

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENÎ HUKUK)
ANABİLİM DALI

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE GENEL İŞLEM
ŞARTLARI

Yüksek Lisans Tezi

HAZIRLAYAN

Adem YELMEN

Ankara 2013

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENÎ HUKUK)
ANABİLİM DALI

**TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE GENEL İŞLEM
ŞARTLARI**

Yüksek Lisans Tezi

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. VEYSEL BAŞPINAR

HAZIRLAYAN
Adem YELMEN

Ankara 2013

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE GENEL İŞLEM
ŞARTLARI

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı İmzası

.....

.....

.....

.....

.....

.....

Tez Sınavı Tarihi

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. 19.06.2013.

Tezi Hazırlayan Öğrencinin
Adı ve Soyadı

Adem YELMEN

İmzası

İÇİNDEKİLER

I. İÇİNDEKİLER.....	IV
II. KISALTMALAR CETVELİ.....	IX
III. BİBLİYOGRAFYA.....	XII
§ 1. GİRİŞ.....	1
KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI.....	1
I. Konunun Takdimi ve Önemi.....	1
II. Konunun Sınırlandırılması.....	5

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL İŞLEM ŞARTLARI İLE İLGİLİ TEMEL BİLGİLER

§ 2. GENEL İŞLEM ŞARTLARI İLE İLGİLİ TEMEL BİLGİLER.....	11
I. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ TANIMI.....	11
II. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ UNSURLARI.....	15
A. Bir Sözleşmenin Hükümleri Olması.....	16
B. Önceden Tek Taraflı Hazırlanması.....	17
C. İleride Çok Sayıda Benzer Sözleşmede Kullanma Amacı Taşınması..	20
D. Sözleşmenin Bir Tarafının (Kullananın) Diğer Tarafına Sözleşmenin Kuruluşu Sırasında Sunması.....	23
III. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ FERDÎ (HUSUSÎ) ANLAŞMAYA DÖNÜŞMESİ.....	26

IV. GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA ÖNEM TAŞIMAYAN HUSUSLAR.....	27
§ 3. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ YARARLARI VE SAKINICALARI.....	28
I. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ YARARLARI.....	28
A. Kullanan Açısından Yararları.....	28
B. Karşı Taraf Açısından Yararları.....	30
II. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ SAKINICALARI.....	31
A. Kullanan Açısından Sakıncaları.....	31
B. Karşı Taraf Açısından Sakıncaları.....	33

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL İŞLEM ŞARTLARININ SÖZLEŞME KAPSAMINA GİRMESİ ve YORUMLANMASI

§ 4. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ SÖZLEŞME KAPSAMINA GİRMESİ..	37
I. GENEL OLARAK.....	37
II. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ SÖZLEŞME KAPSAMINA GİRMESİNİN UNSURLARI.....	39
A. Genel İşlem Şartlarının Varlığı Hakkında Açıkça Bilgi Verilip İçeriğini Öğrenme İmkânı Sağlanması.....	39
1. Genel İşlem Şartlarının Varlığı Hakkında Açıkça Bilgi Verilmesi.....	40
2. Genel İşlem Şartlarının İçeriğinin Öğrenme İmkânının Sağlanması.....	43
B. Karşı Tarafın Kabulü.....	44
1. Açık (Sarih) Kabul.....	45

2. Örtülü (Zımnî) Kabul.....	46
3. Global Kabul.....	49
III. YAZILMAMIŞ SAYILMA.....	52
A. Genel Olarak.....	52
B. Yazılmamış Sayılmanın Hukukî Niteliği.....	53
1. Yazılmamış Sayılmanın Eksiklik Açısından Değerlendirilmesi....	54
2. Yazılmamış Sayılmanın İptal (İptal Kabiliyeti) Açısından Değerlendirilmesi.....	56
3. Yazılmamış Sayılmanın Tam Butlan (Kesin Hükümsüzlük) Açısından Değerlendirilmesi.....	58
4. Yazılmamış Sayılmanın Kısmî Butlan (Kısmî Kesin Hükümsüzlük) Açısından Değerlendirilmesi.....	60
5. Yazılmamış Sayılmanın Yokluk Açısından Değerlendirilmesi....	64
6. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Şahsî Kanaatimiz.....	66
C. Yazılmamış Sayılmanın Hüküm ve Sonuçları.....	68
§ 5. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ YORUMLANMASI.....	74
I. GENEL OLARAK.....	74
II. GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA YORUMUN UNSURLARI.....	76
A. Açık ve Anlaşılır Olmama.....	76
B. Birden Çok Anlama Gelme.....	77
III. GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA YORUMUN SINIRI.....	77
IV. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ YORUMLANMASINDA METOD VE İLKELER.....	82
A. Genel Metod ve İlkeler.....	82
B. Genel İşlem Şartlarının Kullanılan Aleyhine ve Karşı Taraf Lehine Yorumu.....	85

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GENEL İŞLEM ŞARTLARININ İÇERİK DENETİMİ

§ 6. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ İÇERİK DENETİMİ.....	88
I. GENEL OLARAK.....	88
II. İÇERİK DENETİMİNİN ÖLÇÜSÜ OLARAK DÜRÜSTLÜK KURALI.....	90
A. Genel Olarak.....	90
B. Dürüstlük Kuralının Tanımı ve İçerik Denetiminde Özellikleri.....	91
1. Dürüstlük Kuralının Tanımı.....	91
2. İçerik Denetiminde Dürüstlük Kuralının Özellikleri.....	93
C. İçerik Denetiminde Dürüstlük Kuralının Sınırlandırılması.....	95
§ 7. İÇERİK DENETİMİ İLE GEÇERSİZLİĞİNE HÜKMEDİLEBİLECEK EMSAL GENEL İŞLEM ŞARTLARI.....	99
A. İfa Zamanına İlişkin Hükümler.....	100
B. Sözleşmeden Dönmeye İlişkin Hükümler.....	103
C. Kullanana Değişirme Hakkı Veren Hükümler.....	106
D. Farazî (Varsayımına Dayanan) Beyanlar.....	109
E. Ulaşma Varsayımına İlişkin Hükümler.....	110
F. Sözleşmenin Tasfiyesine İlişkin Hükümler.....	111
G. Edimin İfa Edilemeyecek Durumda Olması Haline İlişkin Hükümler.....	112
H. İfadan Kaçınma Hakkında İlişkin Hükümler.....	113
İ. Takas Yasağına İlişkin Hükümler.....	114
J. İhtar ve Ek Süre Vermeye İlişkin Hükümler.....	115
K. Tazminat Talebinin Götürü Olarak Belirlenmesine İlişkin Hükümler.....	115
L. Cezai Şarta İlişkin Hükümler.....	116

M. Yüklülüklerin İhlâlinde Sorumsuzluk Hükümleri.....	118
N. Sürekli Borç İlişkilerinin Yürürlük Süresine İlişkin Hükümler.....	120
O. Sözleşmenin Kullanan Tarafının Değişebileceğine İlişkin Hükümler.....	122
P. Temsilcinin Sorumluluğuna İlişkin Hükümler.....	123
R. İspat Yüküne İlişkin Hükümler.....	124
S. Beyanların ve Bildirimlerin Şekline İlişkin Hükümler.....	125
T. Alacak Zamanaşımını Değiştiren Hükümler.....	126
U. Diğer Hükümler.....	127
§ 8. İÇERİK DENETİMİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....	129
SONUÇ.....	133
ÖZET.....	137
ABSTRACT.....	138

KISALTMALAR CETVELİ

AB.	: Avrupa Birliği
ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
AGBG.	: Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
Art.	: Article
AÜEHFD.	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY.	: Anayasa
BATİDER.	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi
BD.	: Bankacılar Dergisi
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch
BK.	: Borçlar Kanunu
BKKKK.	: Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu
Bkz.	: Bakınız
c.	: cümle
C.	: Cilt
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
Çev:	: Çeviren
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

E.	: Esas
EHAED.	: Enerji Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi
ERÜHFD.	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: fıkra
GÜHFD.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GYD.	: Günümüzde Yargı Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK.	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İKÜHFD.	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İTÜSBD.	: İstanbul Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İÜHFD.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KBİBB.	: Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası
LHD.	: Legal Hukuk Dergisi
m.	: madde
MK.	: Medenî Kanun
MÜHFHAD.	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

MüKoBGB.	: Münchener Kommentar zum BGB
No.	: Numara
RG.	: Resmî Gazete
Rn.	: Randnummer
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SED.	: Sosyo-Ekonomi Dergisi
T.	: Tarih
TBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
THD.	: Terazi Hukuk Dergisi
TKHK.	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK.	: Türk Medenî Kanunu
TSHŞHK.	: Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
YD.	: Yargıtay Dergisi
Yr.	: Yargıtay
YÜHFD.	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

BİBLİYOGRAFYA*

- AÇIKGÖZ, Osman : Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, (Yayımlanmış Doktora Tezi), İstanbul 2012.
- AKINCI, Şahin : Borçlar Hukuku Bilgisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış 6. Baskı, Konya 2012.
- AKINTÜRK, Turgut/KARAMAN, Derya Ateş : Borçlar Hukuku (Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri), İstanbul 2013 (Kısaltılmışı: AKINTÜRK/KARAMAN, Borçlar).
- : Medeni Hukuk, İstanbul 2013 (Kısaltılmışı: AKINTÜRK/KARAMAN, Borçlar).
- AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/KARAMAN, Derya Ateş : Türk Medenî Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, İstanbul 2012.
- AKİPEK, Şebnem : Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999.
- AKKANAT, Halil : Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının MK. m. 2 Hükümü Aracılığı İle Aşılması: Örnek Bir Yargıtay Kararı ve Değerlendirmesi, Prof. Dr. Hüseyin

* Dipnotlarda geçen eserler, yazarlarının soyadları ile anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar ile aynı soyadı taşıyan yazarların eserlerine yapılan atıflar, kısaltılmış şekilleriyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

- ÜLGEN'e Armağan, Cilt II, İstanbul 2007, s. 1655-1668.
- AKMAN, G. Sermet : Genel İşlem Şartları, GYD., Mart 1979, S. 35, s.13-18 (Kısaltılmışı: AKMAN, GİŞ).
- : Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976 (Kısaltılmışı: AKMAN, Sorumsuzluk).
- AKYOL, Şener : Sözleşmenin Yorumu, İstanbul 2010 (Kısaltılmışı: AKYOL, Yorum).
- : Medenî Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007 (Kısaltılmışı: AKYOL, Çelişki).
- : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 2006 (Kısaltılmışı: AKYOL, Dürüstlük).
- : Banka Sözleşmeleri, İstanbul 2001 (Kısaltılmışı: AKYOL, Banka).
- ALTOP, Atilla : Genel İşlem Koşulları, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, İstanbul 2012, s. 27-48.
- ANSAY, Tuğrul : Kitap Tanıtımı (Yeşim Atamer: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu çerçevesinde genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999), BATİDER, Y. 2001, C. XXI, S. 1, s. 257-260.

- ANTALYA, O. Gökhan : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na
Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
Cilt I, İstanbul 2012.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na
Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel
Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012, s.
283.
- ARIKAN, Mustafa : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda
Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Cevdet
YAVUZ'a Armağan, 6098 Sayılı Türk
Borçlar Kanunu Hükümlerinin
Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4
Haziran 2011), s. 69-74 (Kısaltılmışı:
ARIKAN, Genel İşlem).
- : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda
Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış
Sayılması Kavramı ve Bunun
Sözleşmeye Etkisi, EÜHFD., C. VII,
S.3-4, Y. 2012, s. 19-28 (Kısaltılmışı:
ARIKAN, Yazılmamış Sayılma).
- ARKAN, Sabih : Ticari İşletme Hukuku, On Altıncı Baskı,
Ankara 2012.
- ARSLAN, Ramazan : Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük
Kuralı, Ankara 1989.
- ATAAY, Aytekin : Medenî Hukukun Genel Teorisi, Üçüncü
Baskı, İstanbul 1980.
- ATAMER, Yeşim M. : Sözleşme Özgürlüğünün
Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde
Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 1.

- Bası, İstanbul 1999 (Kısaltılmışı: ATAMER, Denetleme).
- : Genel İşlem Şartlarının Denetiminde
Yeni Açılımlar, Prof. Dr. Necip
KOCAYUSUFPAŞAOĞLU İçin
Armağan, Ankara 2004, s. 291-331
(Kısaltılmışı: ATAMER, Yeni
Açılımlar).
- : Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri
Uyarınca Genel İşlem Koşullarının
Denetlenmesi – THKH m. 6 ve TTK. m.
55/I-(f) İle Karşılaştırmalı Olarak, Türk
Hukukunda Genel İşlem Şartları
Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar,
Ankara 8 Nisan 2011, s. 7-73
(Kısaltılmışı: ATAMER, Karşılaştırma).
- ATEŞ, Derya : Sözleşme Özgürlüğü Yönünden
Dürüstlük Kuralları, TBBD., S. 72, Y.
2007, s. 75-93.
- AYAN, Mehmet : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.
Baskı Konya 2012.
- AYBAY, Aydın : Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm,
13. Baskı, İstanbul 2011.
- AYDIN, Sema : Alım Satıma Aracılık Çerçeve
Sözleşmelerinde Yer Alan Genel İşlem
Şartlarının Denetlenmesi, YÜHFD., C.
V, S. 1, Y. 2008, s. 101-123.
- AYDOĞDU, Murat : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda
Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının

- Konu Bakımından Uygulama Alanı,
DEÜHFD., C. 13, S. 2, Y. 2011, s. 1-50.
- AYRANCI, Hasan : Enerji Sözleşmeleri, Ankara 2010.
- BAĞRIAÇIK, Safiye Nur : Genel İşlem Şartları ve Denetlenmesi,
İKÜHFD., Y. 11, C. 11, S. 2, Temmuz
2012, s. 141-173.
- BAHTİYAR, Mehmet : Genel İşlem Koşullarına Karşı
Tüketicilerin Korunması, Yargı Dergisi,
C. 22, Ocak Nisan 1996, S. 1-2, s. 76-98
(Kısaltılmışı: BAHTİYAR, Tüketici).
- : Banka Kartları ve Kredi Kartları
Kanunu'nun, Sözleşme Şekli ve Genel
İşlem Şartlarına İlişkin 24-26.
Maddelerinin Değerlendirilmesi,
Makaleler II, İstanbul 2008 (Kısaltılmışı:
BAHTİYAR, Banka).
- BARLAS, Nami : Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve
Sözleşmelerin Özellikleri, Prof. Dr.
Erdoğan MOROĞLU'na 65. Yaş Günü
Armağanı, İstanbul 1999, s. 807-828.
- BAŞ, Ece : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda
Genel İşlem Koşulları Kavramı ve İçerik
Denetimi, Prof. Dr. Mustafa DURAL'a
Armağan, İstanbul 2013, s. 276-306.
- BAŞALP, Nilgün : Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme
Adaletinin Sağlanması Amacıyla
Hakimin Müdahalesi Yoluyla
Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki
Temelleri Hakkında Bazı

