

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA GENEL İŞLEM KOŞULLARI*

Av. Ezgi KUTLUAY**

Öz

Genel işlem koşulları, günümüzde bankacılık, sigortacılık, seyahat, taşıma ve iş hukuku gibi birçok alanda kullanılan sözleşmelerde yer almaktadır. Günlük hayatımızda bu kadar çok kullanılmasına rağmen, 6098 sayılı Kanunu'na kadar Borçlar Kanunumuzda bu konuya ilişkin hiçbir düzenleme yoktu. Bu dönemde 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da bu konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yer alsa da bu maddeler sadece tüketici sözleşmeleri için getirilmişti. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu bu eksikliği gidermeye çalışarak genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelere yer vermiştir. Çalışmamızda bu düzenlemeler öğretinin görüşleriyle birlikte detaylı bir şekilde incelenecek ve hukukumuzda genel işlem koşullarını içeren düzenlemelerin uygulama alanına ilişkin görüşlerimize yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler

Genel işlem koşulları, haksız şartlar, Türk Borçlar Kanunu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, içerik denetimi

* 2012 yılında yüksek lisans eğitimi sırasında hazırlanan seminer çalışmasıdır.

** İzmir Barosu'na bağlı Avukat olup, Dokuz Eylül Üniversitesi'nde yüksek lisans yapmıştır.

GENERAL TERMS AND CONDITIONS IN TURKISH CODE OF OBLIGATIONS

Abstract

General terms and conditions are used in contracts from many different areas such as banking, insurance, lodging/travel, transportation and employment. Despite having a common use in daily life, there had been no regulations in the Code of Obligations on this topic until statute 6098 was introduced. Prior to that date, even though statute 4077 of Consumer Protection Law provided detailed regulations pertinent to the subject matter, they were restricted only on consumer contracts. Statute 6098 of Turkish Code of Obligations includes regulations on general terms and conditions in an attempt to fix this inadequacy. In this paper, we examine these regulations in detail within the context of its doctrine and provide our views on the areas of application of the laws related to general terms and conditions.

Keywords

General terms and conditions, unfair terms, Turkish Code of Obligations, law on the protection of consumer, content control

GİRİŞ

Kişiler arasındaki mal ve hizmetlerin değişim ve dolaşımın hukuki aracı, sözleşmedir¹. Klasik liberal anlayış mal ve hizmetlerin değişiminde klasik sözleşme modeli olan “bireysel sözleşme” modelini esas almıştır. Borçlar hukukunun temelini esasen bu sözleşme modeli oluşturmaktadır. Bizim hukukumuzun temelinde de bu sözleşme tipi yer almaktadır.

Sözleşmenin kuruluşunda tarafların karşılıklı görüşme yoluyla sözleşmenin içeriğini belirleyebilmesi ve sözleşme özgürlüğüne sahip olması bireysel sözleşme modelinin yapısal özelliğini oluşturur. Buna göre taraflar, kural olarak istedikleri sözleşmeyi istedikleri şekilde yapabilir ve iradeleri birbirine uygun düşene kadar sözleşmenin içeriğini serbestçe görüşüp tartışabilirler. Sözleşme özgürlüğü ilkesi kanundan, dürüstlük kurallarından ya da tarafların karşılıklı anlaşmalarından doğan istisnalar dışında kural olarak herkese sözleşme yapıp yapmama; yapacaksa da o sözleşmenin şeklini, konusuyla şartlarını serbestçe belirleme hakkını verir².

19. yüzyılın ikinci yarısında yaşanan sanayi devrimi bu sözleşme modeline farklı bir boyut getirmiştir. Nitekim sanayi devrimiyle birlikte yeni üretim şekillerinin ortaya çıkması, hızlı kentleşme ile toplumların sosyal ve ekonomik yapısındaki köklü değişiklikler mal ve hizmet üretiminde kitleselleşme ihtiyacını yaratmıştır³. Böylece seri halde mal ve hizmet üretimi başlamış, özellikle bazı mal ve hizmetlerin belirli bir kişi yerine kitlelere sunulması yaygınlaştırılmıştır. Buna bağlı olarak da müteşebbisler, her müşteriyle tek tek sözleşme yapmak yerine, önceden hazırlanan sözleşme modellerine uygun olarak o mal ya da hizmeti almaya gelen kişilerle doğrudan ve tartışmaya mahal vermeyecek şekilde aynı türdeki sözleşmede kullanacakları şartları tipleştirerek bir örnek haline getirme yoluna gitmişlerdir⁴.

“Genel işlem şartları” adı verilen tipleştirilmiş sözleşme şartları bu şekilde oluşmuş ve tıpkı mal ve hizmetlerin üretiminde bireysellikten seri

¹ **Havutçu**, Ayşe: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, (Güncel Yayınevi), İzmir 2003, s. 1.

² **Akntürk**, Turgut/**Ateş Karaman**, Derya: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 19. Baskı, (Beta Yayıncılık), İstanbul 2012, s. 47.

³ **Havutçu**, s. 2.

⁴ **Akntürk/Karaman**, s. 47; **Havutçu**, s. 2.

üretime geçilmesinde olduğu gibi sözleşmelerde de standartlaşma anlayışını doğmuştur. Böylece bireysel sözleşmelerdeki icap-kabul, irade beyanları arasındaki uygunluğu sağlamak amaçlı karşılıklı görüşme usûlü yerini tamamen veya kısmen genel işlem şartlarıyla önceden hazırlanıp içeriği karşı tarafça karşılıklı görüşme ve pazarlık sonucu yapılmadan kabul edilen standart sözleşmelere⁵ bırakmıştır.

Kitlelere yönelik bu tür sözleşmelerin uygulanma alanlarına örnek olarak: bankaların kredi sözleşmeleri, inşaat firmalarının satım sözleşmeleri, dayanıklı tüketim mallarının, otomobillerin pazarlamasında yapılan sözleşmeler ya da seyahat, taşıma ve turizm alanındaki sözleşmeler gösterilebilir⁶. Bu şekildeki sözleşmelerde, karşı taraf ya kendisine sunulan koşullarla sözleşmeyi kuracak ya da söz konusu sözleşmenin içerdiği edimi veya hizmeti almaktan vazgeçmek zorunda kalacaktır⁷. Bu durumda sözleşme eşitliğini ve taraflar arasındaki dengeyi işletme lehine bozacaktır.

Genel işlem koşullarının kullanılmasının sözleşme özgürlüğü açısından yarattığı bu problemler, zayıf durumdaki karşı tarafın adil olmayan sözleşme şartlarına karşı korunmasını zorunlu kılmıştır⁸. Bu amaçla uzun yıllar mukayeseli hukukta hukukçular arasında bu konu üzerinde çalışmalar yapılmıştır. Nihayetinde önce Almanya'da⁹ olmak üzere birçok ülkede maddi hukuk bakımından girişimlerde bulunulmuş ve özel yasal düzenlemeler yapılmıştır. Almanya, Avusturya, İtalya, Hollanda gibi ülkelerde ön planda tüketiciler yasal korumanın kapsamına alınmış; ancak tüketicilerle eşit düzeyde olmasa da, belirli ölçülerde tacirler de genel işlem şartlarına karşı koruma kapsa-

⁵ Bu sözleşmeler için tip sözleşme, kitle sözleşme, katımlı sözleşme ya da formüler sözleşme ifadeleri de kullanılmaktadır. Aşağıda bu hususa değinilecektir.

⁶ **Reisoğlu**, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, (Beta Yayıncılık), İstanbul 2011, s. 69.

⁷ **Altop**, Atilla: Genel İşlem Koşulları, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, (Levha Yayıncılık), İstanbul 2012, s. 27-45, s. 30.

⁸ **Havutçu**, s. 9.

⁹ Alman Hukukçusu **Raiser**'in 1935 yılında tüketicilerin korunması konusunda yayınladığı monografi, bu konuda bir çığır açmış ve başta Alman Hukuku olmak üzere diğer ülkeleri de etkileyerek onları çözüm arayışına sevk etmiştir. Aktarım ve ayrıntılı bilgi için bkz: **Havutçu**, s. 10.

mında tutulmuştur¹⁰. Bazı ülkelerdeyse¹¹ yasal düzenleme sadece tüketicilerin korunması amacına yöneliktir¹². Bunun sebebi Avrupa Birliği Konseyi'nin de bu şartlarla ilgili olarak sadece tüketicileri konu alan bir yönerge¹³ hazırlamış olması, bu ülkelerin de bu yönergeye paralel olarak yasal düzenlemeye gitmiş bulunmasıdır.

93/13 No'lu yönerge tüketici sözleşmelerini konu aldığı için uygulanma alanı sadece genel işlem koşullarıyla sınırlı olmayıp bireysel sözleşme hükümlerini de kapsamaktadır¹⁴; ancak sağlanan bu korumalardan yararlanabilmek için tüketicinin gerçek kişi olması gerekmektedir. Bu yönergenin en önemli katkısı ise, hakkaniyete aykırı sözleşme şartlarına karşı tüketicinin korunmasında henüz iç hukuklarında bir düzenleme yapılmamış bulunan üye ülkeleri asgari çerçevede yasal düzenleme yapmaya; iç hukuklarında yasal düzenleme bulunan ülkeleri de direktifin gerektirdiği yasal değişiklikleri 1994 yılının sonuna kadar yapmaya yükümlü tutmuş olmasıdır¹⁵. Böylece pek çok üye ülkede sadece tüketicilere yönelik de olsa bir yasal düzenleme oluşturulmuştur.

Mukayeseli hukukta bu gelişmeler olurken hukukumuzda uzun yıllar bu konuda pozitif bir hukuk düzenlemesi bulunmamaktaydı¹⁶. Öğreti¹⁷ ve uygu-

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Havutçu**, s. 55 vd.; **Atamer**, Yeşim: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, (Beta Yayıncılık), İstanbul 2001, s. 40 vd.

¹¹ Örneğin: Avrupa' da Yunanistan, Lüksemburg, İspanya; Asya'da İsrail gibi.

¹² *Portekiz'de ise kapsam genişletilmiş ve yasal düzenleme 1976 tarihli Alman Yasası ile büyük ölçüde benzerlik gösterse de kişi bakımından uygulama alanına tüketicilerin yanında belli şartlar halinde aile, miras, ortaklıklar hukuku sözleşmeleri, kamu hizmeti verilmesine ilişkin idare hukukuyla ilgili sözleşmeler, iş hukuku kapsamındaki toplu iş sözleşmeleri de dahil edilmiş ve içerik denetimine tabi tutulmuştur.* Aktarım için bkz: **Havutçu**, s. 59.

¹³ 05.04.1993 tarihli Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Sözleşme Şartları Hakkında 93/13 No'lu Konsey Yönergesi

¹⁴ **Havutçu**, s. 65; **Atamer**, Doktora Tezi, s. 44.

¹⁵ **Atamer**, Doktora Tezi, s. 5; **Havutçu**, s. 65.

¹⁶ 5464 sayılı Banka ve Kredi Kartları Kanunu'nun 24.maddesinde kart çıkaran kuruluşlar ile hamilleri arasında imzalanacak sözleşmelerin şekil ve içeriğiyle ilgili benzer şekilde Ticaret Kanunu'nun 766. maddesindeki taşıma sözleşmelerinde sorumluluğu kaldıran hükümlerle ilgili veya 1266/II düzenlemesindeki sigorta genel şartlarının zahmetsizce

lamada¹⁸ birtakım çözüm önerileri geliştirilmesine rağmen yasadaki boşluk; ancak 2003 yılında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a (TKHK) eklenen madde 6 ve bu maddeye dayanılarak çıkartılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkındaki Yönetmelik ile bir nebze olsun kapabilmişti. Bununla birlikte hukukumuzdaki bu düzenlemelerde AB yönergesine paralel olarak gerçekleştirilmiş ve sadece tüketici sözleşmesiyle sınırlı kalmıştı.

Bunun üzerine, 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu ile "genel işlem koşulları" başlığı altında kanunun 20 vd. maddelerinde bu konuya ilişkin birtakım düzenlemeler getirilmiştir, Türk Ticaret Kanunu'nda da haksız rekabet konusunda genel işlem şartlarına ilişkin olarak madde 55 ve devamında ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. Çalışmamızın da amacını oluşturan bu düzenlemeler, Borçlar Kanunu'ndaki hükümlerle sınırlı olarak incelenecek, bu hükümlerin nasıl bir denetim öngördüğü, diğer düzenlemelerle birlikte nasıl bir uygulamaya sahip olacağı bu anlamda uygulanma alanı ana hatlarıyla ele alınıp açıklanmaya çalışılacaktır.

Çalışmamızın ilk bölümünde genel işlem koşullarına genel olarak bakılacak, ardından Türk Borçlar Kanunu öncesi dönem kapsamında Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun ve Yönetmelik maddeleri üzerinde durulacak; sonra Türk Borçlar Kanunu maddeleri incelenecek ve son olarak da değerlendirme kısmına yer verilecektir.

okunabilecek bir tarzda basılmış olması gerektiğini ve bu şarta uyulmadığı takdirde, genel şartlardan sigorta ettirenin zararına olanlar yerine kanun hükümlerinin uygulanacağını öngören bazı hükümler olsa da bunlar münferit düzeyde kaldığı için genel bir koruma sağlayamamıştır.

¹⁷ Bu konudaki bazı örnek çalışmalar: **Atamer**, Yeşim: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul 2001; **Havutçu**, Ayşe: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.

¹⁸ Uygulamada bu sorun emredici kanun hükümlerine aykırılıklarla giderilmeye çalışılıyor, bu amaçla Medeni Kanun'daki dürüstlük kuralına, Anayasa'daki sosyal devlet ve eşitlik ilkelerine, kişilik haklarına ya da Borçlar Kanunu kapsamındaki gabin hükümlerine başvuruluyordu. Ayrıntılı bilgi için Bkz: **Altop**, s. 31 vd.

I. GENEL İŞLEM KOŞULLARI KAVRAMI

Türk Borçlar Kanunu m.1/f. 1'e göre: "Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. Bunun gerçekleşebilmesi için sözleşmenin bütün esaslı noktaları (asli unsurları) üzerinde taraf iradelerinin birbirine uygun olması gereklidir. Tarafların sözleşmenin "ikinci derecede nokta" adı verilen diğer yan noktalarını hiç görüşmemiş olmaları veya bu noktalarda anlaşmayı ileriye bırakmış olmaları sözleşmenin kurulmasına engel olmaz (TBK m. 2, f. 1)¹⁹; fakat ikinci derecedeki noktalar görüşülmüş ve anlaşmaya varılamamış yani saklı tutulmuş; ancak ileride de bir uyuşma sağlanamamışsa sözleşme kurulmaz²⁰.

Genel işlem koşullarının konusunu da sözleşmenin bu esaslı noktalar dışında kalan ikinci derecedeki diğer yan noktaları oluşturur²¹. Genel işlem koşulları aracılığıyla kullanan, asli noktalar dışında kalan ifanın tarzı, unsurları, ifa etmenin sonuçları, yetkili mahkeme vb. gibi çeşitli yan noktaları önceden kendi çıkarları doğrultusunda belirleyerek standart biçimde sözleşeceği bütün kişilere sunar²². Bu da taraflar arasındaki dengeyi karşı taraf aleyhine bozar.

Öğretide genel işlem koşulları kavramı ile aynı anlama gelmek üzere formüler sözleşme, tip sözleşme, kitle sözleşme, çerçeve sözleşme, standart sözleşme, katımlı sözleşme (iltihaki sözleşme)²³ gibi terimler de kullanılır.

¹⁹ TBK m. 2/f.1 hükmü: "Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa da sözleşme kurulmuş sayılır. "

²⁰ Dolayısıyla TBK m. 2/f. 1 hükmündeki ikinci derece nokta ifadesini sukûtle geçilmiş noktalar olarak anlamak gerekir. Saklı tutulup da sonradan anlaşmaya varılamamış olan noktaların varlığı halinde zaten iradeler uyuşmamış demektir ve bu halde de sözleşme kurulmaz. Bkz: **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 10. Bası, (Vedat Kitapçılık), İstanbul 2012, s. 74-75.

²¹ **Antalya**, Gökhan O.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 1.baskı (Beta Yayıncılık), İstanbul 2012, s. 286; **Havutçu**, s. 5.

²² **Havutçu**, s. 5; **Antalya**, s. 290.

²³ **Reisoğlu** ve **Oğuzman/Öz** bu kullanımın Fransız Hukuku'nda benimsendiğini belirtmiştir. Bkz: **Oğuzman/Öz**, s. 25. Yargıtay'ın da bu şekilde kullandığı yargı kararları vardır: "Prensip olarak Türk Hukuku'nda genel işlem şartlarını (veya iltihaki sözleşmeyi) önceden idari kontrolün veya sonradan yargı kontrolünün yapılmasını öngören bir yasal düzenleme mevcut değildir." (Yargıtay 3. H.D, T. 18.3.1996, E. 1996/ 1734, K. 1996/2495) **Havutçu**, s. 13; "Gerek ülkemizde gerek Alman ve İsviçre Mahkeme İçtihat-

maktadır; ancak bu deyimlerin hiç birisi aslında genel işlem koşulları ile eş ifadeler değildir²⁴.

Genel işlem koşulları, katımlı sözleşmeleri kapsamakta ise de bu sözleşmelerdeki bütün hükümler önceden bir tarafça tespit edilir ve ancak karşı tarafça kabul edildikten sonra hüküm ifade eder; fakat sözleşmenin bazı hükümleri taraflarca düzenlenip bazı hükümlerinde genel işlem koşullarına yollama yapılan hallerde artık bu terim kullanılmamalıdır²⁵. Bu anlamda Türk Hukuku'nda iltihaki sözleşme terimi daha çok, hukuki veya fiili bir tekele, devlet tarafından verilen bir imtiyaza dayanarak topluma "kamu hizmeti" niteliğinde sayılan konusu su, elektrik, doğalgaz, taşıma hizmeti gibi hizmetlerin verilmesine ilişkin olarak bu hizmetlerden yararlanılması amacıyla kendisine başvuran herkesle sözleşme yapma mecburiyeti altında bulunan kurumların akdettiği sözleşmeler için kullanılır²⁶.

