m. 27/2’nin yazılmamış sayılma yaptırımını bakımından uygulama alanı zaten bulamamaktadır²³². Yürürlük denetimi aşamasında sözleşmenin içeriğindeki hükümler belirlenir, yazılmamış sayılan hükümler bakımından sözleşmenin esaslı unsurlarında anlaşma sağlandıysa sözleşme kalan hükümlerle varlığını devam ettirir²³³. Ancak aşağıda açıkladığımız üzere genel işlem koşulları ile sadece sözleşmenin yan unsurları düzenlenebileceği için yürürlük denetimi sonunda her halükârda varlığını devam ettirir.

Ancak uygulamada yazılmamış sayılan genel işlem koşulları sözleşmenin karşı tarafının aleyhine olduğu için, normal düşüncedeki bir insandan bilgisi dışında olan bir durumu ve kendi aleyhine olan bir sözleşme hükmünü kabul etmesi beklenemez. Bu sebeple kendi aleyhine olan ve bilgisi dışında olan genel işlem koşulları olmazsa söz konusu sözleşmeyi imzalayacağı durumuyla karşılaşılması pek mümkün olmamaktadır. Böylece kanun koyucu sosyal ve ekonomik olarak zayıf konumda olan tarafın, sözleşmeyi hazırlayan tarafça tehdit edilmesinin ve baskı altında hissedilmesinin önüne geçmeye çalışmıştır. Yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanması sonucunda her ne kadar sözleşmeyi hazırlayan tarafça, sözleşmeyi imzalamayacağı iddiasında bulunma yetkisi olmasa da bu yüzden oluşan zararları “culpa in contrahendo” hükümlerine dayanarak talep edebilir²³⁴.

Yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanması sonucunda oluşan boşluğun nasıl doldurulması gerektiği konusunda doktrinde tartışma mevcuttur. Genel işlem

²³⁰ Antalya, **a.g.e.**, ss. 430; Doğanç, **a.g.e.**, ss. 216

²³¹ Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi**, ss. 81; Doğanç, **a.g.e.**, ss. 218

²³² Akbulut, **a.g.e.**, ss. 396

²³³ Atamer, **a.g.e.**, ss. 120-121; Akbulut, **a.g.e.**, ss. 396

²³⁴ Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi**, ss. 84

koşullarıyla sözleşmenin esaslı noktaları belirlenemez. Bu sebeple genel işlem koşullarında her ne kadar yazılmamış sayılma yaptırımını uygulanmış olsa da esaslı noktalar sözleşmenin kurulmasına yeterli ise, yazılmamış sayılma sonucunda oluşan boşluklar, kanuni düzenlemeler çerçevesinde yedek hukuk kuralları ile tamamlanır. Eğer bu yönde bir hüküm yoksa hâkim görüşü, taraf iradelerini dikkate alarak doldurulması gerektiği yönündedir²³⁵. Diğer bir görüşe göre de somut olayın özelliği dikkate alınarak doldurulması gerektiğidir²³⁶. Yazılmamış sayılma ile ortaya çıkan boşluk için hâkim, söz konusu maddenin esaslı unsur mu yoksa yan unsur mu olduğunu inceler. Eğer esaslı unsur ise, sözleşme hiç kurulmamış sayılmalıdır görüşünü savunmaktadır²³⁷. Ancak doktrinde bizimde katıldığımız görüşe göre ise, genel işlem koşulları ile birlikte sözleşmenin esaslı unsurları değil, sadece yan unsurları düzenlenebilir. Çünkü sözleşmenin esas unsurları müzakere edilmeden ve tek taraflı olarak önceden sözleşmeye dahil edilemez²³⁸. Bu durumda yazılmamış sayılma ile birlikte oluşan boşluk sonucunda sözleşmenin geçersiz olma durumu söz konusu olmamaktadır.

Bizce bu durumda hukukun genel hükümleri dikkate alınarak öncelikle kanunda bu yönde bir tamamlayıcı hüküm olup olmadığına bakılmalıdır. Daha sonrasında ise, hüküm bulunamaması durumunda tarafların iradesi dikkate alınarak hâkimin hukuk yaratması yoluna gidilmelidir. Nitekim Alman Medeni Kanun'da da yazılmamış sayılma yaptırımını sonucunda oluşan boşluğun yedek hukuk kurallarıyla doldurulacağı düzenlenmiştir²³⁹.

Sonuç olarak; yürürlük denetimi aşamasında yapılan inceleme, taraflar arasında kurulacak olan sözleşmenin genel işlem koşullarıyla kurulması amacıyla ilişkilendirme anlaşmasının varlığı incelenmektedir. İlişkilendirme anlaşmasının kurulabilmesi için tarafların aynı yönde birbirlerine uygun irade beyanlarının bulunması gerekmektedir. Bu kapsamda bir kişi bilgisi dahilinde olmayan bir hükmü kabul etmiş sayılmaz. Bu noktada da ilişkilendirme anlaşması bakımında kurucu unsurlarda eksiklik bulunmaktadır. Kurucu unsurlardaki eksiklik durumunda artık

²³⁵ Akbulut, **a.g.e.**, ss. 393

²³⁶ Şeker, **a.g.e.**, ss. 219; Atamer, **a.g.e.**, ss. 120-121; Akbulut, **a.g.e.**, ss. 396

²³⁷ Şeker, **a.g.e.**, ss. 189-190

²³⁸ Eren, **a.g.e.**, ss. 225

²³⁹ Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi**, ss. 80; Civan, **a.g.e.**, ss. 194-195; Şeker, **a.g.e.**, ss. 210-211

sözleşmenin yokluğu söz konusu olmaktadır. Zaten ‘‘yazılmamış sayılma’’ kelime olarak incelendiğinde bir koşulun sözleşme metninde hiç var olmadığı anlamı çıkmaktadır. Ancak burada ilişkilendirme anlaşmasının tamamen yok sayılması ve genel işlem koşullarının sözleşmeye hiç dahil olmaması genel işlem koşullarının amacına uygun olmayacağı için yazılmamış sayılmayı kısmi yokluk olarak nitelendirmek daha uygun olduğu görüşüne katılmaktayız. Yazılmamış sayılma yaptırımını sonucunda oluşan boşluğa da yukarıda açıkladığımız üzere önce tamamlayıcı hukuk kurallarına başvurulmalı, bunun yeterli olmaması durumunda somut olayın özelliğine göre taraf iradelerine göre boşluk doldurulmalıdır.

2. Yorum Denetimi

Genel işlem koşullarıyla ilgili ikinci sıradaki denetim aşaması, TBK m. 23’te düzenlenen ‘‘yorum denetimi’’dir. TBK m. 23’e göre ‘‘Genel işlem koşullarında bulunan bir koşul açık ve anlaşılır değilse, ya da birden fazla anlama geliyorsa düzenleyenin aleyhine karşı tarafın lehine olacak şekilde yorumlanır.’’ Burada genel işlem koşulunun açık ve anlaşılır olmamasının yanı sıra birden fazla anlama gelecek şekilde düzenlenmemiş olması da gerekir. Yorum denetimi ile açık ve anlaşılır olmayan ya da birden fazla anlama gelecek şekilde düzenlenen genel işlem koşullarının neyi kastettiği tespit edilmeye çalışılır²⁴⁰. Yorum denetimi ve yürürlük denetiminden geçerek sözleşmeyle ilişkilendirilmiş genel işlem koşulu ile, bir sonraki aşamada tarafların gerçek iradeleri ortaya konularak yapılacak olan içerik denetiminin konusunun belirlenmesi amaçlanmaktadır²⁴¹. Bu durumda söz konusu genel işlem koşulunun neyi kastettiği anlaşılabilir ise genel işlem koşulu sözleşmede kullanan tarafın aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır. Bu durum yorum denetiminin yaptırımını olarak düşünülebilir.

TBK m. 23’de bahsi geçen açık ve anlaşılır olma kavramları aslında saydamlık kuralının bir gereğidir²⁴². Saydamlık kuralı ilk kez 1980 yıllarında Alman Federal Mahkemesi kararları ile ortaya çıkmıştır. Alman Federal Mahkemesi 1988 tarihli bir kararında saydamlık kuralını tanımlamıştır. Bu tanıma göre saydamlık kuralı; ‘‘Dürüstlük kuralı ile, genel işlem koşulları kullanıcılarını, sözleşmenin karşı tarafının

²⁴⁰ Yelmen, **a.g.e.**, ss. 112; Civan, **a.g.e.**, ss. 147; Antalya, **a.g.e.**, ss. 431; Bağrıaçık, **a.g.m.**, ss. 161

²⁴¹ Antalya/Doğancı, **a.g.m.**, ss. 832-834; Civan, **a.g.e.**, ss. 196; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, ss. 173

²⁴² Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 231 Saydamlık kuralının genel işlem koşullarını açık ve anlaşılır olmaya yönlendirmesi hakkında bkz. Doğancı, **a.g.e.**, ss. 26 vd.; Antalya/Doğancı, **a.g.m.**, ss. 826

haklarını ve sorumluluklarının açık ve anlaşılır şekilde açıklamak konusunda yükümlendirir²⁴³.” Bu tanımdan yola çıkılarak saydamlık kuralı, dürüstlük kuralına dayanılarak sözleşmenin karşı tarafının hakları ve sözleşme ile yüklenmiş olduğu sorumlulukları hakkında bilgilendirilmesi gerekliliğidir.

Saydamlık kuralı doktrinde şeffaflık kuralı olarak da isimlendirilmektedir²⁴⁴. Açık ve anlaşılır olma kavramları birbirlerinden farklıdır. Açık olma ile kastedilen, sözleşmenin başında karşı tarafa genel işlem koşullarının içeriği hakkında bilgi edinmesinin sağlanmasıdır²⁴⁵. Yani karşı taraf sözleşmede genel işlem koşullarının var olduğunu bilmeli ve bunların içeriğini öğrenme imkanına sahip olmalıdır. Ancak açık olma tek başına saydamlık kuralının gerçekleşmesini sağlamamaktadır. Ayrıca söz konusu genel işlem koşulunun anlaşılarda olması gerekmektedir. Anlaşılır olma ile genel işlem koşulları okunduğu zaman normal bir kişinin anlayacağı şekilde koşulların anlaşılmasıdır. Bu noktada genel işlem koşulları anlaşılır bir dille yazılmakla birlikte içerik olarak da kavranabilir olmalı ve birden fazla anlam taşımamalıdır²⁴⁶.

Saydamlık kuralının amacı, sözleşmenin karşı tarafının hukuksal bir yardım almadan genel işlem koşullarını okuyup anlamasını sağlamaktır. Böylece sözleşmenin karşı tarafı sözleşme hükümlerini kendi zihin dünyasında irdeleyebilecek, kendisi için lehe ve aleyhe olan hususları belirleyerek genel işlem koşulları içeren farklı sözleşmeleri kıyaslayabilecektir²⁴⁷. Bu durum ise, sosyal ve ekonomik olarak zayıf konumda bulunan tarafın güçlenmesini sağlayarak, kendisinin daha çok lehine olan sözleşmeyi gerçekleştirmesinin önünü açacaktır.

Saydamlık kuralı, TBK m. 23 bakımından yorum denetimi ile ilişkilendirilerek düzenlenmiştir²⁴⁸. Ancak saydamlık kuralı; tüm denetim aşamalarını kapsayan, aslında genel işlem koşullarının denetiminin temelini oluşturan bir kuraldır²⁴⁹. Bu açıdan yürürlük denetimi ve içerik denetimiyle de ilişkilidir. Hatta doktrinde kabul edilen görüşe göre, saydamlık kuralı açısından yapılan denetimde, içerik denetimi daha

²⁴³ Doğanç, **a.g.e.**, ss. 25-26

²⁴⁴ Ayşe Şimşek, “Genel İşlem Koşullarının Şeffaflık Denetimi”, **İzmir Barosu Dergisi**, S. 3, 2015, ss. 324-366; Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 230-246

²⁴⁵ Doğanç, **a.g.e.**, ss. 78-80;

²⁴⁶ Doğanç, **a.g.e.**, ss. 157-163; Açık olmama kuralının, sözleşmede mevcut tereddüt ve şüphelerin ortadan kaldırılması amacıyla başvurulması hakkında bkz. Civan, **a.g.e.**, ss. 203

²⁴⁷ Şimşek, **a.g.m.**, ss. 328; Civan, **a.g.e.**, ss. 206-207

²⁴⁸ Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 236-237; Şimşek, **a.g.m.**, ss. 354

²⁴⁹ Doğanç, **a.g.e.**, ss. 41

ağırlıktadır. Bu görüşe göre ‘yorum’ ve ‘saydamlık’ farklı kavramlardır. Yorumlamak ile kastedilen, bir irade beyanının hukuksal olarak değerlendirilmesiyken, saydamlık ile anlatılmak istenen, açık ve anlaşılır olmayan sözleşme hükümlerinin geçersiz olmasıdır²⁵⁰. Bu nokta da saydamlık denetimi ve yorum denetimi arasındaki farkın ortaya konulması gerekmektedir. Yorum denetiminde objektif olarak, bir genel işlem koşulunun anlaşılmaması ya da birden fazla anlama gelmesi durumu dikkate alınır. Saydamlık denetiminde ise, daha özelden zayıf konumdaki tarafın söz konusu genel işlem koşuluna yüklediği anlam dikkate alınmaktadır. Burada da ortalama bir kişinin anlama durumu dikkate alınarak hareket edilmektedir²⁵¹.

Bu sebeple TBK m. 23 ile; açık ve anlaşılır olmayan genel işlem koşullarının, karşı tarafın lehine olacak şekilde yorumlanması yaptırımını, saydamlık kuralının ihlal edilmesi durumuna uygun düşmemektedir. Doktrindeki görüşe göre; açık ve anlaşılır olmayan genel işlem koşulu, kötüye kullanılan bir kuraldır ve bu yüzden geçersizlik yaptırımını uygulanmalıdır²⁵². Doğançcı’ya göre; olan hukuk bakımından saydamlık kuralına aykırılık geçersizlik yaptırımına tabi olsa da olması gereken hukuk bakımından geçersizlikten daha ağır yaptırım türü olan yazılmamış sayılmaya tabi olmalıdır²⁵³.

Her ne kadar saydamlık kuralı, TBK m. 23 çerçevesinde incelense de doktrindeki bazı görüşler, TBK m. 25’de bulunan boşluk sebebiyle saydamlık kuralının TBK’e uygulanmasını savunmaktadırlar²⁵⁴. Bu düşünce ile de saydamlık kuralının ihlali durumunda, lehe yorum kuralının değil, geçersizlik yaptırımının uygulanmasının önü açılmaktadır. Keza içerik denetiminin bir yüzü dürüstlük kuralı, diğer yüzü de saydamlık kuralıdır²⁵⁵. Yargıtay’da bu hususta ‘kart hamillerinin doğmuş ve doğacak tüm borçları’ olarak yer alan genel işlem koşulunun geçersizliğine karar vermiştir²⁵⁶. Bu şekilde ‘doğmuş ve doğacak tüm borçlar’ ifadesinin içinde barındırdığı belirsizlik

²⁵⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Şimşek, **a.g.m.**, ss. 352-358

²⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğançcı, **a.g.e.**, ss. 597

²⁵² Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 231; Şimşek, **a.g.m.**, ss. 354-357

²⁵³ Doğançcı, **a.g.e.**, ss. 555-556

²⁵⁴ Baş, **a.g.e.**, ss. 296

²⁵⁵ Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 231, dn. 1091

²⁵⁶ Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 237; Baş, **a.g.e.**, ss. 296

sebebiyle lehe yorum ilkesi uygulamak mümkün olmamaktadır. Nitekim Yargıtay'da açık ve anlaşılır olmayan bu tip hükümler için geçersizlik yaptırımını tercih etmiştir.

Bu açıdan saydamlık kuralının; yorum denetiminden sonra, içerik denetiminden önce "saydamlık denetimi" başlığı altında yapılması gereken ayrı bir denetim türü olduğunu kabul eden bir görüşte mevcuttur²⁵⁷. Saydamlık kuralı, temel olarak bir genel işlem koşulunun açık ve anlaşılabilirliğinin incelenmesidir. Burada içerik denetiminden ayrıldığı nokta, saydamlık denetimi ile genel işlem koşullarının hükümlerinin dürüstlük kuralı çerçevesinde incelenmemesidir. İçerik denetiminde karşı tarafın aleyhine olan hükümler açık ve anlaşılır olsalar dahi, dürüstlük kuralı gereğince geçersizlik yaptırımına tabidir. Bu noktada sözleşmeyi hazırlayan tarafın; kanunun kendisine yüklemiş olduğu sorumlulukları veya kanunun karşı tarafa vermiş olduğu hakları, kendilerinin müşterilerine ayrıcalık tanıyormuş gibi göstermeleri durumunda da yanıltıcı genel işlem koşulları söz konusu olur. Bu durumlar her ne kadar karşı tarafın lehine olması sebebiyle içerik denetimine tabi olmasa bile, karşı tarafta; "aynı nitelikte edimi gerçekleştiren diğer sözleşmelerden üstün olduğu" izlenimi yaratması nedeniyle açıklık söz konusu olmadığından saydamlık ilkesi ile söz konusu koşulların geçersizliği kabul edilmelidir²⁵⁸. Şüphesiz ki kanun hükümlerinin yüklediği külfetleri veya tanıdığı hakları, karşı tarafa kendi lütuflarıymış gibi gösterilme durumunda, kişi kendisini avantajlı gibi hissetmekte ve minnet duygusu ile hareket etmektedir. Bu da kişinin, aynı edimi sunan başkalarını araştırmasının önüne geçmekte, başkaca sözleşme hükümlerini araştırarak bunları kıyaslamasını engellemekte ve kişinin iradesini sakatlamaktadır. Bu şekilde olan bir düzenleme, içerik denetimi sonucunda geçerliliğini devam ettirebilirken, saydamlık denetimi sonucunda geçersiz olarak kabul edilmelidir.