- Değerlendirmeler, Prof. Dr. Şener AKYOL'a ARMAĞAN, s. 221-238.
- BAŞPINAR, Veysel : Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998 (Kısaltılmışı: BAŞPINAR, Butlan).
- : Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri, ABD., Y. 1999, S.1, s. 17-34 (Kısaltılmışı: BAŞPINAR, Kelepçeleme).
- : Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004 (Kısaltılmışı: BAŞPINAR, Özen).
- BELBEZ, Hikmet : Akitlerde Sükûnun Ehemmiyeti, AÜHFD., C. 1, S. 2, s. 210-231.
- BERKHAN, İhsan : Genel İşlem Şartları, (Haksız Şartlar), <http://hukuksalduzlem.blogspot.com/2011/01/genel-islem-sartlari-haksz-sartlar.html>, s. 3 (Erişim Tarihi: 19.09.2012).
- BERKİ, Şakir : Borçlar Hukuku, Umumî Hükümler, Üçüncü Tab'ı, Ankara 1962.
- BİGAT, Şevket Güney/LOKMANOĞLU, Ensar : Genel İşlem Şartları Açısından Şaşırtıcı, Sürpriz, Beklenmeyen, Haksız, Adil Olmayan ve Çok Anlamlı Koşullar, İBD., C. 83, S. 6, Y. 2009, s. 3147-3157.
- BOSTANCI, Şebnem : Genel İşlem Şartları, <http://www.hukukiboyut.com/arsiv/d200>

- 9112493649.pdf, (Erişim Tarihi: 19.09.2012).
- BOZER, Ali : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı Ankara 2007.
- BOZKURT, Enver : Genel Hukuk Bilgisi, Ankara 2011.
- BÜYÜKTANIR, Tahir/BÜYÜKTANIR, Oğuz : Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Genel Hükümler, Getirilen Değişiklikler ve Yeni Düzenlemeler, <http://www.turkhukukkurumu.org.tr/Siteyazi/20091029TBKT.pdf>, s. 8, (Erişim Tarihi: 28.12.2012)
- ÇINAR, Ömer : Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009.
- DAL, Çağatay : Ticari İş Kavramı ve Sonuçları, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2007.
- DEMİR, Mehmet : Cezai Şart Kaydına Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Verilmesi Sorunu, Prof. Dr. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK'e Armağan, Ankara 2005, s. 437-447 (Kısaltılmışı: DEMİR, Cezai Şart).
- : 2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel İşlem Koşullarına İlişkin Maddelerinin (m. 20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri, TBBD., S. 76, 2008, s. 217-230 (Kısaltılmışı: DEMİR, Çözüm Önerileri).

- DERYAL, Yahya/GENÇ, Cemal : İktisadi ve İdari Bilimler Fakülteleri ve Meslek Yüksek Okulları İçin Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2010.
- DEUTSCH, Erwin
(Çev: HAVUTÇU, Ayşe) : Avrupa Ortak Pazarında Tüketicinin Korunması – Avrupa Direktifi ve Alman Genel İşlem Şartları Hakkında Kanun, Prof. Dr. Şükrü POSTACIOĞLU'na Armağan, İzmir 1997, s. 259-269.
- DİZDAR, Ali Murat : Genel İşlem Şartları, BD., S. 72, Y. 21, Mart 2010, s. 85-93.
- DOĞAN, Gül : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Mustafa DURAL'a Armağan, s. 459-473.
- DURAL, Mustafa/SARI, Suat : Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2012.
- EDİS, Seyfullah : Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukukî Niteliği, Prof. Dr. Mahmut KOLOĞLU'na 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 447-460 (Kısaltılmışı: EDİS, Doğruluk).
- : Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Gözden Geçirilmiş Dördüncü Baskı, Ankara 1989 (Kısaltılmışı: EDİS, Başlangıç).
- ENGİN, Baki İlkay : Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Türk-İsviçre Hukuk Günleri Banka ve

- Tüketici Hukuku Sorunları
Sempozyumu, İstanbul 2010, s. 75-100.
- ERDOĞAN, İhsan : Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
Ankara 2006.
- EREN, Fikret : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa
Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel
Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan : Vasiyetnamenin Yorumu, İstanbul 2011.
- ERTAN, Kerem : Banka Kredi Açma Sözleşmelerinin
Hukuki Niteliği ve Özellikle Çerçeve
Anlaşma Olma Özelliği, LHD., Y. 2003,
C. 1, S. 7, s. 1665-1684.
- ERTEN, Ali : Sorumsuzluk Şartları, Ankara 1977.
- ERZURUMLUOĞLU, Erzan : Borçların Genel Kuralları, Ankara 1983.
- ESENER, Turhan : Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluşu ve
Geçerliği (BK. m. 1-40), Ankara 1969.
- FEYZİOĞLU, Feyzi N./DOĞANAY, Y. Ü.: Medenî Hukuk Dersleri, Cilt I, Temel
Prensip-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku,
İstanbul 1966.
- GÖNENSAY, A. Samim : Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul
1948.
- GÜNAY, Cevdet İlhan : Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara
2012.
- GÜNGÖR, Hayriye Gonca : Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel
İşlem Koşullarına Bakış ve Öneriler,
LHD., Y. 2005, C. 3, S. 30, s. 2099-
2103.

- GÜRAL (AKİPEK), Jale : Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında
Türk Medenî Kanununun Sistemi, Ankara
1953.
- HATEMİ, Hüseyin : Medeni Hukuk'a Giriş, Gözden
Geçirilmiş 6. Baskı, İstanbul 2012.
- HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA,
Emre : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 6098
Sayılı TBK Esas Alınarak Hazırlanan 2.
Bası, İstanbul 2012.
- HAVUTÇU, Ayşe : Açık İçerik Denetimi Yoluyla
Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı
Korunması, İzmir 2003.
- : Sözleşmenin Kurulması, Haksız Fiil,
Sebepsiz Zenginleşme, LHD., Y. 2005,
C. 3, S. 34, s. 3613-3625 (Kısaltılmışı:
HAVUTÇU, Sözleşmenin Kurulması).
- HELVACI, İlhan : Gerekçeli-Karşılaştırmalı-İçtihatlı-Notlu
Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk
Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve
Uygulama Şekli Hakkında Kanun,
İstanbul 2011.
- İŞIKTAÇ, Yasemin : Hukuk Başlangıcı, İstanbul 2010.
- İLHAN, Cengiz : Mecelle, Ankara 2011.
- İNAN, Ali Naim : Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Ders
Kitabı), Üçüncü Baskı, Ankara 1984
(Kısaltılmışı: İNAN, Borçlar).
- : Medenî Hukuk, Ankara 2005
(Kısaltılmışı: İNAN, Medenî).

- İŞGÜZAR, Hasan : Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara 2003.
- JAUERNIG, Othmar/BERGER, Christian/
MANSEL, Heinz-Peter/STADLER, Astrid/
STÜRNER, Rolf/TEICHMANN, Arndt : Bürgerliches Gesetzbuch mit
Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz
(Auszug), 14. Neubearbeitete Auflage,
Verlag C.H. Beck München 2011.
- KANETİ, Selim : İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar
Hukuku Kararları (1955-1964), I,
Borçların Genel Hükümleri, Ankara
1968.
- KAPAĞAN, Gönül : Bağlı Tüketici Kredileri,
(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi),
İstanbul 2004.
- KAPLAN, İbrahim : Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka
Genel İşlem Şartları, BATİDER, Y.
1991, C. XVI, S. 2, s. 47-89
(Kısaltılmışı: KAPLAN, Standart).
- : Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3.
Baskı Ankara 2013 (Kısaltılmışı:
KAPLAN, Müdahale).
- : Banka Sözleşmeleri Hukuku, Cilt I,
Ankara 1996 (Kısaltılmışı: KAPLAN,
Banka).
- KARA, İlhan : Tüketici Hukuku, Ankara 2012.
- KARAGÖZ, Veli : Tip İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai
Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında

- Denetlenmesi, AÜHFD., C. VIII, S. 1-2, (2004), s. 593-606.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit : Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Öğreti-Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, Birinci Cilt, Ankara 2003.
- KARTAL, Doğan : Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2008.
- KAŞAK, Esra : Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 Sayılı TBK. m. 21/2), İÜHFD., C. 3, S. 1, Y. 2012, s. 415-430.
- KAYAR, İsmail : Kredi Sözleşmelerindeki Bankaya Tek yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulanması, GÜHFD., Aralık 1997, C. 1, S. 2, Prof. Dr. Naci KINACIOĞLU'na Armağan, s. 82-93.
- KAYIHAN, Şaban : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2010.
- KILIÇOĞLU, Ahmet. M. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış 16. Bası, Ankara 2012.
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan : Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011.
- KOCAMAN, Arif B. : Bankaların Tacir ve Sanayiciler İle Yapmış Oldukları Genel Kredi

- Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri, Ünal TEKİNALP'e Armağan, Cilt I Ticaret Hukuku, İstanbul 2003, s. 1085-1127.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, 5. Baskı, İstanbul 2010.
- KOÇ, Nevzat : Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hükümlere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler, İTÜSBD., Y. 6, S. 12, Güz 2007/2, s. 71-149.
- KÖPRÜLÜ, Bülent : Medenî Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1984.
- KUNTALP, Erden : Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 8 Nisan 2011, s. 79-102.
- KUNTALP, Erden/BARLAS, Nami /AYANOĞLU MORALI, Ahu /ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, Pelin/İPEK, Mehtap/YAŞAR, Mert/KOÇ, Sedef : Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005.
- KURTOĞLU, Serda : Türk Medenî Hukuku Dersleri, İstanbul 1976.
- KÜÇÜKYALÇIN, Arzu : Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması,

- AÜHFD., Y. 2004, C. 53, S. 4, s. 101-123.
- NOMER, Halûk N. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul 2011.
- PULAŞLI, Hasan : Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları, Ankara 1989.
- REHBİNDER, Manfred
(Çev: TEOMAN, Ömer) : Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, İÜHFM. Özel Sayısı, C. XIII, S. 1-4, İstanbul 1977, s. 641-653.
- REİSOĞLU, Safa : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, İstanbul 2012 (Kısaltılmışı: REİSOĞLU, Safa).
- REİSOĞLU, Seza : Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi,
http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=genel%20i%C5%9Flem%20%C5%9Fartlar%C4%B1&source=web&cd=19&ved=0CFsQFjAIOAo&url=http%3A%2F%2Fwww.tbb.org.tr%2FDosyalar%2FKonferans_Sunumlari%2FSR_Borclar_Kanunu_Genel_Islem_Sartlari.doc&ei=D8BQT8HRIonU4QSAxsGqAw&usg=AFQjCNEoQPXtdo4S94i0FIyZDn6rTLZRlQ, (Erişim Tarihi: 07.10.2012)
(Kısaltılmışı: REİSOĞLU, Seza).
- OFTINGER, Karl/JEANPRETRE, Raymond

- (Çev: Kemal DAYINDARLI) : Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara 1990.
- OĞUZ, Cemal : Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 1993.
- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami : Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 18. Bası, İstanbul 2012.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2013.
- ORAK, Cem Çağatay/DURAKOĞLU, S. Mustafa : Yeni Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları ve Elektrik Piyasasındaki Bazı Sözleşme Tiplerine Etkileri, EHAED., Y. 1, S. 2012/2, s. 201-213.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin : Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un Maddî Anlamada Uygulama Alanı), AÜHFD, C. 50, S. 1, Y. 2001, s. 55-90 (Kısaltılmışı: OZANOĞLU, Tüketici).
- : İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, GÜHFD., Haziran-Aralık 1999, C. III, S. 1-2, <http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/>

- dergi/3_4.pdf, (Erişim Tarihi: 19.09.2012) (Kısaltılmışı: OZANOĞLU, İstisna).
- ÖNEN, Turgut : Borçlar Hukuku, Ankara 1996.
- ÖZ, Turgut : Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları,
http://www.iku.edu.tr/TR/iku_gunce/HukukC1S1_2/HukukGunceC1S1_128.pdf, (Erişim tarihi: 19.09.2012).
- ÖZEL, Çağlar : Haksız Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması Sorununa Bir Bakış ve Almanya Örneği, BATİDER., Y. 1999, C. XX, S. 2, s. 51-69 (Kısaltılmışı: Özel, Tüketici).
- : Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri, SED., Ocak-Haziran 2006-1, s. 153-166 (Kısaltılmışı: Özel, Tasarı).
- ÖZSUNAY, Ergun : Borçlar Hukuku I, Giriş-Hukukî Muamaleden Doğan Borçlar-Nedensiz Zenginleşmeler, İkinci Bası, İstanbul 1983 (Kısaltılmışı: ÖZSUNAY, Borçlar).
- : Medenî Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 1978 (Kısaltılmışı: ÖZSUNAY, Medenî).
- ÖZTAN, Bilge : Medenî Hukukun Temel Kavramları, 35. Bası, Ankara 2011.