Standart sözleşmeler ise, içeriğini tamamen veya kısmen genel işlem şartlarının oluşturduğu, bireysel sözleşmelerin karşısı olarak karşılıklı görüşme ve pazarlık sonucu kurulmayan müteşebbisin mal ve hizmet üretimini tiplendirerek seri halde kitlelere sunduğu sözleşmelerdir. Bu iki kavram arasındaki bu benzerlikler genellikle standart sözleşmelerin genel işlem şartlarıyla eş anlamlı bir kavram olarak kullanılmasına yol açsa da aslında aynı şey değildirler. Standart sözleşmeler genel işlem koşullarının kullanıldığı bir sözleşmeyi nitelerken, genel işlem koşulları bu sözleşmenin bizzatıhi içeriğini oluşturan hükümlerdir²⁷. Nitekim Alman Hukuku'nda da genel işlem şartları veya genel sözleşme koşulları ifadeleri kullanılmaktadır²⁸.

ları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem şartlarının (veya iltihaki sözleşmelerinin) uyumsuzluk halinde hakim tarafından kontrolünde açık olmayan kayıtların metni kaleme alan aleyhine yorumlanacağı... ilkeleri geliştirilmiştir." (Yargıtay 3.H.D, T. 2.6.1998, E. 1998/4263, K. 1998/6098), www.kazanci.com. Atamer ise, bu kullanımın sadece kamusal bir makamla akdedilen sözleşmeler için tercih edildiğine değinmiştir. Bkz: **Atamer**, Doktora Tezi, s. 7.

²⁴ **Havutçu**, s. 13, **Antalya**, s. 286.

²⁵ **Oğuzman/Öz**, s. 26

²⁶ **Havutçu**, s. 14; **Antalya**, s. 286 ve 296; **Oğuzman/Öz**, s. 26; **Atamer**, Doktora Tezi, s. 7.

²⁷ **Havutçu**, s. 13. Benzer şekilde yazar, kitlesel veya seri sözleşme ifadelerinin de genel işlem şartları yerine kullanılmasının yerinde olmadığını belirtmiştir.

²⁸ **Oğuzman/Öz**, s. 26; **Havutçu**, s. 13.

Görüldüğü gibi standart sözleşme kavramı, katımlı sözleşmeleri de içine alan daha geniş bir kavramdır. Bu sözleşmelerde kişilere sağlanan mal veya hizmetin hukuki ya da fiili bir tekel hakkına veya devlet tarafından verilen bir imtiyaza dayanması zorunluluğu olmadığı gibi burada mal veya hizmet sunan tarafın sözleşme yapma mecburiyeti de bulunmamaktadır²⁹. Bununla birlikte yine de yukarıda belirttiğimiz sebepten ötürü bu sözleşmeler ile genel işlem koşulları aynı şey değildir.

II. TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDEKİ KOŞULLARIN DENETİMİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. Genel Olarak

2003 yılında 4822 sayılı “Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile 4077 sayılı TKHK’ a eklenen “Sözleşmelerdeki Haksız Şartlar” başlıklı altıncı madde ve bu maddeye dayanılarak çıkartılan yönetmelikte bu maddelerin uygulanma alanını sadece taraflardan birinin tüketicilerden³⁰ oluştuğu sözleşme koşullarının denetlenmesi olanağını getirmiş ve bu kapsamda genel işlem şartı niteliği taşımayan; ancak pazarlık konusu yapılmamış olan bütün haksız sözleşme koşulları denetime tabi tutulmuştur³¹.

Sözleşen tarafı korunmak amacıyla da eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici

²⁹ Formüller sözleşmeler de hazırlanmış örnek bir metne göre yapılan sözleşmeleri ifade eder. **Bühler**: “özellikle noterler tarafından yapılan sözleşmelerde bu örnek metinlere başvurulduğunu; ancak bunun genel işlem şartları veya standart sözleşme kavramını aştığını belirterek bu ifadeyi yerinde bulmamıştır.” Aktarım için bkz: **Havutçu**, s. 15.

³⁰ TKHK m. 3’de 2003 yılında yapılan değişiklik sonrası tüketici: “Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek veya tüzel kişiyi” ifade eder. Bu tanımda kredi veren ifadesinin bulunmadığına dikkat çeken **Atamer**; burada “ihmalden doğan bir açık boşluk bulunduğuna” bankalarla akdedilen kredi sözleşmelerinde de bu türden bir denetime ihtiyaç olduğuna ve nitekim yasa koyucunun maddenin uygulanmasına ilişkin olarak çıkartılan yönetmelikte bu ifadeye de yer verdiğine değinmiş ve bu eksikliğin giderildiğini belirtmiştir. **Atamer**, Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, s. 294.

³¹ **Atamer**, Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, s. 291.

içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği karinesi getirilmiştir ve satıcı, sağlayıcı veya kredi veren, herhangi bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürerse, bunu ispat yükü de kendisine bırakılmıştır (Yönetmelik m. 5).

2003 yılında TKHK'a eklenen "Sözleşmelerdeki Haksız Şartlar" başlıklı altıncı madde de ve bu maddeye dayanılarak çıkartılan yönetmelikte de "haksız şart" ifadesinin ne olduğu açıklanmıştır: TKHK'nın "Sözleşmedeki Haksız Şartlar" başlıklı altıncı maddesine göre haksız şart: "*Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyiniyet kurallarına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları*" olarak tanımlanmıştır. 13.06.2003 tarihli "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkındaki Yönetmelik" in "Kapsam" başlıklı ikinci maddesinde ise haksız şart³²: "*tüketici sözleşmelerinde satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tek taraflı olarak ve dürüstlük kuralına aykırı biçimde konulmuş her türlü şart*" olarak tanımlanmıştır.

Yönetmelik'in 6.maddesinin III. fıkrasına göre: "*Bir sözleşme şartının haksızlığının takdirinde³³, ..., gerek sözleşmeden doğan asli yükümlülükleri arasındaki, gerekse mal veya hizmetin gerçek değeri ile sözleşmede belirlenen fiyatı arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.*³⁴" Buna ilişkin sözleşme koşulları bulunsa bile bunlar denetimin dışında kalır; ancak bunun için bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmış olmalıdır (Yönetmelik m. 6/f. 3)³⁵.

³² **Atamer**; "haksız" kavramı yerine AB Yönergesi'ndeki ifadeye uygun olarak "kötüye kullanılabilir" şart terimini Medeni Kanun terminolojisine daha uygun bulmaktadır. Bkz: **Atamer**, Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, s. 303.

³³ Yönetmelik'in ekinde, Avrupa Konseyi'nin "Tüketici Sözleşmeleri"ndeki Haksız Koşullar Hakkındaki Yönergesi'nin "Ek" kısmındaki listeden esinlenerek hazırlanan yol gösterici mahiyette ve sınırlayıcı olmamak üzere haksız olarak kabul edilebilecek şartlar listesine yer verilmiştir.

³⁴ Bu hükümle genel işlem şartlarının konusunun sözleşmenin asli unsurları olamayacağı hususuyla paralellik sağlanmıştır; ancak her ne kadar edim veya karşı edim dengesi kural olarak denetlenemese de sadece gabin veya ahlaka aykırılığın ağır koşullarının varlığının kabul edilebildiği hallerde edim ya da karşı edim dengesi denetlenebilmelidir.

³⁵ **Atamer**, bundan saydamlık denetimi olarak bahsedilebileceğini de belirtmiş ve bu şekilde aslında denetim dışı olan edim/karşı edim dengesinin denetime tabi tutulmuş gibi

B. Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Haksız Şartların Denetimi

TKHK ne sözleşmenin içeriğinin saptanmasına ilişkin bir yürürlük denetimi ne de yorum yoluyla denetim imkanına ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Yönetmelik ise içerik denetiminin yanısıra (m. 6/f.IV) yorum denetimine de olanak tanımıştır. Buna karşılık başka bir denetim çeşidi öngörülmemiştir³⁶.

1. İçerik Denetimi

Tüketici sözleşmelerinde yer alan, müzakere edilmemiş ve tüketici aleyhine sözleşmesel dengeyi dürüstlük kuralına aykırı olarak bozan bir hükmün varlığının tespit edilmesi halinde bunun yaptırımı: TKHK m.6/f. II'de şöyle belirtilmiştir: *Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir.* Buna ilişkin Yönetmelik madde 7'de: *“Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren taraftan tüketici ile akdedilen sözleşmede kullanılan haksız şartlar batıldır. Yok sayılan bu hükümler³⁷ olmadan da sözleşme ayakta tutulabiliyorsa sözleşmenin geri kalanı varlığını korur.”* şeklinde belirtilmiştir. Her ne kadar kanunda bağlayıcı değildir olarak geçen bu ifade net değilse de yönetmelikle bunun nasıl anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.

818 sayılı BK m. 20/f. II düzenlemesi burada da benimsenmiştir. Buna göre kısmi hükümsüzlük halinin geçerli olabilmesi için iki şartın varlığı gerekir: hükümsüzlük sözleşmenin sadece belli kısımlara ilişkin olmalı (objektif şart) ve somut olayda tarafların batıl kısım olmadan da sözleşmeyi

düşünülmemesi gerektiğini; çünkü burada aslında edim/karşı edimin ne olduğunun müşteri tarafından gereği gibi anlaşılıp anlaşılmadığı üzerinde durulduğunu ifade etmiştir. Bkz: **Atamer**, Yeşim: Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1 İle Karşılaştırmalı Olarak-Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildirimler- Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 8 Nisan 2011, Sempozyum No: I, s. 59; **Atamer**, Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, s. 317.

³⁶ **Atamer**, Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, s. 293.

³⁷ **Atamer**, “yok sayılan” hükümlerden bahsedilmek suretiyle bir diğer yaptırım türü devreye sokulmuş gibi gözüktüğünü, oysa sözleşmelerin içerik denetiminde, sözleşmelerin kuruluş safhasına ilişkin yokluk gibi bir yaptırımın uygulanmasının mümkün olamayacağını, dolayısıyla bunun butlan yaptırımı olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz: **Atamer**, Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, s. 314.

yapacak oldukları kabul edilebilmelidir (subjektif şart). Hal böyle olmakla birlikte bu yönetmeliğin son cümlesinin ve BK m. 20/f. II'nin genel işlem koşulları açısından son derece sakıncalı bir yönü vardır; çünkü satıcı, sağlayıcı ve kredi verene sadece kendi lehine sözleşmeye dahil ettiği bir koşulun batıl sayılması halinde bu koşul olmasaydı sözleşmeyle bağlı olmayacağını ileri sürme imkanı sağlamaktadır. Bu halde de karşı tarafın daha aleyhine bir sonuç doğacaktır³⁸.

2. Yorum Denetimi

Tüketici sözleşmelerinde yer alan müzakere edilmemiş sözleşme koşulları için getirilmiş diğer bir denetim şekli de yorum yoluyla denetlenmedir; ancak buna TKHK m.6'da yer verilmemiş Yönetmelik ile AB Yönergesi'ne uygun olarak m. 6/f. III'te düzenlenmiştir. Bu fıkra şöyledir: *Sözleşme şartlarının yazılı olması halinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır.*

Belirsizlik ilkesi uyarınca bir sözleşme hükmünün yorumunda hükmün içeriğine ilişkin bir tereddüt yaşanması halinde yorumlardan onu düzenleyen aleyhine olanı tercih edilir³⁹. Bu ilkenin temelinde yatan düşünce sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğü bulunan işletmenin⁴⁰ kendisinden, anlaşılır veya birden fazla yoruma imkan tanımayacak sözleşme koşulları kaleme almasının beklenmesidir.

C. Standart Sözleşmelerde Haksız Şartların Kullanılmasını Önlemeye Yönelik Dava Hakkı

TKHK madde 23 içerisinde: *“Bakanlık ve tüketici örgütleri münferit tüketici sorunu olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren hallerde bu*

³⁸ Benzer duruma 6098 sayılı Kanun'un genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemede de rastlamak mümkündür; maalesef bu eksiklik bu yeni kanunda da giderilmemiştir.

³⁹ **Atamer**, Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, s. 300.

⁴⁰ Bu koşulları muhakkak bu işletmenin kaleme almış olması gerekmez, başka bir işletmenin koşullarını kullanmayı teklif etmesi veya bu koşulları başka bir üçüncü kişiye (avukata, kuruma,...vb gibi) hazırlatması durumunda da belirsizlikler gene kendisi aleyhine yorumlanmalıdır.

Kanunun ihlali nedeniyle kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilirler.” hükmüne yer verilerek ve ayrıca Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik’in 8. maddesi ile: ” Meşru menfaati olan gerçek veya tüzel kişiler⁴¹, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların kullanılmasının önlenmesi için dava açabilirler. Bu hallerde mahkeme, önleme için gerekli tedbirlere hükmeder.” düzenlemesi getirilerek çok önemli bir dava hakkı düzenlenmiştir. Nitekim tüketicilerin genel işlem şartlarına karşı korunmasındaki en büyük engellerden biri, genel işlem şartları içinde yer alan ve haksızlığı mahkeme tarafından tespit edilen bir hükmün daha sonra aynı kişilerce başka sözleşmelerde tekrar kullanılmasının önlenememesidir.

Bu halde sözleşme koşullarının aleyhine kullanıldığı somut tüketici davada taraf olmadığı için, mahkeme somut bir sözleşme içindeki dengenin var olup olmadığını araştırmayacak, incelemesini soyut ve objektif kurallara göre yapacaktır.

Mahkeme bu inceleme sonucunda TKHK ve ilgili Yönetmelik’e aykırı sözleşme hükümleri tespit ederse eğer, bu hükümlerin ileride akdedilebilecek sözleşme hükümlerinde de kullanılabilmesinin önüne geçmelidir. Aksi takdirde mahkeme kararının bir anlamı kalmayacaktır. Yani mahkemenin kararı davalıya yönelik bir yapmama (bir daha bu türden bir genel işlem şartı kullanılmaması) veya duruma göre bir yapma (bir düzeltme veya imha) emri içermelidir⁴².

III. TÜRK BORÇLAR KANUNU’NDAKİ DÜZENLEMELER

A. Genel Olarak

6098 sayılı kanun, öğretide ve uygulamada “genel işlem şartları” olarak geçen terimin yerine “genel işlem koşulları” ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. TKHK da “haksız şart” olarak bahsetmişti⁴³. Her ne kadar “genel

⁴¹ Bu kişilerin kim olduğu mahkemelerce tespit edilecektir; ancak TKHK m.23/f. II’ye göre tüketici örgütleri de bu kişiler arasında yer alır.

⁴² **Atamer**, Kocayusufpaşaoğlu için Armağan. s. 322.

⁴³ **Atamer**, Öğretide neredeyse oybirliğiyle “genel işlem şartları” terimi benimsenmişken kanun koyucunun neden bu şekilde bir terim kullandığına bir anlam verememiştir.

işlem şartları” deyimi hukukumuzda benimsenmiş bir kavram olsa da kanunkoyucunun bu ifadesi kanımızca çok da fazla eleştirilecek bir husus değildir; zira Türk Dil Kurumu’na göre “şart” ve “koşul” aynı anlama gelmekte ve “*bir işin olabilmesi için eldeki olanaklara koşulması ileri sürülen gereklik*” olarak tanımlanmaktadır⁴⁴. Oysa hukuksal olarak bu iki kavram incelendiğinde şart daha ziyade: “*Bir hukuksal işlemin hükümlerinin gelecekte ortaya çıkacak ve gerçekleşmesi şüpheli (kuşkulu) bulunan bir olaya bağlanmasıdır.*”⁴⁵. Bu kavram hukukta kayıt, sınırlama ya da sözleşmede özel hüküm anlamlarına gelse de şart teriminin bu manasından dolayı “koşul” ifadesinin kullanılması tercih edilmiş olabilir ve kanaatimizce de daha yerinde olmuştur.

TBK, “Sözleşmelerin yorumu ve muvazaalı işlemler” başlıklı 19.maddeden sonra “genel işlem koşulları” üst başlığı altında altı madde halinde bu konuya ilişkin bir düzenleme getirerek Alman Hukuku’nda⁴⁶ olduğu gibi bir bütün halinde bu maddeleri düzenlemiştir; ancak öğretilerde bazı yazarlarca buna çeşitli eleştiriler getirilmiştir⁴⁷.

Genel işlem koşullarına ilişkin düzenleme hukukumuzda da Borçlar Kanunu içine alınarak artık tüketici-tüketici olmayan ayrımı yapılmaksızın herkesin bu koruyucu hükümlerden yararlandırılması sağlanmıştır. Böyle-

Atamer, Yeşim: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2005, c. 4, s. 109-115, s. 110.

⁴⁴ Bkz: Türk Dil Kurumu Sözlüğü, 6. Baskı, Ankara 1982 s. 509 ve 744.

⁴⁵ **Yılmaz**, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Ankara 2006, s. 643.

⁴⁶ **Havutçu**, s. 57 vd.

⁴⁷ **Altop**, bu hükümlerin bir bütün olarak düzenlenmesinin yerinde olduğunu, sadece “Sözleşmenin İçeriği” üst başlığı altında 26-29. maddelerden sonra yer almasının daha uygun olacağını belirtmiştir. Bkz: **Altop**, s. 35; **Atamer**, bu altı madde genel işlem şartları denetiminin sacayağını oluşturan üç alanı (yürürlük, yorum ve içerik denetimi) düzenlediğinden, bu üç sorunun konularına göre sırasıyla sözleşmenin kurulması, yorumlanması ve geçerliliği hükümleri arasında bulunmasını çok daha mantıklı bulmaktadır. Alman Medeni Kanunu’nda bu şekilde düzenlenmişse de bunlar hukuki işlemler hakkındaki genel hükümlerden sonra bir borç ilişkisi oluşturma tekniği olarak düzenlendiğini; oysa TBK’da ise butlan kavramı henüz yasada açıklanmadan butlan yaptırımının ortaya çıktığını belirtmektedir. Bkz: **Atamer**, Hukuki Perspektifler Dergisi s. 110, **Atamer**, Kocayusufpaşaoğlu’na Armağan, s. 323.

likle tüketici-tacir ayrımı⁴⁸ da kalkmış ve özellikle bankalar karşısında tacirlerin de korunmasına imkan sağlanmıştır⁴⁹.