Tüm bu görüşler ışığında; saydamlık kuralının tüm denetim basamaklarını etkilediği açık olmakla birlikte, TBK m. 23 düzenlemesinin "açık ve anlaşılır olmayan" ifadesi, saydamlık kuralının denetimini, yorum denetimi başlığı altında gerçekleştirmeye çalışmıştır. Ancak bu hüküm saydamlık denetimini tam olarak karşılayamamaktadır. Bu sebeple olması gereken hukuk bakımından saydamlık denetiminin ayrı bir denetim türü olması gerektiği görüşünü kabul etmekle birlikte;

²⁵⁷ Antalya/Doğancı, **a.g.m.**, ss. 829-830

²⁵⁸ Doğancı, **a.g.e.**, ss. 381-388

mevcut hukuk düzeni içerisinde içerik denetimi içerisinde incelenmesinin daha uygun olduğu görülmektedir. Bu nedenle de açık ve anlaşılır olmayan genel işlem koşulları için, ‘‘bunları kullananın aleyhine karşı tarafın lehine’’ yorum yaptırımı uygun düşmemektedir. Aydoğdu’nun da belirttiği gibi bu durumda lehe veya aleyhe yorumlanabilecek bir hüküm bulunmamaktadır²⁵⁹.

Yorum denetimiyle, açık ve anlaşılır olmayan genel işlem koşuluna, saydamlık denetiminden farklı olarak, tarafların algılamasındaki farklılıklar sonucu ortaya çıkan uyumsuzluklar giderilmeye çalışılmaktadır. Bu açıdan yorum denetimi, saydamlık kuralının bir kolunu oluşturmaktadır. TBK m. 23 ‘e göre ‘‘Yapılan yorum denetimi sonucunda açık ve anlaşılır olmayan genel işlem koşulu, düzenleyen aleyhine ve karşı taraf lehine olarak yorumlanır.’’ Burada karşı tarafın lehine olarak yorumlanmasındaki amaç, zayıfı korumaktır. Ayrıca sözleşmeyi hazırlayan tarafın kendi çıkarları doğrultusunda hareket etmesi, zayıf konumdaki karşı tarafın aleyhine düzenleme yapmaya yönelmesi hayatın doğal akışı içerisinde normal insan psikolojisidir. Bu sebeple sözleşmenin hazırlanması sırasında hiçbir katkısı bulunmayan tarafın, kendi hakkını savunması mümkün olmamaktadır.

TBK m. 23’ de ‘‘Yorumlamanın, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine olarak yapılması’’ gerektiği düzenlenmiştir. Ancak bu yorum kuralı öncesinde, diğer yorum kurallarının uygulanması gerekmektedir. TBK m. 19’a göre bir sözleşmenin yorumlanmasında ‘‘Tarafların kullandıkları kelimelere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri dikkate alınır.’’ Genel işlem koşulları da birer sözleşme metni olduğu için, öncelikle tarafların gerçek ve ortak iradelerine göre yorumu yapılmalıdır. TBK m. 19’a göre yapılacak olan yorum, ‘‘Belli yorum araçlarından faydalanarak ve yorum ilkeleri de dikkate alınarak yapılır.’’ Bu kapsamda genel işlem koşullarının yorumlanmasını ‘‘genel yorumlama’’ ve ‘‘özel yorumlama’’ şeklinde gerçekleştirebiliriz²⁶⁰.

Genel işlem koşullarının yorumlanması, öncelikle başvurulacak olan genel yorum, belli metot ve ilkelerden oluşmaktadır. Genel yoruma ilişkin ilk metot, tarafların kullandıkları kelimeler, bu kelimelerin anlamları ve dilbilgisi kurallarıdır. Yargıtay, bu konuda vermiş olduğu bir kararında ‘‘Anlaşmazlık, taraflar arasındaki

²⁵⁹ Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 237; Doğancı, **a.g.e.**, ss. 434

²⁶⁰ Yelmen, **a.g.e.**, ss. 117-121; Kocayusupaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 239; Antalya, **a.g.e.**, ss. 430-431; Civan, **a.g.e.**, ss. 197; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, ss. 67

sözleşmeden çıkmaktadır. Bu noktada sözleşmenin yorumu, öncelikle mantık ve gramer kurallarına göre yapılacaktır.” diyerek yorum yapılırken öncelikle mantık ve gramer özelliklerine dikkat etmek gerektiğini belirtmiştir²⁶¹. Tarafların sözleşme metninde kullandıkları kelimelere yüklenen anlamdan, sözleşmenin kurulduğu tarihteki günlük dildeki anlamını kastettikleri kabul edilir²⁶². Bu konuda ikinci metot, sözleşmenin tamamının dikkate alınmasıdır. Şüphesiz ki sözleşmenin bir parçasını oluşturan hükmün bağımsız olarak incelenmesi, onun sözleşme ile olan bağlantısının kopmasına sebep olmaktadır²⁶³. Bu yorum metodu “tümsel yorum kuralı” olarak isimlendirilmektedir²⁶⁴. Son olarak da sözleşmenin yapıldığı sıradaki şartlar ve sözleşme sonrası tarafların davranışları dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda sözleşme öncesindeki yazışmalar, yerel adetler vb. kaynaklardan yararlanılabilir²⁶⁵.

Bu genel yorum metotları kullanılırken yorum ilkelerini de göz ardı etmemek gerekir. Öncelikle yorum, TMK m. 2 dikkate alınarak dürüstlük kuralına uygun olarak yapılmalıdır. Bu noktada sözleşmenin özü ve sözü esas alınmalıdır²⁶⁶. Ancak sözleşmenin özü ve sözü dikkate alınarak yapılan bir sözleşme hükmünün yorumlanmasının yanı sıra, taraf iradelerinin de neyi ifade ettiklerinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu anlamda güven teorisi gereğince iradenin yorumlanması gerekmektedir²⁶⁷.Güven teorisi ışığında tarafların irade beyanları, TMK m. 2’de düzenlenmiş olan dürüstlük kuralına dayanılarak iyi niyetli, dürüst normal bir insanın vereceği anlam ve sözleşmenin bütünü dikkate alınarak yapılır²⁶⁸. Dürüstlük kuralına, hüküm gerekçesinde “Düzenleyenden, sözleşme koşullarını dürüstlük kurallarının gerektirdiği önemi vererek hazırlaması beklenir.” şeklinde dikkat çekilmiştir. Bu noktada genel işlem koşulları hazırlanırken, düzenleyen taraf her bir koşulu normal bir kişinin anlayabileceği şekilde hazırlamaya özen gösterilmelidir. Böylece sözleşmenin kurulması anındaki güven ortamı korunabilir.

²⁶¹ Yargıtay 11.Hukuk Dairesi, 1997/10396 E. 1998/1278 K. 02.03.1998 Tarihli kararı; Yargıtay kararı için bkz. Yelmen, **a.g.e.**, ss. 113.

²⁶² Eren, **a.g.e.**, ss.491; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 335; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 203

²⁶³ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 336

²⁶⁴ Yelmen, **a.g.e.**, ss.118; Eren, **a.g.e.**, ss. 494

²⁶⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 204

²⁶⁶ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, ss. 334

²⁶⁷ Eren, **a.g.e.**, ss. 493; Antalya, **a.g.e.**, ss. 430; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 238-239; Yeniocak, **a.g.m.**, ss. 91; Civan, **a.g.e.**, ss. 197; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, ss. 68

²⁶⁸ Doğanç, **a.g.e.**, ss. 228; Antalya, **a.g.e.**, ss. 430; Dürüstlük kuralı çerçevesinde yorum yapılmasıyla ilgili olarak bkz. Atamer, **a.g.e.**, ss. 131; Civan, **a.g.e.**, ss. 197; Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, ss. 68

Güven teorisinden sonraki aşamada ise ‘‘kanuna uygun yorum’’ ilkesi gelmektedir. Bu ilke ile kanun tamamlayıcı hükümlerine uyan yorum üstün tutulup, tamamlayıcı hükümlerden ayrılan hükümler bakımından ise daraltıcı yorum yapılır. Bu nokta da güven teorisi kapsamında yapılan yorum sonrası, ‘‘tamamlayıcı yorum’’ ve devamında ‘‘daraltıcı yorum’’ ilkeleri uygulanmalıdır²⁶⁹. Doktrinde bazı yazarlar, tamamlayıcı yorumu bir yorum ilkesi olarak incelememektedirler. Bu yazarlara göre yorum ve tamamlanma farklı ifadelerdir. Yorum aşaması, ele alınan var olan bir hükmün neyi ifade ettiğinin açıklanmasıdır. Tamamlamak ise; yorum sonucunda ortaya çıkan boşluğun, tamamlayıcı hukuk kurallarıyla doldurulmasıdır şeklinde tanımlanmaktadır²⁷⁰. Yani genel işlem koşulları açısından bakıldığında; sözleşmede bir düzenleme var olmasına rağmen tarafların karşılıklı iradeleri bulunmadığından veya sözleşme hükmüne farklı anlamlar yüklemelerinden dolayı tamamlayıcı hukuk kurallarına başvurma durumu söz konusudur. Bu sebeple, ‘‘tamamlayıcı yorum ilkesinin’’ de bu aşamada uygulanmasının yerinde olduğu kanısındayız. Ayrıca genel işlem koşullarının içerisinde kanun hükümlerine yer verilmiş ise, bu hükümler sözleşme hükmü olarak değil kanun hükmü olarak yorumlanmalıdır²⁷¹.

Bir diğer yorum ilkesi ise, bireysel sözleşme niteliği kazanmış sözleşme hükümlerine öncelik tanınmasıdır²⁷². Bu yorum ilkesi de genel işlem koşulları ile bireysel sözleşme hükmünün çatışması durumunda, bireysel sözleşme hükmüne öncelik tanınmasını ifade eder. Alman Medeni Kanun’da bu kural § 305b’de ‘‘Bireysel sözleşme anlaşmalarının genel hüküm ve koşullara göre önceliği vardır.’’ ifadesiyle açıkça düzenlenmiştir²⁷³. TBK’de bu yönde açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, değiştirme yasağının düzenlendiği TBK m. 24’ün dolaylı olarak bu durumu ifade ettiği kabul edilir²⁷⁴. Şüphesiz ki bu durumda geçerli bir bireysel anlaşmanın var olması gerekmektedir²⁷⁵. Bireysel anlaşmanın varlığı ise yürürlük denetimi aşamasında yapılan inceleme sonucunda belirlenir.

²⁶⁹ Antalya, **a.g.e.**, ss. 430-431

²⁷⁰ Oğuzman, **a.g.e.**, ss. 207-208; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, ss. 336-337

²⁷¹ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 338; Antalya, **a.g.e.**, ss. 430-431

²⁷² Antalya, **a.g.e.**, ss. 430-431; Atamer, **a.g.m.**, ss. 38-41

²⁷³ Çeviri için bakınız, https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_311.html

²⁷⁴ Akbulut, **a.g.e.**, ss. 397; Civan, **a.g.e.**, ss. 204-205; Atamer, **a.g.e.**, ss. 124-130

²⁷⁵ Atamer, **a.g.e.**, ss. 125-127

Daraltıcı yorumun ise, genel işlem koşuluna ait bir yorum olup olmadığı konusunda tartışma mevcuttur. Daraltıcı yorum; genel işlem koşullu sözleşmenin karşı taraf aleyhine olan genel işlem koşulunun dar olarak yorumlanmasıdır²⁷⁶. Bu konuda tartışmalı olan konu ise; daraltıcı yorumun açık olmama ilkesinden ayrı bir yorum türü olduğu mu yoksa açık olmama durumunun bir alt başlığı mı olduğu noktasında toplanmaktadır²⁷⁷. Açık olmama kuralının daraltıcı yorumun önüne geçmediğini savunan görüşe göre; açık olmama kuralı, sadece risk dağılımını belirleyen bir ilkedir. Daraltıcı yorum ise, açık olmayan genel işlem koşulları için ortaya çıkan birden fazla yorumdan en dar olanın tercih edilmesidir²⁷⁸. Bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüş ise, genel işlem koşullarının denetimi hükümleriyle birlikte artık daraltıcı yorumu gerek kalmadığı yönündedir²⁷⁹. Daraltıcı yorumun uygulanması örtülü bir içerik denetimine sebep olmaktadır. Böylece tarafların iradelerinin açık olması durumuna rağmen bu iradelere farklı anlamlar yüklenmesine sebebiyet verecektir²⁸⁰.

Son olarak, genel işlem koşuluna özgü bir yorum türü olan ‘‘Sözleşmeyi kullanan aleyhine, karşı tarafın lehine yorum’’ ilkesidir. Bu yorum türü, TBK m. 23’te açıkça düzenlenmiştir. Bu hükme göre genel işlem koşullarının içinde yer alan bir sözleşme hükmü açık ve anlaşılır değilse veya birden fazla anlama geliyorsa, genel işlem koşulunu hazırlayan tarafın aleyhine, sözleşmeye herhangi bir müdahalesi bulunmayan karşı tarafın lehine olacak şekilde yorumlanır²⁸¹. Aslında bu ilke, Roma Hukukundan itibaren uygulanan ‘‘in dubio contra stipulatorem’’ yani ‘‘Sözleşme şüphe halinde düzenleyen aleyhine yorumlanır’’ ilkesinin bir sonucu olarak görülebilir²⁸². Roma Hukukundan gelen bu ilkeye TBK m. 23’ün gerekçesinde de dikkat çekilmiştir. Aynı kanun maddesi gerekçesinde ‘‘düzenleyenin aleyhine karşı tarafın lehine’’ yorum kuralının temelini 4721 sayılı TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralına dayandığına dikkat çekmiştir. Gerekçeye göre bu yorum türü, dürüstlük kuralının özel bir uygulamasıdır²⁸³. Sonuç olarak; genel işlem koşullarındaki belirsiz hükümlerin

²⁷⁶ Atamer, **a.g.e.**, ss. 141

²⁷⁷ Doğancı, **a.g.e.**, ss. 230-231

²⁷⁸ Civan, **a.g.e.**, ss. 206; Antalya, **a.g.e.**, ss. 430-431

²⁷⁹ Doğancı, **a.g.e.**, ss. 232

²⁸⁰ Atamer, **a.g.e.**, ss. 140-142; Doğancı, **a.g.e.**, ss. 233

²⁸¹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 176; Eren, **a.g.e.**, ss. 223

²⁸² Antalya, **a.g.e.**, ss. 433; Civan, **a.g.e.**, ss. 204; Altop, **a.g.m.**, ss. 154; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, ss. 172

²⁸³ TBK m.23 gerekçesi: ‘‘...Bu esaslar,4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 2 nci maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarının, genel işlem koşullarının yorumlanması bakımından özel bir uygulama alanı oluşturur. Gerçekten, düzenleyenden sözleşme koşullarını dürüstlük kurallarının gerektirdiği

hazırlanmasında karşı tarafın herhangi müdahalesi bulunmamaktadır. Bu sebeple bu hükmün sorumluluğunu taşıması kendisinden beklenilmemelidir²⁸⁴.

Aslında bu yorum türü, 5 Nisan 1993 tarihli Avrupa Konseyi Direktifi m. 5'te "Hüküm hakkında tereddüt oluşması halinde tüketici lehine yorum yapılması gerektiği" düzenlemiştir²⁸⁵. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi düzenleyen lehine yorumu uygularken bazı şartlar aramaktadır. Bu şartları; öncelikle bu kuralın tali olarak uygulanması gerektiği ve bu sebeple de öncelikle diğer yorum yöntemlerine başvurulur şeklinde özetleyebiliriz. Eğer bunlarla çözüme ulaşılamazsa lehe yorum yoluna başvurulur. İkinci olarak da bu kural sadece matbu olan sözleşmeler için uygulanmaktadır²⁸⁶. Bu uygulama yukarıda yapılan açıklamalar ışığında bizim hukuk sistemimiz açısından da benzer özellikler taşımaktadır.

Sonuç olarak, TBK m. 23'de belirlenen yorum sisteminden önce belirttiğimiz yorum yolları tüketilmelidir. Yapılan yorumlar her halükârda sözleşmenin karşı tarafının aleyhine sonuçlanıyorsa, artık söz konusu genel işlem koşulu açık olmama olarak değerlendirmemeli, bu noktada artık saydamlık kuralı devreye girerek içerik denetimi uygulanmalıdır²⁸⁷. Bu durumda, genel işlem koşularının yorumlanmasını şu şekilde sıralayabiliriz;

- Güven teorisi ışığında yorum,
- Tamamlayıcı yorum,
- Bireysel sözleşme hükümlerine öncelik tanınması yönünde yorum,
- Düzenleyen aleyhine karşı taraf lehine yorumdur.