- ÖZUYSAL, Neslihan : Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2011.
- SÄCKER, Franz Jürgen/RIXECKER, Roland/OETKER, Hartmut : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 Schuldrecht · Allgemeiner Teil §§ 241–432, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck München 2012.
- SARAÇ, Şükrü : Yargıtay Kararları Işığında Faktoring, Ankara 2013.
- SAVATIER, René (Çev: ÖNEN, Turgut/İNAL, Tamer) : Hukukî ve Ekonomik Açıdan Borçlar Teorisi, Ankara 1980.
- SAYMEN, Ferit H. : Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I, Umumî Hükümler, İstanbul 1950.
- SEROZAN, Rona : Yeni Borçlar Kanunu'nda Hukuki İşlemin (Özellikle Sözleşmenin) Oluşmasıyla İlgili Kurallardaki Yenilikler, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011, s. 663-672 (Kısaltılmışı: SEROZAN, Yenilikler).
- : Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975 (Kısaltılmışı: SEROZAN, Dönme).
- SİRMEN, A. Lale : Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar,

- Ankara 8 Nisan 2011, s. 107-134
(Kısaltılmışı: SİRMEN, Tüketici).
-
- : Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara
1992 (Kısaltılmışı: SİRMEN, Şart).
- SOYER, Polat : Genel İş Koşulları, İzmir 1987.
- TANDOĞAN, Halûk : Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme
Özgürlüğünün Bu açıdan Sınırlanması,
Ankara 1977.
- TARAKÇIOĞLU, İhsan : Türk Medenî Hukuku, Genel Esaslar-
Başlangıç Maddeleri-Şahsın Hukuku-
Aile Hukuku, Ankara 1968.
- TEKİL, Fahiman : Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik
Ayrımı Hakkında Bir Yargıtay Kararı
Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Erdoğan
MOROĞLU'na 65. Yaş Günü
Armağanı, İstanbul 1999, s. 593-600
(Kısaltılmışı: TEKİL, Hükümsüzlük).
-
- : Borçlar Hukuku, İstanbul 1980
(Kısaltılmışı: TEKİL, Borçlar).
- TEKİNALP, Ünal : Türk Bankacılık Uygulamasında Genel
İşlem Şartları, Prof. Dr. Ernst E.
HİRSCH'in Hatırasına Armağan,
Ankara 1986, s. 120-160.
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi : Medenî Hukuka Giriş Dersleri, İstanbul
1970.
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/AKMAN,
Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP,

- Atilla : Borçlar Hukuku, Cilt I, Beşinci Baskı, İstanbul 1985.
- TOPUZ, Murat : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi, Prof. Dr. Mustafa DURAL'a Armağan, s. 1138-1174.
- TUNÇOMAĞ, Kenan : 1962 Yılında Yayımlanmış Borçlar Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları Üzerine Kısa İncelemeler, BATİDER, Y. 1964, C. II, s. 417-450 (Kısaltılmışı: TUNÇOMAĞ, İnceleme).
- : Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, Altıncı Bası, İstanbul 1976 (Kısaltılmışı: TUNÇOMAĞ, Borçlar).
- ULUSAN, İlhan : Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi, http://www.iku.edu.tr/TR/iku_gunce/GunceHukuk_Yeni_Sayilar/HukukC3_Sayi1_2/HukukC3Sayi12_27.pdf, s.27-47 (Kısaltılmışı: ULUSAN, İçerik Denetimi).
- : Türk Borçlar Kanunu'ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler, Prof. Dr. Mustafa DURAL'a Armağan, İstanbul 2013, s. 1219-1228 (Kısaltılmışı: ULUSAN, Düşünceler).

- UMAR, Bilge : Hukuk Başlangıcı, İzmir 1997.
- UŞAN, M. Fatih : Hukuka Giriş, Konya 2003.
- ÜNAL, Akın : Kelepçeleme Sözleşmeleri,
Sözleşmedeki Hükümler Sebebiyle
Ekonomik Özgürlüğün Aşırı Derecede
Sınırlanması, Ankara 2012.
- VELDET, Hıfzı : Türk Medenî Hukuku, Cilt I, Başlangıç
ve Şahsın Hukuku, Üçüncü Basım,
İstanbul 1948.
- VEZİROĞLU, Cem : Türk Borçlar Kanunu Tasarısı
Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları,
İBD., C. 84, S. 2010/5, s. 3073-3083.
- Von TUHR, Andreas
(Çev: Cevat EDEGE) : Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı, Cilt
I, İstanbul 1952.
- YALÇIN, Onur : Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel
İşlem Şartlarının Geçerliliği, Ankara
2006.
- YAVUZ, Nihat : Taksitle Satım Sözleşmelerinde
Tüketicilerin (Alıcıların) Genel İşlem
Şartları Arasında Yer Alan Kayıtlara
Karşı Korunması, THD, Nisan 2007, S.
8, s. 29-33 (Kısaltılmışı: YAVUZ, N.,
Taksitle Satım).
- : Genel İşlem Şartlarının Tanımı, Yorumu
ve Denetlenmesi, Yargı Dergisi, C. 25,
Ocak-Nisan 1999, S. 1-2, s. 570-603
(Kısaltılmışı: YAVUZ, N., Denetleme).

- YAVUZ, Selçuk : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Şartlar, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2007 (Kısaltılmışı: YAVUZ, S.).
- YILMAZ, Canan : Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin Tüketiciden "Kredi Kartı Üyelik Ücreti" Alınmasının İptaline İlişkin 02.05.2008 Tarihli Kararının THKH m. 6'da Öngörülen "Sözleşmedeki Haksız Şartlar" Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi, MÜHFHAD., C. 15, S. 1-2, Y. 2009, s. 191-214.
- ZEVKLİER, Aydın : Medenî Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 1995.

§ 1. GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI

I. Konunun Takdimi ve Önemi

Bu çalışmanın konusu, “*Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları*”¹dir. Genel işlem şartlarının ortaya çıkışı 19. yüzyıldaki sanayi inkılabına dayanmaktadır². Gerçekten de, sanayinin gelişimi ile birlikte bazı mal ve

¹ Türk Borçlar Kanunu’nda söz konusu müessesenin ifadesinde “*genel işlem koşulları*” ifadesi kullanılmıştır. Ancak bu çalışmada kanunî ifade yerine “*genel işlem şartları*” ifadesi tercih edilmiştir. Bunun sebebi birden fazladır. Her şeyden önce “*şart*” kelimesi dilimize yerleşmiştir. Ayrıca “*şart*” kelimesi doktrinde de yerleşmiştir. Meselâ, **ERTEN**, Ali; Sorumsuzluk Şartları, Ankara 1977; **SİRMEN**, Lale; Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992; **PULAŞLI**, Hasan; Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları, Ankara 1989; **REHBİNDER**, Manfred (Çev. Ömer TEOMAN); Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan, İÜHFİM Özel Sayısı, C. XIII, S. 1-4, İstanbul 1977; **TEKİNALP**, Ünal; Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları, Prof. Dr. Ernst E. HİRSCH’in Hatırasına Armağan, Ankara 1986; **OĞUZ**, Cemal; Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 1993; **ATAMER**, Yeşim M.; Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999; **HAVUTÇU**, Ayşe; Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003; **YALÇIN**, Onur; Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Geçerliliği, Ankara 2006. Bunların yanında Türk Borçlar Kanunu’nda “*şart*” kelimesi tamamen terk edilmiş de değildir. Nitekim “*şart*” kelimesi kullanılmaya devam edildiği gibi (TBK. m. 117/II, m. 237/I, m. 263/II, m. 405/I, m. 406/III, m. 420/II, m. 583/I, m. 584/I ve m. 637/III), bu iki kelime yer yer birlikte de (TBK. m. 420, m. 583) kullanılmıştır. Bu itibarla biz de müessesenin kanundaki ifadesinin aksine, dilimizde ve doktrinde yerleşmiş olan “*şart*” kelimesini kullanmayı uygun bulmaktayız.

² **REHBİNDER**, s. 641; **MüKoBGB**/Basedow, Vorbemerkung, Rn. 1; **TEKİNALP**, s. 125; **OĞUZ**, s. 1; **ATAMER**, Denetleme, s. 1; **HAVUTÇU**, s. 2; **KARAGÖZ**, Veli; Tip İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Değerlendirilmesi,

hizmetler, seri olarak üretilmeye ve kitlelere sunulmaya başlanmıştır³. Bunun sonucu olarak, taraflar arasında her gün onlarca sözleşme yapılması gereği hâsıl olmuştur. Bu durum ise, önceleri şahsî olarak yapılan sözleşmelerin standartlaştırılmasını, forma bağlanmasını ve onlara mantıklı bir muhteva ve yapı verilmesini mecburî kılmıştır⁴. Böylece şahsî sözleşmelere, her zaman geçerli olacak şekilde hazırlanan genel işlem şartları eklenmeye başlamıştır. Diğer taraftan, genel işlem şartları, sanayi toplumu ve serbest pazar ekonomisi içerisinde, ticaretin şekillendirilmesini mümkün kılmıştır. Bu suretle şahsî nitelikte olan sözleşmeler, giderek standart sözleşmelere dönüşmeye başlamıştır⁵.

Genel işlem şartları ile birlikte, ticarî ve hukukî iş ve işlemlerin yürütülmesi basitleştirilmiştir. Bu yol ile aynı zamanda rizikoların geniş ölçüde hesaplanabilmesi imkânı sağlanmıştır⁶. Çünkü genel işlem şartları, ilke olarak iş hayatında bu tür iş ve işlemlerde elde edilen genel birikim ve tecrübelerle dayanı-

AÜEHFD, C. VIII, S. 1-2, (2004), s. 593; **YALÇIN**, s. 42; **BAHTİYAR**, Mehmet; Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması, YD., C. 22, Ocak-Nisan 1996, S. 1-2, s. 100; **YAVUZ**, Selçuk; Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından Haksız Şartlar, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2007, s. 33; **BERKHAN**, İhsan; Genel İşlem Şartları (Haksız Şartlar), <http://hukuksalduzlem.blogspot.com/2011/01/genel-islem-sartlari-haksz-sartlar.html>, s. 3 (Erişim Tarihi: 19.09.2012); **ANTALYA**, s. 285.

³ **MüKoBGB**/Basedow, Vorbemerkung, Rn. 1.

⁴ **REHBİNDER**, s. 641; **TEKİNALP**, s. 125; **BAHTİYAR**, Tüketici, s. 100-101; **HAVUTÇU**, s. 2; **ÖZEL**, Çağlar; Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Getirdikleri, SED., Ocak-Haziran 2006/I, s. 155; **AYRANCI**, Hasan; Enerji Sözleşmeleri, Ankara 2010, s. 272, 275.

⁵ **ATAMER**, Denetleme, s. 2; **ANSAY**, Tuğrul; Kitap Tanıtımı (Yeşim Atamer: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999, 321 s.), **BATİDER**, C. XXI, S. 1, Y. 2001, s. 257; **HAVUTÇU**, s. 2; **YALÇIN**, s. 42.

⁶ **REHBİNDER**, s. 641; **TEKİNALP**, s. 125; **OĞUZ**, s. 1.

olarak hazırlanmaktadır⁷. Ayrıca, modern toplumun ihtiyaç duyduğu her düzenlemeyi kanun koyucudan beklemek de mümkün değildir. Bunun yerine söz konusu düzenlemeleri, uzmanlar tarafından hazırlanan genel işlem şartları ile karşılamak, ekonomik gereklere daha uygun düşmektedir.

Genel işlem şartlarındaki yukarıda bahsedilen gelişme, birtakım sakıncaları da beraberinde getirmiştir. Nitekim genel işlem şartları, kanunî düzenlemeleri, kullanan lehine tek taraflı hükümlerle değiştirmiştir⁸. Türk hukukunda öngörülen sözleşme serbestisi (AY. m. 48, TBK. m. 26), bir tarafın şart koyma özgürlüğüne, diğer tarafın da sözleşmeye bağımlılığına dönüşmüştür⁹. Başka bir deyişle, genel işlem şartlarında sözleşme özgürlüğü ve irade uyuşması korunamamıştır. Böylece sözleşme serbestisi, tek taraflı ayrıcalık durumuna gelmiştir¹⁰.

Genel işlem şartlarını ihtiva eden sözleşmeler, çoğu zaman zayıf taraf aleyhinedir. Zira bu tür sözleşmelerde daha güçlü olan ve genel işlem şartlarını hazırlayan taraf, genellikle tüketici olan tarafa bir dayatmada bulunmaktadır¹¹. Bu olumsuz durum, sözleşmenin zayıf tarafında yer alan kimselerin bunlar karşısında

⁷ **EREN**, Fikret; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012, s. 215.

⁸ **TEKİNALP**, s. 126; **OĞUZ**, s. 2; **BAHTİYAR**, Tüketici, s. 78; **BOSTANCI**, Şebnem; Genel İşlem Şartları, <http://www.hukukiboyut.com/arsiv/d2009112493649.pdf>, (Erişim Tarihi: 19.09.2012).

⁹ **REHBİNDER**, s. 643; **TEKİNALP**, 126.

¹⁰ **REHBİNDER**, s. 643.

¹¹ **ANSAY**, s. 257; **BOSTANCI**, <http://www.hukukiboyut.com/arsiv/d2009112493649.pdf>, (Erişim Tarihi: 19.09.2012).

korunmasını gerektirmiştir^{12,13}. Çünkü piyasanın kendi iç dinamiklerine göre işleyişi, söz konusu denge bozukluğunu gidermeye yeterli olamamaktadır¹⁴. Diğer taraftan, Kanunkoyucunun genel işlem şartları hakkında kayıtsız kalmasının, Anayasa’da yer alan sosyal devlet ilkesi (m. 2) ile bağdaşmayacağı düşüncesi gittikçe hâkim olmaya başlamıştır¹⁵. Bununla birlikte, genel işlem şartlarının içeriğinin denetlenmesi, bazı hükümlerin geçersizliğine karar verilmesi ve koruyucu temel ilkelerin belirlenmesi konusunda önceleri çekingen davranılmıştır¹⁶. Ancak, daha sonra gerek doktrinde ve gerekse yargı kararlarında, bu konuda adil ve hakkaniyete dayalı bir düzen oluşturulması için önemli gayret gösterilmiştir¹⁷. Bunun yanında, bahsedilen şartları denetlemeye yardımcı kıstaslar benimsenmiş ve bunlar uygulanmaya başlanmıştır.

Yukarıda özet olarak verilen açıklamalardan da görüldüğü üzere, Batı hukuk sistemlerinde yaklaşık yüz yıldır mevcut olan genel işlem şartları 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda yer almış değildi¹⁸. Genel işlem şartlarının Borçlar

¹² **TEKİNALP**, 126; **AYRANCI**, s. 273.

¹³ Sözleşmenin zayıf tarafının korunması düşüncesi 20. Yüzyılın başlarında bazı eserlere konu olmuştur. Gerçekten de İsviçre Hukuku’nda Schweingruber, bu konuda geçen yüzyılın başlarında bir eser yayınlamıştır. Bkz. Schweingruber, Edwin; Die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei insbesondere nach den allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrecht, Bern 1930, (**BAŞPINAR**, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998, s. 2’den naklen).