B. Tanım

Genel işlem şartlarının kavramıyla ilgili olarak öğretide çeşitli tanımlar yapıldıysa da 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na kadar yasal düzenlemelerimizde bu konuya ilişkin bir tanım bulunmamaktaydı; ancak Alman Hukuku'ndaki yasal terminolojiye uygun olarak şu şekildeki tanımlamalar mevcuttu⁵⁰: “Çok sayıda hukuki ilişkinin temelini oluşturmak üzere önceden hazırlanan ve sözleşmenin kurulması sırasında taraflarından birinin dayandığı, karşı tarafın içeriğine etki etme imkanı bulamadığı değiştirilmeden kabul edilmek üzere sunulan sözleşme koşullarıdır”.

TBK m. 20' de ise: “Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri” olarak tanımlanmıştır. Tanım büyük oranda öğreti tarafından kabul edilen tanımlamalarla benzerlik göstermekteyse de bazı hususlar yönünden yanlış anlaşılmaya müsaittir.

⁴⁸ **Antalya**, tacirler bakımından TTK'nın 54. ile 63. maddelerinde haksız rekabete ilişkin olarak birtakım genel işlem koşullarıyla ilgili düzenlemeler getirildiği için TBK'daki bu düzenlemelerden tacirlerin yararlanamayacağını; zira kanunkoyucu eğer bu tip düzenlemelerden yararlanmalarını isteseydi TTK da bu düzenlemeleri getirirken TBK'daki hükümlere benzer hükümlerde getirirdi görüşünü belirtmiş ve tacirler için TTK'daki özel kanunda düzenlenmiş olan hükümlere itibar edilmesi gerekliliğini benimsemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Antalya**, s. 294 vd.

⁴⁹ Baskın görüş, TBK hükümlerinden tacirlerinden yararlanılabileceği yönündedir. Bkz: **Havutçu**, s. 70; **Atamer**, Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 109; **Oğuzman/Öz**, s. 162; **Kuntalp**, Erden: Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildirimler- Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 8 Nisan 2011, Sempozyum No: II, s. 81- 102, s. 82; **Altop**, s. 35; **Dimdik**, Hakan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümleriyle Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi Borçlar Kanunu Özel Sayısı, Y: 77, S. 2, Mayıs 2012, s. 95-119, s. 119; **Yoket**, Yasemin/**Güler**, Selin: Genel İşlem Şartlarının Yorum Yoluyla Denetimi, İzmir Barosu Dergisi Borçlar Kanunu Özel Sayısı, Y: 77, S. 2, Mayıs 2012, s. 231-252, s. 231.

⁵⁰ **Havutçu**, s. 12; **Atamer**, Doktora Tezi, s. 61.

Tanımda genel işlem koşullarını kullananın bunları “tek başına” düzenlemesi gereği aranmış ve daha sonra bütün metinlerde de “düzenleyen” ifadesinden bahsedilmiştir; ancak çoğu zaman bu şartlar bizzat kullanan tarafından hazırlanmadığından başkalarının (örneğin bir avukatın veya başka bir kurumun) hazırladığı metinler kullanıldığından bu durumlarda bu kelimeler, borçlar kanunu hükümlerinin uygulanmaması tehlikesini ortaya çıkarabilir⁵¹; fakat aslında genel işlem koşulu nitelendirilmesinde bulunurken metni kimin hazırladığına bakılmaksızın sözleşmenin kuruluşunda⁵² birinin diğerine dayattığı sözleşme koşullarının var olup olmadığı asıl önem taşır⁵³. Bu sebeple genel işlem koşullarının kamusal bir makam tarafından onaylanmış veya hazırlanmış olması da onun bu niteliğini ortadan kaldırmaz (TBK m. 20/f. IV).Örneğin: Sigortacılık Kanunu m. 11/f. I’ e göre: “*Sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir.*” Hazine Müsteşarlığı’nca düzenlenmesi ve bütün sigorta şirketlerinin bunları kullanmak mecburiyetinde olması daha sonradan bu hükümlerin yargısal yoldan denetlenmesini engellemez⁵⁴.

Bu hususların yanında TBK’da genel işlem koşullarının tanımında karşı tarafça müzakere edilmeden kabul edilen koşullar olduğuyla genel ve soyut nitelikte bulunduğuna ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir; oysa bu özellikler bu kavramın temel karakteristik unsurlarıdır⁵⁵. Bu kapsamda, Havutçu’ya

⁵¹ **Altop**, s. 36, **Atamer**, Kocayusufpaşaoğlu’na Armağan, s. 324; **Oğuzman/Öz**, burada “tek başına” ifadesini karşı tarafın bu hazırlamada bir rolü ve söz hakkı olmadığı şeklinde yorumlamak gerektiğini belirtmiştir. Aynı görüşte: **Havutçu**, s. 75; **Atamer**, Kocayusufpaşaoğlu’na Armağan, s. 324; **Antalya**, s. 300; ancak bununla birlikte bu yazarlar da “kullanan” terimini daha yerinde bulmaktadır.

⁵² **Altop** da TBK’nın 1., 2., 6. ve 11. maddelerinde sürekli olarak “sözleşmenin kurulması” ifadesi kullanılırken burada “sözleşme yapılırken” ifadesinin kullanılmasını dil uyumu açısından eleştirmiştir. Bkz: **Altop**, s. 36.

⁵³ **Havutçu**, s. 74.

⁵⁴ **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 15. Başka örnekler için bkz: **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 15.Bası (Turhan Kitapevi), Ankara 2012, s. 115.

⁵⁵ **Havutçu**, s. 74; **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 14; **Atamer**, Doktora Tezi, s. 65. Bu yazarlara göre soyut nitelik: Belirli (somut) bir sözleşme için değil de aynı türde gelecekte yapılacak çok sayıdaki sözleşmelerle ilgili

göre genel işlem koşulları şu şekilde tanımlanabilir: “Gelecekte yapılacak aynı türdeki çok sayıda sözleşmenin içeriğini oluşturmak üzere önceden tek yanlı olarak genel ve soyut biçimde hazırlanan ve sözleşmenin kuruluşunda taraflardan birinin dayandığı, görüşülmeden sözleşmenin içeriğine dahil olmasını istediği sözleşme koşulları”. Bu şekilde tanımlamak bizce de daha uygun ve yerinde olur⁵⁶. Bu tanıma göre üzerinde durulması gereken bazı noktalar vardır. Bunlar şöyledir:

1. Çok Sayıda Sözleşmede Kullanılma

Alman Hukuku'nda “çok sayıda sözleşme şartı”nın ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı konusu çok tartışmalıdır; ancak genel olarak en az üç defa kullanılma durumunda bu şartın gerçekleşmiş olduğu kabul edilmiştir⁵⁷. Hatta Alman Hukuku'nda şartları hazırlayan ve kullanan kişilerin farklı olması halinde de bir ayırım yapılmış ve bu durumda incelenmiştir⁵⁸. Buna göre: Sözleşmenin taraflarından biri üçüncü kişinin hazırladığı şartları kullanıyorsa bu şartları gelecekte çok sayıda sözleşmeye temel oluşturması niyetiyle kullanıyorsa burada zaten problem yoktur; ancak sadece bir defaya mahsus olarak kullanıyorsa burada artık üçüncü kişinin hazırlamaktaki amacına bakılır. Eğer üçüncü kişi sözleşme hükümlerini genel ve soyut şekilde formüle etmişse bu halde çok sayıda sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlandığı sonucuna varılır ve hükümler genel işlem koşulu niteliğini kazanır. Havutçu'nun da katıldığı bu görüşe göre kira sözleşmelerindeki şartlar

olarak hazırlanmış şartlar olarak; genel niteliği ise: Kimliği önceden belirli olmayacak kişilerle yapılacak sözleşmelerde kullanılmak üzere hazırlanan şartlar şeklinde tanımlanmışlardır. Atamer önceden düzenlenmiş olma unsurundan bu unsurun da çıktığını belirtmiştir.

⁵⁶ **Altop** ve **Atamer** ise Alman Medeni Kanun m. 305/f. I hükmüne benzer şekilde: “Çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere önceden düzenlenmiş ve sözleşme taraflarından birinin (kullananın) karşı tarafa sözleşmenin kurulması sırasında sunduğu sözleşme hükümleri” şeklinde tanımlamışlardır.

⁵⁷ **Arıkan**, Mustafa: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Değerlendirmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Tebliğ No: III, s. 65-73, s. 70.

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Havutçu**, s. 82.

da genel işlem koşulu olarak değerlendirilebilecektir⁵⁹. Nitekim kiralayan sahip olduğu tek daireyi kiraya verirken eğer kira formüleri satın alırsa artık genel işlem koşullarının varlığından söz edilebilecektir⁶⁰. Yani burada bu sözleşme sadece bir kez kullanılsa bile bu şartlar genel işlem koşulu niteliğini kazanacaklardır.

Türk Hukuku'nda ise kullananın, üçüncü kişi tarafından hazırlanmış olan koşulları, başkalarıyla yapacağı çok sayıda sözleşmede kullanma niyeti taşıması gerektiği yönünde bir eğilim vardır⁶¹; ancak görüldüğü gibi öğretimizde de belli bir sayı sınırlandırılması benimsenmemiştir⁶².

Kanunkoyucu birden fazla sözleşmede kullanılacak olan bu metinlerin tıpatıp aynı olmasını da aramamıştır; aksi halde genel işlem koşullarının denetiminin dolanılmasına yol açılmış olurdu. Bu yüzden bu metinlerin benzeşmesi yeterlidir⁶³. Nitekim TBK m. 20/f. II: “Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.” diyerek bu hususu belirtmiştir. Yani hazırlanan sözleşmelerde bazı hükümler farklı olsa da ortak olan hükümler genel işlem koşulu olarak kalmaya devam edecektir⁶⁴. Dolayısıyla sözleşme metinlerinde yaratılan önemsiz, yapay farklılıkların bu

⁵⁹ Aynı görüş için bkz: **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 17.

⁶⁰ Alman Hukuku'nda sadece kira sözleşmesi formüleri değil, genel olarak formüler sözleşme olarak adlandırılan örnek sözleşme metinlerinin kullanıldığı sözleşmelerde yer alan şartlar için de aynı kabulün geçerli olduğu hakkında bkz: **Havutçu**, s. 82-83. Aynı görüşteki **Atamer**, sadece matbu sözleşme kullanılmasını genel işlem koşulunun varlığı için yeterli saymaktadır. Benzer şekilde genel işlem koşullarının bir dernek veya kurum gibi üçüncü kişiler tarafından hazırlanmış olması halinde bunları sözleşmeye dahil eden kişinin de birden fazla sözleşmede kullanma amacı taşıyıp taşımadığına bakılmayacağı görüşündedir. Bkz: **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 17.

⁶¹ **Antalya**, s. 301; **Reisoğlu**, s. 70.

⁶² **Kılıçoğlu**, bir tek olaya özgü olmak üzere bile bir tarafın hazırlamış olduğu sözleşmenin de genel işlem koşullarını içerebileceği görüşündedir. Bkz: **Kılıçoğlu**, s. 114.

⁶³ **Altop**, buna örnek olarak delil sözleşmelerine ilişkin bir genel işlem koşulunun, sözleşmenin asıl metnine veya ekine alınması yerinin (madde numarasının) değiştirilmesi, öze dokunmayan ifade farklılıkları yaratılması durumlarına değinmiş ve bunların uygulama farklılığı yaratmayacağını belirtmiştir. Bkz: **Altop**, s. 37.

⁶⁴ **Oğuzman/Öz**, s. 163.

fıkra kapsamında kalmak kaydıyla sözleşme metinlerinin genel işlem koşulu sayılmalarını kesinlikle engellemeyeceği sonucu çıkartılabilir⁶⁵.

2. Taraflardan Birinin Sözleşmenin Kuruluşunda Genel İşlem Koşullarına Dayanması

Sözleşmenin kuruluşu sırasında genel işlem koşullarına dayanan tarafın, diğer tarafa görüşme ve pazarlık konusu yapma imkanı vermemesi, bu şartların diğer tarafça görüşülmeksizin kabul edilerek sözleşmeye alınması, genel işlem koşullarının zaten belirleyici unsurlarındandır. TBK m. 20'de yapılan tanımda da "karşı tarafa sunduğu" ifadesi ile kanun koyucunun bu durumu ifade etmek istediği gibi bir yorum yapılabilir⁶⁶. Bu koşullara dayanan taraf bunların görüşülmeden ve herhangi bir değişiklik yapılmadan bir bütün olarak olduğu gibi kabul edilmesini istemektedir. Yani karşı taraf ya sözleşmeyi yapmalı ya da sözleşme yapmaktan vazgeçmelidir.

Çok sayıda aynı türde sözleşme için hazırlanmış olsa dahi, eğer sözleşme hükümleri taraflarca karşılıklı olarak görüşülüp tartışılmışsa bu durum bu sözleşme hükümlerini genel işlem koşulu olmaktan çıkarır. Üzerinde görüşülüp tartışılan sözleşme koşulları, karşılıklı anlaşma yoluyla kurulan bireysel sözleşmelerin içeriğinde yer alan sözleşme hükümleri gibi bireysel anlaşmayla sözleşmeye alınmış sayılır ve bunlar artık denetlenemez⁶⁷.

Alman Hukuku'nda karşılıklı görüşülmüş olma unsurunun yerine gelmiş sayılması için sıkı şartların varlığı aranmaktadır: Müteşebbisin sadece genel işlem şartlarını görüşmeye hazır olduğunu bildirmesi, müteşebbis tarafından genel işlem şartlarının görüşülerek kabul edildiğine ilişkin kayda yer verilmesi, genel işlem şartlarını içeren metnin tek tek her sayfasının imzalanmış olması, müteşebbisin şartların içeriği hakkında karşı tarafı bilgilendirmesi, müşteriye bazı şartlar hakkında değişik seçenekler sunularak tercih

⁶⁵ **Altop**, s. 37; **Kılıçoğlu**, s. 114.

⁶⁶ **Havutçu**, s. 85.

⁶⁷ **Havutçu**, s. 88; **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 20. Yazarlar bu durumun Alman Medeni Kanunu'nda açıkça ifade edildiğini belirtmiştir: "Karşılıklı olarak müzakere edilmiş sözleşme şartları, genel işlem şartı sayılmaz." (m. 305/f .I/c. 3).

imkanı verilmesi gibi hallerde⁶⁸ karşılıklı görüşmenin varlığı kabul edilmekte müteşebbisin ciddi olarak karşı tarafın olası bir değişiklik yapma isteğini de yerine getirmeye hazır olması gerekli görülmektedir⁶⁹.

TBK'nın benzer düzenlemeler getirerek aynı çözümü kabul ettiği benimsenebilir. Nitekim TBK m. 20/f. III: “*Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.*” hükmü getirilerek tek başına bu türden bir kaydın genel işlem koşulu niteliğini değiştirmeyeceği belirtilmiştir. Sözleşmenin bütün sayfalarının hatta maddelerinin ayrı ayrı imza altına alınması için de aynı durum geçerlidir⁷⁰.

Buna karşılık maddedeki tek başına deyiminden de anlaşılacağı üzere sözleşmedeki bütün hükümler taraflarca gerçekten ayrı ayrı tartışılmak suretiyle aynen veya kısmen değiştirilmek suretiyle kabul edilmişse ve mevcut şartlarda karşı taraf yapılan öneriyi tümüyle tartışmak, pazarlık etmek olanağına sahip idiyse⁷¹ sözleşmenin artık bireysel sözleşmeye dönüştüğü kabul edilebilir⁷²; ancak burada sorun ispat yükünün kime ait olduğudur.

Bir metnin genel işlem koşulu olmadığını ispat edecek olan kişi bunu iddia eden yani kullanandır. Bu konuda Türk Borçlar Kanunu'nda bir düzenleme mevcut değilse de TKHK m. 6/f. III- IV'teki düzenleme Atamer'e göre kıyasen uygulanabilir⁷³. Buna göre m. 6/f. V: “*Bir satıcı veya sağlayıcı, bir*

⁶⁸ Ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz: **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 22 vd.

⁶⁹ **Havutçu**, s. 89.

⁷⁰ **Reisoğlu**, s. 71.

⁷¹ **Atamer**, müşteri açısından sadece pazarlık etme şansının varlığını aramakta, fiilen bu imkandan faydalanmış olmasını gerekli görmemektedir.” Bkz: **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 26. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Pazarlık etme şansı yaratılmış ancak hiçbir maddede değişiklik yapma hakkı tanınmamışsa ve sözleşme olduğu gibi kabul edilmek zorunda bırakılmışsa bu halde genel işlem koşulları elbette ki baki kalacaktır. Sadece metinde değişiklik yapma hakkı verildiği hallerde artık genel işlem koşulundan bahsedilemez.

⁷² **Havutçu**, s. 88; **Reisoğlu**, s. 71; **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 26; **Kılıçoğlu**, s. 114.

⁷³ Bkz: **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 24-25. Yazar genel işlem koşullarının tümel olarak ya da bazı hükümlerin pazarlık konusu edildiğinin

standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir." hükmü burada da uygulama alanı bulabilir. Bizce de bu hükümden yola çıkılması gerekir. Her ne kadar 6098 sayılı Kanunda bu husus açıkça belirtilmemişse de bu genel bir kanundur ve bu kanunda düzenleme olmayan hallerde özel nitelikteki TKHK bu kanuna tamamlayıcı olarak uygulanabilir.

3. Genel İşlem Koşulu Nitelendirilmesinde Önem Taşımayan Hususlar

Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinin I. fıkrasının 2. cümlesine göre: " *Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.*" Buna göre genel işlem koşullarının yazılı olması halinde ne tür bir metinde yer aldığı, nasıl kaleme alındığı, yazı türü, basım tarzı veya çoğaltılmış olup olmadığı nitelendirmede önemli değildir⁷⁴.