Bazı yazarlar bu sıralamaya daraltıcı yorumu da eklemektedir²⁸⁸. Ancak yukarıda açıkladığımız sebepler gereğince daraltıcı yorum, örtülü içerik denetimini beraberinde getirdiği için bu aşamada yapılmaması gerekir. Bu noktada tüm yorum aşamalarını tüketildikten sonra her halükârda sözleşmenin ekonomik ve sosyal olarak zayıf konumda olan tarafın aleyhine sonuç çıkıyorsa bu durumda artık yorum denetimi

önem vererek hazırlaması beklenir. "; Ayrıca bu konuda bkz. Yelmen, **a.g.e.**, ss. 121; Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 233

²⁸⁴ Atamer, **a.g.e.**, ss. 136

²⁸⁵ Çeviri için bkz. Atamer, **a.g.e.**, ss. 300

²⁸⁶ Bağrıaçık, **a.g.e.**, ss. 161

²⁸⁷ Doğanç, **a.g.e.**, ss. 296

²⁸⁸ Antalya, **a.g.e.**, ss. 431; Yelmen, **a.g.e.**, ss. 118; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 338

içerik denetiminin önüne geçmemeli ve içerik denetimi sonucunda hükümsüzlük yaptırımı uygulanmalıdır²⁸⁹.

3. İçerik Denetimi

İçerik denetimi, dürüstlük kuralına aykırılık ve buna bağlı olarak hakkın kötüye kullanılması temeline dayanmaktadır²⁹⁰. İçerik denetimi ile sözleşmeyi kullanan tarafın sözleşme özgürlüğünü kullanmış olmasına rağmen karşı taraftaki kişinin sözleşmeye müdahil olamaması sebebiyle iradesinin sözleşmeye yansımadığından, yürürlük ve yorum denetiminden geçen genel işlem koşullarının, son aşamada yapılacak içerik denetimi ile karşı tarafın sözleşme özgürlüğünün korunması amaçlanmıştır²⁹¹. Örneğin genel işlem koşulları içerisinde yer alan tahkim şartı gibi sosyal ve ekonomik olarak zayıf konumda olan tarafın aleyhine olan bir koşul, yürürlük denetimini geçmesi ve yorum denetimi aşamasında da lehe yorumlanamayacak nitelikte olması sebebiyle son aşamada şartlarını taşıması şartıyla içerik denetimine tabi olacaktır²⁹². İçerik denetimi aslında TMK m. 2’de düzenlenmiş olan tarafların dürüstlük kuralına uygun davranma zorunluluğunun genel işlem koşullarında yer alan özel bir görünümüdür²⁹³.

TBK m. 25 dışında da aslen içerik denetiminin içinde yer alan değiştirme yasağına ilişkin incelemeyi TBK m. 24’de düzenlemiştir²⁹⁴. Ayrıca TBK m. 27’de de bütün sözleşmelerin içeriğinde bulunamayacak hükümler düzenlenmiştir. Tüm bu denetimler dikkate alındığında içerik denetiminin kendi içerisinde aşamaları bulunmaktadır. Bu anlamda yürürlük ve yorum denetimlerinden geçen bir genel işlem koşulu, içerik denetimi aşamasında önce genel hüküm olduğu için TBK m. 27 denetiminden geçmeli daha sonrasında ise genel işlem koşullarına özgü içerik denetimlerinden geçmelidir. Bu aşamada önce değiştirme yasağı denetimi ve son

²⁸⁹ Açık olmama kuralının tali nitelikte olması ve yapılan yorumun içerik denetimine engel olmaması hakkında bkz. Atamer, **a.g.e.**, ss. 136 vd.; Civan, **a.g.e.**, ss. 208

²⁹⁰ Antalya, **a.g.e.**, ss. 401; Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 271; Eren, **a.g.e.**, ss. 223; Doğanç, **a.g.e.**, ss. 301

²⁹¹ Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi**, ss.131; Yelmen, **a.g.e.**, ss. 124

²⁹² Burcu Zengin, ‘‘ Tahkim Şartının, Genel İşlem Koşullarına İlişkin Kurallar Karşısındaki Durumu’’, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 2, 2013, ss. 144

²⁹³ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, ss. 176; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 177;

²⁹⁴Yukarıda bkz. II, ss. 63

olarak TBK m. 25 gereği dürüstlük kuralına uygunluk denetimi olarak özel içerik denetiminin yapılması gerekir²⁹⁵.

a. Genel Hukuk Kurallarıyla İçerik Denetimi (TBK m. 27)

Bir genel işlem koşulunun sözleşmenin içeriğine dahil olup sözleşme hükmü niteliğini kazanabilmesi için son denetim aşaması, içerik denetimidir. Bu kapsamda öncelikle genel işlem koşulunun TBK m. 27'e uygun olup olmadığının incelemesi yapılır²⁹⁶. TBK m. 27 'e göre bir genel işlem koşulunun; kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olan ya da sözleşmenin konusu imkânsız olan sözleşmeler, kesin hükümsüz olarak düzenlemiştir. Bu kapsamda genel içerik denetimi ile anlatmak istediğimiz, genel borçlar hukuku kurallarıyla denetim yapılmasıdır. Bu kuralları da şu şekilde toparlayabiliriz;

- TMK m. 2 gereği dürüstlük kuralına aykırı olan ve bunun sonucu olarak hakkın kötüye kullanılması,

- TBK m. 86/c. 2'nin kıyasen uygulanması sonucunda sözleşme ediminin tek taraflı olarak belirlenmesi ve belirlenen edimin ortalama nitelikten düşük olmaması²⁹⁷,

- Kamu düzenine aykırılık,

- Ahlaka aykırılık,

- TBK m. 28, eski adıyla gabin yeni TBK deyimini ile aşırı yararlanmadır²⁹⁸.

Aslında söz konusu bu hükümler, yukarıda da açıkladığımız gibi eski BK döneminde genel işlem koşullarının denetimi için uygulamada yararlanılan hükümleridir.

TBK m. 27'e göre kamu düzenine, ahlaka, emredici hükümlere, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkânsız olan sözleşmeler hükümsüzlük yaptırımına tabidir²⁹⁹. Bu kapsamda içerik denetimi de aynı yaptırımı tercih etmiş, dürüstlük kuralına ve karşı tarafın aleyhine olan genel işlem koşullarını hükümsüz kabul etmiştir.

²⁹⁵ Eren, **a.g.e.**, ss. 227

²⁹⁶ Eren, **a.g.e.**, ss. 227; Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 262; Yelmen, **a.g.e.**, ss. 125; Antalya, **a.g.e.**, ss. 400-401; Melek Bilge Yüce, "Edimi Belirleme Yetkisinin Mevcut Genel İşlem Koşulları Teorisi ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi", **Journal Of Yasar University**, C. 8, Özel Sayı, 2013, ss. 3220

²⁹⁷ TBK m. 86:"Çeşit borçlarında hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimin seçimi borçluya aittir. Ancak borçlunun seçeceği edim, ortalama nitelikten daha düşük olamaz."

²⁹⁸ Antalya, **a.g.e.**, ss. 400-401

²⁹⁹ Kamu düzenine, ahlaka aykırılık, emredici hükümlere ve kişilik haklarına aykırılık hakkında bkz. yukarıda I., ss. 23 vd.

TBK m. 27 kapsamında genel işlem koşulları öncelikle TBK anlamında bir borç ilişkisi bulunduğu için kamu düzenine, ahlaka ve emredici hükümlere aykırı olmaması gerekmektedir. Bu kapsamda kamu düzeninin tanımı toplumun çıkarlarının korunması olarak yapılabilir³⁰⁰. Emredici hukuk kurallarına aykırılık ise tüm hukuk sistemi içerisinde değerlendirilir. Bu hukuk kurallarının aksine taraflar karar veremez, bu kapsamda tamamlayıcı ve yorumlayıcı hukuk kuralları emredici hukuk kuralları içerisinde değerlendirilmez³⁰¹. Ahlaka aykırılık ise toplumdan topluma, zamandan zamana göre değişen genelin kabul ettiği değer yargılarıdır³⁰².

TBK m. 27/2'e göre ise sözleşmede geçersiz olan hükümler yer almazsa, tarafların bu sözleşmeyi hiç yapmayacakları anlaşılırsa sözleşmenin tamamı hükümsüz olur. Ancak içerik denetiminin düzenlendiği TBK m. 25'in gerekçesinde TBK m. 27/2'nin uygulanamayacağı belirtilmiştir. TBK m.25 bakımından hükümsüzlük tüm sözleşme hükümlerini etkilememekte, yalnızca söz konusu hüküm veya hükümler için kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanmaktadır. Bu açıdan TBK m. 25 bakımından kısmi hükümsüzlük söz konusudur. Ancak bir sözleşme hükmü için TBK m. 27/2'e göre kısmi hükümsüzlük yaptırımı uygulanacak ise, sözleşmenin tamamının geçersizliği gündeme gelebilir. Fakat bu sözleşme hükmü, TBK m. 25'e göre inceleniyorsa sadece kısmi hükümsüzlük oluşacak ve sözleşme her halükârda ayakta kalacaktır. Hükümsüz olan genel işlem koşulları sözleşmede hiç yer almasaydı, taraflar bu sözleşmeyi hiç yapmayacakları iddiasıyla bütün sözleşmenin hükümsüzlüğünü talep edemeyecektir. Sonuç olarak, TBK m. 27/2 hükmü genel işlem koşullu sözleşme için uygulama alanı bulamayacaktır. Eren'in de haklı olarak belirttiği üzere bu derece önemli bir konu kanun gerekçesinde düzenlenmemeliydi³⁰³.

Genel işlem koşulunu içeren sözleşmelere irade sakatlıkları, aşırı yararlanma gibi iptali öngören bir yaptırımında uygulanması mümkündür. Bu durumlarda iptal

³⁰⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 88; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, ss. 141-142; Kamu düzenine aykırılığın aslında emredici hukuk kurallarına dahil olduğu bu durumun hukuk güvenliği açısından tehlikeli olacağı görüşü hakkında bkz. Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, ss. 79-80; Benzer bir görüş için bkz. Eren, **a.g.e.**, ss. 342

³⁰¹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, ss. 137-139;

³⁰² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, ss. 142-143; Eren, **a.g.e.**, ss. 341-343; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 89-92; Genel ahlak teriminden anlaşılması gerekenin sosyal ahlak değil, hukuk düzeni temelinde yer alan ahlak olduğu hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 552-556; Atamer, **a.g.e.**, ss. 160-162

³⁰³ Fikret Eren, "Genel İşlem Şartlarında İçerik Denetimi", **İzmir Barosu Dergisi**, S. 3, 2015, ss.303

hükümleri uygulanır³⁰⁴. Sözleşme, sıkı bir genel işlem koşulları denetiminden geçse de iptal sebebini oluşturabilecek bir hüküm varlığını devam ettirirse, iptal hükümlerine de başvurulmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

b. Genel İşlem Koşullarına Özgü Hukuk Kurallarıyla İçerik Denetimi

i. Genel Olarak

TBK m. 25'e göre genel işlem koşullarına, karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştıracak nitelikte dürüstlük kuralına aykırı hükümler konulamaz. TBK m. 25 ile TBK m. 27 düzenlemesinin yanı sıra, genel işlem koşulları için dürüstlük kuralına uygun ve aleyhe olmama koşulları da ek olarak aranmaktadır. Genel hükümler dışında TBK m. 25 denetimi için dürüstlük kuralına aykırılık ve aleyhe olma koşulları birlikte gerçekleşmelidir³⁰⁵.

Hükümün gerekçesi, içerik denetiminde BGB §307'de de aynı düzenlemenin olduğuna dikkat çekmiştir. BGB §307 düzenlemesine göre içerik denetimi, genel işlem kuralı iyi niyet gerekliliklerine aykırı olarak karşı tarafı dezavantajlı bir konuma getiriyorsa söz konusu genel işlem koşulu geçersiz olarak kabul edilecektir³⁰⁶. Bu anlamda BGB §307 ile TBK m. 25 arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır³⁰⁷.

Çalışmamızda; içerik denetimi bakımından önce TBK sıralamasını dikkate alarak sözleşme hükmünün tek taraflı değiştirme yasağını inceleyecek, sonrasında da TBK m. 25 kapsamında içerik denetimini ele alacağız. Ayrıca bu kısımda; genel işlem koşullarının içerik denetiminin, TKHK kapsamında haksız şartlar ve TTK 'da düzenlenen haksız rekabet hükümleri ile benzerliklerini, farklarını ve birlikte uygulanabilirliğini incelemeye çalışacağız.

ii. TBK m. 24 Kapsamında İçerik Denetimi (Değiştirme Yasağı)

TBK m. 24'de kanunu koyucu değiştirme yasağını düzenlemiştir. Söz konusu değiştirme yasağı; TBK m. 24'e göre genel işlem koşulunu içeren sözleşme ya da atıf yapılmış ayrı bir sözleşme metninde yer alan ve sözleşme hükümlerini tek taraflı

³⁰⁴ Eren, **a.g.e.**, ss. 227-228; Genel işlem koşullarının denetlenmesinde aşırı yararlanma hükümlerinden de yararlanılabileceği hakkında bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, ss. 78

³⁰⁵ Eren, **a.g.m.**, ss. 297; Antalya, **a.g.e.**, ss. 439

³⁰⁶ BGB §307: "Genel sözleşme ve şartlardaki hükümler, iyi niyetli gerekliliklere aykırı olarak kullanıcının sözleşme ortağını makul olmayan bir şekilde dezavantajlı hale getirirlerse etkisizdir. Uygunsuz dezavantaj, hükmün açık ve anlaşılır olmamasından da kaynaklanabilir." (Çeviri için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/311.html>)

³⁰⁷ Eren, **a.g.e.**, ss. 227; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, ss. 175

olarak kendi lehine, karşı tarafın aleyhine olacak şekilde genel işlem koşulunu değiştirme veya yeni hüküm getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır³⁰⁸. Ancak burada ‘tek taraflı’ ifadesi kullanıldığı için, değişikliklerin sözleşmenin taraflarından birisi tarafından yapılması söz konusu olmakta; bu noktada sözleşmeyi kullanan tarafın dışındaki kurum ve kuruluşların yaptıklarıyla da yeni kanunlar sebebiyle oluşan değişiklikler bu kapsamda değerlendirilmemektedir³⁰⁹. Örneğin bir araba satış sözleşmesinde aracın teslim tarihine kadar fiyatta gerçekleşecek artışların müşteriye yansıtılacağı yönündeki sözleşme koşulları bu alanda değerlendirilebilir³¹⁰. Şüphesiz ki bu fiyat artışı, vergilerin artması vb. sebeplerle oluşacak fiyat artışı olarak değerlendirilmelidir. Sözleşmede oluşan edim ve karşı edim arasındaki dengenin bozulmaması dikkate alınmalıdır³¹¹. Yani taraf iradeleri dışında ortaya çıkan sözleşmedeki zorunlu değişiklikler bu kapsamda değerlendirilmemektedir.

TBK m. 24, aslen bir içerik denetimidir. Bu sebeple doktrinde TBK m. 24’ün içerik denetiminin düzenlendiği TBK m. 25’den ayrı olarak düzenlenmesi haklı olarak eleştirilmektedir. Şöyle ki; TBK m. 24 hükmü olmasaydı da TBK m. 25 ile de aynı sonuca varılabilecektir. Aynı görüşü savunan yazarlara göre; TBK m. 24 için yaptırımın yazılmamış sayılma olması da bu konuda bir farklılık yaratmamaktadır. Çünkü TBK m. 24’ün gerekçesinde yazılmamış sayılma ile kısmi hükümsüzlüğün anlaşılması gerektiği ifadeleri yer almıştır. Bu sebeple TBK m. 25 ile bir farkı bulunmamaktadır³¹². Bu konudaki ikinci bir görüş ise değiştirme yasağının içerik denetiminin özel bir türünü oluşturduğudur³¹³. Bu sebeple içerik denetimine hiç gerek kalmadan, değiştirme yasağı ile doğrudan yazılmamış sayılma yaptırımı uygulanmalıdır. Bu görüşe göre TBK m. 24 ile içerik denetimine hiç gerek olmadan, mutlak bir yasak olarak tek tarafa değiştirme yasağı veren sözleşme hükümleri

³⁰⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 177; Atamer, **a.g.m.**, ss. 59-60

³⁰⁹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, ss. 175

³¹⁰ Atamer, **a.g.e.**, ss. 238

³¹¹ Atamer, **a.g.e.**, ss. 238

³¹² Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetim**, ss. 110; Altop, **a.g.m.**, ss. 155; Adem Yelmen, “Değiştirme Yasağı”, **İzmir Barosu Dergisi**, S. 3, 2015, ss. 373; Akbulut, **a.g.e.**, ss. 401-403; Değiştirme yasağının içerik denetiminde düzenlenmiş olmasına rağmen yaptırım olarak yürürlük denetiminde kabul edilmesi gerekliliği hakkında bkz. Nomer, **a.g.e.**, ss. 84

³¹³ Antalya, **a.g.e.**, ss. 441; A. Öcal, **a.g.m.**, ss. 197, Atamer, **a.g.m.**, ss. 59

yazılmamış sayılmalıdır³¹⁴. Şeker'e göre de değiştirme yasağı, TBK m. 21/2'nin bir örneğini oluşturmaktadır. Yani değiştirme yasağı, aslında bir şaşırtıcı hükümdür³¹⁵.