¹⁴ **ANSAY**, s. 257.

¹⁵ **REHBİNDER**, s. 644.

¹⁶ **TEKİNALP**, 126.

¹⁷ **TEKİNALP**, 126-127.

¹⁸ Bununla birlikte Yargıtay’ın genel işlem şartlarının denetimine ilişkin bir içtihadı mevcuttu. Söz konusu karar göre; “*Prensip olarak Türk hukukunda genel işlem şartları (veya iltihaki sözleşmeyi) önceden idari kontrolün veya sonradan yargı kontrolünün yapılmasını öngören bir yasal düzenleme mevcut değildir. Bu durumda genel işlem şartlarındaki kayıtların kontrolü, ancak dava*

Kanunu'nda yer alması, ilk olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile gerçekleşmiştir. Gerçekten de genel işlem şartları, Türk Hukukunda ayrıntılı olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 20 ilâ 25. maddelerinde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel işlem şartları hakkında bugüne kadar monografik bir çalışma yapılmamıştır¹⁹. Doktrindeki kaynak eksikliğinin giderilmesine yardımcı olmak, bu çalışmanın amaçlarından birisidir. Ayrıca genel işlem şartları, gündelik hayatta çok fazla uygulama alanı bulmaktadır. Deyim yerinde ise, genel işlem şartları taşımayan bir işlem yapılması adeta imkânsız hale gelmiştir. Üstelik genel işlem şartları ihtiva eden işlemleri sadece tacirler değil, herkes yapmaktadır. Bu ise, söz konusu şartların, toplumun tamamını yakından ilgilendirdiğini gösterir. İşte tezin yazılmasında, bütün toplumu yakından ilgilendiren bu müessesenin, geniş kitleler tarafından bilinmesine yardımcı olmak da amaçlanmıştır.

II. Konunun Sınırlandırılması

Genel işlem şartları, Avrupa Hukukunda önceleri müstakil veya bağımsız kanunlar halinde hazırlanmış ve uygulanmıştır. Meselâ Alman

halinde, özellikle kayıtların yorumu, tamamlanması ve değiştirilmesi veya geçersiz sayılması hâkimin görevine dâhil olmaktadır. Gerek Ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre Mahkemeleri içtihatları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem şartlarının (veya iltihaki sözleşmenin) uyuşmazlık tarafından hâkim tarafından kontrolünde, açık olmayan kayıtların metni kaleme alan aleyhine yorumlanacağı, alışılmamış kayıtların geçersiz, şartırtıcı kayıtların ise (sözleşmenin içeriğinden sayılmayacağı, münferit sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanmayacağı, kişilik haklarını sınırlayan kayıtların hükümsüz olacağı ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır.” 13. HD., E. 1998/4263 ve K. 1998/6098. Karar metni için bkz. **GÜNAY**, Cevdet İlhan; Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 180-181.

¹⁹ 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde genel işlem şartları hakkında monografik bir çalışma için bkz. **OĞUZ**, s. 1 vd. ; **ATAMER**, Denetleme, s. 1 vd.; **HAVUTÇU**, s. 1 vd.

Hukukunda 2002 yılında kadar ayrı bir Genel İşlem Şartları Kanunu (AGBG)²⁰ kabul edilmişti. Ancak 26.11.2001 yılında yapılan bir düzenleme ile Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece adı geçen ülkede genel işlem şartlarına ilişkin hükümler, AB direktifleri ve günün ihtiyaçları dikkate alınarak yeniden düzenlenmiş ve BGB. § 305 vd.'na alınmıştır.

Genel işlem şartları ile ilgili olarak, Türk Borçlar Kanunu dışında ilgili mevzuatta da muhtelif hükümler yer almaktadır. Gerçekten de, 4077 sayılı Tüketicinin Koruması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde, "*sözleşmedeki haksız şartlar*" düzenlenmiştir. TKHK. m. 6'ya dayanılarak "*Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik*"²¹ kabul edilmiştir. Ancak bahsedilen düzenlemeler, uygulama alanı itibariyle sadece tüketicileri²² kapsamaktadır. Diğer taraftan, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da yer alan düzenlemeler, sadece haksız şartlara özgülenmiş değildir. Nihayet burada bahsedilmesi gereken başka bir düzenleme ise Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Kötüye Kullanılabilir Kayıtlara İlişkin 1993 tarihli Avrupa Birliği Yönergesidir. Bu Yönerge'de, tüketici sözleşmelerinde kullanılıp genel işlem şartları niteliği

²⁰ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. Dezember 1976.

²¹ Bkz. RG. T. 13.06.2003, S. 25137.

²² Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un maddî anlamada uygulama alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **OZANOĞLU**, Hasan S.; Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un Maddî Anlamada Uygulama Alanı), AÜHFD, C. 50, S. 1, Y. 2001, s. 55 vd.

taşımayan ancak pazarlık konusu yapılmamış olan bütün haksız sözleşme şartları denetime tâbi tutulmuştur²³.

Genel işlem şartları ile ilgili olan diğer bir düzenleme 6102 sayılı TTK. m. 55/1-f²⁴,de yer almaktadır. Söz konusu düzenleme, “*Haksız Rekabet*” ana başlığı altındaki “*dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar*” içerisinde ele alınmıştır. Bahsedilen Kanunun uygulama alanı göz önünde tutulduğunda ise, söz konusu hükümler, sadece ticarî işler²⁵ hakkında uygulanır.

Genel işlem şartları ile ilgili başka bir düzenleme de, 5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nun 24. vd. maddelerinde yer almaktadır. Kanun’da “*Sözleşme Şekli ve Genel İşlem Şartları*” başlığını taşıyan bu bölümde, sözleşme şartları, sözleşme değişiklikleri ve faiz hesaplamasına ilişkin hükümler yer almaktadır. Kanun ile, banka kartları ve kredi kartlarının çıkarılması, kullanımı, takas ve mahsup işlemlerine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Burada kartlı ödemeler sisteminin etkin çalışması amaçlanmıştır.

²³ **ATAMER**, Yeşim M.; Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkındaki Yönetmelik ve Yeni Borçlar Kanunu Taslağı m. 18a-F), Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU İçin Armağan, Ankara 2004, s. 291.

²⁴ II - Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar
MADDE 55- (1)

“f) Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; 1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya 2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.”

²⁵ Ticarî iş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ARKAN**, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, On Altıncı Baskı, Ankara 2012, s. 1 vd.; **DAL**, Çağatay; Ticari İş Kavramı ve Sonuçları, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2007, s. 1 vd.

Bu sebeple adı geçen Kanun'un kapsamı dikkate alındığında, bahsedilen düzenlemeler, sadece kartlı sistem kuran, kart çıkaran, üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar ile üye işyerleri ve kart hamilleri hakkında uygulama alanı bulur²⁶. Yine 5464 sayılı Kanun'a dayanılarak "*Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik*"²⁷ kabul edilmiştir. Söz konusu Yönetmelik'in dördüncü bölümü olan 17 ilâ 20. maddelerinde sözleşme şekli ve genel işlem şartları ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır.

Genel işlem şartları ile ilgili son bir düzenleme "*Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ*"²⁸ de yer almaktadır. Tebliğ'in 13. maddesi ile, borsa üyeleri ile yatırımcılar arasında imzalanan çerçeve sözleşmelere sınırlama getirilmiştir. Bahsedilen hükümlerin uygulama alanı dikkate alındığında, genel işlem şartları kadar geniş bir alana hitap edilmediği açıkça görülür.

Türk hukukunda genel işlem şartlarına ilişkin yukarıda kısaca özetlenen temel düzenlemelerin dışında, başka hükümler de mevcuttur. Gerçekten

²⁶ BKKKK. m. 2/II'ye göre; "*Kendi işyerleri ile sınırlı olmak üzere, mal veya hizmetlerin vadeli satışı ile alıcının borç alacak durumunun izlenmesi amacıyla kart çıkaran veya sistem oluşturan veya herhangi bir kredilendirme işlemi yapılmaksızın veya hesaba bağlı olmaksızın önceden belirlenen bir tutarla sınırlı olmak üzere kart düzenleyen gerçek veya tüzel kişiler bu Kanun hükümlerine tâbi değildir.*"

²⁷ Yönetmelik için bkz. 10.03.2007 tarih ve 26458 sayılı Resmî Gazete.

²⁸ 31.08.2011 tarihinden geçerli olmak yürürlüğe giren bu Tebliğ, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 15.12.1999 tarihli ve 4487 sayılı Kanun'la değişik 30 uncu maddesinin (a), (b) ve (c) bentlerinde sayılan aracılık faaliyetleri ile bu faaliyetleri Kanun'un 31, 32, 33, 34 ve 50 nci maddeleri hükümleri çerçevesinde yapacak kuruluşların, kuruluş, faaliyet ve yetkilendirilmelerine ilişkin esasları düzenlemektir.

de, TTK. m. 854, TTK. m. 1425/III ve TKHK. m. 10/I bu düzenlemelerden bazılarıdır. Ancak bunların uygulama alanı da son derece sınırlıdır.

Çalışmamızda genel işlem şartları, yukarıda sözünü edilen düzenlemelerin tamamı bakımından kümülâtif olarak ele alınmak yerine, esas olarak Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan hükümlere hasredilmiştir. Bununla birlikte konunun daha iyi izahı için ilgili hükümlere, gerekli olduğu yerlerde yeterli ölçüde yer verilmiştir.

İncelememiz üç “*Bölüm*” ve bir “*Sonuç*”tan meydana gelmektedir. Birinci bölümde, genel işlem şartlarının tanımı, unsurları, yarar ve sakıncaları, ferdî (hususî) anlaşmaya dönüşmesi ve genel işlem şartlarında önem taşımayan hususlar ele alınmıştır.

İkinci bölümünün konusu, genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girmesi ve yorumlanmasıdır. Burada öncelikle genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girmesi ve şartları, yazılmamış sayılma ve yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi incelenmiştir. Sözleşme kapsamına girme, doktrinde genel işlem şartlarının denetim aşamalarından “*yürürlük denetimi*” olarak da ifade edilmektedir. Bu kapsamda genel işlem şartlarının varlığı hakkında açıkça bilgi verilip, içeriğinin öğrenme imkânı sağlanması ve karşı tarafın kabulü konularına yer verilmiştir. Daha sonra Türk Borçlar Kanunu ile getirilen “*yazılmamış sayılma*” müessesesi üzerinde ayrıntılı olarak durulmuş ve yazılmamış sayılmanın hüküm ve sonuçları anlatılmıştır. Akabinde “*Genel İşlem Şartlarının Yorumlanması*” meselesine yer verilmiştir. Bu kapsamda, genel işlem şartlarında yorumun şartları, sınırı ve yorumlamada metod ve ilkeler ele alınmıştır.

Nihayet çalışmanın üçüncü bölümünde, genel işlem şartlarının içerik denetimine yer verilmiştir. Çalışmamız, Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemelere hasredildiği için burada, kanunî düzenleme uyarınca genel işlem şartlarında içerik denetiminin ölçüsü olarak dürüstlük kuralları ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu kapsamda dürüstlük kurallarının tanımı, içerik denetiminde özellikleri ve sınırlandırılması konularına yer verilmiştir. Akabinde içerik denetimi ile geçersizliğine hükmedilebilecek emsal genel işlem şartları incelenmiş ve içerik denetiminin hüküm ve sonuçları izah edilmiştir.

İncelemelerimiz sırasında vardığımız kanaatler ise, toplu bir şekilde “*Sonuç*” kısmında yer almaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL İŞLEM ŞARTLARI İLE İLGİLİ TEMEL BİLGİLER

I. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ TANIMI

Genel işlem şartları, doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Tunçomağ'a göre, "*Genel kayıtlar (umumî şartlar – Allgemeine Geschäftsbedingungen) adı verilen bu kayıtlar, akdin bir tarafının üçüncü kişilerle yapmayı tasarladığı aynı nevide ve çok sayıdaki akitlerin konusunu teşkil etmek üzere, önceden tesbit ettiği birtakım kayıtlar*"ı ifade etmektedir¹. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop'a göre, genel işlem şartları, "*Müteşebbisin ileride kurmayı düşündüğü ve işletmesinin uğraşı alanına giren sözleşmelerinin muhtevalarının, önceden ve tek taraflı olarak tayin ve saptanmasını*" ifade eder². Atamer'e göre, "*Sözleşme taraflarından birinin, ileride kuracağı sözleşmelerde karşı âkidine değiştirilmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle, önceden tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşulları*"dır³. Havutçu'ya göre, "*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*

¹ TUNÇOMAĞ, Kenan; 1962 Yılında Yayınlanmış Borçlar Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları Üzerine Kısa İncelemeler, BATİDER, Y. 1964, C. II, s. 443.

² TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla; Borçlar Hukuku, Cilt I, Beşinci Baskı, İstanbul 1985, s. 205.

³ ATAMER, Denetleme, s. 61.

dahil olmasını istediği sözleşme koşulları”dır⁴. BGB §. 305/(1)’de ise; “Genel işlem şartları, sözleşmenin bir tarafının (kullanıcının-kullananın) diğer tarafına, sözleşmenin kuruluşu sırasında sunduğu, çok sayıda sözleşme için önceden formüle edilmiş sözleşme şartlarıdır.” şeklinde tanımlanmıştır⁵. Genel işlem şartları, TBK. m. 20/I’de de tanımlanmıştır. Buna göre; “Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.”

Yukarıda yapılan tanımlar ve konuya ilişkin vardığımız kanaatler neticesinde genel işlem şartları, “Sözleşmenin bir tarafının (kullanıcı) diğer tarafına, sözleşmenin kuruluşu sırasında sunduğu, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden tek taraflı hazırlanmış sözleşme hükümleridir.” şeklinde tanımlanabilir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere genel işlem şartlarının kabulü için birtakım unsurların varlığı gereklidir. Bu unsurlar aşağıda ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Genel işlem şartları, doktrinde sıklıkla kullanılan “*tip sözleşme*”⁶, “*kitle sözleşme*”⁷, “*formüler sözleşme*”⁸, “*standart sözleşme*”⁹ ve “*çerçeve*

⁴ HAVUTÇU, s. 74.