Sözleşmeye dahil edilmek istenen koşulların azlığı ya da çokluğu da önemli sayılmamıştır. Atamer bu sebeple haklı olarak sadece bir cümlelik bir genel işlem koşulu tespit etmenin mümkün olabileceğini belirtmiş ve örnek olarak: sorumsuzluk kayıtları nedeniyle kimsenin vestiyere paltosunu bırakmaktan kaçınmadığı durumunu vermiştir. Diğer yandan akdedilen sözleşmenin yazıya dökülmesi halinde akdedilen sözleşmenin bu metinle doğrudan bağlantısının olması da gerekli görülmediği için metnin bir ilan veya teslim edilen belgeler üzerinde olmasını da önemli saymamıştır⁷⁵.

Anlamı aynı olan hükümlerin sözleşme metinlerinde farklı dillerde veya aynı dilde farklı cümlelerle ve kelimelerle ifade edilmeleri de onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz⁷⁶.

nasil ispatlanacağı konusunda; e-posta yazışmalarına, faksılara, metin çıktıklarına dayanılabileceğini belirtmektedir. Ayrıca Atamer, belirli bölümleri (fiyat, faiz oranı, sözleşme süresi gibi) boş olan ve taraflarca doldurulması gereken formüler sözleşmeleri de bireysel sözleşme olarak nitelendirmemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 25.

⁷⁴ **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 19; **Reisoğlu**, s. 70.

⁷⁵ **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 19.

⁷⁶ **Oğuzman/Öz**, s. 163.

C. Denetim

1. Yürürlük Denetimi

6098 sayılı kanun genel işlem koşullarının denetimde üç aşamayı benimsemiştir⁷⁷: İlk olarak genel işlem koşullarının sözleşme içeriği olup olmadığını tespiti aşaması olan yürürlük⁷⁸ denetimidir.

Antalya, bu denetim türü için “yürürlük denetimi” terimi yerine kapsam denetimi ifadesini kullanmıştır⁷⁹. Kanımızca kabul edilen görüş her ne kadar yürürlük denetimi ifadesi olsa da bu denetimin düzenlediği maddenin başlığı “kapsam”dır. (TBK m. 21). “Yürürlük ifadesi” ise geçerliliği konusunda bir tartışma bulunmayan bir durumun uygulamaya konulması durumudur; oysa burada daha bu hükümlerin sözleşme kapsamına girip giremeyeceği hususu incelenmektedir. “Bağlayıcı” ifadesinde ise sözleşmede bağlayıcı olup olmayacağı hususu tartışılır; ancak burada sözleşme daha kurulurken bazı koşullar gerçekleşmediği için konulan hükmün sözleşmenin kapsamına dahil sayılmaması durumu vardır. Karşı tarafın hükmün içeriği hakkında herhangi bir bilgiye sahip olmadığı bir durumda, ne olduğunu bilmediği bu hükümlerin yürürlüğe girmesinden ya da bağlayıcı olmasından bahsetmektense bizce de sözleşme kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinden bahsetmek daha yerinde bir ifade olacaktır; ancak genel olarak bu terim benimsendiği için çalışmamızda da bu şekilde ifade edilecektir.

Bu aşamada dürüstlük kuralı uyarınca genel işlem koşullarının sözleşmeyi kuran taraf iradelerinin uyuşması kapsamında olmadığı, dolayısıyla sözleşme parçası olmadığı sonucuna varılabildiği bütün hallerde bu hükümlerin varlığı bir önem arz etmeyecektir; ancak eğer genel işlem koşullarının sözleşme içeriği olduğu sonucuna varılabilirse bu sefer bunların yorum

⁷⁷ **Antalya**, farklı olarak dört aşama kabul etmiştir. Bunlar: Genel işlem koşullarının varlığının belirlenmesi (TBK m. 20’deki tanımda yer alan unsurların varlığının incelenmesi) aşaması olan ön aşama, kapsam denetimi (doktrinde yürürlük denetimi olarak kabul edilmektedir), yorum denetimi ve içerik denetimidir. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Antalya**, s. 299 vd.

⁷⁸ Bu kavram için “bağlayıcılık denetimi” ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz: **Havutçu**, s. 105; **Erdem**, H. Cihan: Genel İşlem Şartlarında Bağlayıcılık Denetimi, İzmir Barosu Dergisi Borçlar Kanunu Özel Sayısı, Y: 77, S. 2, Mayıs 2012, s. 119-141, s. 119.

⁷⁹ **Antalya**, s. 299.

yoluyla denetlenmesi aşamasına geçilebilir. Bu halde de genel işlem koşullarını kullanan aleyhine olarak yorum yöntemi benimsenir; fakat bütün bunlar işe yaramazsa, artık son yöntem olarak bu hükümlerin geçerliliğinin denetlenmesi yoluna gidilecektir. Buna da içerik denetimi denilir. Bu safhada da sözleşme içeriği olmuş, yorum yoluyla kullanan aleyhine de yorumlanamayan bu sözleşme koşullarının hakim tarafından denetlenmesi ve gerekiyorsa batıl sayılmasına hükmedilecektir⁸⁰.

Yürürlük denetimi Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde şöyledir:

“Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.”

Görüldüğü gibi madde iki fıkra halinde düzenlenmiştir. Biz de hükmün sistematığına uygun olarak ilk fıkrayı ve ikinci fıkrayı ayrı ayrı inceleyecek, daha sonra da yaptırım türüne ilişkin açıklamalarda bulunacağız:

a. Genel İşlem Koşullarının Sözleşme Kapsamına Girmesi

Sözleşmelerin kurulması için temel ilke TBK m. 1 uyarınca iradelerin uyuşmasıdır; ancak burada uyuşması gerekenin sadece beyanlar mı (açıklama prensibi) yoksa beyandan farklı olarak gerçek iradelerin kendisi mi (irade teorisi) olduğu konusunda madde de bir açıklık yoktur. Bir de güven kuramı ölçütü vardır. Bu kurama göre ise karşı tarafça bilinen tüm hal ve şartlar dürüstlük kuralına göre değerlendirilerek karşı tarafın bu beyana ne anlam verdiği esas alınacaktır⁸¹. Bu teoriler arasında taraf menfaatlerine en

⁸⁰ **Atamer**, Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, s. 292.

⁸¹ Güven kuramına göre bir beyanı anlamlandırmadan kast edilen ne beyan sahibinin verdiği anlama ne de beyan muhatabının bunu kavrayışına itibar etmektir. Beyan muhatabının bütün hal ve şartları dikkate alınarak dürüstlük kuralı gereği bu beyanı nasıl anlamlandırması gerektiği tespit edilir. Beyan sahibi aslında farklı bir beyanda bulunmuş olsa bile karşı tarafta haklı bir güven yaratan kişi bu güvenin korunmasını kabul etmek

uygun çözüm, makul ve dürüst bir karşı tarafın beyana vereceği anlam esas alınarak bu anlam doğrultusunda sözleşme kurulmasıdır⁸².

Genel işlem koşullarının hukuki niteliği sözleşme temeline dayandığından, bu koşulların sözleşme içeriğine girmesinde de güven kuramı uyarınca tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları esas alınır⁸³. Bu koşullar ne objektif normlar olarak ne de örf ve adet hukuku kuralı olarak tarafların iradesi olmadan kendiliğinden bireysel sözleşmede yürürlük kazanamaz⁸⁴.

Yürürlük denetiminde, karşı tarafın genel işlem koşulu kullanıldığından haberi yoksa ya da var olsa bile bu koşulların sözleşmeye alınmasına muvafakati yoksa⁸⁵ dolayısıyla da tarafların irade uyuşmasının genel işlem koşullarını kapsamadığı sonucuna varılabiliyorsa artık diğer denetim aşamalarına geçmeye gerek kalmaksızın sözleşme bu koşullar olmadan akdedilmiş sayılır⁸⁶.

TBK m. 21/f. 1'e göre: "*Karşı tarafın menfaatine aykırı*⁸⁷ genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında

zorundadır. **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı (beta yayıncılık), İstanbul 2010, s. 143; **Antalya**, s. 161.

⁸² **Antalya**, s. 161; **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 26. Uygulamada kabul edilen görüş de budur.

⁸³ "*İsviçre Hukuku'nda genel işlem şartlarının sözleşmeye alınması bakımından özel yasal düzenleme bulunmadığı için sözleşmenin kuruluşundaki genel ilkeler çerçevesinde ve müşterinin iradesinin güven teorisine göre yorumlanması yoluyla yürürlük denetimi yapılmaktadır. Alman Medeni Kanunu'nda ise genel işlem şartlarının sözleşmeye alınması sıkı şartlar öngörülmüştür.*" **Havutçu**, s. 106.

⁸⁴ **Havutçu**, s. 105.

⁸⁵ **Havutçu**, s. 105.

⁸⁶ **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 26.

⁸⁷ **Atamer**, bu ifadeden bahsedilmiş olmasını yerinde bulmamaktadır. Nitekim hakim in bu denetim sırasında karşı tarafın menfaatine aykırı olup olmadığı sorunu üzerinde hiç durmaması ve hiç bir şekilde taraflar arasındaki dengenin bozulup bozulmadığını incelememesi gerektiğini belirtmiştir; çünkü bu haliyle kanun koyucunun aslında içerik denetimiyle yürürlük denetimini birbirine karıştırdığını ifade etmiştir. Görüşümüze göre zaten burada karşı tarafın menfaatine aykırı olacağı durum için detaylı bir inceleme yapılmayacak, aykırılığın boyutuna (azlığına-çokluğuna) da bakılmayacaktır sadece genel, yüzeysel bir değerlendirmeye belirli olacak nitelikte bir aykırılığın olup olmadığı araştırı-

düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.” Bu hüküm çerçevesinde düzenleyen (kullanan) sözleşmenin yapılması (kurulması) sırasında karşı tarafa, genel işlem koşullarının varlığı hakkında, açıkça⁸⁸ bilgi vermeli ve bunların içeriğini öğrenme olanağını sağlamalıdır. Buna ilişkilendirme (dahil olma) anlaşması da denilir⁸⁹; ancak bu husus da yeterli değildir. Karşı tarafın bu koşulları açıkça kabul etmesi de gerekir.

İlişkilendirme anlaşması olarak nitelenen kısım çerçevesinde karşı taraf bu hükümlerden haberdar olmalı ve ona içeriği hakkında bilgi verilmelidir.

lacaktır. Dolayısıyla da bunun içerik denetimine yönelik bir inceleme olduğunu söylemek yerinde olmaz. Ayrıca eğer bu ifade olmasaydı karşı tarafın menfaatine uygun olanlar hakkında da bilgi verilmezse bu koşulların da yazılmamış sayılacağı yaptırımına tabi olacağı gibi bir sonuç ortaya çıkardı. Bu nedenle bu ifadeye yer verilmesi gerekli ve yerindedir.

⁸⁸ **Atamer**, her durumda karşı tarafa sözlü olarak veya bir nüsha halinde bu koşulların verilmesinin beklenmesini ticari hayatın olağan akışına uygun bulmamakta ve Alman Medeni Kanunu m. 305/f. II'deki gibi bir ifadeye yer verilseydi daha iyi olacağını düşünmektedir. Bu ifade: “Açık bir uyarı, sözleşmenin kurulma şekli nedeniyle; ancak ölçüsüz güçlüklerin göze alınması halinde mümkün gözükiyorsa sözleşmenin akdi yerinde bunların belirgin şekilde ilan yoluyla uyarma”yı da kabul etmek gerekir. Bu sebeple mesela: Bir garaja girerken “arabanızın başına geleceklerden işletmemiz sorumlu değildir” şeklinde bir ilan asılmasının yeterli olması gerektiği ve bu halde sadece ilgili sorumsuzluk kaydını sözleşmeye dahil etmek için matbu bir kâğıdın garaja gelen her müşterinin eline verilmesini aramanın anlamsız olacağı görüşündedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 27. Ancak **Antalya**, maddenin bu haliyle de zaten duyuru yoluyla bilgi verilmesini engelleyen bir düzenleme olmadığını benimsemektedir. Bkz: **Antalya**, s. 304. Nitekim kanımızca da, kanunun lafzında karşı tarafın bu koşulları açıkça bilmesinden ve bunların içeriğini öğrenmesinden bahsedilmiştir. Dolayısıyla da bu bilme ve öğrendirme işlemi bu koşullar ilan edilerek ya da duyurularak da gerçekleştirilebildiğinden bu hususlara kanun koyucu yer vermemiş olsa da, bu bir eksiklik değildir. Zaten kanunun lafzından dahi çıkan bir sonuçtur ve karşı tarafı bilgilendirmek için mutlaka sözlü uyarı ya da metnin verilmesi gibi sınırlayıcı bir yorum yapılmamalı, sözleşmenin hal ve şartlarına göre başka yöntemler de benimsenebilmelidir.

⁸⁹ **Havutçu**, s. 106; **Antalya**, yürürlük denetiminin alt başlığı olarak ilişkilendirme denetimi şeklinde ifade eder. **Antalya**, s. 303.

Bu amaçla sadece banka genel işlem koşulları yeterlidir demek yerine ayrıca bunlara ilişkin metin karşı tarafa verilmeli⁹⁰ veya elektronik sözleşmelerde özellikle internet ortamında yapılanlarda sözleşen bu koşullar hakkında tam manasıyla bilgi edinme ve öğrenme imkanına sahip olabilmeli gerekirse bunları bilgisayarına indirmeli, saklayabilmeli veya yazdırabilmelidir⁹¹.

Bu denetimde üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise karşı tarafın genel işlem koşullarını sözleşmeye dahil etmeye ilişkin rızasıdır. Bu rıza dürüstlük kuralına uygun olarak karşı tarafın durumu da dikkate alınacak şekilde makul ve dürüst bir müşteri açısından değerlendirilmelidir⁹². Karşı taraf bu iradesini açıkça veya iradesini gösterecek davranışlarla örtülü olarak da açıklayabilir.

aa. Açık İrade Beyanlarıyla Açıklama

Karşı tarafın, kullananın sunduğu genel işlem koşullarını içeren metni kabul ettiği, bir yoruma veya tartışmaya yer vermeyecek şekilde doğrudan doğruya beyanından anlaşılıyorsa açık irade beyanı ile yapılmış bir kabul söz konusudur⁹³.

Genellikle sözleşen, genel işlem koşullarının içeriğini bilmeden kabul eder; bu nedenle kanun koyucumuz bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verilip bunların içeriğinin öğrenme olanağının sağlanması gerektiğinden bahsetmiştir. Bu durumda; açık anlaşma bakımından karşı tarafın genel işlem koşullarının içeriğini bilmesi, bunları okuyup anladıktan, içeriği hakkında tam bir bilgi sahibi olduktan sonra kabul etmesi ile, tipik durum olan genel işlem koşullarının içeriğini bilmeden kabul etmesi arasında bir ayrım yapılmalıdır. Birinci durumda karşı tarafın irade açıklaması tam kabul, ikinci durumda ise global (genel) kabul olarak nitelendirilmektedir⁹⁴.

- Tam (Bilinçli) Kabul

Tam (bilinçli) kabul, sözleşmenin kurulmasından önce karşı tarafın genel işlem koşullarını okuma ve içeriğini anlayabilme imkanına sahip

⁹⁰ **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 27.

⁹¹ **Antalya**, s. 304.

⁹² **Antalya**, s. 306.

⁹³ **Antalya**, s. 306.

⁹⁴ **Havutçu**, s. 110; **Antalya**, s. 306 vd.

olduğu hallerde söz konusu olur. Bu halde karşı taraf sadece genel işlem koşullarının varlığını bilerek değil, içeriğini ve içerdiği hükümleri de bile- rek⁹⁵ bu koşulların sözleşmeye dahil olmasını istediği için kabul bilinçli bir irade ürünüdür⁹⁶.

Karşı tarafının kabulünün bilinçli (tam) kabul sayılabilmesi için, irade- nin açıklanış biçimi önem taşımaz⁹⁷. Eğer sözleşen, sözleşmenin imzalan- masından önce genel işlem koşullarını içeren belgeyi edinme ve içeriğini anlama imkanı bulmuşsa ya da sözleşme metninin arka yüzüne basılı şartları sözleşmeyi imzalamadan önce okuyup anlama fırsatı bulmuşsa sözleşmeyi imzalaması, bilinçli kabul niteliği taşır⁹⁸.

Tam kabul, kabul edilen sözleşme koşullarının bireysel anlaşma konusu yapılmış, görüşme ve pazarlık sonucu kabul edilmiş olduğu anlamına gel- mez. Nitekim karşı taraf koşulların kendisi için taşıdığı anlam ve öneme rağmen, başlangıçta aleyhe bulunduğu sözleşme koşullarında değişiklik yapma isteğini fiilen diğer tarafa kabul ettirecek güce sahip olmadığından, eğer koşulları olduğu gibi kabul etmişse sözleşmeye dahil edilen bu koşullar genel işlem koşulları niteliğini korur⁹⁹.

- *Global (Genel) Kabul*

Karşı tarafın genel işlem koşulları içeriği hakkında bilgi sahibi olmadan (okumadan, düşünmeden ya da anlayamadan) bu hükümleri sözleşmeye dahil etmeyi kabul etmesine global veya genel kabul denilir¹⁰⁰; ancak global

⁹⁵ **Atamer**, sözleşmenin kurulması aşamasında genel işlem koşulu kullananın genel işlem koşulunun içeriği hakkında bir bilgi verme yükümlülüğünün olmadığını; nitekim madde metninde sadece genel işlem koşulu kullanıldığı konusunda karşı tarafı açıkça uyarması gerektiğinden bahsedildiğini belirtmektedir. Bkz: **Atamer**, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, s. 28.

⁹⁶ **Havutçu**, s. 111.

⁹⁷ **Antalya**, tam (bilinçli) kabulün açık veya örtülü olarak da yapılabileceğini ifade etmiş- tir. Bkz: **Antalya**, s. 306. **Havutçu** ve **Atamer**, Örtülü kabulü global kabulün yanında ayrı bir tür olarak ele almıştır. Bkz: **Havutçu**, s. 118 vd.; **Atamer**, *Doktora Tezi*, s. 99 vd.