TBK m. 24'ün lafzı dikkate alındığında içerik denetimine hiç gerek kalmadan değiştirme yasağı, TBK m. 25'in uygulanmasına gerek duymaksızın doğrudan uygulanmalıdır. Çünkü değiştirme yasağının yaptırımı olarak, kesin hükümsüzlükten daha ağır bir yaptırım türü olan 'yazılmamış sayılma' yaptırımı uygulanmaktadır. Her ne kadar TBK m. 24'ün gerekçesinde yazılmamış sayılmadan anlaşılması gerekenin, TBK m. 27 anlamında kesin hükümsüzlük olduğu düzenlense de bunun doğru olmadığını kanaatindeyiz³¹⁶. Yukarıda da ayrıntılı olarak incelediğimiz gibi yazılmamış sayılmadan anlaşılması gereken, kısmi yokluk görüşü doğrultusunda yok hükmünde olan bir sözleşme hükmünün hükümsüzlüğü incelenemez³¹⁷. TBK m. 25'e aykırı genel işlem koşullarının yaptırımı, kanun koyucu tarafından kısmi hükümsüzlük olarak belirlenmiştir. Bu noktada değiştirme yasağının yaptırımının kısmi hükümsüzlük olduğu kabul edilirse, TBK m. 25 anlamındaki içerik denetiminden bir farkı bulunamaz ve kanunda farklı bir başlık altında düzenlenmesinin de bir anlamı kalmaz. Burada kanun koyucunun değiştirme yasağına daha özel bir önem vererek, daha ağır bir yaptırım olan yazılmamış sayılmanın uygulanması için ayrı bir hükümde düzenlendiğinin kabulü daha doğru olur. Kanun gerekçesinin bu noktada düzeltilmesinin faydalı olacağı kanaatinde olmakla birlikte, yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği hakkında doktrinde oluşan tartışmalara da böylece son verilebilir.

Değiştirme yasağını, Yargıtay TBK'den önceki dönemde uygulamamaktadır. Yargıtay'a göre; tacirlerin TTK hükmü gereğince basiretli davranma yükümlülüğü bulunduğu için, objektif iyi niyet kuralları doğrultusunda değiştirme yasağının tacirler açısından uygulanmaması gerektiğini kabul etmekteydi. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda; '...davalı bankaya faiz oranlarını tek taraflı olarak artırma ve ödeme planını değiştirme yetkisi verdiği, davacının tacir olduğu ve TK'nin 20. maddesine göre sözleşme yaparken basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerektiği, sözleşme koşullarını serbest iradesiyle kabul ettiği, ülkede yaşanan ekonomik gelişmelerin ve

³¹⁴ Antalya, **a.g.e.**, ss. 441-442

³¹⁵ Şeker, **a.g.e.**, ss. 46-48

³¹⁶ TBK m. 24 gerekçesi '... Bir tip sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer verilen bu tür kayıtlar, Tasarının 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlı olacaktır. Başka bir ifadeyle, burada aynı fıkranın ikinci cümlesinin uygulanması söz konusu değildir.'

³¹⁷ Yazılmamış sayılma ile ilgili olarak bakınız, II, ss. 43 vd.

kaynak maliyeti artışının faiz oranları artışını zorunlu kıldığı, öngörülen artışın hak ve nefaset kurallarına göre fahiş sayılamayacağı ve sözleşmeye hakim mütahalesini gerektiren bir durum bulunmadığı, ahde vefa prensibinin de bunu gerektirdiği gözetilmeden mahkemece yetersiz rapora dayanılarak davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.³¹⁸ Söz konusu karar, TBK yürürlüğe girmeden önceki dönemde genel işlem koşullarının denetimine yönelik hükümler bulunmadığı için sadece TTK hükümleriyle yola çıkıldığı için uygun bir karar olarak değerlendirilebilir.

Ancak TBK'nin yürürlüğe girdiği tarihten sonra söz konusu uygulamanın doğru olmadığı kanısındayız. Her ne kadar tacirlerin basiretli davranma yükümlülüğü bulunsa dahi, bütün tacirlerin aynı güce sahip olduğunu düşünmemek gerekmektedir. Özellikle banka gibi güçlü bir tarafın karşısında küçük tacirlerin mağduriyetine sebebiyet vermeye yönelik bir yorum olduğu değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda TBK hükümleri genel hüküm olması sebebiyle, tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın herkese uygulanmalıdır³¹⁹.

Şüphesiz ki buradaki değiştirme yasağı sadece aleyhe değiştirmeyi kapsamaktadır. Karşı tarafın lehine olarak yapılacak değişiklikler için, yazılmamış sayılma yaptırımı uygulanmamaktadır. Bu konu, TBK m. 24'ün gerekçesinde açıkça belirtilmiştir³²⁰.

iii. TBK m. 25 Kapsamında İçerik Denetimi

TBK m. 25'e göre dürüstlük kuralına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine olan veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz. TBK m. 25 kapsamında özel içerik denetiminden bahsedebilmemiz için dört adet şart bulunmaktadır. Bunlar³²¹;

- Öncelikle genel işlem koşulunun sözleşme hükmü haline gelmiş olması,

³¹⁸ Yargıtay 11. Hukuk dairesi 16.06.2003 tarihli, 786/6435 nolu kararı için bkz. Yeniocak, **a.g.e.**, ss. 94, dn. 41

³¹⁹ TBK'nin tacirler bakımından uygulanabilirliği hakkında bkz. II,3, ss. 56 vd.

³²⁰ TBK m. 24 gerekçesi: "...Maddede söz konusu edilen kayıtlar, sadece düzenleyen lehine, diğer taraf aleyhine olan değişiklik ya da yeni düzenleme yapma yetkisi veren genel işlem koşullarına ilişkindir. Buna karşılık, diğer taraf lehine yapılacak değişikliklerin ya da yeni düzenlemelerin geçerli olduğu konusunda duraksama yoktur."

³²¹ Eren, **a.g.e.**, ss. 227-233

- Yedek bir hukuk hükmünün değiştirilmiş veya boşluk bulunan noktaların tamamlanmış olması,
- Sözleşmenin karşı taraf aleyhine kurulmuş olması,
- Özel içerik denetimine tabi tutulması için dürüstlük kuralına aykırı olması gerekir

Genel işlem koşulunun sözleşme hükmü haline gelmiş olmasından kastımız, yürürlük denetiminden geçmiş ve ilişkilendirme anlaşmasının var olduğu sözleşme koşullarıdır. Yedek hukuk hükmünün değiştirilmiş ya da boşlukların tamamlanmış olması ise yorum denetiminden geçmiş olan genel işlem koşullarıdır. Böylece yürürlük ve yorum denetiminden geçen genel işlem koşulları için içerik denetiminin yapılması mümkün olmaktadır. Son iki şartımız ise içerik denetimi ile ilgilidir.

TBK m. 25 genel işlem koşullarıyla ilgili özel bir düzenleme getirerek geniş bir dürüstlük kuralından bahsetmiştir. Dürüstlük kuralı ile ifade edilen bir kişiden beklenen namuslu, dürüst insan davranışdır³²². Dürüstlük kuralı TMK m. 2’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre ‘Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır.’ TMK m. 2 çerçevesinde dürüstlük kuralı dikkate alınırken toplumun ahlaki değerleri, örf ve adetleri, hakkın doğumuna sebep olan ilişkiler dikkate alınarak belirlenir³²³.

Ancak genel işlem koşulları açısından dürüstlük kuralından neyin anlaşılması gerektiği TBK’de açıklanmamıştır. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda dürüstlük kuralının her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir³²⁴. Bu konuda doktrinde tartışma bulunmaktadır. Bizim de katıldığımız bir kısım yazar burada TMK m. 2/1 kapsamında dürüst davranma yükümlülüğüne aykırı davranılmasının yeterli olduğunu, açıkça bir aykırılığın aranmamasını kabul etmektedir³²⁵. Aksi görüşte yazarlar ise aleyhe olan her genel işlem koşulunun

³²²Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, ss. 220

³²³Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, ss. 220

³²⁴**Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2016/13461 E., 2018/4893 K., 27.06.2018 Tarihli kararı:** ‘‘İçerik denetimi yapılırken, genel işlem koşulu olduğu ileri sürülen hükmün ‘‘dürüstlük kuralı’’ na aykırı olup olmadığı, karşı tarafın aleyhine ve onun şartlarını ağırlaştırıcı nitelikte olup olmadığına bakılacaktır. Hangi tür sözleşme hükümlerinin dürüstlük kuralına aykırı ve diğer tarafın şartlarını ağırlaştırıcı nitelikte olduğu hususu kanunda düzenlenmemiş olup, mahkemece her somut olayda bu durumun tartışılması ve değerlendirilmesi gerekir.’’ Yargıtay kararı için bkz. Akın Ünal/ Emre Köroğlu, ‘‘Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetiminin Sonuçları’’, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 13, 2019, ss. 526, dn. 9

³²⁵Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi**, ss. 127; Atamer, **a.g.e.**, ss. 168-178;

geçersizliğinden bahsedilmemesi gerektiğinden, bu kapsamda TMK m. 2/2 kapsamında hakkın kötüye kullanılması sonucu açıkça aleyhe aykırılığın aranması gerektiğini savunmaktadırlar³²⁶.

Bir genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına uygunluğu incelenirken BGB 307, 308, 309; TTK m. 551/1-f, TKHK m. 5 ve AB yönergesi m. 3-4 hükümleri örnek alınabilir. Bu hükümler değerlendirildiğinde genel işlem koşulları hakkında dürüstlük kuralına aykırılıktan kastedilen hususlar ortaya çıkmaktadır³²⁷. Gerçekten de Alman Medeni Kanun'uş 307'de genel bir düzenleme yaptıktan sonra şüphe halinde hangi durumların dürüstlük kuralına uygun olmayacağını düzenlenmiştir. Alman Medeni Kanununa göre şüphe halinde; kanuni düzenleme temel amacından sapmışsa ve sözleşmeden kaynaklanan temel hak ve yükümlülüklerin yerine getirilmesinin önüne geçiyorsa dürüstlük kuralına aykırılık söz konusudur³²⁸. Bir genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı konusunda değerlendirme yapılırken, makul bir insanın durumu dikkate alınarak objektif değerler dikkate alınmakla birlikte subjektif olarak da sözleşmenin kuruluş anındaki şart ve durumlar ile taraflar arasındaki güç dengesi dikkate alınmalıdır³²⁹.

İlk olarak; emredici hukuk kurallarından olmayan mevcut hukuk kurallarında değişiklik yapılması halinde söz konusu hükmün temel fikriyle bağdaşmaması durumunda, dürüstlük kuralına uygun olmayan bir genel işlem koşulu bulunmaktadır. Bunun dışında, sözleşmenin niteliğine aykırı genel işlem koşulları ve son olarak da birden çok anlama gelen saydamlık kuralına aykırı olarak açık ve anlaşılır olmayan genel işlem koşulları da dürüstlük kuralına uygun olmamaktadır³³⁰. Yargıtay ise dürüstlük kuralını incelerken TMK m. 2, m. 24 ve TBK'de ise m. 26'da karşılığını bulan BK m. 19 sözleşme özgürlüğü hükmünden yararlanmaktadır³³¹. Dürüstlük kuralına uygun olmayan haksız genel işlem koşullarına örnek olarak; masrafların ve

³²⁶ Antalya, **a.g.e.**, ss. 439-440; Reisoğlu, **a.g.m.**, ss. 116-117; Reisoğlu, **a.g.e.**, ss. 78; A. Öcal, **a.g.m.**, ss. 197; Eren, **a.g.e.**, ss. 223

³²⁷ Eren, **a.g.e.**, ss. 231; Yelmen, **a.g.e.**, ss. 129-132

³²⁸ Yelmen, **a.g.e.**, ss.129

³²⁹ Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi**, ss.129; Atamer, **a.g.e.**, ss. 169-178; Antalya, **a.g.e.**, ss. 433

³³⁰ Eren, **a.g.e.**, ss. 227-233

³³¹ Antalya, **a.g.e.**, ss. 401-402

vergilerin sadece tek tarafa yükletileceğine yönelik koşullar, faiz oranının keyfi olarak geriye dönük olarak tek taraflı artırılabilmesi şeklindeki koşullar verilebilir³³².

Sonuç olarak; içerik denetiminin uygulanabilmesi için, dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine olacak şekilde açık yarar dengesizliğinin var olması gerekmektedir. Bu durumun tespiti için doktrinde iki aşamalı inceleme modeli ileri sürülmüştür. Bu modele göre; sözleşmeyle aynı nitelik ve özellikteki benzer bir sözleşmeyi aynı yer, aynı zaman ve aynı sınırlar içinde başka bir kişi ile yapması halinde haklı ve makul ölçüdeki yararlar göz önüne alınarak tespit edilir. Böylece ilk önce objektif yarar belirlenir. Daha sonra ikinci aşamaya geçilerek objektif yarar ve sözleşmedeki yarar kıyaslanarak dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı incelenir³³³.

İçerik denetiminin düzenlendiği TBK m. 25 hükmünün gerekçesine göre, dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine olan genel işlem koşullarının, TBK m. 27 anlamında kesin hükümsüz olacağından söz etmiştir. Ancak gerekçede de haklı olarak belirtildiği üzere kesin hükümsüzlük sadece içerik denetimi sonucunda dürüstlük kuralına aykırı nitelikte olan genel işlem koşulu için geçerlidir. Yani sözleşmenin geri kalanını etkilememektedir. Ayrıca gerekçe, TBK m. 27/2'nin ikinci cümlesinin burada uygulanamayacağına dikkat çekmiştir. Yani genel işlem koşulu sözleşmenin esaslı unsuru olmadığı için taraflar söz konusu hüküm olmasa sözleşmeyi yapmayacaklarını ileri süremezler³³⁴. Aslında kanun koyucu, TBK m. 25 hükmü ile genel işlem koşulları için TBK m. 27'den farklı olarak daha özel bir koruma sağlamaya çalışmaktadır. Hükmün gerekçesinde belirtildiği üzere "ahlaka aykırılık" noktasına varmasa bile "dürüstlüğe aykırı" olabilecek her türlü genel işlem koşullarını bu kapsamda değerlendirmiştir³³⁵.

³³² Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi**, ss. 132

³³³ Doğanç, **a.g.e.**, ss. 324; Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi**, ss. 127-128; Antalya, **a.g.e.**, ss. 433

³³⁴ TBK m. 25 gerekçesi: "...Bu tür hükümlerin yaptırımı, Tasarının 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük olacaktır. Başka bir ifadeyle burada aynı fıkranın ikinci cümlesinin uygulanması söz konusu değildir. Bu sebeple, sözleşmenin kapsamına dahil edilen hükümlerden genel işlem koşullarına konulması yasak olanlar dışındakiler, geçerliliklerini koruyacaktır..." ; Bu konuda esnek hükümsüzlük görüşünden yola çıkılarak bu kuralın sadece genel işlem koşullarını kullanan taraf için geçerliği olacağı görüşü için bkz. Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 595; Aynı sonuca amaca uygun yorum ile de ulaşılabileceği hakkında bkz. Akbulut, **a.g.e.**, ss. 399

³³⁵ TBK m. 25 gerekçesi: "...Maddede yapılan düzenleme ile, ahlaka aykırılık ölçüsünde olmasa bile, öğretilerde dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen bu tür davranışların, genel işlem koşulları alanında da önlenmesi amaçlanmıştır..."

Dürüstlük kuralına aykırılık durumunu sadece borçlar hukuku kapsamında değerlendirmemek gerekir. Bu kapsamda Ticaret Hukuku, Rekabet Hukuku ve Tüketici Hukuku bakımından da incelenmesi gerekmektedir. Çünkü genel işlem koşulları, tüm hukuk alanlarında uygulaması olan bir hukuki işlemdir. Bu bakımdan dürüstlük kuralına aykırılık TTK m. 55/1-f'de bir genel işlem koşulunun haksız rekabete neden olmaması amacıyla düzenlenmiştir³³⁶. Bu açıdan bakıldığında; dürüstlük kuralına aykırı olarak özellikle yanıltıcı nitelikte karşı tarafın aleyhine olan, doğrudan veya dolaylı olarak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya sözleşmenin niteliğinden önemli ölçüde ayrılarak aykırı haklar ve borçlar öngören genel işlem koşulları dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirilir.

TBK m. 25'in uygulanması her ne kadar hukuki olarak tam olarak doğmuş olan bütün sözleşme tipleri için uygulansa da en çok uygulama alanı olan tüketici sözleşmeleri ve her iki tarafın tacir olduğu sözleşmeler için TBK anlamında içerik denetiminin uygulanıp uygulanmayacağı hususunda doktrinde tartışma bulunduğundan bu iki sözleşme türünü ayrı olarak incelemek daha faydalı olacaktır.

Bu doğrultuda ilk olarak TTK kapsamında içerik denetimini inceleyeceğiz. Ticari sözleşmelerde kullanılan genel işlem koşulları bakımından iki açıdan sorun oluşmaktadır. İlk sorun, TTK hükmü varken TBK hükümleri uygulanabilir mi; ikinci sorun ise, sözleşmenin her iki tarafının kendi genel işlem koşullarına yollama yapması sonucu koşulların çatışması durumunda nasıl bir yol izlenmelidir?

TTK m. 55/1-f'de dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak haksız rekabet olarak düzenlenmiştir. TTK m. 55 gerekçesine bakıldığında zaman genel işlem koşullarıyla ilgili bu hükmün yeni bir hüküm olduğuna ve yargı kararları dikkate alınarak düzenlendiğine dikkat çekilmiştir³³⁷. Aslında bu durum TBK m. 25 ile uyumlu olan bir düzenlemedir. Ancak genel işlem koşullarının, TTK'de haksız rekabet altında düzenlenmesi TTK m. 56 hükümlerinin uygulanmasının yolunu açmıştır. TTK m. 56'da haksız rekabete özgü davalar düzenlenmiştir. Bu davalar; haksız rekabetin haksızlık durumunun tespiti, haksız rekabetin menfi ve haksız rekabet sonucu olan

³³⁶ Antalya/Doğancı, **a.g.m.**, ss. 836

³³⁷ TTK m. 55 gerekçesi: "Tasarının 54 üncü maddesi anlamında dürüstlük kuralına özellikle aykırı sayılan haksız rekabet eylemleri 55 inci maddede 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanununun 3 ilâ 8 inci maddelerine uygun olarak altı kategori halinde düzenlenmiştir. Bu kategoriler dürüstlük kurallarına aykırı davranışların veya ticarî uygulamaların, yüksek yargı kararlarına göre en çok rastlanılan halleri, görünüş şekilleridir. "

maddi durumun ortadan kaldırılması, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlar sonucu oluşmuşsa bu beyanların düzeltilmesi veya kaçınılmaz ise tecavüzün önlenmesi için haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını eğer haksız rekabet durumunda kusur bulunuyorsa zararın tazminini yaptırımlarının düzenlenmiş ve TBK m. 58'de şartların varlığı durumunda manevi tazminat davalarıdır³³⁸.