⁵ BGB §. 305/(1); “Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt.”

⁶ “*Tip sözleşme*” kavramı için bkz. SAYMEN, Ferit H.; Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I, Umumî Hükümler, İstanbul 1950, s. 61; AKMAN, G. Sermet; Genel İşlem Şartları, GYD., Mart 1979, S. 35, s. 13; TANDOĞAN, Halûk; Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu açıdan Sınırlanması, Ankara 1977, s. 24; OĞUZ, s. 5; BAHTİYAR, Tüketici, s. 78; BARLAS, Nami; Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri, Prof. Dr. Erdoğan

MOROĞLU'na 65. Yaş Günü Armağani, İstanbul 1999, s. 805; **GÜNGÖR**, Hayriye Gonca; Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşullarına Bakış ve Öneriler, LHD., Y. 2005, C. 3, S. 30, s. 2102; **KOÇ**, Nevzat; Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hükümlere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler, İTÜSBD., Y. 6, S. 12, Güz 2007/2, s. 80; **KUNTALP**, Erden; Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 8 Nisan 2011, s. 82; **ALTOP**, Atilla; Genel İşlem Koşulları, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, (Der: Doç. Dr. M. Murat İNCEOĞLU), İstanbul 2012, s. 30; **ÖZ**, Turgut; Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları, http://www.iku.edu.tr/TR/iku_gunce/HukukC1S1_2/HukukGunceC1S1_128.pdf, s. 129, (Erişim tarihi: 19.09.2012); **DİZDAR**, Ali Murat; Genel İşlem Şartları, BD., S. 72, Y. 21, Mart 2010, s. 88; **AYDOĞDU**, Murat; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, DEÜHFD., C. 13, S. 2, Y. 2011, s. 2; **EREN**, s. 218; **ANTALYA**, O. Gökhan; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012, s. 285; **ORAK**, Cem Çağatay/**DURAKOĞLU**, S. Mustafa; Yeni Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları ve Elektrik Piyasasındaki Bazı Sözleşme Tiplerine Etkileri, EHAED., Y. 1, S. 2012/2, s. 201; **BÜYÜKTANIR**, Tahir /**BÜYÜKTANIR**, Oğuz; Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Genel Hükümler, Getirilen Değişiklikler ve Yeni Düzenlemeler, <http://www.turkhukukkurumu.org.tr/Siteyazi /20091029TBKT.pdf>, s. 8, (Erişim Tarihi: 28.12.2012); **SARAÇ**, Şükrü; Yargıtay Kararları Işığında Faktoring, Ankara 2013, s. 122; **BAŞ**, Ece; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları Kavramı ve İçerik Denetimi, Prof. Dr. Mustafa DURAL'a Armağan, İstanbul 2013, s. 278; **DOĞAN**, Gül; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Mustafa DURAL'a Armağan, s. 459.

⁷ “*Kitle sözleşme*” kavramı için bkz. **AKMAN**, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, s. 86; **SEROZAN**, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s. 208; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU /ALTOP**, s. 203; **TANDOĞAN**, s. 24; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukuki İşlem - Sözleşme, 5. Baskı, İstanbul 2010, s. 232; **OĞUZ**, s. 5; **BAHTİYAR**, Tüketici, s. 78; **GÜNGÖR**, s. 2102; **ÖZEL**, Çağlar; Haksız Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması Sorununa Bir Bakış ve Almanya Örneği, BATİDER, C. XX, S. 2, Y. 1999, s. 53; **KOCAMAN**, Arif B.; Bankaların Tacir ve Sanayiciler İle Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukuki Açından Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri, Ünal TEKİNALP'e Armağan, Cilt I Ticaret Hukuku, İstanbul 2003, s. 1086; **HAVUTÇU**, s. 13; **KOÇ**, s. 80; **ÖZEL**, Tasarı, s. 155; **AYRANCI**, s. 276; **EREN**, s. 218; **ANTALYA**, s. 285; **BÜYÜKTANIR /BÜYÜKTANIR**, s. 8.

⁸ “*Formüler sözleşme*” kavramı için bkz. **AKMAN**, GİŞ., s. 13; Aynı Yazar, Sorumsuzluk, s. 86; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 203; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 232; **BAHTİYAR**, Tüketici, s. 78; **GÜNGÖR**, s. 2012; **ÖZEL**, Tüketici, s. 53; **KOCAMAN**, s. 1086; **HAVUTÇU**, s. 13; **KOÇ**, s. 80; **ÖZEL**, Tasarı, s. 155; **AYRANCI**, s. 276; **ALTOP**, s. 30;

*sözleşme*¹⁰ kavramları ile karıştırılmamalıdır. Nitekim genel işlem şartları, aşağıda ayrıntılı olarak incelenen unsurları ihtiva eden “*sözleşme hükümleri*”dir. Bahsedilen kavramlar ise bizzat “*sözleşme türü*”dür. Bu sözleşme türleri, tamamen “*ferdî (hususî) sözleşme*” niteliğinde de kurulabilir. Dolayısıyla burada genel işlem şartlarına yer verilmeyebilir. Bununla birlikte, bahsedilen sözleşmelerin muhtevaları, kısmen veya tamamen genel işlem şartlarından da meydana gelebilir. Bu itibarla ortak birtakım özelliklere sahip olmalarına rağmen, genel işlem şartları ile yukarıda bahsedilen sözleşmelerin hukukî nitelikleri, uygulama alanları ve bunlara uygulanacak hükümler birbirinden farklıdır.

Genel işlem şartlarına uygulamada çeşitli şekillerde rastlanır. Bunlar; ya sözleşmenin kuruluşu sırasında karşı tarafa verilir veya sözleşmenin kuruluşundan

EREN, s. 218; **VEZİROĞLU**, Cem; Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları, İBD., C. 84, S. 2010/5, s. 3076; **AYDOĞDU**, s. 6; **ANTALYA**, s. 286; **BÜYÜKTANIR/BÜYÜKTANIR**, s. 8; **SARAÇ**, s. 122; **BAŞ**, s. 278; **DOĞAN**, s. 459.

⁹ “*Standart sözleşme*” kavramı için bkz. **AKMAN**, GİŞ., s. 13; Aynı Yazar, Sorumsuzluk, s. 86; **SEROZAN**, Dönme, s. 208; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 232; **OĞUZ**, s. 5; **BAHTİYAR**, Tüketici, s. 78; **KOCAMAN**, s. 1086; **HAVUTÇU**, s. 13; **EREN**, s. 215; **AKİPEK**, Şebnem; Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999, s. 221; **İŞGÜZAR**, Hasan; Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara 2003; **GÜNGÖR**, s. 2102; **YILMAZ**, Canan; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin Tüketiciden “Kredi Kartı Üyelik Ücreti” Alınmasının İptaline İlişkin 02.05.2008 Tarihli Kararının THKH m. 6’da Öngörülen “Sözleşmedeki Haksız Şartlar” Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi, MÜHFHAD., C. 15, S. 1-2, Y. 2009, s. 205; **AYRANCI**, s. 276; **SİRMEN**, A. Lale; Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 8 Nisan 2011, s. 107-134; **AYDOĞDU**, s. 6; **VEZİROĞLU**, s. 3076; **ANTALYA**, s. 285; **ORAK/DURAKOĞLU**, s. 201.

¹⁰ “*Çerçeve sözleşme*” kavramı için bkz. **BARLAS**, s. 805; **ERTAN**, Kerem; Banka Kredi Açma Sözleşmelerinin Hukukî Niteliği ve Özellikle Çerçeve Anlaşma Olma Özelliği, LHD., C. 1, S. 7, Temmuz 2003, s. 1665; **HAVUTÇU**, s. 13; **AYDIN**, Sema; Alım Satım Aracılık Çerçeve Sözleşmelerinde Yer Alan Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, YÜHFD., C. V, S. 1, Y. 2008, s. 101; **AYRANCI**, s. 132.

önce ilân edilmek ya da bir yere asılmak suretiyle karşı tarafın bilgilerine sunulur¹¹.

II. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ UNSURLARI

Doktrinde, genel işlem şartlarının unsurları konusunda çeşitli ayrımlar yapılmaktadır. Bunlardan ilk ayrımda, genel işlem şartlarının unsurları dört başlık altında incelenmektedir. Bununla birlikte söz konusu dört başlık, muhteva bakımından birbirinden farklılık gösterebilmektedir¹². Diğer ayrıma göre ise, genel işlem şartlarının unsurları, beş başlık altında incelenmeye tâbi tutulmuştur¹³.

¹¹ AKMAN, GİŞ., s. 14; Aynı Yazar, Sorumsuzluk, s. 88; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU /ALTOP, s. 207.

¹² Gerçekten de bir görüş; “a) Bir sözleşmenin şartlarını oluşturmaları, b) Sözleşmenin kurulmasından önce düzenlenmeleri, c) Birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere düzenlenmeleri, d) Genel işlem şartlarını kullanan tarafından sözleşmeye dahil edilmek niyetiyle karşı akide sunulmaları” olmak üzere bir ayırım yapmaktadır. Bkz. ATAMER, Denetleme, s. 62 vd. Diğer bir görüş; “a) Genel işlem şartlarının önceden tek yanlı belirlenmesi, b) Genel ve soyut nitelikte olması, c) Genel işlem şartlarının çok sayıda sözleşme için hazırlanması, d) Sözleşmenin kuruluşunda, taraflardan birinin önceden hazırlanan sözleşme koşullarına dayanması” şeklinde incelemiştir. Bkz. HAVUTÇU, s. 74 vd. Yine başka bir görüş; “a) Önceden ve tek yanlı belirlenme, b) Genel ve soyut nitelikte olma, c) Çok sayıda sözleşme için önceden hazırlanma, d) Sözleşmenin kuruluşu aşamasında, önceden hazırlanan şartların kullanılması” şeklinde bir ayrıma tâbi tutulmuştur. Bkz. KARTAL, Doğan; Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2008, s. 51 vd. Nihayet diğer bir görüşe göre ise, “a) ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanmalıdır, b) sözleşmenin yalnız bir tarafınca önceden tek yanlı hazırlanıp karşı tarafa sunulmalıdır, c) soyut ve genel nitelikte hazırlanan hükümlerdir, d) taraflar arasında kurulan sözleşmenin kapsamı içinde yer alan genel hükümler arasında bulunurlar.” olmak üzere bir ayırım yapılmaktadır. Bkz. EREN, s. 218 vd.

¹³ Buna göre; “a) Müzakere edilmemiş olma, b) Sözleşmenin kurulmasından önce tek taraflı hazırlanmış olma, c) Genel ve soyut olma, d) Çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanma, e) Sözleşmenin kurulması sırasında bunlara dayanılması” şeklinde bir ayırım söz konusudur. Bkz. YAVUZ, S., s. 35 vd.

TBK. m. 20/I'de yer alan tanımdan ise, dört unsur çıkarmak mümkündür. İlk olarak genel işlem şartları, bir sözleşmenin hükümleridir. Bunlar, sözleşmenin kurulmasından önce hazırlanırlar. Yine ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacı taşırlar. Nihayet, düzenleyen, bunları tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunar. Kanunî tanımdan çıkarılabilecek unsurlar bunlar olmakla birlikte, burada yer alan birkaç ifade, birtakım sorunlara sebebiyet verecek niteliktedir. Bunlar aşağıda tartışılmıştır. Bu itibarla, genel işlem şartlarının unsurları, yukarıda yer verilen tanıma uygun bir ayrıma tâbi tutulmuştur. Buna göre, genel işlem şartlarının unsurları; “a) Bir sözleşmenin hükümleri olması, b) Önceden tek taraflı hazırlanması, c) İleride çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacı taşıması, d) Sözleşmenin bir tarafının (kullanan) diğer tarafına, sözleşmenin kuruluşu sırasında sunması” olmak üzere dörde ayrılabilir. Bahsedilen unsurlar aşağıda sırasıyla ele alınmıştır.

A. Bir Sözleşmenin Hükümleri Olması

Genel işlem şartları, kural olarak sözleşme hükümleridir. Bir sözleşmenin muhtevasını oluşturmak için hazırlanırlar¹⁴. Bunun yanında sözleşmede, genel işlem şartı niteliğinde olmayan ferdî (hususî) düzenlemeler de yer alabilir. Genel işlem şartlarında belli başlı olarak ödeme ve teslim ilişkili hükümler, mülkiyeti saklı tutma kayıtları, alacağın temlik yasağı, cezaî şart, tahkim kaydı ve ifa yerine ilişkin hükümler yer alır. Yine genel işlem şartlarında

¹⁴ **ATAMER**, Denetleme, s. 62; Aynı Yazar; Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – THKH m. 6 ve TTK. m. 55/I-(f) İle Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 8 Nisan 2011, s. 13; **ÇINAR**, Ömer; Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009, s. 52.

yetkili mahkeme, süreler, ispat yükünün yer değiştirilmesine ilişkin kayıtlar, kullananın sorumluluğunun miktar açısından sınırlandırılmasına veya kaldırılmasına ilişkin hükümler¹⁵ mevcuttur. Nihayet bu tür şartlar içerisinde, kullananın sona erdirmeye hakkına ilişkin hükümler, sözleşmede kullanan tarafından yapılacak değişikliklerin kabul edildiğine dair kayıtlar, vergi yükümlülüklerine ilişkin düzenlemeler bulunabilir.¹⁶

Yukarıda özetlenen genel işlem şartları hükümleri, ileride kurulması plânlanan sözleşmeler için temel teşkil edecek noktaları belirler¹⁷. Bir anlamda söz konusu noktalar gelecekteki sözleşmelerin çekirdeğini meydana getirir. Burada yer alan hükümler, sözleşmelerin muhtevasına dâhil olacakları için tarafları bağlar.

Genel işlem şartları uygulamada özellikle banka, sigorta, seyahat, taşıma, iletişim, ulaştırma, elektrik, doğalgaz, su, telefon, internet veya dayanıklı tüketim malına ilişkin taksitli satış sözleşmelerinde yer almaktadır¹⁸.

B. Önceden Tek Taraflı Hazırlanması

Bir hukukî işlemde, genel işlem şartlarının varlığından bahsedilebilmesi için gerekli olan diğer bir unsur, bunların sözleşmenin

¹⁵ Sorumsuzluk kayıtlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **AKMAN**, Sorumsuzluk, s. 1 vd.; **ERTEN**, s. 1 vd.