⁹⁸ **Havutçu**, s. 111-112.

⁹⁹ **Havutçu**, s.112.

¹⁰⁰ **Antalya**, s. 307.

kabulün varlığı için müşterinin içeriğini bilmese de en azından genel işlem koşullarının varlığını bilmesi gerekir¹⁰¹.

Genel işlem koşullarının içeriği hakkında hiç bir bilgisi olmayan, bu koşulların kendisi için taşıdığı anlam ve önemin bilincinde olmayan müşterinin beyanının kabul beyanı olarak değerlendirilmesinde güven teorisinden yararlanılmaktadır. Buna göre kendisine genel işlem koşullarının içeriğinin öğrenilmesi imkânı sunulmasına rağmen okumadan bir metni imzalayan ya da genel işlem koşullarının sözleşme ile ilişkilendirilmesinde, sözleşme metni ile ilgilenmeden, metinde açıkça bu koşullara yollama yapılmasına rağmen bunların ne olduğunu araştırmadan ya da öğrenmeden metni imzalarak iradesini açıklayan kişi global bir kabulde bulunmuş olacaktır.

TBK m. 21/f. 1 hükmünde¹⁰² “bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip bunların içeriğini öğrenme imkanı sağlaması” ifadesi kullanılmıştır. Bu halin global bir kabul mü gerektirdiği yoksa bilinçli (tam) bir kabulü mü ifade ettiği hususu tartışmalıdır. Bazı yazarlar hükmün lafzının bilinçli kabul olarak anlaşılması gerektiği şeklinde düşünmekte¹⁰³, bazıları da

¹⁰¹ **Havutçu**, s. 113.

¹⁰² **Kuntalp**, hükmün gerekçesindeki, “Karşı tarafın menfaatine aykırı, genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, düzenleyenin sözleşmenin yapılması sırasında diğer tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi, bunların içeriğini öğrenme olanağı sağlaması ve onun da söz konusu koşulları kabul etmesine bağlı kılınmıştır.” hükmünden yola çıkarak sadece karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının varlıklarına ilişkin bilgilendirme yapılmasını, bu nitelikteki koşulların tek tek gösterilmesini aramış ve buna bağlı olarak bankaların, müşterilerine imzalatacakları sözleşmelerde yer alan genel işlem koşullarının varlığı hakkında bilgi vermekle yetinmeyip, ayrıca onların menfaatlerine aykırı genel işlem koşulları hakkında tek tek bilgilendirme yapmaları gerektiğini belirtmiştir. Böylelikle karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları ile bunlar dışındaki genel işlem koşulları arasında ayırım yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz: **Kuntalp**, s. 94. Burada “bunlar dışındaki genel işlem koşulları” ifadesinden anlaşılması gereken karşı tarafın menfaatine uygun olan genel işlem koşullarıdır. Hükmünde yaptırıma bağlanmayacak olan bu koşullar genel işlem koşullarını öğrenme imkanı elde edildiği zaman zaten görülebilecek olan koşullardır. Bu nedenle bizce yerinde olan tüm genel işlem koşulları için açık bir kabulün aranması gerektiğidir.

¹⁰³ **Kılıçoğlu**, Yasanın herhangi bir bilgilendirmeyi değil açıkça bilgilendirmeyi şart koştuğunu, bu nedenle sözleşmeyi tek taraflı olarak hazırlayanın diğerine sözleşme ve genel

bu şekilde düşünülse bile aynı maddenin ikinci fıkrası bakımından global kabulün söz konusu olduğu kanaatine varmaktadır¹⁰⁴. Bir diğer görüş¹⁰⁵ de burada global kabulün düzenlenmiş olduğu yönündedir.

Kanaatimizce de TBK m. 21/f. 1 hükmü ile global kabul kavramı ifade edilmiştir. Nitekim genel işlem koşullarının bağlayıcılık kazanması bakımından, bu koşulların “varlığı” hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verilmesi ve içeriğinin öğrenilmesi “*imkânının sağlanması*” yeterli görülmüş; “*içeriğinin öğrenilmesi*” ise şart kılınmamıştır. Bu nedenle genel işlem koşulları kullanan tarafın bu hükümlerin her biri hakkında ayrı ayrı karşı tarafı bilgilendirilmesi

işlem koşulları hakkında genel açıklamalar yapmasının yeterli olmadığını ve samimi, açık, tereddüde yer vermeyecek şekilde bir bilgilendirme yapması gerektiğini savunmaktadır. Nitekim maddede bilgilendirmenin “*diğer tarafın genel işlem koşullarının içeriğini öğrenme imkânı sağlama*” şeklinde gerçekleşmesi aranmaktadır. II. fıkra bakımından; karşı taraf genel işlem koşulları hakkında bilgilendirilmiş ve içeriğini öğrenme imkanı sağlanmış olsa bile gene de bu fıkraya göre yazılmamış sayılabileceğini belirtmiştir. Bkz: **Kılıçoğlu**, s. 115-116. Biz bu görüşe katılmamaktayız; zira içeriğini öğrenme imkanı sağlanması global kabulün tipik özelliğidir

¹⁰⁴ **Dizdar**, global kabul ile müşteri genel işlem şartlarının içeriğini bilmeyeceğinden genel işlem şartları ile sözleşmenin ilişkilendirilmesinin mümkün olamayacağını yani burada bilinçli bir kabulün gerektiğini; ancak 1. fıkrasında hem global kabulün reddedildiğini, 2. fıkrasında ise sanki global kabul geçerliymiş gibi bir düzenleme getirildiği görüşündedir. Bkz: **Dizdar**, Ali M.: “Genel İşlem Şartları”, Bankacılık Dergisi, Y. 21, S. 72, Mart 2010, Seminer No:III, s. 85-93, s. 93.

¹⁰⁵ **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu s. 28; **Kaşak**, Esra: Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, Yıl 2012, s. 418- 419. **Kaşak**, maddenin ikinci fıkrasında “*sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı hükümlerin*” yazılmamış sayılacağına ilişkin hükmün de bu yorumu haklı gösterdiğini; zira genel işlem koşullarının içeriği hakkında karşı tarafın açıkça bilgilendirilmesi durumunda artık genel işlem koşulları içerisinde yer alan düzenlemelerin karşı taraf bakımından şaşırtıcı, alınlmamış olma niteliği ortadan kalkacak ve hükmün ikinci fıkrasının uygulama alanı kalmayacaktır. Daha sonra açıklanacağı üzere şaşırtıcı kayıt ile yabancı kaydın farklı olduğu yönünde bir görüş bulunmaktadır; ancak yazar böyle bir ayırım yapmamakta ve eğer açık bilgilendirme varsa bu fıkranın etkisizleşeceği görüşündedir. Ayrıca **Kaşak**, aynen: “*Bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verilmesi*” ifadesi, genel işlem koşulları kullanan tarafın, sözleşmeyi bireysel bir sözleşme ile değil genel işlem koşulları kullanılarak yapacağı hususunda karşı tarafı açıkça bilgilendirmesi/uyarması şeklinde anlaşılmalıdır.” ifadesini kullanmıştır. **Kaşak**, s. 418.

dirmesi şart değildir. Burada genel işlem koşullarının içeriğinin mutlak anlamda öğrenilmesi şart koşulmak istenseydi madde “*bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verilmesi ve içeriğinin öğrenilmesi imkânının sağlanması*” şeklinde değil “*bu koşulların içeriği hakkında açıkça bilgi verilmesi*” şeklinde formüle edilirdi¹⁰⁶. Yalnız biz maddenin ikinci fıkrasında “*sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı hükümlerin*” yazılmamış sayılacağına ilişkin hükmün de bu yorumu haklı çıkaracağına ilişkin görüşe katılmıyoruz; zira genel işlem koşullarının içeriği hakkında karşı taraf, açıkça bilgilendirilmiş hatta hükümleri anlamış da olmasına rağmen pazarlık şansı olmadığı ve o sözleşmeye de ihtiyacı olduğu için yine de sözleşmeyi imzalamak zorunda kalmış olabilir. Bu haliyle bizce genel işlem koşullarını açıkça kabul eden taraf dahi II. fıkradaki işin özelliğine yabancı maddelerin denetlenmesini ve sonrasında diğer denetim koşullarından faydalanmayı talep edebilir.

bb. Örtülü İrade Beyanıyla Açıklama

TBK m. 1/ f. II'ye göre irade açıklaması açık olabileceği gibi örtülü de olabilir. Genel işlem koşulları yönünden ise kullananın açık icabını müşterinin örtülü irade beyanı ile kabul edip edemeyeceği hususu ile örtülü icaba müşterinin açık ya da örtülü bir cevap verilebileceği hususları değerlendirilebilir.

- Örtülü İcap

İcapta bulunanın belirlediği genel işlem koşullarının sözleşme ile ilişkilendirmesine yönelik irade beyanında kullandığı sözlerin açık olması, bu konudaki iradenin açık bir beyana eş tutulamayan fiili davranışlarla ortaya konması veya genel işlem koşullarına ilişkin bir yollamaya yer verilmesi halinde örtülü icabın varlığı kabul edilir¹⁰⁷. TBK'nın 21. maddesine göre genel işlem koşullarının sözleşme ile ilişkilendirilmesi için genel işlem koşullarına dayanan tarafın, diğer tarafı genel işlem koşullarının varlığı hususunda açıkça uyarması gerekir. Buna göre kanunumuz bu hale izin vermemiştir; ancak bazı yazarlar örtülü icap yolunun da kabul edilebileceği

¹⁰⁶ Kaşak, s. 418.

¹⁰⁷ Havtuçu, s. 119.

düşüncesindedir¹⁰⁸. Bizce de kanun her ne kadar bu hükme yer vererek bu icap şeklini engellemeye çalışsa da uygulamada halen daha sıklıkla bu icap yoluna rastlanmaktadır.

- Açık İcaba Karşılık Diğer Tarafın Örtülü Kabulü

Örtülü kabul aktif şekilde fiili bir davranışla olabileceği gibi pasif olarak susma şeklinde de gerçekleşebilir; ancak TBK m. 6 ile belirlenen haller dışında “susma”nın “kabul” olarak değerlendirilebilmesi mümkün değildir. İlgili maddeye göre, susmanın kabul olarak değerlendirilebilmesi için sessiz kalan kişinin susmasının kabul anlamına geleceğini anlama olanağına sahip olması durumunda dürüstlük kuralı gereğince durumun gereğinden kendisine yapılan teklifi reddedebileceği halde makul sürede reddetmemiş olması gerekir¹⁰⁹.

Bu anlamda karşı tarafın örtülü kabulünden bahsedebilmek için, icapta bulunanın genel işlem koşulları dahilinde sözleşme yapma isteğinden karşı tarafın haberdar olması bu sebeple sözleşmenin kurulmasından önce karşı tarafa bu koşulların yer aldığı metnin verilmesi ya da bunların varlığı hakkında bilgi verilmesi ve bu koşullar kapsamında sözleşme yapılmak istenmiyorsa, bu şartların sözleşmeye dahil edilmesine itiraz etmesinin kendisinden bekleniyor olması gereklidir. Ayrıca, somut olayın özellikleri, hal ve şartlardan icapta bulunanın, diğer tarafın susmasını, genel işlem şartlarını sözleşmeye dahil etmek istemesi yönünde muvafakati şeklinde düşünmesini haklı göstermelidir¹¹⁰.

Antalya genel işlem koşullarına karşı sözleşen tarafından kabulün örtülü olarak da yapılabileceğini benimsemektedir. Eğer sözleşmenin kurulması sırasında, karşı tarafa genel işlem koşullarının varlığı hakkında açıkça bilgi verilmiş ve bunların içeriğini öğrenme imkanı sağlanmışsa, genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına göre yapılacak yaklaşımla örtülü kabulde kurulabileceğini ifade etmektedir; ancak susma hiçbir şekilde bilinçli kabulü

¹⁰⁸ **Antalya**, kanunun bu düzenlemesinin bu şekilde bir icapta bulunulmasını engellemeceğini, dolayısıyla genel işlem koşullarında örtülü yolla icap olanağının reddedilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. **Antalya**, s. 307.

¹⁰⁹ **Havutçu**, s. 120.

¹¹⁰ **Atamer**, s. 100-101; **Dizdar**, s. 93.

sağlamayacağından sözleşmenin kurulmasına yeterli olmayacağı görüşündedir¹¹¹.

Kanımızca hukukumuzda genel işlem koşullarına ilişkin örtülü olarak kabul hâlâ yapılabilir niteliktedir; ancak çok istisnai hallerde varlığını sürdürür¹¹². Her ne kadar kanun koyucumuzun lafzi, bilinçli (tam) bir kabul olarak yorumlanamasa “global” şekilde de olsa yine de açık bir kabulü gerektirmektedir. Dolayısıyla da örtülü kabul sadece TBK m. 6 gereği için özelliğinden, durumun gereğinden ya da kanundan anlaşılıyorsa kabul edilebilir. Örneğin otoparka girerken duvara asılan sorumsuzluk anlaşmasına rağmen karşı taraf arabasını park etmişse bu koşulun varlığı hakkında kendisine açıkça bilgi verildiği için artık bu koşulu örtülü olarak kabul ettiği sonucu çıkartılabilir¹¹³. Susma ise tacirler arasındaki işlemlerde ticari hayata hakim ilkelere göre eğer kabul sonucunu doğurabilecekse geçerli kabul edilmedir¹¹⁴.

¹¹¹ **Antalya**, s. 307. Yazar sadece tacirler arasındaki işlemlerde ticari hayata hakim ilkelere göre susmanın kabul sonucu doğurabilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir.

¹¹² Federal Mahkeme, davacı şirket ile davalı şirket arasında genel koşulların uygulanmasına dair hiçbir anlaşma olmamasına rağmen bu şirketle daha önce dört nakliye işi yapmış ve davalının matbu formülü kullanarak ilk cümlesinde: “İsviçre komisyoncuları-irsaliyeciler Derneğince düzenlenen genel koşullara dayalı olarak aşağıdaki malların nakliyesini size tevdi ediyoruz...” ifadesine yer verilmiş bulunması karşısında davacı tarafça bunun okunmuş olması veya zahmet vermeksizin oraya atıfta bulunulması önemsenmemiştir. Nitekim karşı taraf tacirdir ve tüccarlar arasında uluslararası olarak kabul edilen bir ilke varsa, bu takdirde müracaat edilen bu genel iş koşulları sözleşmenin içine giren bir bölüm olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla sadece bu şartların varlığı ile ilgili olarak müşterinin dikkatinin çekilmesi kafi görülmüştür. Daha önceki tüm işlerde davacı şirketin bu şartları kabul etmesinden dolayı iyiniyet kurallarına göre bu işte de örtülü olarak kabul ettiği sonucuna varan mahkeme daha önceki işlerde bu şartların hiç uygulanmamış olmasının öneminin olmadığını da belirtmiştir. **Oftinger**, Karl, Çev. Kemal Dayınlı: Borçlar Kanunu’nun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları, 1.baskı, (Yargıtay Yayınları), Ankara 1985, s. 43 vd.

¹¹³ **Atamer**, Doktora Tezi, s. 100.

¹¹⁴ Bu konuda **Havutçu**, Federal Mahkeme Kararlarından şu örnekleri vermiştir: “Girişimci işlem şartlarıyla ilgili olarak tacirler arasında ticari ilişkilerin süreklilik taşıması, uluslararası ticari ilişkilerde ticaret odasının belirlediği akreditif açılması şartları bakımından, örtülü anlaşmanın varlığı benimsenmekte hal ve şartlardan tacir olan müşterinin genel işlem şartlarını hesaba katması gerektiği kabul edilmektedir.” **Havutçu**, s. 123.

b. Genel İşlem Koşullarının Sözleşmeye Yabancı Olması

TBK m. 21/f. II: “Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.” hükmüne yer vermiştir. Burada amaçlanan genel işlem koşullarını kullanan tarafın bu imkândan yararlanarak sözleşmenin normal ve olağan amacıyla ilgisiz hükümleri de karşı tarafa kabul ettirmek suretiyle çıkar elde etmesine engel olmaktır¹¹⁵.

Bu anlamda karşı taraf genel işlem koşullarının varlığı konusunda uyarılmış ve kendisine genel işlem koşullarının bir nüshası verilmiş olmasına rağmen, müşterinin global kabulü sadece genel işlem koşulları içinde bulunması ihtimali olan, sözleşmeyle ilgili olan koşullara verilen bir kabul olarak anlaşılabilir; yoksa akdedilen sözleşmenin niteliğine tamamen yabancı olan koşullar sözleşmenin içeriği olamaz¹¹⁶. Ayrıca karşı tarafın genel işlem koşulları hakkında tam bir bilgi sahibi olarak bunları kabul ettiği kanıtlanmadıkça (kullanan tarafından)¹¹⁷ bu koşulların global olarak kabul edildiği¹¹⁸ varsayılır.

Alman Medenî Kanunu'nda şaşırtıcı koşul kavramını: “hâl ve şartlara, özellikle sözleşmenin dış görünümüne göre kullanıcı karşısındaki sözleşme tarafının hesaba katmasının bekleyemeyeceği şartlar” olarak tanımlamıştır¹¹⁹. Hükmün gerekçesinde “Alman Medeni Kanunu'nun 305c maddesinde olduğu gibi şaşırtıcı kuralların sözleşme içeriğinden sayılmaması ilkesi

¹¹⁵ Oğuzman/Öz, s. 166.

¹¹⁶ Atamer, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 29.

¹¹⁷ TMK m. 6 genel işlem koşullarına uygun olarak yorumlandığında bu koşulların sözleşme ile geçerli bir biçimde ilişkilendirildiğini iddia eden, iddiasını ispatla yükümlüdür.