Söz konusu bu durum, haksız rekabetin kendine özgü dava yolları bulunması sebebiyle doktrinde tartışmalara sebep olmaktadır. Doktrinde özellikle her iki tarafın tacir olduğu genel işlem koşulları için TBK m. 25'nin uygulanması ya da her iki hükmün birlikte uygulanmasının mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır. Bu tartışmanın bir diğer sebebi de TTK m. 18/2 gereğince tacirlerin basiretli iş adamı olarak davranması gerekliliğinden ve karşı tarafında tacir olması sebebiyle güçler dengesinin bozulup bozulmadığından kaynaklanmaktadır.

Bu görüşlerden bir tanesi; bizim de katıldığımız TBK m. 20 vd. hükümlerinin tüm genel işlem koşullarını kapsayıcı nitelikte olması sebebiyle, herhangi bir ayırım yapmaksızın sözleşmenin her iki tarafının tacir olduğu sözleşmelere de uygulanması gerektiğidir³³⁹. Buna karşın diğer bir görüşte; TTK m. 18/2 gereğince tacirlerin basiretli olması gerektiği ilkesinden yola çıkarak, haksız rekabet kapsamında değerlendirildiği için TTK'ye özgü yaptırımların uygulanmasına dikkat çekmektedir³⁴⁰. TBK uygulanması bakımından da içerik denetimi sırasında dürüstlük kuralının dikkate alınması gerekliliğine değinmektedir.

TBK'de düzenlenen genel işlem koşullarına özgü denetimlerin tacirler hakkında uygulanmaması gerektiği görüşünü savunan yazarlara göre; sözleşmenin her iki tarafını oluşturan tacirler basiretli olmaları gerektiğinden, tüketiciler ile kıyaslandığında genel işlem koşullarının denetimi ile sağlanmaya çalışılan zayıfı

³³⁸Ebru Ceylan, ‘‘ Tüketici Hukukunda Haksız Ticari Uygulamalar ve Uygulama Örnekleri’’, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 15, 2020, ss. 143; Sevilay Uzunallı, ‘Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi’’, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 121, S. 2, ss. 412

³³⁹Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 171; Akçaal, **a.g.m.**, ss. 52; Atamer, **a.g.m.**, ss. 49; Erişir, **a.g.m.**, ss. 1167; Teorik olarak tacirlerin basiretli davranma yükümlüğünün bulunduğu ama uygulama açısından bakıldığında tüm tacirleri aynı kategoride değerlendirmemek gerektiği hakkında bkz. Serdar, **a.g.m.**, ss. 238-239

³⁴⁰Antalya, **a.g.e.**, ss. 409-411; Antalya/Doğancı, **a.g.m.**, ss. 838 vd.; TTK'nin özel kanun olması sebebiyle öncelikle uygulanması gerektiği ancak sözleşmede boşluk oluşması durumunda TBK hükümlerine başvurulması gerektiği hakkında bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 171

koruma ihtiyacının her iki tarafında tacir olduğu genel işlem koşulları için geçerli olmayacağını savunmaktadır. Tacirlerin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü; objektif bir özen çerçevesi içerisinde aynı işi yapacak olan bir üçüncü kişinin işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde göstereceği gerekli özeni göstermesidir³⁴¹. Çünkü genel işlem koşullarıyla ortaya çıkan tehlikeler zayıf konumdaki sözleşme tarafının genel işlem koşullarını okuyamaması, okusa dahi anlayamaması, söz konusu sözleşme hükümlerini kabul edip etmemek yönünde seçim şansının çok düşük olmasıdır. Söz konusu görüşe göre her iki tarafın tacir olması durumunda bu kişilerin eşit durumda olacağı ve ayrıca basiretli olmaları da gerektiği için özel bir korumaya ihtiyaçları da yoktur. Ayrıca TTK ile TBK arasında genel-özel kanun ilişkisi olmadığına dikkat çekilmektedir. Onların durumunun TTK m. 55vd. hükümleriyle çözülmesi gerektiğini, TBK m. 20 vd.'nin uygulanmaması gerektiğini savunmaktadır³⁴².

Ayrıca TTK'nin her iki tarafı tacir olan standart sözleşmeler için kendi düzenlemeleri bulunmaktadır. Ticari sözleşmeler bakımından genel işlem koşulları, TTK m. 54-63'te daha çok haksız rekabet çerçevesinde düzenlenmiştir. Bu hükümler dikkate alındığında TTK'nin düzenlemelerinin ticari hayata uygun olarak kanun koyucunun haksız rekabet olarak düzenlemesi, kendine özgü yaptırım belirlemesi ve hatta kendine özel TBK'den farklı bir zamanaşımı süresi belirlemiş olmasından yola çıkılmaktadır. Kaldı ki ticari standart sözleşmeleri Rekabet Kanunu m. 4/2'de düzenlenmiştir. Bu noktada ticari standart sözleşmeleri için TBK hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilse bile içerik denetimi için daha özel kanun olan TTK'nin farklı yaptırım belirlemiş olmasından dolayı, TTK hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar³⁴³.

TTK kapsamında genel işlem koşullarında haksız rekabet başlığı altında yapılan içerik denetiminin sonucu olarak geçersizlik yaptırımına tabi değildir. Bu durumda hukuk mahkemelerinde dava yolunun yanı sıra ceza hukuku alanında da yaptırım uygulanabilir³⁴⁴. Bu görüşe karşılık TBK hükümlerinin tacirler açısından da uygulanabileceği görüşünü kabul eden yazarlara göre haksız rekabette öncelikli olarak

³⁴¹ Arıkan, **a.g.m.**, ss. 137-139

³⁴² Antalya/Doğancı, **a.g.m.**, ss. 837; Antalya, **a.g.e.**, ss. 409-411; Ceylan, **a.g.m.**, ss. 176

³⁴³ Antalya, **a.g.e.**, ss. 409-411; Nomer, **a.g.e.**, ss. 84

³⁴⁴ Antalya, **a.g.e.**, ss. 407

‘yanıltıcılık’ koşulu aranmaktadır. Ancak genel işlem koşulları bakımından böyle bir durum söz konusu değildir³⁴⁵. Ayrıca TTK hükümleri genel işlem koşulları hakkında uygulanırsa bile sonuç olarak oluşan boşluğa TBK hükümleri uygulanmalıdır³⁴⁶.

Genel işlem koşullarının denetimi hakkındaki hükümlerin tacirler açısından da uygulanmasının yerinde olacağı kanısındayız. Çünkü küçük veya orta ölçekli işletmelerin daha büyük ölçekteki işletme sahipleriyle yapacakları sözleşmeler karşısında da korunma ihtiyaçları bulunmaktadır³⁴⁷. Bu noktada İsveç Hukukunda 1984 tarihinden itibaren küçük veya orta ölçekli işletme sahibi tacirlerin daha büyük ölçekli işletme sahibi tacirlerle yapacakları sözleşmeler için Piyasa Mahkemesine başvuru hakkı bulunmaktadır.³⁴⁸ Bu durum dikkate alındığında genel işlem koşullarının denetiminin somut olayın özelliğine göre istisnai de olsa tacirler arasında uygulanması yerinde olur. Bu konuda TTK m. 1 atfında dikkate alındığında TTK’nin yanında TBK’nin de uygulanması mümkündür.

Bu konuda katıldığımız diğer bir görüşe göre ise; TBK’nin genel bir kanun olması sebebiyle tüm sözleşmeler hakkında uygulanması gerektiğinden yola çıkılarak, tüm genel işlem koşulları için uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Ayrıca bazı ticari işletmelerin küçük olması, bazı ticari işletmelerin daha büyük ve güçlü olması sebebiyle de küçük işletmelerin büyük işletmeler ile yapacağı sözleşmelerde ayrıca korunması gerekmektedir. TTK kapsamında genel işlem koşulları, haksız rekabet başlığı altında düzenlendiği için sadece içerik denetimi yapılmaktadır. Bu durumda önce TBK anlamında denetimin yapılması, ikinci aşamada şartların var olması durumunda TTK’de düzenlenen haksız rekabet hükümlerine başvurulmasının yerinde olacağı kanısındayız.

TBK kapsamındaki genel işlem koşulları hükümlerinin tacirler açısından uygulanabilirliği sorununun yanı sıra ortaya çıkan diğer bir tartışmalı konuda, sözleşmede her iki tarafın kendi genel işlem koşullarına atıf yapmaları durumunda hangisinin geçerli olarak kabul edileceği konusudur. Doktrinde bu sorun ‘battle of the forms’ olarak adlandırılmaktadır³⁴⁹.

³⁴⁵ Atamer, **a.g.m.**, ss. 69

³⁴⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 171; Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 47-48; Atamer, **a.g.e.**, ss. 104-108

³⁴⁷ Atamer, **a.g.e.**, ss. 56-57; Aydoğdu, **a.g.m.**, ss. 30

³⁴⁸ Aydoğdu, **a.g.e.**, ss. 47

³⁴⁹ Antalya, **a.g.e.**, ss. 411-412; Atamer, **a.g.e.**, ss. 115- 120

Bu sorunun nasıl aşılanacağı konusunda ise doktrinde üç ayrı görüş bulunmaktadır. Bunlar³⁵⁰;

- Son söz teorisi,
- Düzenleyici kuralların uygulanması gerektiğini öne süren görüş,
- Sözleşmenin konusu olan edimi yerine getirecek olan tarafın genel işlem koşullarının kabul edilmesini öne süren görüş.

Son söz teorisi, Almanya’da kabul görmüştür. Son söz teorisine göre görüşmeler aşamasında son kez kendi genel işlem koşullarına atıf yapan tarafın genel işlem koşulları kabul edilir³⁵¹. Bu görüşün ortaya çıkmasının sebebi; BGB § 150/2 ‘‘Uzatma, kısıtlama veya diğer değişiklikler içeren bir kabul, yeni bir başvuruyla birlikte bir ret olarak sayılır.’’ hükmüne dayanmaktadır³⁵². Bu hükme göre taraflardan biri son kez kendi genel işlem koşuluna atıf yaptığı zaman bu icaba anında ret cevabı verilmezse geçerli olarak kabul edilir³⁵³.

Bu görüşe karşı her iki tarafın genel işlem koşullarının uygulanmaması ve oluşan boşlukların genel ilkeler ile doldurulması gerektiği yönünde bir görüş ortaya çıkmıştır³⁵⁴. Öncelikle burada uygulanmayacak olan genel işlem koşulları, birbirleriyle çatışan hükümler olup birbirine uygun koşullar varlıklarının devam ettirmektedir. Birbirleriyle çatışan genel işlem koşullarının uygulanmamasıyla oluşan boşluk sırayla emredici hukuk kurallarıyla ve tamamlayıcı hukuk kurallarıyla tamamlanır. Eğer bu yönde bir kanun hükmü bulunmuyorsa ya da söz konusu tamamlayıcı hükümler somut olayın özelliklerine uymuyorsa, tarafların iradeleri dikkate alınarak yapılacak yorumla oluşan boşluk doldurulmaya çalışılır³⁵⁵.

Bu konudaki farklı bir görüşe göre de sözleşme konusu edimi yerine getirecek olan tarafa ait genel işlem koşullarının uygulanmasıdır. Bu durumda da son söz teorisinin tersi olarak ilk icapta bulunan tarafa üstünlük tanındığı için menfaatler dengesi yine sağlanamamaktadır³⁵⁶.

³⁵⁰ Bağrıaçık, **a.g.m.** ss. 158-159; Son söz ve düzenleyici kuralların uygulanmasından oluşan ikili ayırım için bkz. Antalya, **a.g.e.**, ss. 412

³⁵¹ Atamer, **a.g.e.**, ss. 116

³⁵² Çeviri için bkz., www.gesetze-im-internet.de/bgb

³⁵³ Atamer, **a.g.e.**, ss. 116; Antalya, **a.g.e.**, ss. 410

³⁵⁴ Antalya, **a.g.e.**, ss. 412; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 228-229

³⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 228; Antalya, **a.g.e.**, ss. 412; Atamer, **a.g.e.**, ss. 117-120

³⁵⁶ Atamer, **a.g.e.**, ss. 117, dn. 178

TTK kapsamındaki bu sorunların yanı sıra TKHK haksız şartları ile TBK m. 25 anlamında içerik denetimi de çakışmaktadır. Bu sebeple tüketiciler açısından TBK m. 25'in uygulanabilirliği sorunu bulunmaktadır. Bu kapsamda tüketici sözleşmesi niteliği taşıyan genel işlem koşulları açısından içerik denetimi ilk olarak 5 Nisan 1993 tarihli 93/13 Sayılı Avrupa Direktifleri ile düzenlenmiştir. Bu direktifler dikkate alınarak TKHK ve bu kanunla bağlantılı olarak Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır³⁵⁷.

TKHK'de tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Tüketici işlemi ise; TKHK m. 1/1'de mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere, ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden ya da onların adına veya hesabına hareket eden gerçek ya da tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemler olarak tanımlanmıştır. Tüketici işlemi olarak nitelendirilen hukuki işlemler için genel işlem koşulları, TKHK bakımından haksız şartlar başlığı altında TKHK m. 5'de düzenlenmiştir. Tüketici hukuku bakımından da bu denetim haksız şartlar başlığı altında düzenlemiştir. TKHK m. 5'de " Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır." şeklinde tanımlanmıştır. TKHK m. 5 kapsamındaki haksız şartın gerçekleşmesi durumunda içerik denetimi söz konusu olmaktadır. Bu noktada söz konusu sözleşme hükmü kesin hükümsüz olarak kabul edilir³⁵⁸. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğe göre dürüstlük kuralına aykırılık ve tüketici aleyhine dengesizlik şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir³⁵⁹.

TKHK m. 5'e göre önceden sözleşmede kullanım için hazırlanmış ve tüketici sözleşmenin içeriğine herhangi bir müdahalede bulunamadıysa, o sözleşme koşulunun

³⁵⁷Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 240; Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi**, ss. 173-175

³⁵⁸Antalya, **a.g.e.**, ss. 413

³⁵⁹Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik m. 5:"Tüketici ile kurulan sözleşmelerde yer alan bir şartın haksız şart olarak kabul edilebilmesi için; a) Tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilmesi, b) Tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması, unsurlarının bir arada bulunması gerekir."

tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Müzakere etme teriminden anlaşılması gereken; genel işlem koşullarını tek başına hazırlayan tarafın, sosyal ve ekonomik olarak zayıf konumda olan tarafın görüş ve teklifleri çerçevesinde genel işlem koşullarında değişiklik yapmaya hazır olması ve müzakere etmeye hazır olduğunu karşı tarafın anlayabileceği şekilde ve karşı tarafın değişiklik yapabilme imkanını fiilen tanıyarak yapmalıdır³⁶⁰. Ayrıca söz konusu sözleşmede haksız şartın var olup olmadığı hususunda sözleşmenin tamamı dikkate alınmalıdır. Nitekim sözleşme hükmü ile bozulan denge, sözleşmenin başka bir hükmü ile giderilmiş olabilir. Eğer böyle bir durum söz konusu ise genel işlem koşullarının denetiminin uygulanmasına gerek kalmamaktadır ve söz konusu menfaatler arasındaki dengesizlik durumun sözleşmenin kendi içeriği dahilinde giderilmiş olur³⁶¹.

TKHK m. 4’de tüketici sözleşmelerinin yazı büyüklüğünün en az on iki punto olması, anlaşılabilir bir dilde, açık ve sade, okunabilir bir şekilde düzenlenmesi ve bunların bir örneğinin kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi belirtilmiştir. Böylece tüketiciler için okuma zorluğu yaratacak ve anlaşılmaz şekilde yazılmış sözleşme koşullarının önüne geçilmesi sağlanmıştır. Dikkat edilirse bu yazım şartı sadece genel işlem koşullarını içeren sözleşmeler için değil, TKHK kapsamındaki tüm sözleşmeler için geçerlidir. TBK’de bu yönde bir kural bulunmadığı için TKHK kapsamı dışındaki durumlarda bu kural uygulama alanı bulamayacaktır³⁶².