¹⁶ Genel işlem şartlarında yer alan hükümler için bkz. **AKMAN**, GİŞ., s. 14; Aynı Yazar, Sorumsuzluk, s. 85; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 205; **TANDOĞAN**, s. 24; **BARLAS**, s. 810; **KAPLAN**, Banka Sözleşmeleri Hukuku, C. 1, Ankara 1987, s. 97 vd.; **KOCAMAN**, s. 1087; **AKİPEK**, Ş., s. 237 vd.; **AYDIN**, s. 102.

¹⁷ **BARLAS**, s. 813.

¹⁸ **EREN**, s. 218-219.

kurulmasından önce tek taraflı olarak hazırlanmış olmasıdır. Önceden hazırlanmış olma, sözleşme hükümlerinin somut bir sözleşme için değil, ileride kurulma ihtimali olan birden fazla sözleşme için kabul ediliyor olmasının bir göstergesidir¹⁹. Çünkü genel işlem şartlarını kullanan, ileride kurmayı düşündüğü ve işletmesinin faaliyet alanına giren sözleşmelerin muhtevasını, önceden belirler²⁰. Bunlar, farklı müşterilerle kurulacak aynı türden, çok sayıda sözleşme için bir çerçeve oluşturma amacıyla kaleme alınmaktadır²¹. Genel işlem şartları, özellikle çok sayıda kimse ile sözleşme yapan kişi ve kuruluşlar için bir avantajdır. Zira söz konusu kimseler, bu tür şartlarla, her bir sözleşmenin kuruluşunda karşı tarafla tek tek görüşülmesinin getireceği zaman kaybını böylelikle bertaraf edebilirler²².

Genel işlem şartları, önceden genellikle basılı bir şekilde hazırlanır²³. Meselâ, bu tür kayıtlar, yukarıda da izah edildiği üzere, insan veya eşya taşımalarında, taşıma sözleşmesinin ya da biletin arka yüzünde veyahut onlara ek olarak bulunurlar. Yine söz konusu düzenlemelerin, işyerlerinde veya bankalarda bir yere asılmak suretiyle karşı tarafın bilgilerine sunulması mümkündür.

¹⁹ **ATAMER**, Denetleme, s. 65; **HAVUTÇU**, s. 80-81; **ATAMER**, Karşılaştırma, s. 14; **BAĞRIAÇIK**, Safiye Nur; Genel İşlem Şartları ve Denetlenmesi, İKÜHFD., Y. 11, C. 11, S. 2, Temmuz 2012, s. 147; **SARAÇ**, s. 122.

²⁰ **ÖZEL**, Tüketici, s. 54.

²¹ **ATAMER**, Denetleme, s. 65; Aynı Yazar, Karşılaştırma, s. 14; **AYRANCI**, s. 290.

²² **ÖZEL**, Tasarı, s. 155.

²³ **AKMAN**, GiŞ., s. 14.

“Tek taraflı” deyiminden maksat, genel işlem şartlarının hazırlanmasında karşı tarafın yer almamasıdır²⁴. TBK. m. 20/I hükmünde yer alan “tek başına” ifadesinden anlaşılması gereken de, genel işlem şartlarının “tek taraflı” hazırlanmış olmasıdır. Bu şartları karşı tarafa sunan (kullanan), onları müzakere etmek, tartışmak amacını değil, konuşulmadan tartışılmadan kabul edilmesi amacını taşımaktadır²⁵. Aksi takdirde genel işlem şartları üzerinde karşı tarafla müzakere söz konusu olacağı için sözleşme, ferdî (hususî) sözleşmeye dönüşür. Başka bir deyişle sözleşme şartları, taraflar arasında ayrı ayrı ele alınarak görüşme ve tartışma konusu yapılmışsa genel işlem şartlarının varlığından söz edilemez²⁶. Nitekim BGB. 305. paragrafının 1. fıkrasının 3. cümlesinde de; “Sözleşme şartları, taraflar arasında tek tek müzakere edilmişse, genel işlem şartlarının varlığında söz edilmez.”²⁷ hükmü yer almaktadır. Diğer taraftan, “Ferdî (Hususî) anlaşmaların önceliği” başlıklı BGB. § 305b hükmüne göre; “Ferdî (Hususî) anlaşmalar, genel işlem şartlarına karşı öncelik taşımaktadır.”²⁸ Dolayısıyla, sözleşmenin belirli bir hükmü, hem genel işlem şartlarında yer almış

²⁴ **BAHTİYAR**, Tüketici, s. 80; **YAVUZ**, Nihat; Genel İşlem Şartlarının Tanımı, Yorumu ve Denetlenmesi, YD., C. 25, Ocak-Nisan 1999, S. 1-2, s. 572; **ATAMER**, Karşılaştırma, s. 15; **ARIKAN**, Mustafa; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), s. 70.

²⁵ **HAVUTÇU**, s. 87; **EREN**; s. 219.

²⁶ **AKMAN**, GİŞ., s. 14; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 207; **HAVUTÇU**, s. 88; **REİSOĞLU**, Sefa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, İstanbul 2012, s. 69; **ÇINAR**, s. 54.

²⁷ BGB. § 305/1- c. 3; “Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.”

²⁸ BGB. §. 305b; “Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen.”

hem de karşılıklı müzakere edilmişse, tarafların ferdî (hususî) düzenlemelerine öncelik tanınır.

C. İleride Çok Sayıda Benzer Sözleşmede Kullanma Amacı Taşınması

Genel işlem şartlarının varlığının kabulü için gerekli üçüncü unsur, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılma amacı taşınmasıdır. Burada, en az üç kez kullanma amacının varlığı yeterli kabul edilmektedir²⁹. Bu unsur aynı zamanda genel işlem şartlarının ortaya çıkış sebeplerindedir. Gerçekten de giriş kısmında ifade edildiği üzere, önceleri şahsî olarak yapılan sözleşmelerin standartlaştırılması, forma bağlanması ve onlara mantıklı bir muhteva ve yapı verilmesi, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacının gereğidir. Bu amaçla hazırlanan genel işlem şartları, ileride benzer sözleşmelerde fiilen kullanılmamış olabilir. Ayrıca fiilen kullanma, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacının varlığı için önem taşımaz³⁰. Zira burada önemli olan, genel işlem şartlarının ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacı taşınması, bu amaca hizmet etmek üzerine gerekli hükümleri ihtiva etmesidir³¹. Bu sebeple, genel işlem şartları genel ve soyut olarak önceden hazırlanırlar³².

²⁹ **MüKoBGB/**Basedow, § 305, Rn. 18.

³⁰ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 205; **ATAMER**, Denetleme, s. 67; **HAVUTÇU**, s. 83; **ATAMER**, Karşılaştırma, s. 16; **ÇINAR**, s. 57; **AYRANCI**, s. 291; **BAŞ**, s. 286.

³¹ **MüKoBGB/**Basedow, § 305, Rn. 18.

³² **AKMAN**, GİŞ., s. 14; **OĞUZ**, s. 10; **HAVUTÇU**, s. 80; **BAHTİYAR**, Tüketici, s. 81; **GÜNGÖR**, s. 2100; **BİGAT**, Şevket Güney/**LOKMANOĞLU**, Ensar; Genel İşlem Şartları Açısından Şaşırtıcı, Sürpriz, Beklenmeyen, Haksız, Adil Olmayan ve Çok Anlamlı Koşullar, **İBD.**, C. 83, S. 6, Y. 2009, s. 3148; **AYDOĞDU**, s. 13; **AYRANCI**, s. 290; **ÖZUYSAL**, Neslihan; Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar, (Yayımlanmamış Yüksek

Genel işlem şartlarının “*genel*” niteliği, sözleşmenin diğer tarafının belirli olmamasını, belirli bir kişi göz önüne alınmadan şartların önceden düzenlenmiş olmasını ifade eder³³. Bu tür şartlarda, gelecekte yapılacak aynı tür sözleşmeler için, belirli bir sözleşme gözetilmeksizin, objektif olarak belirlenebilir bir topluluğa yönelik hazırlanmış hükümler yer alır³⁴. Bununla birlikte bir hüküm, düzenlenme aşamasında belirli, sayısı gelecekte azalıp artmayacak bir kişi topluluğuna yönelik ise genel değil, özel niteliktedir³⁵. Görüldüğü gibi buradaki kıstas, ilgililerin belirli olup olmamasıdır. Genel işlem şartlarının hazırlanmasında ilgili kişi(ler), somut olarak belirli değildir.

Genel işlem şartlarının “*soyut*” niteliği, bunların düzenlenme aşamasında zaman ve yer bakımından tamamen belirsiz bir sözleşmeye yönelik olmalarını ifade eder³⁶. Yukarıda da bahsedildiği üzere, genel işlem şartlarında gelecekte yapılacak aynı tür sözleşmelerle ilgili ve ferdî (hususî) olmayan düzenlemeler yer alır³⁷. Bununla birlikte bir hüküm, zaman ve yer bakımından tamamen belirli bir olay ile ilgili ise soyut değil, somuttur³⁸. Bu sebeple, gelecekte

Lisans Tezi), İstanbul 2011, s. 56; **BAĞRIAÇIK**, s. 148; **SARAÇ**, s. 122; **BAŞ**, s. 285; **AÇIKGÖZ**, Osman; Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, (Yayımlanmış Doktora Tezi), İstanbul 2012, s. 179.

³³ **SOYER**, M. Polat; Genel İş Koşulları, İstanbul 1987, s. 10; **OĞUZ**, s. 12; **BAHTİYAR**, Tüketici, s. 81; **YAVUZ**, N., Denetleme, s. 572; **HAVUTÇU**, s. 80; **AYRANCI**, s. 290; **EREN**, s. 219; **BAĞRIAÇIK**, s. 148.

³⁴ **SOYER**, s. 10; **OĞUZ**, s. 12; **BAHTİYAR**, Tüketici, s. 81.

³⁵ **SOYER**, s. 10; **BAHTİYAR**, Tüketici, s. 81; **HAVUTÇU**, s. 80.

³⁶ **SOYER**, s. 12; **OĞUZ**, s. 12; **BAHTİYAR**, Tüketici, s. 81; **HAVUTÇU**, s. 80; **AYRANCI**, s. 291; **EREN**, s. 219; **BAĞRIAÇIK**, s. 148.

³⁷ **SOYER**, s. 12; **OĞUZ**, s. 12; **BAHTİYAR**, Tüketici, s. 81; **YAVUZ**, N., Denetleme, s. 572.

³⁸ **SOYER**, s. 12.

ortaya çıkabilecek olaylar düzenlenmek isteniyorsa, ferdî (hususî) olaylardan soyutlanmış hükümlere ihtiyaç vardır.

Genel işlem şartlarının birden fazla sözleşmede kullanımı amacı söz konusu olduğuna göre, kullanılan metnin de tamamının aynı olması gerekir. Ancak bu, metinlerin mutlak anlamda birbiriyle örtüşmesinin aranacağı anlamına da gelmez. Gerçekten de TBK. m. 20/II'ye göre; “*Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.*” Böylece genel işlem şartları metinlerinde küçük farklılıklar yapılması suretiyle denetime ilişkin kuralların dolanılması önlenmiştir³⁹. O halde sözleşme yer alan metinler muhteva itibariyle özdeş olmasa da, onları genel işlem şartları olarak nitelemek mümkündür.

TBK. m. 20/IV'e göre; “*Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.*” Bu itibarla sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların (meselâ bir dernek veya bankanın) hazırladığı sözleşmeler bakımından ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacı aranmaz.

³⁹ BAŞ, s. 280-281; ULUSAN, İlhan; Türk Borçlar Kanunu'ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler, Prof. Dr. Mustafa DURAL'a Armağan, İstanbul 2013, s. 1223; DOĞAN, s. 464.

D. Sözleşmenin Bir Tarafının (Kullananın) Diğer Tarafına, Sözleşmenin Kuruluşu Sırasında Sunması

Genel işlem şartlarının varlığı için aranan son unsur, sözleşmenin bir tarafının (kullanan) diğer tarafına, bunları sözleşmenin kuruluşu sırasında sunmasıdır. TBK. m. 20/I’de, genel işlem şartlarını karşı tarafa sunan kişi için “düzenleyen” ifadesi kullanılmıştır. Ancak bu ifade, genel işlem şartları bakımından isabetli bir ifade değildir. Nitekim “düzenleyen” kavramı, kelime anlamı⁴⁰ ile değerlendirildiğinde, “genel işlem şartlarını hazırlayan, yazan, sistemli bir şekilde bir arada toplayan veya genel işlem şartlarını meydana getiren” olarak anlaşılır. Bu anlamda “düzenleyen”, genel işlem şartlarını ihtiva eden sözleşmenin tarafı ise, bu unsurun varlığı bakımından mesele yoktur. Ancak genel işlem şartlarını karşı tarafa sunan, bu anlamda “düzenleyen” değil de, “kullanan” konumunda olabilir. Bu durum karşısında ise, bahsedilen unsurun varlığının kabul edilip edilemeyeceği meselesi gündeme gelir. Genel işlem şartlarının tanımının yer aldığı TBK. m. 20’nin gerekçesinde bu hususa ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. Ancak genel işlem şartları ile ilgili düzenlemeler ve konunun niteliği göz önünde tutulduğunda, meseleyi açıklığa kavuşturmak mümkün gözükmemektedir. Nitekim bir sözleşmenin kurulması anında genel işlem şartlarını karşı tarafa sunan ve bunların sözleşmenin muhtevasına dâhil olmasını

⁴⁰ “Düzenleyen” kelimesi, “düzenlemek” fiil kökünden gelmektedir. “Düzenlemek” ise, “çeşitli unsurların meydana getirdiği ahenkli bütün oluşturma, muntazam hale getirmek, tanzim etmek, yapmak, tertib etmek” anlamlarına gelmektedir. Bkz. DOĞAN, D. Mehmet; Büyük Türkçe Sözlük, Ankara 1996, 315.

isteyen kişi “*kullanan*”dır⁴¹. Önemli olan genel işlem şartlarını kaleme alan değil, karşı tarafa sunandır⁴². Genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerde, “*düzenleyen*” ve “*karşı taraf*” ifadeleri, bir sözleşmenin tarafları için kullanılmıştır. Burada karşı taraf, genel işlem şartlarını ihtiva eden sözleşmenin pasif tarafında yer alan kişidir. Yani karşı taraf, sözleşmede kendisine genel işlem şartları sunulan taraftır. Bunun sonucu olarak, kelime olarak farklı çağrışımlara sebebiyet verse de, düzenleyenin, sözleşmenin genel işlem şartlarını sunan tarafı olduğu sonucuna varmak, bu bakımdan da mümkündür. Ayrıca TBK. m. 20/IV hükmünde, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kurumların hazırladıkları sözleşmeler, mutlak surette genel işlem şartlarının emredici düzenlemelerine tâbi tutulmuştur. Şu halde söz konusu kapsamdaki bir sözleşme kullanıldığında, genel işlem şartlarına ilişkin hükümlere tâbi olur. Yine diğer düzenlemeler ışığında genel işlem şartları ile ilgili hükümlerin özü dikkate alındığında aynı sonuca varılır⁴³. Aksi takdirde genel

⁴¹ BGB §. 305/(1)'de de, “*kullanan, kullanıcı*” anlamına gelen “*Verwender*” ifadesine yer verilmiştir.