¹¹⁸ Havutçu, genel işlem koşullarının alışılmamış şart olarak nitelendirilmesinde müşterinin o şarta özel olarak dikkati çekilmişse bilinçli bir kabulün var olacağını artık objektif açıdan işleme yabancı da olsa alışılmamış şart olarak nitelendirilemeyeceğini ve bu şartın kendisini bağlamadığını ileri süremeyeceğini artık bağlayıcılık kazandığını belirtmiştir. Bkz: Havutçu, s. 140; Oğuzman/Öz, s. 167. Biz bu görüşe katılmamaktayız. Nitekim bilinçli bir kabul dahi olsa bu sözleşmeye yabancı olduğu unsurunu değiştiren bir durum değildir ve karşı taraf sözleşmeyi başka şartlarla yapamayacak durumda olduğu için bu koşulları kabul etmek zorunda kalmış olabilir; ama bu şekilde bilgilendirilmesi bu koşulların artık denetlenmemesi sonucunu doğurmamalıdır.

¹¹⁹ Çeviri için bkz: Havutçu, s. 135.

benimsenmiştir” demek suretiyle “şaşırtıcı kayıt” ile “yabancı kayıt” ifadesi arasında fark olmadığı belirtilmek istenmiştir¹²⁰.

Hükmün gerekçesinde yabancı koşullarla ilgili olarak bazı örnekler verilmiştir: “Döviz hesabını belli bir yabancı para cinsinden açtıran kişiye, hesabın bulunduğu kurumca farklı bir yabancı para ya da Türk Lirası ile ödeme yapılması, olağan dışı sayılacağı için bu tür genel işlem koşulunun yazılmamış sayılacağı veya İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararında cari hesap şeklinde işleyen bir kredi işleminde, ipoteğe ilişkin metnin içine örtülü olarak konulmuş olan bir kefalet yükleniminin olağan dışı bulunması ya da kredi sözleşmelerinde, neredeyse ayrıksız olarak yer verilen kredi kurumunun dilediği anda hiçbir gerekçe göstermeksizin hesabı kat edeceği, ilişkiye son vereceğine ilişkin düzenlemeler¹²¹ de olağan dışı olduklarından yazılmamış sayılacaktır”.

Bunların dışında bir hastaneye yatarken hastanın imzaladığı tedavi sözleşmesi içinde, ölümü halinde cesedinin hastane tarafından kullanılabilmesine ilişkin bir beyanın yer alması veya banka kredi sözleşmelerinde bankanın müşterisi hakkındaki bilgileri dilediği gibi kullanabileceğine ilişkin

¹²⁰ **Atamer**, Doktora Tezi, s. 108; **Altop**, s. 41; **Oğuzman/Öz**, s. 166. Buna karşılık Yargıtay eski tarihli bir kararında bu iki kavramın farklı olduğuna değinmiştir: “..*Gerek Ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre Mahkeme İçtihatları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem şartlarının (veya iltihakî sözleşmenin) uyumsuzluk hâlinde hâkim tarafından kontrolünde, açık olmayan kayıtların metni kaleme alanın aleyhine yorumlanacağı, alınlmamış kayıtların geçersiz, şaşırtıcı kayıtların ise (sözleşmenin içeriğinden dahil sayılmayacağı)*...” olarak Yargıtay 3. H. D.,T. 2.6.1998 , E. 1998/4263 ve K. 1998/6098. <http://www.sinerjimevzuat.com.tr>. **Atamer**, ikisinde de işleme tamamen yabancı hükümler söz konusu olduğu için böyle bir ayrımın gereksiz olduğunu ve dolayısıyla yaptırımlarının aynı olması gerektiğini belirtmiştir. **Atamer**, Doktora Tezi, s. 115. Bizim de görüşümüz bu yöndedir. **Antalya**, kaydın yabancı olması sebebiyle olağandışı sayılmasının ilkenin objektif yönünü, şaşırtıcı olmasının ise subjektif yönünü oluşturduğu görüşüne karşı çıktığını açıkça belirtmiştir. Bkz: **Antalya**, s. 309.

¹²¹ **Oğuzman/Öz**, gerekçede hesabı kat etmeyle ilgili örneğe yer verilmesini isabetsiz bulmuştur; zira yazarlara göre bu kayıt TBK m. 25 çerçevesinde içerik denetimi içinde değerlendirilmesi gereken dürüstlük kuralına aykırı derecede karşı tarafın aleyhine konan bir hükümdür. Bkz: **Oğuzman/Öz**, s. 167. Aynı görüş için bkz: **Kuntalp**, s. 102. Kanaatimizce amacın kredi almak olduğu bir sözleşmede böyle bir hükme yer verilmesi için özelliğine yabancı kayıt olarak kabul edilebilir.

yazılı bir ifadenin olması¹²² ya da bir bankanın genel işlem koşullarında müşterinin, banka memurlarından (X) ile nişanlanmayı kabul etmesinin yazılı olması¹²³ halinde müşteriye bu kredi verilecekse müşteri de bu anlaşmayı kabul etmişse, nişanlanma sözleşmesinin de kurulacağı yönündeki bu koşullar için özelliğine açıkça yabancı olduğundan yazılmamış sayılacaktır.

Genel işlem koşulları içerisinde yer alan bir hüküm, metin içerisinde ilgisiz bir yere konulması sebebiyle bulunduğu yer bakımından da beklenebilir (şaşırtıcı) nitelikte olabilir¹²⁴. Örneğin, kredi sözleşmelerindeki yetkili mahkeme kaydının yanlış anlamalara yer verecek veya dikkati çekecek şekilde basılmamış olması¹²⁵ veya genel işlem koşulları içerisinde yer alan cezaî şart hükmünün, tarafların uymakla yükümlü olduğu davranışların veya sözleşmeye aykırı davranışların yaptırımını düzenleyen hükümler arasında yer almaması da yabancı koşul olarak değerlendirilebilir.

c. Yazılmamış Sayılma

Genel işlem koşulları kullanan, buna ilişkin uyarma yükümlülüğüne aykırı davranmışsa ve bu koşullar içine işin özelliğine yabancı bir kayıt koymuşsa kanun koyucu bunun sonucunu “yazılmamış sayılma” olarak belirtmiştir; ancak hukukumuzda düzenlenmiş yaptırım türlerine bakıldığında bu şekilde bir yaptırım türü mevcut değildir. Bu ifadenin butlan şeklinde mi yoksa yokluk olarak mı anlaşılması gerektiği konusunda öğretilerde de bir birlik bulunmamaktadır.

¹²² *Üye ve/veya ek kart hamilleri kendilerine ait kartların iptal edildiğine dair bilgiler ile banka ile arasındaki kredi kartlarından doğan, kredi ilişkilerine dair bilgilerin, banka tarafından uygun görülen kişi ve/veya kuruluşlara aktarılmasına muvafakat ettiklerini şimdiden ve gayri kabili rücu olarak beyan ve kabul ederler.* Ayrıntılı bilgi için bkz: **Atamer**, Doktora Tezi, s. 246. Ayrıca yazar, İsviçre Federal Mahkemesi'nden de bir örnek vermiştir: Mahkeme müşterinin kiraladığı arabanın kasko sigortası şartlarında yer alan ve kiralayanın hafif ihmali ile meydana gelecek zararın dahi sigorta kapsamında olmayacağına ilişkin hükmü beklenmez bularak bunun sözleşme içeriği olmadığına hükmetmiştir.

¹²³ **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 30.

¹²⁴ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 237; **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 30.

¹²⁵ **Atamer**, Doktora Tezi, s. 113.

Bazı yazarlar bu kavramın “kesin hükümsüzlük” şeklinde nitelendirilmesi gerektiğini düşünmekte¹²⁶, bazı yazarlar ise bu ifadeden “sözleşmenin içeriğine dahil olmaması” gerektiği sonucu çıktığını ve hiç sözleşme içeriği olmamış bir hükmün yaptırımının da batıl kabul edilemeyeceğini sadece yokluk olarak nitelendirilebileceğini düşünmektedir. Hükmün gerekçesinde ise Alman Medeni Kanunu’nun 305c maddesinde bu şekilde şaşırtıcı kuralın “sözleşme içeriğinden sayılmaması” gerektiği belirtilmiştir. Öğretimizde de genellikle kabul edilen görüş budur¹²⁷.

Burada üzerinde durulması gereken asıl nokta “kesin hükümsüzlük” yaptırımı ile “yokluk” arasında nasıl bir fark olduğudur. Kesin hükümsüzlük halinde bir icap ve kabul mevcuttur, ancak gene de geçersiz sayılmayı gerektirecek bir hâl vardır. Kesin geçersizliğin onama ile düzeltilmesi mümkün olduğu halde dürüstlük kuralına aykırı olarak geçersizlik ileri sürülemez¹²⁸; aksi takdirde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur. Yokluk halinde ise kurulmuş bir sözleşme bulunmadığından zaten bir icap ve kabulün varlığından bahsetmek mümkün değildir. Bu halin bağlayıcı olmadığını tespiti için bir dava açılmasına da gerek yoktur¹²⁹. Görüldüğü gibi esas itibarıyla bu iki kavram arasında borçlar hukuku arasında çok büyük bir fark bulunmakla birlikte, genel işlem koşulları açısından “yokluk” yaptırımının kabul edilmesi gerektiği kanaatimizce daha uygundur; zira yazılmamış sayılan maddeler arasında gerçek anlamda taraf iradelerinin uyuşması söz konusu değildir.

¹²⁶ **Dimdik**, s. 100; **Oğuzman/Öz** ise hükmün zıt anlamından burada bir kesin hükümsüzlük düzenlendiği anlamının çıktığını, ancak burada daha ileri bir hükümsüzlük durumunun olması gerektiğini dolayısıyla bunun da ancak yokluk olabileceği görüşündedir. Bkz: **Oğuzman/Öz**, s. 166. Aynı görüş için bkz: **Antalya**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 310.

¹²⁷ **Atamer**, Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 112; **Altop**, s. 40-41; **Kılıçoğlu**, s. 115; **Kuntalp**, s. 96; **Kaşak**, s. 426; **Dizdar**, s. 89; **Sirmen**, Lale: Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildirimler- Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 8 Nisan 2011, Sempozyum No: III, s. 107-134, s. 115.

¹²⁸ **Antalya**, s. 106.

¹²⁹ **Kılıçoğlu**, s. 115.

d. Yazılmamış Sayılmanın Sözleşmeye Etkisi

Genel işlem koşulları kullanan tarafın, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyeceği de TBK m. 22'de hükme bağlanmıştır. Madde gerekçesinde “*Bu düzenlemeyle, Alman Medenî Kanununun (BGB) 306 nci maddesinin üçüncü fıkrasından ayrılmıştır. Böylece sözleşmeyi düzenleyenın Tasarının 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmünden kıyas yoluyla yararlanması önlenmiş bulunmaktadır. Sözleşmenin diğer tarafının ise, söz konusu hükümden yararlanabileceğinde duraksama yoktur.*” denmektedir¹³⁰.

2. Yorum Denetimi

Genel olarak yorum, bir irade beyanının anlamının hakim tarafından araştırılarak tespit edilmesidir¹³¹. Genel işlem koşullarının yorumu, açık veya örtülü anlaşmayla sözleşmenin içeriğine alınan genel işlem koşullarının hangi anlamıyla sözleşmede bağlayıcılık kazanacağını hakim tarafından belirlenmesidir¹³².

TBK m. 23, tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar yönetmeliğine benzer şekilde yoruma ilişkin bir düzenleme getirmiştir: “*Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenın aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.*” Belirsizlik ilkesi olarak adlandırılan kural uyarınca bir genel işlem koşulunun

¹³⁰ **Atamer**, Kanunun bu düzenlemesini eleştirmekte, 22 nci maddede içerik denetimi ile geçerlilik denetiminin birbirine karıştırıldığına, m. 21'de ele alınan sorunun zaten bir butlan sorunu olmayıp sözleşmenin baştan eksik ve tamamlanmaya muhtaç şekilde kurulmuş olması sorunu olduğunu, m. 27/2'yi dışlama ihtiyacının sözleşmenin kurulması aşamasında değil, asıl sözleşmenin içeriğinin denetlenmesi sonucunda kısmî butlanın ortaya çıkması hâllerinde önem taşıyacağına ve genel işlem koşulunun sözleşmenin içeriği olmadığı hâllerde taraflara sözleşmenin kalanını ayakta tutma veya tutmama konusunda bir seçenek tanınmadığına dikkat çekmektedir. **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 32. **Altop** da aynı görüşü paylaşmış; ancak bu maddenin TBK m. 25'den sonra şu şekilde düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir: “Genel işlem koşulları sözleşme kapsamına dahil sayılmadıkları veya geçersiz sayıldıklarında sözleşme geri kalan kısmı ile geçerli kalır...”. Bkz: **Altop**, s. 42.

¹³¹ **Eren**, s. 134.

¹³² **Havutçu**, s. 148.

yorumunda hükmün içeriğine ilişkin tereddüt yaşanması halinde muhtemel yorumlardan en fazla müşteri lehine olanı, yani genel işlem koşullarını kullanan aleyhine sonuç doğurana tercih edilir. Hükmün gerekçesinde belirtilen Roma Hukukundan gelen “in dubio contra stipulatorem” (Sözleşme, şüphe halinde düzenleyen aleyhine yorumlanır) genel ilkesinden de aynı sonuç çıkmaktadır.

Bu konuya ilişkin olarak Atamer birçok örneğe yer vermiştir: Bunlardan bazıları¹³³: Özellikle genel işlem koşulları içinde sık rastlanan bir hüküm malın “görüldüğü gibi ve hiçbir ayıp tekeffül etmeksizin” alındığıdır. Birden fazla olandan müşteri lehine olanı tercih edilir. Bu hallerde malın gizli bir ayıbının olması halinde de sorumsuzluk sınırlandırmasının geçerli olup olmayacağı belirsizdir. Örneğin, *bir arabanın kullanılmış olarak satın alınması durumunda, genel işlem koşulları içinde arabanın görüldüğü ve o şartlar altında satın alındığı yazılıysa, ayıptan doğan sorumluluğun sınırlandırıldığını kabul etmek için ancak görülerek anlaşılabilir ayıplardan birinin söz konusu olması gerekir* (Alman Federal Mahkemesi). İsviçre Federal Mahkemesinden verdiği bir örnekte ise; *“nakliyat sigortası poliçesinde, vasıtaların sadece yükleme sırasında gördükleri zarar nedeniyle sigortacının ödemede bulunacağı yazılıdır; ancak nakledilen panzerler yüklemekten sonra fakat henüz gemiye bağlanmadan harekete geçerek geminin küpeştesini aşarak denize düşmüşlerdir. Sigorta şirketi zararın “yükleme” sırasında meydana gelmediğini savunurken mahkeme, “yükleme” kavramının Almancada geniş yorumlanabileceğini dolayısıyla bu anlamalardan sigortalı lehine olanın kullanılması gerektiğini savunmuştur.”*

3. İçerik Denetimi

İçerik denetimi, sözleşmeyle geçerli olarak ilişkilendirilen ve sözleşmenin kapsamına dahil olan genel işlem koşullarının, içerik olarak uygun olup olmadıklarının değerlendirilmesini, uygun olmayan, tarafların çıkarlarını adil biçimde dengelemeyen genel işlem koşullarının geçersiz sayılmasını ifade eder¹³⁴. 6098 sayılı Kanunumuzun 25. maddesinde bu konuya ilişkin

¹³³ Ayrıntılı bilgi için: **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 36, (örnekler aynen aktarılmıştır).

¹³⁴ **Havutçu**, s. 154.

bir düzenleme getirilmiştir: “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.” Hükümün gerekçesinde bu şekilde hükümler konulursa yaptırımının bu kanunun 27. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük olacağı belirtilmiştir.

Kesin hükümsüzlüğe ilişkin bu fıkraya göre kural sözleşmenin bazı bölümlerinin geçersiz olması sözleşmenin bütününe de batıl olmasını gerektirmez yani sözleşme batıl hükümler olmaksızın ayakta kalır; ancak tarafların iradesi aksi yönde ise yani batıl olan bu kısım olmaksızın sözleşmeyi yapmayacağı iseler bu halde sözleşme ile bağlı tutulamazlar (TBK m. 27/f. II); fakat genel işlem koşulları için maddenin bu düzenlemesini olduğu gibi kabul etmek, asıl amaç olan karşı tarafın korunmasına hizmet etme konusunda büyük bir tehlike içerir.

Sözleşmeyi tek yanlı hazırlayan ya da kullananın sadece kendi lehine koyduğu bir genel işlem koşulunun varlığı olmadan sözleşmeyi hiç yapmayacağını ileri sürmesi halinde sözleşme olduğu gibi geçersiz sayılacak ve bu da karşı taraf için daha aleyhe bir sonuç doğuracaktır¹³⁵. Kanaatimizce gerekçede belirtilmese bile zaten 27. maddenin II. fıkrasının gücü elinde bulunduran kişiler tarafından uygulanması mümkün olmayacaktır; zira bu durumun Kanunun amacına ve ruhuna açıkça aykırı olacağı kesindir. Dolayısıyla aksi dahi düşünülmemelidir.

Tüketici sözleşmeleriyle ilgili Yönetmelik madde 7’de ise: “Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tüketici ile akdedilen sözleşmede kullanılan haksız şartlar batıldır. Yok sayılan bu hükümler olmadan da sözleşme ayakta tutulabiliyorsa sözleşmenin geri kalanı varlığını korur.” hükmüne yer verilmiş ve burada sözleşmenin ayakta tutulabileceği kabul edilebiliyorsa taraf iradelerine bakılmaksızın sözleşmenin geri kalanının varlığını koruyabileceği kabul edilmiştir. Buna göre irade özerkliği uyarınca tarafların ne istediği önem taşımayacak, hakim objektif olarak bu sözleşmenin ayakta

¹³⁵ **Altop**, bu durumun önemini yürürlük denetiminde fark etmiş olup yazılmamış sayılmaya ilişkin getirilen düzenlemeyi yerinde görürken aynı tehlikenin içerik denetiminde de mevcut olabileceğinden bahisle asıl burada buna benzer bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasına değinmiştir. Bkz: **Altop**, s. 27 vd.

kalma ihtimali olup olmadığını değerlendirecektir. Bizce bu düzenleme çok daha makul ve yerindedir.