Bu şekilde haksız şartlar kapsamında düzenlemiş olan tüketici sözleşmeleri niteliğinde olan bireysel sözleşmelerin TKHK m. 5 çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu akla gelebilir. Bu kapsamda ‘haksız şartlar hükümleri’ teriminden sadece genel işlem koşullarının geçerli olduğunu kabul ederek bireysel sözleşmeleri kapsam dışında bırakmak TKHK’nin amacına aykırılık teşkil etmektedir³⁶³. TKHK’nin amacı tüketicinin korunması olduğu için, haksız şartı içeren sözleşme bireysel sözleşme niteliğinde olsa bile TKHK m. 5 kapsamında kabul edilmelidir. Bu noktada TKHK m. 5 ‘de önceden hazırlanma ya da birden fazla

³⁶⁰Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 243; Atamer, **a.g.e.**, ss. 74; Genel işlem koşullarının müzakere zorunluluğu bulunduğu ve uyumsuzluk durumunda müzakerenin gerçekleştirilmediğinin karine olarak kabul edilmesi hakkında bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 177-179

³⁶¹ Baş, **a.g.m.**, ss. 290; Antalya, **a.g.e.**, ss. 433

³⁶² Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi**, ss. 95

³⁶³Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 240-243; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 178

sözleşmede kullanma koşulunu aramamaktadır. TKHK m. 5'in aradığı koşul müzakere edilmeden sözleşme hükmü olmuş olmasıdır. Bu sebeple tüketici sözleşmesi niteliği taşıyan yani taraflardan birinin müşteri olduğu tüm sözleşmelere uygulanılır. Bu anlamda TKHK m. 5 ile TBK anlamındaki genel işlem koşulları hükümlerinden daha geniş bir koruma sağlanmaktadır³⁶⁴.

Ayrıca TKHK m. 5'in uygulanması ispat külfeti açısından da önemlidir. Şöyle ki TKHK m. 5 kapsamında haksız bir şartın bulunması durumunda, bu şartın müzakere edilerek kabul edildiğinin ispatı sözleşmeyi hazırlayan taraftadır³⁶⁵. Ayrıca bir haksız şart, standart sözleşme içerisinde yer alıyorsa, bu hükümler kanunen müzakere edilmemiş olarak kabul edilmelidir³⁶⁶. Aksinin kabulü tüketicinin ispatlaması zor bir durumla karşılaşmasına sebebiyet vermektedir. Aynı görüşte olan Antalya'ya göre de TKHK kapsamında haksız şart olması için genel işlem koşulunun unsurlarından olan "ileri de çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla" hazırlanmış olma şartı aranmamaktadır. Yani söz konusu amacı taşımasa bile tek taraflı olarak hazırlanmış ise, TKHK kapsamında haksız şart hükmü uygulama alanı bulur³⁶⁷. Bir başka görüşte; "özel hüküm, genel hükümden önce uygulanılır" ilkesinden yola çıkarak öncelikle TKHK'nin uygulanması gerektiğini savunmaktadır³⁶⁸. Ancak bizim düşüncemize göre de TKHK haksız şartlar başlığı altında içerik denetimini düzenlediği için, TBK ve TKHK'nin birlikte uygulanması daha doğru olur. Bu noktada tüketici sözleşmelerinin de bir sözleşme olduğu gerçeği göz önünde bulundurularak, TBK kapsamında genel

³⁶⁴ Antalya, **a.g.e.**, ss. 407-409; Eren, **a.g.e.**, ss. 225; "Haksız şartlar" terimi ile içerik denetimi olarak "haksız genel işlem koşulları" ile aynı anlama geldiği, bu konuda da TBK ve TKHK arasında terim birliğinin sağlanmasının yerinde olacağı hakkında bkz.; Aydoğdu, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı**, ss. 589; Ramazan Aydın, "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK M. 5)", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1, 2016, ss. 104

³⁶⁵ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 240-245; Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi**, ss. 176

³⁶⁶ TKHK m. 5/3:" Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez."

³⁶⁷ Antalya, **a.g.e.**, ss. 407-408; Öncelikle TKHK'nin uygulanması gerektiği eğer sözleşmede boşluk bulunursa özel-genel kanun ilişkisi bulunduğundan TBK hükümleriyle doldurulabilmesi hakkında bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, ss. 170

³⁶⁸ Yelmen, **a.g.e.**, ss. 70; Uzunallı, **a.g.m.**, ss. 402; Ersöz, **a.g.m.**, ss. 80

işlem koşulu şartlarını taşıyan tüketici sözleşmeleri için öncelikle TBK’de yer alan denetim aşamaları uygulanmalıdır.

Bu noktada her iki kanunun aradığı şartların gerçekleşmesi durumunda aynı somut olaya uygulanması mümkündür. Bu açıdan bakıldığında her iki kanunun ortak amacının, sosyal adaletin bir getirisi olan zayıf tarafın korunması amacının gerçekleştirilmesi olduğu görülmektedir³⁶⁹.

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ise tüketici sözleşmelerindeki haksız şartları sadece tüketicinin sözleşmeye etki edip etmeme ve dürüstlük kuralına aykırı olarak tüketicinin haklarının ihlal edilmesi koşullarını birlikte aramaktadır³⁷⁰. Tüketicinin sözleşmeye müdahale ettiğinin ispat yükü de bunu iddia eden tarafa aittir. Bu yönetmelikte nelerin haksız şart olarak değerlendirilmesi gerektiği örnekleyici olarak ek-1’de sayılmıştır. Bunlardan bir kısmı şunlardır³⁷¹:

- ‘‘Sözleşmeyi düzenleyen, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini tamamen veya kısmen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin herhangi bir alacağını sözleşmeyi düzenleyene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil, sözleşmeyi düzenleyene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar,

- Sözleşmeyi düzenleyen, sadece kendisi tarafından belirlenen koşullarda edimini ifa edeceği, buna karşılık tüketicinin her halde ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar,

- Tüketicinin sözleşmeyi kurmaktan veya ifa etmekten vazgeçmesi hallerinde sözleşmeyi düzenleyene tüketicinin kendisine ödediği bedeli muhafaza etme hakkı tanıyan, ancak sözleşmeyi düzenleyen aynı türden davranışları için tüketiciye benzer bir tazminat hakkı tanımayan şartlar,

- Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketicinin, orantısız biçimde yüksek bir tazminat ödemesini gerektiren şartlar,

- Sözleşmeyi düzenleyene, sözleşmeyi keyfi bir şekilde feshetme hakkı tanıyan ancak tüketiciye aynı hakkı vermeyen şartlar ile sözleşmeyi düzenleyen fesih

³⁶⁹ Antalya, **a.g.e.**, ss. 408

³⁷⁰ MADDE 5 – (1) Tüketici ile kurulan sözleşmelerde yer alan bir şartın haksız şart olarak kabul edilebilmesi için; a) Tüketicikle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilmesi, b) Tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması, unsurlarının bir arada bulunması gerekir.

³⁷¹ Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Ek-1

hakkını kullanmasına rağmen, henüz ifa etmediği edimler karşılığında almış olduklarını muhafaza etme hakkı veren şartlar

- Sözleşmeyi düzenleyene, haklı sebeplerin var olduğu durumlar hariç olmak üzere, belirsiz süreli bir sözleşmeyi makul bir bildirimde bulunmaksızın ve süre tanımaksızın feshetme hakkı tanıyan şartlar...’’

Bu şartların ortak olarak dikkat çekici özellikleri ise tek taraflı olarak tüketicinin yükümlülüklerini arttırdığı, buna karşın sözleşmeyi hazırlayan tarafın ise yükümlülüklerini aynı oranda artırmamakla birlikte aksine daha da hafifletmekte olduğudur. Hatta bu hükümlerle zaten güçlü olan taraf kendisini daha da güçlü kılmaktadır.

Sonuç olarak, genel işlem koşullarını içeren bir tüketici sözleşmesinde TBK ve TKHK hükümleri birlikte değerlendirilmelidir. Öncelikle TKHK ile düzenlenmeyen yürürlük ve yorum denetimi açısından TBK hükümlerine başvurulmalıdır. Bu nokta da şaşırtıcı koşullar ve değiştirme yasağına tabi genel işlem koşulları da öncelikli olarak dikkate alınmalıdır. İçerik denetimi noktasında ise tüketiciye daha fazla koruma sağlayan TKHK haksız şartlar hükümleri uygulanmalıdır. Somut olayın özelliğine göre TKHK'nin yeterli olmadığı noktalarda TBK m. 25'e başvurulmalıdır.

c. İçerik Denetiminin Yaptırımı

TBK m. 25 içerik denetimini düzenlemiş ancak bu konudaki yaptırımın ne olacağından bahsetmemiştir. Sadece TBK m. 25'in gerekçesinde içerik denetimi sonucunda TBK m. 27'in uygulanacağına değinmiştir³⁷². Ancak bunun dışında bir yaptırımdan bahsedilmemiştir. Bu hükmün örnek alındığı BGB 307/1 'de yaptırım 'kesin hükümsüzlük' olarak belirlenmiştir³⁷³. Ayrıca TKHK m. 5/2'de sözleşmede yer alan hükümlerin kesin olarak hükümsüz olacağı belirtilmiştir³⁷⁴. Tüm bu hükümler

³⁷² TBK m. 25 gerekçesi: '... Bu tür hükümlerin yaptırımı, tasarımın 27. Maddesinin ikinci fıkrası birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük olacaktır. Başka bir ifadeyle burada, aynı fıkranın ikinci cümlesinin uygulanması söz konusu değildir. Bu sebeple, sözleşmenin kapsamında dahil edilen hükümlerden genel işlem koşullarına konulması yasak olanlar dışındakiler, geçerliliklerini koruyacaklardır.'

³⁷³ Eren, **a.g.e.**, ss. 234-235

³⁷⁴ TKHK m. 5/2: 'Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.'

dikkate alındığında içerik denetimine aykırılık durumunda uygulanacak olan yaptırımın ‘‘kesin hükümsüzlük’’ olması gerektiğini kabul edebiliriz³⁷⁵.

TBK m. 27 bakımından kısmi geçersizliğin objektif ve sübjektif olmak üzere iki şartı bulunmaktadır. Objektif şart sözleşmenin bir kısmının geçersiz olmasıyken; sübjektif unsur, tarafların sözleşmenin geçersiz olan kısmı olmasaydı, sözleşmeyi hiç yapmayacakları iddiası ile sözleşmenin tamamen geçersiz sayılmasıdır³⁷⁶. Bu kapsamda genel işlem koşulları bakımından objektif unsurun uygulanması mümkündür. Ancak TBK m.25 hükmünün gerekçesine göre, TBK m. 27/2 fıkrasının yani ‘‘kısmi geçersizliğin sübjektif şartının içerik denetimi için kabul edilemeyeceği’’ belirtilmiştir. Ancak bu derecede önemli bir husus kanun hükmünde düzenlenmeliydi³⁷⁷.

TBK’den önceki dönemde içerik denetimi ile ilgili bir düzenleme bulunmadığı için bahsetmiş olduğumuz bu sonuca ‘‘amaca uygun yorum’’ ile ulaşılıyordu³⁷⁸. Şöyle ki; BK m. 20’nin uygulama alanının çok geniş olması ve bu hükmün genel işlem koşulları bakımından uygulandığı zaman menfaatler arası dengesizliğe sebep olması nedeni ile burada bir ‘‘örtülü boşluk’’ söz konusu olmaktadır. Örtülü boşluk, kanunda somut olaya uygulanabilecek bir kanun hükmü olmasına rağmen, kanun hükmünün amacı dikkate alındığında somut olaya uygun düşmemesini ifade eder³⁷⁹. Bu durumda da amaca uygun yorum ile söz konusu kanun hükmü amacına uygun olarak dar bir şekilde yorumlanır³⁸⁰.

TBK dönemine gelindiği zaman, içerik denetimi hakkında düzenleme bulunduğu için yukarıda bahsetmiş olduğumuz amaca uygun yoruma gerek duymadan TBK m. 27’nin sübjektif unsuru uygulanmamaktadır. Çünkü bu durum TBK m. 25’in gerekçesinde açıkça belirtilmiştir. Ancak söz konusu gerekçede sadece TBK m. 27/2’nin içerik denetimi için uygulanamayacağı düzenlenmiştir. Bu durumda söz konusu bu hüküm sözleşmenin her iki tarafı içinde geçerli mi olmalı yoksa sosyal ve ekonomik olarak zayıf olan tarafın bu hakkı saklı mı kalmalı sorunu ortaya

³⁷⁵ Eren, **a.g.e.**, ss. 234; Antalya, **a.g.e.**, ss. 441; Akbulut, **a.g.e.**, ss. 398; A. Öcal, **a.g.m.**, ss. 197; Atamer, **a.g.m.**, ss. 61-63; Reisoğlu, **a.g.m.**, ss. 116-117

³⁷⁶ Atamer, **a.g.e.**, ss. 222

³⁷⁷ Yelmen, **a.g.e.**, ss. 157-158

³⁷⁸ Atamer, **a.g.e.**, ss. 224, dn. 448

³⁷⁹ Akbulut, **a.g.e.**, ss. 84

³⁸⁰ Amaca uygun yorum (Teleolojik Redüksiyon) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Akbulut, **a.g.e.**, ss. 79-120

çıkılmaktadır. Bu sorun hem amaca uygun yorum hem de TKHK m. 5/2 haksız şartlar düzenlemesi dikkate alınarak çözümlenmelidir. TKHK m. 5/2'e göre sözleşmeyi düzenleyen, "kesin olarak hükümsüz sayılan genel işlem koşulları olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu" ileri süremez. Ayrıca amaca uygun yorum ile de sözleşmeye hiçbir müdahalesi bulunamayan tüketicinin ya da sosyal ve ekonomik olarak zayıf konumda bulunan tarafın, "geçersiz olan kısım olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak olduğu" iddiasını ileri sürebilir³⁸¹.

Sonuç olarak; içerik denetimi sonucunda kısmi geçersizlik yaptırımının uygulanmasıyla birlikte sözleşmede oluşan boşluğun tamamlanması gerekmektedir. Bu durumda öncelikle belirtmek isteriz ki geçersizlik yaptırımı her zaman boşluk oluşturmaz ve doldurulması gerekmemektedir. Örneğin satıcıya hiçbir sebep göstermeden sözleşmeden dönme imkânı tanıyan genel işlem koşulunun geçersizliğine hükmedilmesi durumunda, sözleşmede taraf menfaatlerini etkileyecek bir durum olmadığı için herhangi bir boşluktan bahsedemeyiz³⁸². Ancak kısmi hükümsüzlük yaptırımı sonucunda sözleşmede boşluk oluşması durumunda oluşan bu boşluk çoğu zaman hâkim tarafından tamamlayıcı hukuk kurallarıyla tamamlanır. Ancak oluşan boşluk doldurulurken taraf menfaatleri dikkate alınmalı ve bozulan denge sözleşmeye uygun olacak şekilde düzenlenmelidir. Bu sebeple batıl olan hükme yakın bir hükümle doldurulmalıdır³⁸³.

³⁸¹Eren, **a.g.e.**, ss. 236; Nomer, **a.g.e.**, ss. 87; Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi**, ss. 198; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, ss. 251; Akbulut, **a.g.e.**, ss. 400; Ünal/Köroğlu, **a.g.m.**, ss. 533-534

³⁸² Atamer, **a.g.e.**, ss. 227

³⁸³ Atamer, **a.g.e.**, ss. 228-229

IV. SONUÇ

Hemen hemen insanlık tarihiyle birlikte var olmaya başlayan sözleşmeler, zaman içerisinde birçok farklı nitelik ve şekillere sahip olarak gelişse de temelde; sözleşme, taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını açıklamaları sonucunda sözleşmeye konu edimleri ifa etmeleridir.

Bir sözleşmenin konusunu oluşturan edimler, asli edimler ve yan edimlerdir. Taraflar, söz konusu bu edimleri istisnai durumlar hariç olmak üzere özgürce belirleyebilirler. Temel hak ve özgürlüklerden biri olan sözleşme özgürlüğü, Anayasa'da güvence altına alınarak tarafların istedikleri kişilerle, istedikleri konuda sözleşme yapmalarını sağlamıştır. Sözleşme özgürlüğü sonucunda taraflar, kendi özgür iradeleriyle sözleşme içeriklerini belirleyebilirler. Bu noktada devletin, sözleşme içeriğine belli sınırlar dışında müdahalesi söz konusu olmamaktadır.

Ancak tarihsel süreç içerisinde özellikle Sanayi Devrimi ve sonrasında üretimin artması, sözleşme yapıma sayısının artmasına sebep olmuştur. Hatta günümüzde dünyanın daha global bir hal almasıyla birlikte uluslararası sözleşmelerin, teknolojik gelişmeler doğrultusunda online veya farklı iletişim yolları kullanılarak yapılması da sözleşmelerin daha hızlı bir şekilde kurulma ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Bu kapsamda taraflar asli edimler konusunda anlaşdıktan sonraki aşamada sözleşmenin yan edimlerini tek tek konuşup görüşmemektedirler.

Tüm bu tarihsel süreç sonucunda genel işlem koşulları ortaya çıkmış ve bir sözleşmenin yan edimlerinin tek taraflı olarak önceden belirlenerek sözleşmenin karşı tarafına sunulan sözleşme hükümlerini ortaya çıkarmıştır. Genel işlem koşulları ile sadece yan unsurların düzenlenebilmesinin yanı sıra, sözleşmenin esaslı unsurlarının da düzenlenebileceği noktasında doktrinde bir fikir birliği bulunmamaktadır. Ancak tarafların sözleşmede esaslı unsurları görüşmemesi ve bu konuda karar vermemeleri, sözleşmenin kurulmasına engel bir durum teşkil eder. Sözleşmenin esaslı unsurlarının taraflarca anlaşılammış olunması da bir sözleşmenin kurucu unsurunda eksiklik teşkil eder. Bu durumda da söz konusu sözleşme yok hükmünde olur. Genel işlem koşulları ise zamandan tasarruf edilmesi için önceden tek taraflı olarak hazırlanmış, tek tek

görülmeyen sözleşme koşulları karşı tarafa sunulur. Bu şekildeki bir durumun sözleşmenin esaslı unsurları için kabul edilmemesi gerekir.

Genel işlem koşullarının çoğu uzun olması sebebiyle okunamamakta, okunsa dahi lafzı sebeplerle anlaşılmamaktadır. Öncelikle bir sözleşmede genel işlem koşulundan bahsedebilmemiz için bazı unsurların bulunması gerekmektedir. Bu unsurları şu şekilde sıralayabiliriz;

- Önceden tek taraflı olarak hazırlanmış matbu sözleşmeler olması,
- Aynı nitelikte birden fazla sözleşmede kullanılmak amacıyla belirlenmesi,
- Sözleşmenin diğer tarafının bu hükümlere müdahil olmaması ve bilgilendirilmemesidir.

Genel işlem koşullarının en önemli unsuru; ileride yapılması planlanan sözleşmelerde kullanmak için soyut olarak önceden tek taraflı olarak hazırlanmasıdır. Burada söz konusu koşulların kaç kere kullanıldığına bir önemi yoktur. Önemli olan birden fazla sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanmış olmasıdır. Bu noktada diğer unsurların da bulunması durumunda tek bir sözleşmede dahi kullanılsa artık genel işlem koşulları niteliğini kazanmış olur.

Ayrıca söz konusu koşulların bizzat genel işlem koşullarını kullanacak tarafça hazırlanması da zorunlu değildir. Bizzat kendisi hazırlayabileceği gibi yardım alarak da hazırlayabilir ya da tamamen üçüncü kişilerce hazırlanan matbu koşulları da kullanabilir. Bu noktada önemli olan; sözleşmenin karşı konumunda bulunan sosyal ve ekonomik olarak zayıf durumdaki tarafın, söz konusu koşulların hazırlanmasında hiçbir söz hakkının olmaması ve sözleşmeye müdahil olamamasıdır. Ancak her matbu olarak hazırlanmış sözleşme metinlerinin kullanılması genel işlem koşullarının sözleşmede var olduğu anlamına gelmemektedir. Şöyle ki; noterlerde ya da hukuk bürolarında hazır bulunan sözleşmeler iki tarafın rızasıyla kullanıldığı için genel işlem koşulları olarak nitelendirilemez. Bu durumda taraflar karşılıklı irade uyuşmasıyla hazır bir sözleşme metni üzerinde anlaşmaya varmaktadır. Böyle durumlarda taraflardan birinin sözleşmeye müdahil olmadığını kabul etmek dürüstlük kuralına uygun olmamaktadır.

Genel işlem koşulları açısından asıl tehlikeli olan konu; sosyal ve ekonomik olarak zayıf konumda olan kişinin ya mecburen hakkında hiçbir bilgisi bulunmadığı halde sözleşmeyi imzalamak zorunda kalması ya da sözleşmenin hiç yapılmaması

durumuyla karşı karşıya kalmasıdır. Bu durumun önüne geçilmesi amacıyla sözleşmede kullanılacak olan genel işlem koşulları hakkında karşı tarafın bilgilendirilmesi gerekmektedir. Her ne kadar uygulamada bu şekilde olmasa da sözleşmedeki genel işlem koşulları hakkında bilgi sahibi olunması durumunda, artık genel işlem koşulları bireysel sözleşme hükümleri niteliği kazanacaktır. Böylece karşı tarafında bilgisi dahilinde olan genel işlem koşulları için, tarafların birbirine uygun irade beyanları koşulu sağlanmış olacaktır. Bu aşamada aradığımız bilgilendirme karşı tarafın tek tek genel işlem koşulları hakkında aydınlatılması değildir. Bu şekilde bir aydınlatma uygulamada çok zordur. Genel işlem koşulları hakkında bilgilendirmeden kastettiğimiz sözleşmenin genel işlem koşullarıyla birlikte kurulduğunun bilgisinin karşı tarafa verilmesi ve karşı tarafa genel işlem koşullarının öğrenilmesi imkânın tanınmasıdır.

Uygulamada daha çok söz konusu sözleşmelerin altına karşı tarafa hiçbir aydınlatma yapılmadan ‘‘okudum, anladım’’ şeklinde beyanlar yazdırılıp imzalatılarak söz konusu bilgilendirme şartının gerçekleştiği izlenimi yaratılmaya çalışılmaktadır. Böylece genel işlem koşullarına sözleşme hükümleri niteliğinin kazandırılması, yani ilişkilendirilme anlaşmasının koşulları sağlanmaya çalışılmıştır. İlişkilendirme anlaşması, önceden soyut bir şekilde hazırlanan genel işlem koşullarının somut nitelik kazandırılarak birer sözleşme hükmü niteliği kazanmasını sağlayan bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Bu noktada ilişkilendirme anlaşması, asıl sözleşmenin altında yer alan ve genel işlem koşullarının kullanılmasına izin veren bir alt anlaşma gibi düşünülebilir.

Ancak her ne kadar genel işlem koşulları için ilişkilendirme anlaşmasının varlığı aransa da uygulamada bu kısım atlanılmakta ve genel işlem koşulları içerikleri sebebiyle ağır mağduriyetlere sebebiyet vermektedir. Bu sebeple de genel işlem koşullarının denetlenmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. TBK'den önceki dönemlerde genel işlem koşullarının yarattığı mağduriyet, yargı kararlarıyla dürüstlük kuralı, BK m. 19 (TBK m. 27) gibi hükümlerle giderilmeye çalışılmıştır. Bunun yanı sıra TKHK, TTK ya da sigorta hukuku gibi alanlarda sadece o alanlarla sınırlı kalacak şekilde genel işlem koşullarının denetlenmesi düzenlenmiştir. Ancak bu hukuki düzenlemelerin veya yargı organların kararları genel işlem koşullarının denetimi için yeterli olamamıştır. Bu sebeple de TBK ile birlikte temelde üç aşamalı olan bir denetim sistemi öngörülmüştür.

Bu kapsamda öncelikle TBK ile genel işlem koşulları hakkında getirilen denetimler bakımından artık ‘okudum, anladım’ şeklindeki ibareler ya da karşı taraftan bilgilendirildiği konusunda alınan yazılı imzalı beyanlar genel işlem koşullarının denetimine engel olmamaktadır. Bu durum TBK m. 20/3’te ‘Tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtların tek başına genel işlem koşullarının sözleşme ile ilişkilendirilerek bireysel sözleşme hükmü kazanmasına yeterli olmadığı’ açıkça düzenlenmiştir.

TBK’de düzenlenen genel işlem koşullarının ilk basamağı yürürlük denetimidir. Yürürlük denetimi ile ilişkilendirilme anlaşmasının varlığı incelenmektedir. Yani sözleşmenin yan unsurlarının düzenlendiği genel işlem koşullarının sözleşmede yer aldığı hakkında karşı tarafa bilgi verilmesi ve bu koşulların karşı tarafça öğrenilmesi imkânı tanınması ile esaslı unsurların yer aldığı bireysel sözleşme ile ilişkilendirilmesinin varlığı incelenir. Bu noktada önemli olan, söz konusu genel işlem koşullarının zayıf konumdaki karşı tarafın bilgisi dahilinde olup olmadığıdır.

Doktrinde yürürlük denetiminin düzenlendiği TBK m. 21’deki ‘karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları’ ibaresi haklı olarak eleştirilmektedir. Eleştirinin temel sebebi; ‘menfaate aykırılık’ unsurunun incelenebilmesi için, söz konusu genel işlem koşulunun yürürlük ve yorum denetimleri aşamalarını geçerek içerik denetimi aşamasına gelmiş olması gerekliliğidir. Yani bir genel işlem koşulunun menfaate uygunluğunun denetlenmesi, genel işlem koşulunun içeriğine girilmesini gerektirmektedir. Bu sebeple yürürlük denetimi daha sade ve net bir şekilde ele alınmalıdır. Yürürlük denetimi aşamasında sadece bilgilendirmenin, yani ilişkilendirme anlaşmasının var olup olmadığı incelenmelidir. Eğer aydınlatma bulunmuyorsa ilişkilendirme anlaşması bakımından karşılıklı irade uyuşması bulunmamaktadır. Bu durumda ilişkilendirme anlaşmasının yok hükmünde olması ve genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olmaması sonucunu doğurmaktadır. Bu anlamda yazılmamış sayılma yaptırımını genel işlem koşullarının tek tek incelenerek ayrı ayrı yaptırıma tabi olması TBK m. 21’in düzenlemesine uygun olmakla birlikte; içerik denetimine daha uygun bir yaptırım türü olduğunu düşünmekteyim. TBK m. 21 hükümde anlatılmak istenen; karşı tarafın lehine olan genel işlem koşullarının, bilgilendirme olmasa dahi artık bireysel sözleşme niteliği kazanması olarak yorumlanabilir. Ancak yine de bu durum yürürlük denetimi aşamasında hükümlerin içeriklerinin denetlendiği ve iş yükünü arttırdığı gerçeğini değiştirmemektedir.

Ayrıca TBK m. 21/2’de sözleşmenin içeriğine aykırı olan şaşırtıcı genel işlem koşulları içinde yazılmamış sayılma yaptırımını uygulanacağı düzenlenmiştir. Şaşırtıcı genel işlem koşulları; sözleşme ile ilgisi bulunmayan, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine uygun olmayan koşullardır. Ayrıca bir genel işlem koşullu sözleşmenin ilgisiz bir başlığı altında düzenlenmiş olan genel işlem koşulları da şaşırtıcı genel işlem koşulları olarak nitelendirilmektedir. Bu noktada şaşırtıcı genel işlem koşullarının denetimi de aslen içerik denetimini gerektirdiği için, yürürlük denetimi başlığı altında düzenlenmesi de sistematik olarak uygun bulunmamaktadır.

Şaşırtıcı genel işlem koşulları hakkında karşı tarafa bilgi verilmiş olsa dahi, yazılmamış sayılacağı TBK m. 21 gerekçesinde ifade edilmiştir. Kanun koyucunun şaşırtıcı genel işlem koşullarına, içerik denetimi aşamasında yapılan genel denetimden daha fazla dikkat çekmiş, bu konuda sosyal ve ekonomik olarak zayıf konumda olanı daha fazla korumaya çalışmıştır. Bu kapsamda içerik denetiminden farklı olarak; kısmi hükümsüzlükten daha ağır bir yaptırım olan yazılmamış sayılmaya tabi tutmak amacıyla yürürlük denetimi aşamasında düzenlendiği düşünülebilir. Ancak bunun yerine şaşırtıcı genel işlem koşullarının ayrı bir hükümde düzenlenmesinin daha doğru olacağı düşünülmektedir.

Kanun koyucu yürürlük denetimini geçemeyen genel işlem koşulu için yaptırım olarak ‘‘yazılmamış sayılma’’ yaptırımını tercih etmiştir. Ancak yazılmamış sayılma ile anlaşılması gerekenin yani yazılmamış sayılmanın hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda doktrinde bir tartışma mevcuttur. Şöyle ki bazı yazarlar yazılmamış sayılma ile anlaşılması gerekenin kısmi yokluk olması gerektiğine dikkat çekerken; bazı yazarlar ise kısmi butlan olduğunu savunmaktadır. Çoğunluğun savunduğu bu iki görüş dışında bir de yazılmamış sayılmanın kendine özgü bir yaptırım türü olduğunu savunan esnek hükümsüzlük görüşü bulunmaktadır.

Yazılmamış sayılma, TBK’nin yanı sıra TTK’de uygulanan bir yaptırım türüdür. Özellikle kıymetli evrak hukukunda kambiyo senetlerine yazılan bazı ibarelerin yazılmamış sayılması düzenlenmiş olup, kambiyo senetlerinin geçerliliğini sürdürmesi sağlanmıştır. Buradan ve ‘‘yazılmamış’’ ibaresinin kelime anlamından yola çıkacak olursak, aslında karşı tarafın bilgisi dışında olan genel işlem koşulları hiç var olmamış gibi kabul edilerek, söz konusu hükümler dışındaki hükümlerle sözleşme ayakta tutulmaktadır. Yürürlük denetimi aşamasında yapılan inceleme taraflar arasında kurulacak olan sözleşmenin genel işlem koşullarıyla kurulması amacıyla

ilişkilendirme anlaşmasının varlığı incelenmektedir Bir kişi bilgisi dahilinde olmayan bir hükmü kabul etmiş sayılamaz. Bu noktada da ilişkilendirme anlaşması bakımında kurucu unsurlarda eksiklik bulunmaktadır. Kurucu unsurlardaki eksiklik durumunda sözleşmenin yokluğu söz konusu olmaktadır. Genel işlem koşullarının amacı açısından bakıldığında burada aslında bir kısmi yokluk olduğu açıktır. Bu durumda sözleşmede kurucu unsurların eksikliği sonucunu doğurmakta ve söz konusu genel işlem koşullarının yokluğuna sebebiyet vermektedir. Bu kapsamda yazılmamış sayılma yaptırımını sonucunda oluşan boşluğa da yukarıda açıkladığımız üzere önce tamamlayıcı hukuk kurallarına başvurulmalı, bunun yeterli olmaması durumunda somut olayın özelliğine göre taraf iradelerine göre boşluk doldurulmalıdır.

Yürürlük denetiminden sonra ikinci aşamada yapılan denetim aşaması ise yorum denetimidir. Bu denetim aşamasında; yürürlük denetinden geçen ve sözleşme ile ilişkilendirilen genel işlem koşullarından, anlam olarak açık olmayan ve anlaşılmayanlar için yapılan bir denetimdir. Bu tür açık olmayan genel işlem koşulları, sözleşmeyi hazırlayanın aleyhine sözleşme karşı tarafının lehine olarak yorumlanır.

Açık ve anlaşılır olma kavramları, aslında saydamlık kuralının bir gereğidir. Bu noktada açık ve anlaşılır olma kavramları farklı anlamlar taşımalarına rağmen birbirlerini tamamlayan kavramlardır. Açık olma ile kastedilen, sözleşmenin karşı tarafının sözleşmenin genel işlem koşullarıyla kurulduğunu bilmesi ve bunların içeriğini öğrenme imkânın kendisine sağlanmış olmasıdır. Bir genel işlem koşulunun anlaşılır olmasıyla amaçlanan; normal bir insanın genel işlem koşullarını okuyunca anlaması, lehe ve aleyhe olan hususları kendi zihin dünyasında irdeleyerek bir karar vermesini sağlamaktır. Saydamlık kuralı ise bu açıdan genel işlem koşullarının denetiminin temelini oluşturmaktadır. Şöyle ki; genel işlem koşullarının denetimi ile sağlanmaya çalışılan, sosyal ve ekonomik olarak zayıf konumda olan kişinin genel işlem koşullarından haberdar olmadan, olsa bile içeriğini anlamadan kabul etmesi ile bozulan menfaat dengesinin yeniden sağlanmasıdır. Saydamlık kuralı ise; taraflar arasındaki menfaat dengesinin bozulmadan önüne geçilmesini sağlamaktadır.

Doktrinde saydamlık kuralının ayrı bir denetim türü olması gerektiği ya da içerik denetimini daha fazla içine alan bir denetim türü olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşlerde mevcuttur. Bu açıdan bakıldığında yorum denetimi ile saydamlık denetimi “açık ve anlaşılır” olma kavramları açısından benzerlik taşısa da bu ifadeler, her iki denetim türünde farklı anlamlara sahiptir. Yorum denetimi aşamasında açık ve

anlaşılır olma ile, objektif olarak normal eğitim ve kültür seviyesine sahip bir kişinin anlayabileceği nitelikte olup olmaması incelenir. Yorum denetimi sonucunda eğer bir genel işlem koşulu anlaşılamiyorsa sözleşmenin karşı tarafının lehine olacak şekilde yorumlanır.

Saydamlık denetiminde ise yorum denetiminden farklı olarak daha sübjektif bir inceleme yapılır. Bu durumda sözleşmeye hiçbir müdahalesi bulunmayan zayıf tarafın genel işlem koşullarından açıkça bilgi sahibi olmasının yanı sıra onları anlayıp kendi lehine ve aleyhine olan hususları anlamış olup olmadığı incelenmektedir. Bu durumda saydamlık denetimi, yorum denetimini tam karşılamamakla birlikte içerik denetimine daha yakın denetim türüdür. Şöyle ki, saydamlık denetimi ile somut olay dikkate alınarak sübjektif olarak kişinin genel işlem koşulunu anlamasını aramaktayız. Ancak içerik denetimi ile genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına uygunluğu denetlendiği için saydamlık denetimi burada da tam karşılığını bulamamaktadır. Bir genel işlem koşulu dürüstlük kuralı karşı tarafın lehine olsa dahi bazı durumlarda sübjektif anlamda açık ve anlaşılır olmayabilir. Genel işlem koşullarını kullanan taraf, karşı tarafa özel lütufta bulunuyormuş izlenimi yaratarak durumu kendi lehine yapabilir. Bu sebeple olması gereken hukuk bakımından ayrı bir saydamlık denetiminin yapılması daha uygun olur.

Gelinen nokta da yürürlük denetimi ve yorum denetiminden geçtikten sonra geçerliliğini devam ettiren genel işlem koşulları için son olarak yapılan denetim türü içerik denetimidir. İçerik denetimi aşamasında dürüstlük kuralına aykırı olarak sözleşmede bulunan hükümler incelenir. Dürüstlük kuralına aykırı olan genel işlem koşulları da hükümsüzlük yaptırımına tabidir.

İçerik denetimi iki aşamalı olarak yapılır. İlk inceleme TBK m. 27 kapsamında yapılan genel bir içerik denetimidir. Bu hükme göre genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olan hükümler geçersizlik yaptırımına tabidir. Aslında genel işlem koşullarının, Borçlar Kanunu hükümlerimizle düzenlenmediği dönemlerde de yine eski BK m. 19 hükmüne dayanılarak denetimi yapılmaktaydı. Ancak bu denetimler yeterli olmamaktaydı. Yani emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine uygun, konusu imkânsız değil ama dürüstlük kuralına aykırı ve karşı tarafın aleyhine olan koşullar geçerliliğini devam ettirebilmekteydi.