Atamer'in tüketici sözleşmeleri için yer verilen bu düzenlemeye genel bir kanun olan TBK'da yer verilmemiş olması ve asıl içerik denetiminde söz konusu olan bu düzenlemeye yazılmamış sayılma yaptırımında yer verilmesi görüşü¹³⁶ kanımızca büyük bir tehlike oluşturmayacaktır; zira bahsettikleri durum zaten açıkça kanunun amacına ve ruhuna aykırıdır. Ayrıca hükmün gerekçesinde söz konusu tehlikeyi bertaraf eden açıklamada yapılmıştır. Sadece tüketiciler için getirilen düzenlemeye paralel bir ifadeye bu hükümde de yer verilmesi daha makul bir değerlendirme oluşturacaktır.

TMK m. 2 uyarınca herkesin her türlü hakkını kullanırken dürüstlük kuralına uyma yükümlülüğü vardır; ancak burada bu kuralın belirtilmesinin ayrı bir önemi vardır; zira bazı hükümler sözleşmeyi düzenleyen lehine ve karşı tarafın aleyhine olsa bile dürüstlük kuralına ters düşecek kadar aleyhine değilse geçersiz olmayacaktır¹³⁷.

Kanun koyucu, hükmün gerekçesinde Alman Medeni Kanunu'nun 307. maddesinde buna benzer bir düzenlemeye yer verildiğini belirtmekte; ancak aynı maddenin ikinci fıkrasındaki gibi dürüstlük kuralına aykırı mağduriyetin kabulü konusunda hakime yol gösterecek genel kriterleri belirtmemiş veya kanunun 308 ve 309. maddelerinde dürüstlük kurallarına aykırı olabilecek hüküm örneklerine yer vermemiştir¹³⁸. Tüketici Sözleşmeleri'ndeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in Ek'inde haksız şart olarak nitelendirilebilecek genel işlem koşullarına ilişkin bir listeye yer verilmesine rağmen, 6098 sayılı kanunda sadece "dürüstlük kuralı"ndan bahsedilmiş olması ve bunun içinin doldurulmaması oldukça önemli bir eksikliktir¹³⁹. Şöyle ki, bu hükümler her iki sözleşme tarafı için de içerik denetimine girecek koşulları açıkça tespit imkanı sağlayacaktır. Böylece sözleşme yapan taraflar imzaladıkları sözleşmede hangi hükümlerin bu denetime tabi olacağını

¹³⁶ Ayrıntılı bilgi için: **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 63.

¹³⁷ **Oğuzman/Öz**, s. 167.

¹³⁸ **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 41; **Altop**, s. 43.

¹³⁹ **Antalya**, Alman Medeni Kanunu'nda ve İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda dürüstlük kuralına aykırılığın neler olduğuna ilişkin durumları ifade ettikten sonra TBK'da bu hususlara yer vermektan bilerek kaçınıldığı görüşündedir. Bkz. **Antalya**, s. 314.

bilebilecek ve denetime tabi tutulmasını isteyebilecektir. Aynı şekilde düzenleyen veya kullananlar için de bu belirlemeler caydırıcı etkiye sahip olabilecektir¹⁴⁰.

İçerik denetiminin söz konusu olabileceği hallere şunlar örnek olarak gösterilebilir: Turistik gezi düzenleyen, gidilen yabancı ülkeye giriş koşulları hakkında bilgi verme yükümlülüğünün olmadığını genel işlem koşullarında ifade etmesi ve bu yüzden müşterinin vize almadığı için ilgili ülkenin sınırından geri dönmek zorunda kalması halinde sözleşmenin amacına ulaşmasını engelleyen bu koşulun geçersiz sayılması¹⁴¹, bankaların sözleşmelere koydukları krediyi kullandırıp kullandırmama yetkisi ya da krediyi her an muaccel kılabilme yetkisinin¹⁴² verilmesi halinde bu hüküm sözleşmenin asıl amacına ulaşmasını imkansızlaştırır. Benzer şekilde bankaların müşterilerine herhangi bir ihbarda bulunmaksızın banka merkez ve tüm şubelerinde müşterisine ait bulunan ve ileride bulunabilecek bircümle alacağı, özellikle mevduat tutarlarını, nakit, esham ve tahvillerle... veya adına gelmiş veya gelecek havaleler ile sair her türlü hak ve alacağı virman, takas ve mahsup işlemlerine tabi tutmaya hakkı bulunduğunu... belirten bu genel işlem koşulu bir havale işlemi sırasında havale yapanın borçları için bankanın bu parayı istediği hesaba aktarabilmesine olanak tanıdığından işlemin asıl amacına aykırı olup içerik denetimiyle geçersiz sayılabilir.

Taraflar arasındaki dengenin bozulması, sadece müzakere edilmemiş olan sözleşme hükümlerinin müşteri aleyhine olan içeriklerinden değil, bunların kaleme alınış tarzından da kaynaklanabilir. Bu hale şeffaflık ya da saydamlık ilkesi de denilir¹⁴³. Müşterinin haklarının neler olduğunu sözleşmenin çok farklı yerlerinde ve anlaşılmaz şekilde yansıtan ve bu şekilde müşterinin haklarını kullanmasını engelleyen işletmenin bu hükümleri açık ve anlaşılır bir içerik taşıyacak şekilde belirleme yükümlülüğü vardır. Aksi takdirde bu tür hükümler de içerik denetime tabi tutulabilir¹⁴⁴.

¹⁴⁰ **Atamer**, bu eksikliğin ancak hem TTK m. 55, hem TKHK m. 6 hem de ilgili Yönetmelik'in tümü beraber değerlendirildiğinde giderilebileceğini belirtmektedir. Ayrıntılı açıklama için: **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 44 vd.

¹⁴¹ **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s.47.

¹⁴² **Kuntalp**, s. 102.

¹⁴³ **Havutçu**, s.176; **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 48.

¹⁴⁴ **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 48.

Nitekim Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkındaki Yönetmelik'de¹⁴⁵ bu husus düzenlenmiştir. Böylece genel işlem koşulları içinde yer alan ve her müşteri tarafından kararlaştırılan en azından edim- karşı edim, faiz oranı, sözleşme ile bağlılık süresi gibi unsurların başka hükümlerin arasına gizlenmesi veya anlaşılabilir bir şekilde kaleme alınmış olması TKHK m. 6 hükmüne göre geçersiz olabilecektir. Atamer benzer bir düzenleme TBK hükümleri içinde yer almıyorsa da bu düzenlemenin söz konusu boşluğu dolduracak nitelikte de olacağını belirtmiştir¹⁴⁶. Kanaatimize göre ise, zaten bir hüküm açık ve anlaşılır değilse bu ilke ihlal edilmiş olacaktır. Bu sebeple de Türk Borçlar Kanunu'nda bu konuda bir boşluk yoktur. Bu hal içerik denetimiyle pekala geçersiz sayılabilecektir; zira bu sonuç dürüstlük kurallarına uygun davranmanın da bir gereğidir.

4. Aleyhe Değiştirme Yasağı

6098 sayılı Kanununun 24.maddesi: “Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.” hükmünü içermektedir. Tüketici sözleşmesi ile ilgili Yönetmelik'in Ek'inde yer alan benzer düzenleme de: “Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşme şartlarını tek taraflı olarak ve sözleşmede belirlenmiş olan önemli sebeplerden biri olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar haksız olarak kabul edilmekte ve batıl sayılmaktadır.” hükmüne yer verilmektedir.

24. madde hükmünün gerekçesinde: “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.” ifadesiyle hükmün sadece

¹⁴⁵ M. 6/f. III: “Sözleşme şartlarının yazılı olması halinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır.”

¹⁴⁶ Atamer, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 48.

aleyhe değişiklikler için söz konusu olduğu belirtilmiştir. Bu madde bazı yazarlar tarafından yazılmamış sayılmaya ilişkin özel bir görünüm olarak değerlendirilirken¹⁴⁷ bazı yazarlar ise bunun içerik denetiminin özel bir biçimi olduğu görüşündedir¹⁴⁸.

Kanaatimizce bu düzenleme içerik denetiminin özel bir biçimi olmasından ziyade yazılmamış sayılmaya ilişkin özel bir görünümdür. Bu düzenlemenin varlığı sonradan tek yanlı değiştirme ve yeni hükümler koymayı genel işlem koşulu olarak görmese bile, asıl sözleşmenin yapılmasından sonra konulan bu hükümleri yok sayarak bu şekildeki hükümlerin konulmasına engel olabilecektir. Hükümün gerekçesinde de belirtildiği üzere “*Uygulamada genel işlem koşulları içinde, bu koşulların tamamının veya bir kısmının değiştirilmesi konusunda düzenleyene (kullanana) yetki verildiği görülmektedir. Maddede kendisinde böyle bir yetkiyi saklı tutmuş olsa bile, düzenleyenin (kullananın) bu yetkisine dayanarak sözleşmeyi tek yanlı, yani dilediği gibi değiştirme ya da yeni düzenleme yapma yolu kapatılmış ve bu tür kayıtların yazılmamış sayılacağı öngörülmüştür.*” Böylece uygulamadaki bu çok sık rastlanan durum için özel bir düzenleme getirme ihtiyacı hissedilmiş ve sözleşmenin kurulduğu andaki hükümlerin sonradan değiştirilmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Hatta yürürlük denetimindeki varlık da bir bakıma koruma altına alınmak istenmiştir. Dolayısıyla biz bu maddeyi

¹⁴⁷ **Oğuzman/Öz**, bu hükmün yazılmamış sayılmanın özel bir görünümü olduğunu belirtilirken genel işlem koşullarını sonradan tek yanlı değiştirme veya yeni hükümler koyma yetkisi veren anlaşmanın kendisinin de genel işlem koşulu olmasının gerekmeceği, böylece değiştirme yetkisinin asıl sözleşmenin yapılmasından daha sonra (ayrı veya özel bir sözleşme ile) kararlaştırılması halinde de bunun geçersizlik yaptırımıyla karşılaşılabileceğini belirtmiştir. Bkz: **Oğuzman/Öz**, s. 169.

¹⁴⁸ **Antalya**, s. 318; **Atamer**, özel bir içerik denetimi olarak sadece bu düzenlemenin getirilmiş olmasını eleştirmektedir. Nitekim batıl sayılabilecek pek çok hüküm varken sadece bu düzenlemenin konulmasını doğru bulmamış ayrıca bu düzenlemeyi gereksiz bulmuştur; zira bu hükmün verdiği sonuç zaten dürüstlük kuralının bir gereği olarak çıkabilecek niteliktedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 59; **Altıp** ise, bu hükmün içerik denetimine ilişkin genel hükmün somut bir uygulama biçimi olduğunu belirtmiş ve bu madde içeriğinde bir örnek olarak yer almasını daha yerinde bulmuştur. Bkz: **Altıp**, Atilla: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Ergon A. Çetinligil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e Armağanı, İstanbul 2007, s. 254-260, s. 259-260.

dürüstlük kuralından çıkabilecek bir hüküm olarak görüp gereksiz bir düzenleme olarak yorumlamaktansa, özel olarak belirtilmiş bir hüküm olduğunu düşünmekte ve 21. madde içinde ya da en azından yorum denetiminden önce düzenlenmesini daha uygun bulmaktayız

Ayrıca Bu düzenlemenin hukukumuzda bir diğer önemli etkisi de özellikle kira sözleşmelerini genel işlem koşulu açısından değerlendirebildiğimizde önem arz edecektir. Nitekim uygulamada çok sık olarak karşılaşılan “tahliye taahhüdü”nün de bu anlamda yazılmamış sayılması söz konusu olabilecektir. Bizim de katıldığımız görüşe göre kira sözleşmeleri de bu kapsamda değerlendirilebileceğinden sonradan yapılan tahliye taahhüdü anlaşması bu maddeye göre yok hükmünde sayılmalıdır¹⁴⁹.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi Tüketici sözleşmeleri için de benzer şekilde ve daha ayrıntılı olarak Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkındaki Yönetmelik Ek’indeki listede birtakım düzenlemelere yer verilmiştir. 6098 sayılı Kanun madde 24 hükmünü bu düzenlemelerle birlikte değerlendirecek olursak:

a/10) “Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşme şartlarını tek taraflı olarak ve sözleşmede belirlenmiş olan önemli sebeplerden biri olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar,

a/11) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin, teslim edilecek olan malın veya ifa edilecek olan hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar...haksız şart sayılır.”

Görüldüğü gibi tüketici sözleşmelerinde, 6098 sayılı kanunda yer verilmeyen bir husus yer almaktadır. Bu husus, onuncu alt bentte genel işlem koşulları kullanana sözleşmede *önemli sebeplerin varlığı* halinde değişiklik yapma imkanı verilmesi, alt bent 11’de de edimlerin *haklı sebeplerin varlığı* halinde değiştirilmesidir. Yönetmelik’in Ek’inde 10. alt bent ile ilgili olarak ayrıca bent b, alt bent 2’de şu düzenlemelere de yer verilmiştir:

2) (10 uncu alt bent,) finans hizmeti ifa edenlere, tüketici tarafından ödenecek veya tüketiciye ödenecek faiz oranlarını veya finans hizmetlerinin

¹⁴⁹ Matbu şekilde düzenlenen kira sözleşmelerinin ya da sadece formüler sözleşme kullanılmak suretiyle yapılan kira sözleşmelerinin genel işlem koşulu sayılacağı hakkında bkz: **Havutçu**, s. 82-83; **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 17

diğer bütün masraflarının bedelini haklı sebeplerin varlığı halinde önceden bildirmeksizin değiştirme hakkı veren şartlara engel değildir, yeter ki sağlayıcının, bu durumdan tüketiciyi derhal haberdar etme yükümlülüğü ve tüketicinin sözleşmeyi derhal feshetme hakkı bulunsun.

(10) uncu alt bent ayrıca, meslek sahibine, süresiz bir sözleşmenin hükümlerini tek taraflı olarak değiştirme hakkı tanıyan şartlara engel değildir, yeter ki sağlayıcının bu durumdan tüketiciyi vaktinde haberdar etme yükümlülüğü ve tüketicinin sözleşmeyi feshetme hakkı bulunsun.

Alt bent 2 hem finansal hizmet ifa edenlere sözleşmelerinde değişiklik yapma imkanı verirken hem de satıcı/sağlayıcıların akdettikleri süresiz sözleşmelerde değişiklik yapılmasının yolunu açmaktadır. Yani TBK karşısında daha koruyucu olduğu düşünülen TKHK ve ilgili yönetmelik tek yanlı değişiklik konusunda çok daha esnektir. Bunun sebebi ise süreli ve süresiz sözleşmelerde değişen koşullara uyarlamamanın bir ihtiyaç olarak öngörülmesidir¹⁵⁰.

Her ne kadar TBK'daki bu düzenlemeden uyarlama imkanının bertaraf edilmiş olabileceği gibi bir sonuç ortaya çıkacağı düşünülse de kanaatimizce bu düşünce yerinde değildir; zira bu hükmün uyarlamayı tamamen ortadan kaldırdığı gibi bir sonuç kanun koyucunun amacı olmamalıdır. Nitekim hükmün gerekçesinde tüketici sözleşmeleriyle ilgili bu hükümlere atıfta bulunulmuş ve “*Maddede, kendisine böyle bir yetkiyi saklı tutmuş olsa bile, düzenleyen bu yetkisine dayanarak sözleşmeyi tek yanlı, yani dilediği gibi değiştirme ya da yeni düzenleme yapma yolu kapatılmış ve bu tür kayıtların yazılmaması sayılacağı öngörülmüştür.*” ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadeden amacını dilediği gibi, keyfi değişiklik yapılmasının önüne geçilmek

¹⁵⁰ **Atamer**, burada sürekli edimli bir sözleşmede haklı sebeplerin varlığı halinde uyarlama yapılmasında dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacak bir durum olmadığını ve bu haliyle kanun koyucunun TBK ile TKHK arasında bir çatışma yarattığını; zira sonradan gelen kanun olarak TBK'nın tüketici sözleşmeleri içinde uygulama alanının tamamen ortadan kalkmayacağını ve hakimlerin bu hükümleri nasıl uygulayacağını bir sorun oluşturduğunu belirtmiştir. Bu sebeple en uygun çözüm olarak yönetmelik hükümlerinin uygulanmaya devam edilmesi ve bu hükmün TBK'dan çıkarılmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Atamer**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, s. 61; Aynı Görüş için bkz: **Kuntalp**, s. 102.

olduğu sonucu çıkarılabilir. Dolayısıyla kanun koyucu burada önemli sebeplerin veya haklı sebeplerin varlığından bahsetmese de bu hal de göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapılmalıdır. Ayrıca düzenlemenin mevcut haliyle tarafların karşılıklı anlaşarak her zaman değişiklik yapmasında tereddüt oluşturacak bir durum da yoktur.

Değiştirme yasağına ilişkin olarak uygulamadaki en çarpıcı ve üzerinde durulması gereken örnek şudur: Bankaların faiz oranlarını diledikleri zaman hatta bir bildirimde bulunmaksızın geçmişe etkili olacak bir biçimde arttırabilme yetkisini kendilerinde saklı tutma haklarıdır. Uygulamada çok sık karşılaşılan bu durum üzerinde çeşitli görüşler mevcuttur. Bu düzenlemeyle ilgili olarak, bankaların müşterilerini sömürmek amacıyla getirilmiş olduğu ve bu sebeple de ahlaka aykırı olarak tamamen geçersiz sayılması gerektiği mi benimsenmeli yoksa faiz oranlarını tanıyan yetkinin esas itibarıyla geçerli olduğu; ancak bu yetkinin TMK m. 2/f.I' e uygun şekilde kullanılması gerektiği benimsenip TBK m. 24 hükmüyle bağdaştırılarak mı bir sonuca varılmalıdır.