TBK döneminde ise genel işlem koşulları da birer sözleşme hükmü olması sebebiyle öncelikle TBK m. 27'e göre uygunluğu denetlenecektir. Eğer bir genel işlem koşulu emredici hükümlere, genel ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına uygun değilse veya konusu imkânsız ise hükümsüzlüğüne karar verilecektir. Bu aşamadan sonra genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına uygunluğu ve karşı tarafın aleyhine olup olmadığı incelenmeyecektir.

Ayrıca TBK m. 27'e dayanılarak yapılan denetim sonucunda geçersizlik yaptırımının uygulandığı hüküm olmasaydı, bu sözleşmenin hiç yapılamayacağı sebebiyle sözleşme tamamen geçersiz sayılabilirdi. Ancak TBK m. 25 kapsamında yapılan içerik incelemesi durumunda sözleşmeyi hazırlayan taraf, söz konusu hüküm olmasa bu sözleşmeyi hiç yapmayacağı durumuna dayanamaz. Bu durum TBK m. 27'den farklıdır.

İçerik denetiminin bir şekli de TBK m. 24'de düzenlenen değiştirme yasağıdır. Bu hükme göre sözleşmeyi hazırlayan tarafa, sözleşme hükümlerini tek taraflı olarak sözleşme koşullarını değiştirme yetkisi veren genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Görüldüğü gibi değiştirme yasağının içerik denetiminden ayrılan noktası, yaptırım türüdür. İçerik denetimi geçersizlik yaptırımına tabiyken, değiştirme yasağı için yazılmamış sayılma yaptırımı tercih edilmiştir. Ancak yukarıda da açıkladığımız gibi burada aslen bir içerik denetimi bulunmaktadır ve kısmi hükümsüzlük uygulanmalıdır.

Ancak kanun koyucunun aslen içerik denetimi başlığı altında olan şaşırtıcı genel işlem koşulları ve tek taraflı değiştirme yetkisi veren koşulları ayrı ayrı incelemesi ve bunları farklı yaptırımlara tabii tutması ile yürürlük denetimi aşamasında menfaate uygunluk denetiminin yapılması sistematik olarak karışıklığa sebep olmaktadır. Bu sebeple yürürlük denetiminde sadece ilişkilendirme anlaşmasının varlığı incelenmelidir. Bundan sonraki aşamada ise menfaate uygunluk, şaşırtıcı genel işlem koşulları, değiştirme yasağı ve dürüstlük kuralına uygunluk tek çatı altında toplanmalıdır. Bu kapsamda yapılacak içerik denetimi sonucunda uygulanacak yaptırımı için yazılmamış sayılma daha uygundur.

İçerik denetimi, TBK dışında TKHK ve TTK gibi özel kanunlarda da düzenlenmiştir. TKHK bakımından içerik denetimi haksız şartlar başlığı altında düzenlenmiştir. Haksız şartlar; TKHK m. 5'de, tüketici ile müzekkere edilmeden sözleşme içeriğine dâhil olan ve sözleşmeden doğan tarafların hak ve

yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı olan ve tüketicinin aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda tüketici ile müzekkere edilmeden sözleşme koşulu niteliği kazanan ve dürüstlük kuralına uygun olmayan haksız şartların hükümsüzlüğüne karar verilmesi gerekliliği düzenlenmiştir. Bu noktada TKHK m. 5 hükmü özel hüküm olduğu için tüketici sözleşmelerine öncelikle uygulanır. Bir tüketici sözleşmesinde yer alan genel işlem koşulları bakımından öncelikle yürürlük denetimi, sonrasında yorum denetimi uygulandıktan sonra takiben TBK m. 27 denetimi, TKHK m. 5 haksız şartlar denetimi şeklinde yapılması daha uygun olur. TKHK m. 5 denetiminden sonra şartların varlığı durumunda, TBK m. 25 denetimi yapılabilir. Bu anlamda TBK m. 25 daha genel bir içerik denetimi sağlamaktadır.

İçerik denetimi TTK kapsamında ise haksız rekabet başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak doktrinde TBK kapsamında yapılan içerik denetiminin tacirler açısından uygulanmaması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre tacirlerin TTK kapsamında basiretli iş adamı olmaları gerektiği için TBK kapsamında genel hükümlerden yararlanmaması gerektiğine dikkat çekmektedirler. TBK’de bulunan genel işlem koşullarının denetimi, sosyal ve ekonomik olarak zayıf konumda olan tarafı, daha güçlü olana karşı korumaktadır. Bu sebeple tacirlerin bu kapsamda zayıf konumda olmadığı düşüncesinden yola çıkılmaktadır.

Ancak tüm tacirlerin eşit şartlara sahip olmadığı bir gerçektir. Bazı ticari işletmeler piyasada daha güçlü iken bazıları ise daha zayıf konumdadır. Bu sebeple küçük çaplı işletme tacirlerinin daha büyük çaplı işletme tacirlerine karşı da korunması gerektiği bir gerçektir. Bu kapsamda TBK hükümleri çerçevesinde yapılan denetim ile TTK kapsamında yapılan haksız rekabet denetimi aynı somut olaya uygulanabilmektedir. Böylece haksız rekabet yaptırımını da somut olayın özelliğine göre gerekli olması durumunda uygulama alanı bulacaktır. Bu noktada TTK’nin haksız rekabet başlığı altında içerik denetimine bağladığı sonuçlar ile TBK’nin bağladığı sonuçlar farklıdır. TTK’de daha çok dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu hukuki olarak varlığını devam ettirmekte, ancak men davası, araçların imhası veya şartların varlığı durumunda tazminat gibi sonradan oluşan zararları ortadan kaldırmaktadır. TBK’de bulunan genel işlem koşullarının denetimi ise, daha çok zarar oluşmadan önce engelleyici niteliktedir. Bu sebeple küçük işletme tacirlerinin

dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulları altında ezilmemeleri için TBK hükümlerinin uygulanması daha doğru olacaktır.

Tacirler ile ilgili genel işlem koşulları hakkında ikinci tartışma konusu ise iki tacirin kendi genel işlem koşullarına dayanması ve bu hükümlerin çatışması durumunda nasıl bir yol izleneceğidir. Bu durumda yapılması gereken, doktrinde çoğunluğun ve bizim de katıldığımız görüşe göre söz konusu genel işlem koşulu yazılmamış sayılır. Bu durumda oluşan boşluk, tamamlayıcı hukuk kurallarıyla tamamlanır.

Sonuç olarak genel işlem koşulları denetimini özetleyecek olursak; öncelikle yürürlük denetimi yapılarak ilişkilendirme anlaşmasının varlığı incelenir. Böylece yan edimlerin düzenlendiği genel işlem koşullarının sözleşme hükmü niteliği kazanıp kazanmadığı incelenir. Yürürlük denetiminden geçen genel işlem koşulları daha sonra yorum denetimine tabi olarak, aleyhe olan genel işlem koşulları lehe olacak şekilde yorumlanır. Daha sonra kalan hükümler için şaşırtıcı işlem koşulları ve değiştirme yasağına tabi genel işlem koşulları incelenir. Bu kurallara aykırı olan genel işlem koşulları bakımından da yazılmamış sayılma yaptırımını uygulanır. En sonunda da içerik denetimi aşamasında TBK m. 27, TBK m. 25 ve koşulları varsa haksız rekabet ve haksız şartlar denetimi yapılır.

V. KAYNAKLAR

KİTAPLAR

AKBULUT, P. E. (2016), **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı.

AKINTÜRK, T./A., D. (2020), **Borçlar Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 29. Baskı.

ANTALYA, G. (2018), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 4. Baskı.

ARKAN, S. (2012), **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 16. Baskı.

ATAMER, Y. (2001), **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2. Baskı.

ATAMER, Y. (2012), ‘‘Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55,F. 1,(f) ile Karşılaştırmalı Olarak’’, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları ve Sempozyumu Bankacılık Enstitüsü Yayınları**, Ankara

AYAN, M. (2020), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 12. Baskı.

AYDOĞDU, M. (2018), **Genel İşlem Koşulları Şerhi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı.

AYDOĞDU, M. (2014), **Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı.

BAŞ, E. (2013), **6098 s. Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi**, İstanbul, Filiz Kitabevi (www.bilgi.edu.tr/E.T. 13.06.2020).

CİVAN, O. E. (2015), **Genel İş Koşulları**, İstanbul, Beta Kitabevi, 1. Baskı.

- ÇINAR, Ö. (2009), **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı.
- DOĞANCI E., D. (2018), **Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 1. Baskı.
- EREN, F. (2018), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Yetkin Yayınevi, 23. Baskı.
- HATEMİ, H./GÖKYAYLA, E. (2017), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 4. Baskı.
- KARADAĞ, Ö. (2015), **Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar**, Ankara, 2. Baskı.
- KAPLAN, İ. (2021), **Türk Borçlar Hukuku, TBK m. 1-206 (Genel Hükümler)**, Ankara, Yekin Yayınevi, 7. Baskı.
- KILIÇOĞLU, A. M. (2020), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Turhan Yayınevi, 24. Baskı.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU., N./HATEMİ, H./SEROZAN, R/ARPACI, A. (2017), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 7. Baskı.
- NOMER, H. N. (2020), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 17. Baskı.
- OĞUZMAN, K./BARLAS, N. (2008), **Medeni Hukuk Giriş**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 15. Baskı.
- OĞUZMAN, K./ÖZ, T. (2020), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 18. Baskı.
- REİSOĞLU, S. (2013), **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta Yayınevi, 24. Baskı.
- ŞEKER, M. (2015), **Yazılmamış Sayılma**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı.
- TUNCAY, C./SAVAŞ, B. (2013), **Toplu İş Hukuku**, İstanbul, BETA Yayınevi, 4. Baskı.

TUZCUOĞLU, T. (2020), **Genel İşlem Şartları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı.

YAVUZ, N. (2012), **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 3. Baskı.

YELMEN, A. (2014), **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 1. Baskı.

MAKALELER

AKÇAAL, M. (2014), ‘‘Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme’’, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 18, sayı 1, ss. 49-69.

AKİPEK Ö., Ş. (2015), ‘‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Konu Bakımından Uygulama Alanı’’, **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı 3, ss. 187-207.

ALTOP A. (2006), ‘‘Türk Borçlar Kanunu Tasarı'nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi’’, **İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu**, ss. 141-160.

ANTALYA, G./DOĞANCI, E. D. (2018), ‘‘Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının Bunun TBK m. 20 vd.'daki Görünümlerinin ve TTK m. 55 f. 1 ile TBK m. 20 vd. Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi’’, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma Dergisi**, cilt 24, sayı 2, ss. 823-860.

ARAS YEŞİLOVA, E. (2015), ‘‘Sigorta Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Kullanılması’’, **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı 3, ss. 447-470.

ARIKAN, M. (2012), ‘‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması Kavramı ve Bunun Sözleşmeye Etkisi’’, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 7, sayı 3, ss. 19-28.

ATEŞ, D. (2007), ‘‘Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları’’, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 72, ss. 75-93.

AYDIN, R. (2016), ‘‘Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK M. 5)’’, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 11, sayı 1, ss. 83-123.

- AYDOĞDU, M. (2013), ‘‘ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulanma Alanı’’, **E- Journal of Yasar University (Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi)**, cilt 8, Özel Sayı, ss. 571-621 (www.dergipark.com.tr).
- AYDOĞDU, M. (2011), ‘‘6098 s. Türk Borçlar Kanunda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı’’ , **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 13, sayı 2, ss. 1-50.
- BAĞRIAÇIK, S. N. (2013), ‘‘Genel İşlem Şartları ve Denetlenmesi’’ ,**İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 12, sayı 1, ss. 141-176.
- CEYLAN, E. (2020), ‘‘ Tüketici Hukukunda Haksız Ticari Uygulamalar ve Uygulama Örnekleri’’, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, sayı 15, ss. 123-147.
- CEYLAN, E. (2014), ‘‘Genel İşlem Koşulları’’, **Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansı I Prof. Dr. İsmet Sungurbey 'e Armağan.**, İstanbul Barosu Yayınları, ss. 172-188.
- DAĞDELEN, A. H. (2019), ‘‘Genel İşlem Şartları ve Teşmil ile Yürürlük Denetiminin Esasları’’, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, cilt 25, sayı 2, ss. 637-652.
- EREN, F. (2015), ‘‘Genel İşlem Şartlarında İçerik Denetimi’’, **İzmir Barosu Dergisi**, sayı 3, ss. 289-323.
- ERİŞİR, E. (2014), ‘‘ Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi’’, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 16, Özel Sayı, ss. 1141-1213.
- ERSÖZ, O. (2017), ‘‘Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması’’, **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 3, sayı 1, ss. 69-104.
- GİRGİN, Ö. A. (2019), ‘‘Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesinin Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi’’, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 5, sayı 1, ss. 135-155.

- GÖRGEÇ, B. (2013),“Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakları Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma Dergisi**, cilt 19, sayı 1, ss. 403-440.
- GÜMÜŞSOY, G. (2013), ‘ Bankacılık İşlemlerinde Genel İşlem Koşulları’, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 1, sayı 12, ss. 177-211.
- HAVUTÇU, A. (2015),“Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İle İlişkilendirilmesinde Düzenleyen (GİŞ Kullanan) İçin Getirilen Külfetler”, **İzmir Barosu Dergisi**, sayı 3, ss. 244-245.
- KARAASLAN, P. (2018), ‘İnternet Platform Sahibine Ait Genel İşlem Koşullarının, Üçüncü Kişilerin Platform Üzerinde Gerçekleştirdiği Sözleşmelerin İçeriğe Dahil Edilmesi’’, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 4, sayı 2, ss. 259-274.
- KARA, M. S. (2013), ‘Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri’’, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 17, sayı 1, ss. 723-742.
- KAŞAK, E. (2012), ‘Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 3, sayı 1, ss. 415-430.
- ÖZDEMİR, H. (2015), ‘Genel İşlem Şartlarında Şaşırtıcı ve Beklenmedik Şartlar TBK m. 21/2’’, **İzmir Barosu Dergisi**, sayı 3, ss. 393- 427.
- REİSOĞLU, S. (2011), ‘Banka Teminat Mektupları Uygulamalarında Ortaya Çıkan Başlıca Sorunlar’’, **Bankacılar Dergisi**, sayı 77, ss. 108-117.
- SERDAR, İ. (2015), ‘ TBK’ nun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Kişi Bakımından Uygulama Alanı’’, **İzmir Barosu Dergisi**, sayı 3, 2015, ss. 226-240.
- SİRMEN, L. (2015), ‘Genel İşlem Şartları Kavramı’’, **İzmir Barosu Dergisi**, sayı 3, ss. 207-226.
- ŞİMŞEK, A. (2015), ‘Genel İşlem Koşullarının Şeffaflık Denetimi’’, **İzmir Barosu Dergisi**, sayı 3, ss. 324-366.

- UYGUN, H. (2013), ‘‘Türk Borçlar Kanunu’nu (TBK) Getirdiği Önemli Bir Yenilik: Genel İşlem Koşullarının Denetimi’’, **İstanbul Barosu Dergisi**, cilt 87, sayı 3, ss.34-48.
- UZUNALLI, S. (2013), ‘‘Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi’’, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, cilt 71, sayı 2, ss. 383-420.
- ÜNAL, A./KÖROĞLU, E. (2019), ‘‘Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetiminin Sonuçları’’, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, sayı 13, ss. 523-550.
- YAĞCIOĞLU, A. H. (2013), ‘‘Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8)’’, **Journal Of Yeditepe University**, cilt 8, Özel Sayı, ss. 3057 – 3098.
- YELMEN, A. (2015), ‘‘Değiştirme Yasağı’’, **İzmir Barosu Dergisi**, sayı 3, ss. 368-394.
- YENİOCAK, U. (2013), ‘‘Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi’’, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, cilt 26, sayı 107, 2013, ss. 75-96.
- YÜCE, M. B. (2013), ‘‘Edimi Belirleme Yetkisinin Mevcut Genel İşlem Koşulları Teorisi ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi’’, **Journal Of Yasar University**, cilt 8, Özel Sayı, 2013, ss. 3191 – 3238.
- ZENGİN, B. (2013), ‘‘ Tahkim Şartının, Genel İşlem Koşullarına İlişkin Kurallar Karşısındaki Durumu’’, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 12, sayı 2, ss. 129-153.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

<https://www.dergipark.com.tr>
www.jurix.com.tr
www.lexpera.com.tr
www.gesetze-im-internet.de
www.sozluk.gov.tr

ÖZGEÇMİŞ

Ad-Soyad : Burcu KESKİN

ÖĞRENİM DURUMU:

Lisans : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Bölümü, 2015 mezunuyum.

Yüksek lisans : İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Program Öğrencisi olarak öğrenimime devam etmekteyim.

MESLEKİ DENEYİM: 2016 yılından itibaren İstanbul Barosuna kayıtlı olarak avukatlık mesleğini icra etmekteyim. “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’na Göre Mal Rejim Sözleşmeleri” konulu makalem İstanbul Barosu Dergisi, C. 94, S. 4, 2020 tarihli dergide; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Koşullarının Denetimi” hakkında hazırladığım makalem is Smart to Journal Dergisi, C. 7, S. 46, 2021 tarihli dergide yayımlanmıştır. Şu anda da İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans öğrencisi olarak öğrenimime devam etmekteyimdir.