Kocayusufpaşaoğlu bu konuda bankalara bu şekilde bir yetkinin tanınmasını ahlaka aykırı görüp BK m. 19-20 (TBK m. 26-27) uyarınca kesin hükümsüz olması gerektiği görüşünü benimsemişken¹⁵¹, bazı yazarlar ise faiz oranlarını değiştirme yetkisinin bankacılık faaliyetinin bir gereği olarak ortaya çıktığını; ancak bu şekilde bir arttırımın müşterinin bilgisi dışında ihbarsız olarak yapılmaması gerektiğini, aksi takdirde bunun dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağını ve geçmişe etkili uygulamanın kabul edilmesinin mümkün olmadığını, bunun sömürü sonucuna yol açabileceğini belirtmişlerdir¹⁵². Ayrıca taraflar arasındaki dengenin korunabilmesi için, bankanın faiz oranını tek taraflı olarak arttırması karşısında müşteriye de bu nedenle sözleşmeyi fesih hakkı tanınmasının yerinde olacağını savunmaktadırlar. Yargıtay'ın da görüşleri bu yöndedir: “...bankanın, uygulamak istediği faiz oranının belli bir süre vererek müşteriye bildirmesi ve müşteriden muvafakat alınmadan veya sesini çıkarmaması halinde bu faiz oranını uygu-

¹⁵¹ Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, C. 1, Yenilenmiş Genişletilmiş 4.Basıdan 5.Tıpkı Baskı, (Filiz Kitapevi), İstanbul 2010, s. 561.

¹⁵² Atamer, Doktora Tezi, s. 242; Kuntalp, s. 101.

layabilir; zira verilen süre sonunda müşteri bu faiz oranını kabul etmeyerek borcunu kapatabilir...” Yargıtay 11.HD, T. 18.6.1986, 2945/3631¹⁵³.

Yüksek Mahkeme'nin 1994 tarihli bir başka kararı da şöyledir: “Kredi sözleşmesinin vadesiz süreci içinde, artan kredi faizlerinin, kredi müşterisi nezdindeki kredi borcuna, ihbar koşulu ile bankaya uygulama yetkisi tanıyan bu hükmün de kredi müşterisinin ekonomik özgürlüğünü kısıtlayıcı, ahlaka aykırı veya kelepçeleyci bir niteliği bulunduğu olanaksızdır. Kredi faizinin süreç içinde ekonomik koşullara göre artmasının tabii bulunduğunu müdebbir bir tacir gibi düşünmesi gereken müşteriye, bankanın yapacağı ihtar tarihinden itibaren yükselen faiz oranlarını uygulaması ekonomik özgürlüğünün kısıtlanması olarak kabul edilemez; aksi halde, vadesiz kredilerin uzun yıllar içinde düşük faizle kullanılmasına ve bankaların acze düşmesine ve buna bağlı mevduat sahiplerinin mağduriyetine yol açılmış olur ki bu da haklı görülemez.” Yargıtay, 19.H.D., T. 25.11.1994, E. 1993/6472, K. 1994/11467¹⁵⁴.

Buna göre kanaatimizce de bankalara faiz oranlarını arttırma yetkisi verilebilir; ancak bunun belli koşullara bağlanması gerekir. Nitekim TKHK madde 10/A¹⁵⁵ ve buna uygun olarak 5464 sayılı Banka ve Kredi Kartları Kanunu madde 25¹⁵⁶ de buna ilişkin olarak paralel bir düzenleme getirmiş ve

¹⁵³ Atamer, Doktora Tezi, s. 242.

¹⁵⁴ <http://www.sinerjimevzuat.com.tr>. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, bu karara katılmamaktadır. Bkz: Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 560.

¹⁵⁵ “Kredi veren faiz artırımını otuz gün önceden tüketiciye bildirmek zorundadır. Kredi veren tarafından artırılan faiz oranı geriye dönük olarak uygulanamaz. Tüketici bildirim tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde tüm borcu ödeyip kredi kullanmaya son verdiği takdirde faiz artışından etkilenmez.”

¹⁵⁶ İlgili madde: “Sözleşmede yapılacak değişiklikler kart hamiline bildirilir. Bu değişiklikler bildirim yapıldığı döneme ilişkin son ödeme tarihinden itibaren hüküm ifade eder. Bildirim ait olduğu döneme ilişkin son ödeme tarihinden sonra kartın kullanılmaya devam olunması halinde, sözleşmede meydana gelen değişikliklerin kabul edildiği addolunur. Faiz oranının artırılması durumunda ise bu değişikliğin hüküm ifade edebilmesi için otuz gün önceden kart hamiline bildirilmesi zorunludur. Kart hamili faiz artırımına ilişkin bildirim tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde tüm borcunu ödeyip kredi kartını kullanmaya son verdiği takdirde faiz artışından etkilenmez. Kart hamili, talep etmek suretiyle kartı iptal ettirmek ve sözleşmeyi feshetmek hakkına sahiptir.”

iki hüküm de bankaların değişiklik yapabileceğini öngörmüştür. Dolayısıyla bu durumun artık ahlaka aykırı olduğunu söylemek uygun olamayacaktır; fakat bu durumda da asıl sorun madde 24'ün yorumunda olacaktır.

Kuntalp, tüketici sözleşmelerinde belirli koşulların varlığı halinde bu yetki öngörülmüşken TBK da bu hükme hiç bir esneklik sağlanmadığı için, tüketiciler bakımından zaten TKHK ve ilgili yönetmelik uygulanmaya devam edeceğinden aynı sözleşmeler için bankalar faizde değişiklik yapabilme imkanına sahip olabilecekken, tacirler bakımından ise değişiklik yapma yasağının söz konusu olacağını belirtmektedir¹⁵⁷. Biz bu görüşe kesinlikle katılmamaktayız; zira bu görüş ne kanunların uygulama alanına uygundur ne de kanunun amaçladığı bir sonuçla uyumludur. Yukarıda belirttiğimiz gibi kanunun amacı hükmün gerekçesinde de açıklandığı üzere sadece keyfi davranışların önüne geçmektir. Bunun haricinde haklı sebeplerin varlığı halinde değişiklik yapılması halini engellemek değildir.

D. Topluluk Davası

Hukukumuzda bugüne kadar topluluk davasıyla ilgili olarak en önemli iki düzenleme: çalışmamızda da yer vermiş olduğumuz TKHK m. 23 ile TTK m. 56¹⁵⁸ (eski TTK m. 58) dir. Bununla birlikte 2011'de Hukuk Muhakemeleri Kanunu içerisinde madde 113 ile topluluk davasına ilişkin genel bir düzenleme getirilmiştir. Bu hükme göre: *“Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir.”*

6098 sayılı kanunun genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerine bakıldığında tüketici sözleşmeleri için öngörülmüş topluluk davasına imkan verecek bir düzenlemenin yer almadığı görülecektir; ancak söz durum HMK hükmüyle getirilmiş bu genel düzenleme sayesinde önemli bir eksiklik değildir; zira zaten tüketici sözleşmeleri için bu konuda özel hüküm bulunmak-

¹⁵⁷ Kuntalp, s. 101.

¹⁵⁸ Ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar gibi mesleki ve ekonomik birliklere verilen haksız rekabetin önlenmesi ve durdurulmasına ilişkin bir davadır.

tadır ve bunlar uygulanacaktır. Tacirler için ise sadece haksız rekabete ilişkin olarak bir dava imkanı tanınmıştır ve özellikle tacirler için getirilmiş bir düzenleme olduğundan bu halde de bu hüküm uygulanacaktır. Bunun dışındaki hallerde ise HMK hükmüne göre dava açılacaktır; ancak görüldüğü gibi burada asıl sorun TBK hükümlerinin aslında kimlere uygulanacağı hususunun belirlenmesidir.

E. Hükümlerin Uygulanma Alanı

Mevcut hukuk düzenimizde Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmesine rağmen TKHK ve ilgili yönetmelik TBK içerisine alınmadığı için bu düzenlemeler de varlığını sürdürmektedir. Dolayısıyla öncelikle TKHK m. 6, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ve Türk Borçlar Kanunu hükümleri birlikte ele alındığında pazarlık konusu edilmiş olan sözleşme hükümlerinin ve özellikle genel işlem koşullarının denetimini değerlendirirsek: İlk olarak iki kanunun koruma sağladığı kişiler, tüketici ve tüketici olmayan olarak farklılaşmakta, bunun bir sonucu olarak da TKHK sadece genel işlem koşullarına özgülenmemekte, müzakere edilmiş olan her türlü sözleşme koşulunu denetime tabi tutulmaktadır. Bu açıdan da ilgili hükümlerin uygulama alanı daha geniştir. Denetimin türleri açısından da farklılık bulunmakta ve Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da yürürlük denetimi yer almamaktadır. Bu sebeple TBK m. 21 hükmünün tüketici sözleşmeleri¹⁵⁹ açısından tamamlayıcı bir düzenleme olarak devreye girmesi mümkündür; ancak bu madde dışında TKHK m. 6 ve ilgili Yönetmelik'in özel hükümlerinin öncelikle uygulanması gerekecektir¹⁶⁰.

Ticaret Kanunu m. 55 vd. ile TBK m. 20 vd. düzenlemeleri birlikte incelendiğinde ise: Antalya'nın, Ticaret Kanunu'nda tacirler için getirilen bu

¹⁵⁹ Belirtmek gerekir ki, TKHK m. 6 hükümleri sadece bir tarafını tüketicinin oluşturduğu tüketici sözleşmelerine uygulanacağından, bunun dışındaki sözleşmelerde genel işlem koşullarının denetlenmesi Borçlar Kanunu m. 20-25 hükümlerine tabi olacaktır. Örneğin, bir bayinin toptancı ile yaptığı standart sözleşmede veya tacir olmayan iki kişinin yaptığı satım sözleşmesinde, bunlar önceden bir tarafça hazırlanmış standart sözleşmeler olsa da bu hükümler değil, TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin hükümleri uygulanacaktır. **Oğuzman/Öz**, s. 170.

¹⁶⁰ **Atamer**, Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, s. 328-329.

özel düzenlemelerden dolayı TBK hükümlerinin tacirlere uygulanamayacağı, eğer kanun koyucunun tacirleri de bu şekilde korumak isteseydi benzer şekilde bu düzenlemelere TTK içinde de yer verebileceği görüşünden bahsetmiştik¹⁶¹. Bu görüşe rağmen öğretide genel olarak TBK hükümlerinin tacirlere de uygulanabileceği yönünde bir tereddüt yoktur. Aksi düşünce bu hükümlerin herkese uygulanabilme özelliğiyle ve genel bir kanun içerisinde düzenlenme amacıyla bağdaşmaz. Bu yüzden kanaatimizce de TTK hükümleri sadece haksız rekabete ilişkin spesifik düzenlemeler getirdiği için tacirler bu alan dışındaki işlemlerinde TBK hükümlerinden faydalanabilmelidir; ancak TBK hükümlerine göre tacirler bu denetimden faydalandırılırken onlardan basiretli bir işadamı gibi davranması beklendiği dikkate alınarak bir değerlendirilmede bulunulmalı ve diğer kişilere nazaran daha katı bir koruma sağlanmalıdır.

Dolayısıyla buradan hareketle şu sonuca varılabilir: 6098 sayılı Kanunun genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeleri uygulanırken ilk olarak başka kanunlarda o konuya ilişkin özel bir düzenleme olup olmadığına bakılmalı, varsa TBK hükümleri daha sonra düzenlenmiş bile olsa öncelikli olarak o konuya ilişkin özel düzenlemeler uygulanmalı; ancak o konuda ilgili kanunda düzenleme bulunmadığı takdirde genel kanun olan TBK hükümlerinin tamamlayıcı niteliği gereği boşluk doldurulmalıdır. Eğer bu konuda özel kanunlarda hiç düzenleme yoksa doğrudan TBK hükümlerinin genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeleri uygulanmalıdır¹⁶².

SONUÇ

Giriş kısmında da ifade edildiği genel işlem koşullarının günümüz hayatındaki yeri düşünüldüğünde bu düzenlemelerin denetlenmesinin zayıf durumda kalan karşı taraf için önemi büyüktür. Bu konu sadece tüketiciler için önem arz etmemekte en az onlar kadar tüketici olmayan kişileri de ilgilendirmektedir; ancak 6098 sayılı kanun bu maddeleri düzenlerken bu kanunun hükümlerini de içine almamış ve iki ayrı kanunda yürürlükte kal-

¹⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Antalya**, s. 294 vd.

¹⁶² **Özekes**, Muhammet: *Temel Hukuk Bilgisi*, 2.bası (Yetkin Yayınları), Ankara 2011, s. 106; **Cansel**, Erol/**Özel**, Çağlar: *Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavramları ve Kurumlar*, 5.baskı (Seçkin Yayıncılık), Ekim 2012, s. 142.

mıştır. Dolayısıyla da uygulama bakımından bu sorun ancak öncelikle özel kanuna, boşluk halinde TBK hükümlerine başvurulması suretiyle giderilebilecektir. Bununla birlikte bu hükümlerin genel bir kanun olan Türk Borçlar Kanunu içinde düzenlenmesiyle herkes için bir koruma getirilmiştir. Bu bağlamda karşı tarafın sözleşme görüşmelerine katılmadığı ve kabul etmek zorunda kaldığı önceden hazırlanmış tüm sözleşmeler için bu hükümleri uygulama imkanı doğabilecek bu sebeple hizmet, iş, hatta kira sözleşmeleri bile denetlenebilecektir. Tacirler için de TTK m. 55 vd. düzenlenen haksız rekabet halleri dışında uygulama alanı bulabilecektir.

Kanundaki maddelerin içeriğine bakıldığında aslında yenilik olarak getirilmiş olan bir hususun varlığından bahsetmek pek mümkün değildir. Sadece TKHK da yer verilmeyen yürürlük denetimine yer verilmiştir; bu denetim TKHK'nın 93/13 Nolu Direktif'e paralel olarak hazırladığı hükümler arasında da yer verilmeyen bir denetim biçimidir. Bunun dışında yorum ve içerik denetimi zaten TKHK'da da benimsenmiş bulunmakta, uygulamada da önceden dürüstlük kuralına başvurularak içerik denetimi yapılmaktadır. Kanunun içerik denetimini düzenlerken tüketici sözleşmeleri içinde yer verilmiş olan listeye yer vermemiş ve bu hükümleri somutlaştırmamıştır.

KAYNAKÇA

- Akıntürk**, Turgut/**Ateş Karaman**, Derya: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 19.Baskı, (Beta Yayıncılık), İstanbul 2012.
- Altop**, Atilla: Genel İşlem Koşulları, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, (Levha Yayıncılık), İstanbul 2012, s. 27-45.
- Altop**, Atilla: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Ergon A. Çetinligil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e Armağanı, İstanbul 2007, s. 254-260. (Çetinligil ve Kender'e Armağan)
- Antalya**, Gökhan O.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 1.baskı (Beta Yayıncılık), İstanbul 2012.
- Arıkan**, Mustafa: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Değerlendirmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Tebliğ No: III, s. 65-73.
- Atamer**, Yeşim: "Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 291-331. (Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan)
- Atamer**, Yeşim: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, (Beta Yayıncılık), İstanbul 2001. (Doktora Tezi)
- Atamer**, Yeşim: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2005, c. 4, s. 109-115. (Hukuki Perspektifler Dergisi)
- Atamer**, Yeşim: Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1 İle Karşılaştırmalı Olarak- Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildirimler- Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku

- Araştırma Enstitüsü, 8 Nisan 2011, Sempozyum No: I, s. 7-73. (Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu)
- Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla/**Ceylan**, Ebru/**Yeniocak**, Umut/**Şahin**, Tamer: Borçlar Kanunu'na Getirilen Yenilikler Semineri, İzmir Barosu Dergisi Borçlar Kanunu Özel Sayısı, Y: 77, S. 2, Mayıs 2012, s. 9-91.
- Cansel**, Erol/**Özel**, Çağlar: Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavramları ve Kurumlar, 5.baskı (Seçkin Yayıncılık), Ekim 2012.
- Dimdik**, Hakan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümleriyle Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi Borçlar Kanunu Özel Sayısı, Y: 77, S. 2, Mayıs 2012, s. 95-118.
- Dizdar**, Ali M.: "Genel İşlem Şartları", Bankacılık Dergisi, Y. 21, S. 72, Mart 2010, Seminer No:III, s. 85-93.
- Erdem**, H. Cihan: Genel İşlem Şartlarında Bağlayıcılık Denetimi, İzmir Barosu Dergisi Borçlar Kanunu Özel Sayısı, Y: 77, S.2, Mayıs 2012, s. 119-141.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı (Beta Yayıncılık), İstanbul 2010.
- Havutçu**, Ayşe: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması (Güncel Yayınevi), İzmir 2003.
- Kaşak**, Esra: Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, Yıl 2012, s. 415 vd.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 15.Bası (Turhan Kitapevi), Ankara 2012.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip/**Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, C. 1, Yenilenmiş Genişletilmiş 4.Basıdan 5.Tıpkı Baskı, (Filiz Kitapevi), İstanbul 2010.
- Kuntalp**, Erden: Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildirimler- Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 8 Nisan 2011, Sempozyum No: II, s. 81-102.

- Oftinger**, Karl, Çev. Kemal Dayınlarlı: Borçlar Kanunu'nun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları, 1.baskı, (Yargıtay Yayınları), Ankara 1985.
- Oğuzman**, M. Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 10. Bası, (Vedat Kitapçılık), İstanbul 2012.
- Öz**, Turgut: Yeni Borçlar Ksnunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 1.Bası, (Vedat Kitapçılık), İstanbul 2011.
- Özekes**, Muhammet: Temel Hukuk Bilgisi, 2.bası (Yetkin Yayınları), Ankara 2011.
- Reisoğlu**, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, (Beta Yayıncılık), İstanbul 2011.
- Sirmen**, Lale: Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildirimler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 8 Nisan 2011, Sempozyum No: III, s. 107-134.
- Yılmaz**, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Ankara 2006.
- Yoket**, Yasemin/Güler, Selin: Genel İşlem Şartlarının Yorum Yoluyla Denetimi, İzmir Barosu Dergisi Borçlar Kanunu Özel Sayısı, Y: 77, S. 2, Mayıs 2012, s. 231-252.