⁴² ATAMER, Denetleme, s. 69; HAVUTÇU, s. 76; ATAMER, Karşılaştırma, s. 18; ARIKAN, Genel İşlem, s. 71.

⁴³ TBK. m. 22'de; “*Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.*” hükmü yer almaktadır. Burada kullananın karşı tarafın menfaatine aykırı veya sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem şartlarının sözleşmenin kapsamı dışında kalması halinde sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyeceği düzenlenmiştir. Yine TBK. m. 23 ile genel işlem şartlarının kullanan aleyhine karşı taraf lehine yorum ilkesi getirilmiştir. Yine TBK. m. 25 ile dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Tüm bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, genel işlem şartlarını karşı tarafa sunan kişi ciddi sınırlandırmalar ile karşı karşıyadır. Şu halde genel işlem

işlem şartlarına ilişkin hükümler çok kolay bir şekilde bertaraf edilebilir. Bu da söz konusu düzenlemelerin amacı ile bağdaşmaz. Özet olarak, “düzenleyen” ifadesini, “genel işlem şartlarını karşı tarafa sunan”, “kullanan” olarak anlamak gerekir.

Sözleşmenin bir tarafı (kullanan), genel işlem şartlarını karşı tarafa en geç sözleşmenin kuruluşu sırasında sunmalıdır. TBK. m. 20/I’de, bu hususa ilişkin “sözleşme yapılırken” ifadesi yer almaktadır. Bu ifade ile kastedilen, Türk Borçlar Kanunu’nun başlangıç hükümlerinde yer alan “sözleşmenin kurulması”dır. Bu sebeple, işbu çalışmada “sözleşme yapılırken” ifadesinin yerine, “sözleşmenin kuruluşu sırasında” ibaresinin kullanılması uygun görülmüştür. Bu itibarla, sözleşmenin kuruluşu sırasında sunulmayan genel işlem şartları, onun muhtevasına dâhil olmaz. Zira sözleşmenin meydana gelmesinden sonra, daha önce hiç söz konusu edilmeyen şartlara dayanma, sözleşmenin sonradan tek taraflı değiştirilmesi demektir⁴⁴. Bu türden bir değişiklik ise geçerli değildir⁴⁵. Dolayısıyla teknik anlamda sözleşme kurulduktan sonra karşı tarafın bilgisine sunulan şartlar, o sözleşme bakımından hiçbir hüküm ifade etmez.

şartlarını karşı tarafa sunan kişinin, çok basit bir şekilde ilgili düzenlemeleri bertaraf edebileceğini varsaymak veya kabul etmek isabetli olmaz.

⁴⁴ AKMAN, GİŞ., s. 15; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 208; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 232-233; ÇINAR, s. 79; ENGİN, Baki İlkay; Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Türk-İsviçre Hukuk Günleri Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010, s. 80.

⁴⁵ AKMAN, GİŞ., s. 15; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 208; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 232-233; ÇINAR, s. 79; ENGİN, s. 80.

III. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ FERDÎ (HUSUSÎ) ANLAŞMAYA DÖNÜŞMESİ

Genel işlem şartlarının ferdî (hususî) anlaşmaya dönüşmesi, tarafların, şartları ayrı ayrı ele alması ve tartışma konusu yapması halinde söz konusu olur⁴⁶. Daha önce de ifade edildiği üzere BGB § 305/(1)'in üçüncü cümlesine göre; *“Sözleşme şartları taraflar arasında tek tek müzakere edilmişse, genel işlem şartlarının varlığından söz edilmez.”*⁴⁷. Türk Borçlar Kanunu'nda ise bu hususa ilişkin açıkça bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, TBK. m. 20/III hükmünden de aynı sonuca varmak mümkündür⁴⁸. Gerçekten de TBK. m. 20/III hükmüne göre; *“Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.”* Bu itibarla, sadece bahsedilen türden bir kayıt, genel işlem şartı niteliğini ortadan kaldırmak için yeterli değildir⁴⁹. Hatta bu kaydın kendisi de genel işlem şartı teşkil eder⁵⁰. Ancak bu hükmün karşıt anlamından ve yorumundan anlaşılan, tartışılarak kabul edilen sözleşme hükümlerinin genel işlem şartı niteliğini kaybedeceği⁵¹. Dolayısıyla bahsedilen nitelikteki hükümler, genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelerin uygulama alanı dışında kalır.

⁴⁶ AKMAN, GİŞ., s. 14; HAVUTÇU, s. 87 vd.

⁴⁷ BGB. §. 305/1-c. 3; *“Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.”*

⁴⁸ ATAMER, Karşılaştırma, s. 21.

⁴⁹ ATAMER, Karşılaştırma, s. 21.

⁵⁰ ATAMER, Karşılaştırma, s. 21.

⁵¹ ATAMER, Karşılaştırma, s. 21.

IV. GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA ÖNEM TAŞIMAYAN HUSUSLAR

TBK. m. 20/I, c. 2'ye göre, “*genel işlem koşullarının sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.*” Genel işlem şartlarının varlığı kabul edilirken, mümkün olduğu kadar şekli kıstaslardan yola çıkmamak isabetli gözükmektedir⁵². Aksi takdirde kullanan, genel işlem şartlarına karşı korumayı dolanmak için yollar aramaya teşvik edilmiş olur⁵³.

Genel işlem şartlarının varlığı bakımından önem taşımayan diğer bir husus, metinlerin mutlak anlamda örtüşmesinin aranmamasıdır. Daha önce de ifade edildiği üzere, TBK. m. 20/II hükmüne göre; “*Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.*” Görüldüğü üzere, sözleşmelerin metinlerinin mutlak anlamda özdeş olması aranmamaktadır. O halde sözleşme yer alan metinler özdeş olmasa da, onları genel işlem şartları olarak nitelemek mümkündür.

Nihayet genel işlem şartlarının varlığı bakımından TBK. m. 20/IV'de özel bir düzenleme söz konusudur. Buna göre; “*Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.*” Bu itibarla sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve

⁵² ATAMER, Karşılaştırma, s. 19.

⁵³ ATAMER, Karşılaştırma, s. 19.

kuruluşların hazırladığı sözleşmelere genel işlem şartlarına ilişkin hükümler uygulanır. Yine bu tür sözleşmelerde, genel işlem şartlarının unsurlarından “ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacı” aranmaz.

§. 3 GENEL İŞLEM ŞARTLARININ YARARLARI VE SAKINCALARI

Genel işlem şartlarının yararları yanında, bazı sakıncaları da mevcuttur. Doktrinde bunlar, genel işlem şartlarının yararları ve sakıncaları başlıkları altında incelenmektedir. Ancak kanaatimizce, genel işlem şartlarının yararları ve sakıncaları, bu tür bir ayırım yerine, kullanan ve karşı taraf açısından ayrı ayrı ele alınarak incelenmelidir. Aşağıdaki açıklamalar, bu esaslar çerçevesinde yapılmıştır.

I. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ YARARLARI

Genel işlem şartlarının yararları, konunun tarihî gelişim sürecine de uyumlu olarak, öncelikle kullanan açısından incelenmiştir. Ardından karşı taraf açısından yararlarına yer verilmiştir.

A. Kullanan Açısından Yararları

Giriş kısmında da ifade edildiği üzere, modern iş hayatında bazı mal ve hizmetler seri halde üretilip kitlelere sunulmaktadır. Bunların her biri için her gün yüzlerce, hatta binlerce benzer sözleşme yapılmaktadır. Bu mal ve hizmetleri üretilen, müşterilere sunan kuruluşlar, her sözleşmeyi, her müşteri ile bire bir yaptıkları takdirde sözleşmeler arasında muhteva yönünden büyük farklılıklar

ortaya çıkabilir. Yine buralarda birtakım hükümlerin unutulması söz konusu olabilir⁵⁴. Hâlbuki genel işlem şartları sayesinde standart sözleşme tipleri yaratılmaktadır⁵⁵. Böylece kullanan, bahsedilen sakıncaları bertaraf etmiş olmaktadır.

Genel işlem şartları ile birlikte, ticarî ve hukukî iş ve işlemlerin yürütülmesi basitleştirilmiş ve rizikoların geniş ölçüde hesaplanabilmesi sağlanmıştır⁵⁶. Çünkü genel işlem şartları, ilke olarak iş hayatında bu tür iş ve işlemlerde elde edilen genel birikim ve tecrübelerle dayanılarak hazırlanmaktadır⁵⁷. İşte kullanan, bilgi ve tecrübelerini genel işlem şartlarına yansıtmaktadır.

Taraflar arasında kurulan sözleşmelerle ilgili mevzuattaki düzenlemeler yetersiz olabilir veya gerekli düzenleme olmayabilir. Bu durum ise, sözleşmeye uygulanacak hükümlerde hukukî belirsizliğe ve güvensizliğe sebebiyet verebilir. Bu hususun giderilmesi amacıyla, konunun uzmanları

⁵⁴ **AKMAN**, Sorumsuzluk, s. 86; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 228.

⁵⁵ **MüKoBGB/Basedow**, Vorbemerkung, Rn. 1; **AKMAN**, GİŞ., s. 13; Aynı Yazar, Sorumsuzluk, s. 90; **OĞUZ**, s. 5; **BAHTİYAR**, Tüketici, s. 78; **DEUTSCH**, Erwin (Çev: HAVUTÇU, Ayşe); Avrupa Ortak Pazarında Tüketicinin Korunması – Avrupa Direktifi ve Alman Genel İşlem Şartları Hakkında Kanun, Prof. Dr. Şükrü POSTACIOĞLU'na Armağan, İzmir 1997, s. 260; **KOCAMAN**, s. 1086; **HAVUTÇU**, s. 5; **İŞGÜZAR**, s. 180; **KÜÇÜKYALÇIN**, Arzu; Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması, AÜHFD, Y. 2004, C. 53, S. 4, s. 110; **EREN**, s. 215; **KAPAĞAN**, Gönül; Bağlı Tüketici Kredileri, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2004, s. 55; **ORAK/DURAKOĞLU**, s. 201; **AÇIKGÖZ**, s. 192.

⁵⁶ **REHBİNDER**, s. 641; **MüKoBGB/Basedow**, Vorbemerkung, Rn. 2; **TEKİNALP**, s. 125; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 228; **OĞUZ**, s. 1; **HAVUTÇU**, s. 6; **BAHTİYAR**, Tüketici, s. 83.

⁵⁷ **BAHTİYAR**, Tüketici, s. 83; **EREN**, s. 215.

tarafından hazırlanan genel işlem şartları ile hukukî belirlilik ve güvenlik de sağlamış olur.

Genel işlem şartları sözleşmelerin çabuk yapılmasını, bu suretle de zamandan tasarruf edilmesini sağlar⁵⁸. Aksi halde, her sözleşmenin karşı taraf ile tek tek müzakere edilmesi, oldukça fazla zaman harcanması gerekir. Genel işlem şartları sayesinde, kitlelere yönelik sözleşmelerle ticarî hayatın hızına uyum sağlanmaktadır⁵⁹.

B. Karşı Taraf Açısından Yararları

Genel işlem şartları ile sözleşme detaylarının açıklığa kavuşturulması, kullananın olduğu kadar, bazı durumlarda karşı tarafın da menfaatine uygun düşer. Her ne kadar genel işlem şartlarında yer alan hükümlerin büyük bir kısmı kullanan lehine ise de, bu, durumun tamamen karşı taraf aleyhine olduğu anlamına gelmez. Sözleşme ilişkisinin içerisinde yer alan hükümlerin açık bir şekilde düzenlenmesi, kullananın olduğu kadar karşı tarafın da hukukî güvenliğini sağlar. Yine sözleşme ilişkisinin taraflara yüklediği edimlerin nasıl ve ne şartlarda yerine getirileceğinin belirlenmiş olması, sözleşme ilişkisini daha sağlıklı, açık ve belirgin kılar. Ayrıca kanunlarda, mümkün olduğu kadar çok olayı kapsayabilmek için genel ve soyut kurallar yer alır. Dolayısıyla, kanunlarda taraflar arasındaki ilişkiye uygulanabilecek hükümler her zaman bulunmayabilir. Bunun yerine uzman hukukçularca hazırlanan genel işlem şartları ile, taraflar

⁵⁸ AKMAN, Sorumsuzluk, s. 90; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 228; BAHTİYAR, Tüketici, s. 82; EREN, s. 215; HAVUTÇU, s. 5; ÖZEL, Tasarı, s. 155; KAPAĞAN, s. 56; ORAK/DURAKOĞLU, s. 201; AÇIKGÖZ, s. 191.

⁵⁹ BAHTİYAR, Tüketici, s. 82; AÇIKGÖZ, s. 191.

arasındaki ilişkiye uygulanacak kurallar tespit edilir. Böylece kanunlarda yer alan boşlukların güvensizlik doğuran, (meselâ örf ve adet gibi belirsiz kaynakları yerine), belirli kurallarla doldurulmasının her iki taraf için de yararlıdır⁶⁰. Taraflar arasındaki ilişkiye uygulanacak hükümleri tespit etmek, aynı zamanda hukukî belirliliği ve öngörülebilirliği de sağlar. Ayrıca genel işlem şartları sayesinde karşı taraf, aynı şartları içeren onlarca sözleşme yapıldığını bildiğinden kendisini güvende hisseder.

II. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ SAKINCALARI

Genel işlem şartlarının sakıncaları, sistem bütünlüğü olması bakımından öncelikle kullanan açısından ele alınmıştır. Daha sonra genel işlem şartlarının karşı taraf açısından sakıncaları incelenmiştir.

A. Kullanan Açısından Sakıncaları

Kullanan, genel işlem şartlarını karşı tarafa sunan kimsedir. Dolayısıyla genel işlem şartlarının muhtevasını belirleyen ve sınırlarını çizen taraftır. Bu sebeple, genel işlem şartları kapsamında yer alan hükümlerde, kullanan aleyhine düzenlemelerin yer alması mümkün gözükmemektedir. Bu itibarla genel işlem şartlarının muhtevasının, kullanan bakımından herhangi bir sakıncası olduğunu söylemek oldukça zordur. Bununla birlikte, gelinen durum itibariyle Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan hükümler, kullanan aleyhine de sonuç doğurabilir. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nda genel işlem şartları, sıkı denetime ve yaptırımlara tâbi tutulmuştur. Gerçekten de TBK. m. 21'de, karşı

⁶⁰ REHBİNDER, s. 642; TEKİNALP, s. 126.

tarafın menfaatine aykırı hükümlerin sözleşme kapsamına girmesi birtakım şartlara bağlıdır. Buna göre, sözleşmenin yapılması sırasında kullananın karşı tarafa, bu şartların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlaması mecburîdir. Karşı tarafın da bu şartları kabul etmesi gerekir. Bu şartlar gerçekleşmediği takdirde, söz konusu hükümler yazılmamış sayılır. Ayrıca sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem şartları da yazılmamış sayılır. Buradaki en büyük sakınca ise, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem şartları dışındaki hükümlerinin geçerliliğini korumaya devam etmesidir. Bu durumda kullanan, yazılmamış sayılan şartlar olmasaydı, diğer hükümler ile sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. Böyle bir halde kullanan, TBK. m. 27/II' de yer alan; *“Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”* düzenlemesinden yararlanamaz^{61, 62}. Yine ferdî (hususî) bir sözleşmede yer alsaydı, geçerliğine itiraz edilemeyecek olan hafif kusur için konulmuş sorumsuzluk kaydı, genel işlem şartlarında yer alması sebebiyle denetlenebilecek ve batıl sayılabilir⁶³. Nihayet TBK. m. 23 ile, genel

⁶¹ Bu hususa paralel bir diğer düzenleme TTK. m. 1530/(1)'de yer almaktadır. Buna göre; *“Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır. Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır. Bu sınırlarda, Türk Borçlar Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanmaz.”* Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **BAŞPINAR**, Butlan, s. 168; **KIRKBEŞOĞLU**, Nagehan; Türk Özel Hukukunda Kısmî Hükümsüzlük, İstanbul 2011, s. 223 vd.

⁶² Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. İkinci Bölüm, III., B., 3. - 4.

⁶³ **KIRKBEŞOĞLU**, s. 281.

işlem şartlarında yer alan bir hükmün, açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi halinde, kullananın aleyhine ve karşı tarafın lehine yorum ilkesi getirilmiştir.

B. Karşı Taraf Açısından Sakıncaları

Genel işlem şartlarını ihtiva eden sözleşmelerde, taraflar arasında sözleşmenin kapsamının karşılıklı olarak saptanmasına ilişkin görüşmeler ve pazarlıklar söz konusu değildir⁶⁴. Ferdî (hususî) uyuşma, genellikle birbirinin karşılığını teşkil eden her iki temel edimin (özellikle eşya veya hizmet edimi ile bedelin) tesbiti ile sınırlıdır⁶⁵. Hatta kimi zaman “*bedel*” unsuru dahi, önceden belirlenmiş tarifelere göre tespit edilmektedir. Bu durumda karşı taraf, iltihakî sözleşmelerde olduğu gibi sadece “*sözleşmeyi o şartlarda kabul etmek*” veya “*sözleşmeyi hiç kabul etmemek*” tercihlerinden birini seçmek durumunda kalmaktadır.

Genel işlem şartlarına ilişkin hükümler, kapsam itibariyle çok geniş, soyut ve karmaşıktır⁶⁶. Çünkü genel işlem şartları, alanı ile ilgili en yetkili kişilere hazırlanmaktadır. Bu sebeple, kullanan aleyhine en ufak bir açıklık bırakılmamasına dikkat edilmektedir. Yine burada yer alan hükümler genellikle

⁶⁴ AKMAN, GİŞ., s. 13; OĞUZ, s. 5-6; BAHTİYAR, Tüketici, s. 77; HAVUTÇU, s. 7; KOÇ, s. 80; ÖZEL, Tasarı, s. 155; ALTOP, s. 30; ÖZ, s. 129; ULUSAN, İlhan; Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi, http://www.iku.edu.tr/TR/iku_gunce/GunceHukuk_Yeni_Sayilar/HukukC3_Sayi1_2/HukukC3Sayi12_27.pdf, s. 29.

⁶⁵ MüKoBGB/Basedow, Vorbemerkung, Rn. 1; AKMAN, GİŞ., s. 13-14; Aynı Yazar, Sorumsuzluk, s. 88; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU /ALTOP, s. 204; ALTOP, s. 30.

⁶⁶ AKMAN, GİŞ., s. 14; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 205; ÖZ, s. 129.

çok uzun olarak hazırlanır. Meselâ bankacılık uygulamasında bir mevduat hesabı açma sözleşmesi, 10-15 sayfa arasında bir metin teşkil etmektedir. Bunun sonucu olarak da iş adamları ve hukukçular dışında (hatta onlar bile) çoğu kimse, genel işlem şartlarını baştan sona okumazlar. Hatta bu kimseler, bahsedilen metinleri okusalar dahi söz konusu hükümlerin anlam ve önemini tam olarak kavrayamayabilirler⁶⁷. Ayrıca karşı taraf, genellikle bu şartları yeterince değerlendirebilecek zamana da sahip değildir⁶⁸. Zira karşı taraf ya kredi veya başka bir ihtiyaç içindedir. Sırada bekleyen müşterilerin psikolojik baskısı da, genel işlem şartlarını okumayı ve değerlendirmeyi engelleyen ayrı bir sebeptir.

Genel işlem şartları, kullananın, her taraftan güvence ve garantiye alınmış olarak, sözleşmenin gelecekteki tarafına karşı çok güçlü bir hukukî duruma sahip olması amacıyla hazırlanır⁶⁹. Önceden bütün ihtimaller düşünülerek hazırlanan bu hükümlerle kullanan, sadece kendi menfaatlerini kollamakta ve korumaktadır⁷⁰. Böylece sözleşmenin muhtevası tamamen kullananın iradesine uygun olmaktadır. Karşı taraf ise, kullananın iradesine tâbi olmak mecburiyetinde

⁶⁷ **MüKoBGB**/Basedow, Vorbemerkung, Rn. 6; **AKMAN**, GİŞ., s. 15; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 207; **AÇIKGÖZ**, s. 193.

⁶⁸ **KOCAMAN**, s. 1087; **YAVUZ**, Nihat; Taksitle Satım Sözleşmelerinde Tüketicilerin (Alıcıların) Genel İşlem Şartı İçerisinde Yer Alan Kayıtlara Karşı Korunması, THD., Nisan 2007, S. 8, s. 29; **AÇIKGÖZ**, s. 193.

⁶⁹ **REHBİNDER**, s. 642; **MüKoBGB**/Basedow, Vorbemerkung, Rn. 3; **AKMAN**, GİŞ., s. 15; Aynı Yazar, Sorumsuzluk, s. 90; **TEKİNAY /AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 209; **TEKİNALP**, s. 126; **ÖZEL**, Tüketici, s. 54; **ÖZ**, s. 129; **AÇIKGÖZ**, s. 194.

⁷⁰ **REHBİNDER**, s. 642; **AKMAN**, GİŞ., s. 15; Aynı Yazar, Sorumsuzluk, s. 89; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 209; **TANDOĞAN**, s. 24; **TEKİNALP**, s. 126; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 226; **BAHTİYAR**, Tüketici, s. 76-77; **BARLAS**, s. 810; **ÖZEL**, Tüketici, s. 54; **ALTOP**, s. 30; **ÖZ**, s. 129; **ULUSAN**, İçerik Denetimi, s. 29.

kalmaktadır⁷¹. Aksi halde karşı tarafın, sözleşme konusundan vazgeçmekten başka herhangi bir seçim hakkı söz konusu olmamaktadır⁷². Böyle bir durumda ise irade özgürlüğünden söz edilemez. Bu durumun biraz daha ileri uygulaması ile “kelepçeleme”⁷³ teşkil eder.

Nihayet kullanan, genel işlem şartlarına objektif hukuk kurallarından sapan bir muhteva vermektedir. Buradaki hükümler, sözleşmelere ilişkin yedek (tamamlayıcı) hukuk kurallarını bertaraf etmektedir⁷⁴. Tamamlayıcı hukuk kuralları, tarafların karşılıklı menfaatleri arasında uygun bir denge kurması beklentisiyle öngörülürler. Bununla birlikte, taraflar, sözleşme özgürlüğü gereğince tamamlayıcı hukuk kurallarını aralarındaki ilişkide uygulama dışı bırakabilirler. Ancak genel işlem şartlarında, tamamlayıcı hukuk kuralları iki tarafın serbestçe görüşüp anlaşması neticesinde değil, aksine kullananın tek taraflı

⁷¹ **MüKoBGB**/Basedow, Vorbemerkung, Rn. 4; **AKMAN**, GİŞ., s. 15; Aynı Yazar, Sorumsuzluk, s. 92; **TEKİNAY/AKMAN /BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 209; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 226; **OĞUZ**, s. 14; **BAHTİYAR**, Tüketici, s. 77; **BARLAS**, s. 807; **KOCAMAN**, s. 1086-1087; **KARAGÖZ**, s. 594; **ARIKAN**, Genel İşlem, s. 69; **ALTOP**, s. 30; **ÖZ**, s. 129; **KARA**, İlhan; Tüketici Hukuku, Ankara 2012, s. 63.

⁷² **AKMAN**, GİŞ., s. 15; Aynı Yazar, Sorumsuzluk, s. 92; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU /ALTOP**, s. 209; **BAHTİYAR**, Tüketici, s. 78; **KOCAMAN**, s. 1086-1087; **HAVUTÇU**, s. 7; **İŞGÜZAR**, s. 180; **ÖZ**, s. 129; **SARAÇ**, s. 122; **AÇIKGÖZ**, s. 193.

⁷³ Kelepçeleme sözleşmelerinde karşı taraf, yapmış olduğu sözleşme ile ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlanmasına sebebiyet verir. Ayrıca kullanana bağımlı hale gelir. Kelepçeleme sözleşmeleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **BAŞPINAR**, Veysel; Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri, ABD., Y. 1999, S.1, s. 17-34; **ÜNAL**, Akın; Kelepçeleme Sözleşmeleri, Sözleşmedeki Hükümler Sebebiyle Ekonomik Özgürlüğün Aşırı Derecede Sınırlanması, Ankara 2012, s. 1 vd.

⁷⁴ **AKMAN**, GİŞ., s. 15; Aynı Yazar, Sorumsuzluk, s. 92; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU /ALTOP**, s. 210; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 227; **BAHTİYAR**, Tüketici, s. 82; **ÖZEL**, Tüketici, s. 54; **KOCAMAN**, s. 1086; **ÖZ**, s. 129; **ULUSAN**, İçerik Denetimi, s. 29.

iradesi ile deęiřtirilmektedir⁷⁵. Karşı taraf da bu değişiklikleri, hiçbir itiraz hakkı olmadan –deyim yerinde ise ya hep ya hiç şeklinde- bütün halinde kabul etmek mecburiyetinde kalmaktadır. Bu tarzda gerçekleşen bir değişiklik ise, tamamlayıcı hükümlerden ayrılarak kurulan yeni düzenlemenin adaleti ve yerindelii ği hususunda hiçbir garanti barındırmamaktadır⁷⁶.

⁷⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 227.

⁷⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 227.

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL İŞLEM ŞARTLARININ SÖZLEŞME KAPSAMINA GİRMESİ ve YORUMLANMASI

§ 4. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ SÖZLEŞME KAPSAMINA GİRMESİ

I. GENEL OLARAK

Genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girmesi, doktrinde “*genel işlem şartlarının yürürlük denetimi*” olarak da izah ve ifade edilmektedir¹. Bu denetim, genel işlem şartlarının, sözleşmenin muhtevasına dâhil olup olmadığının tespit edilmesi aşamasıdır. Söz konusu denetim şekli, TBK. m. 21-22’de düzenlenmiştir. Ancak konu ile ilgili TBK. m. 21/I’de yer alan düzenleme, kanaatimizce hem yeterli hem de isabetli bir düzenleme değildir. Çünkü TBK. m. 21/I’e göre; “*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.*” Görüldüğü üzere burada “*karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesi*” hüküm altına alınmıştır. “*Karşı tarafın menfaatine aykırı*” ifadesi ise,

¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 232; ATAMER, Denetleme, s. 81; KOCAMAN, s. 1098; ATAMER, Yeni Açılımlar, s. 324; AYDIN, s. 113; ATAMER, Karşılaştırma, s. 26; ALTOP, s. 40; ULUSAN, İçerik Denetimi, s. 30; ÇINAR, s. 67; ENGİN, s. 79.

başlıca iki soruna sebebiyet vermektedir. Bunlardan ilki, “*karşı tarafın menfaatine aykırı olmayan*” genel işlem şartlarının akıbetinin ne olacağıdır. Kanun’da bu konuya ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Şu halde karşı tarafın menfaatine aykırı olmayan genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girmesi, Kanun’da düzenlenmemiştir. Bu durumda ise hâkim görüşe göre, güven kuramı ve TBK. m. 1 vd. çerçevesinde sözleşmenin muhtevası tespit edilir².

“*Karşı tarafın menfaatine aykırı*” ifadesi, diğer bir temel soruna da sebebiyet vermektedir. Bu, genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girmesi ile içerik denetiminin birbirine karıştırılmış olmasıdır. Zira madde, “*karşı tarafın menfaatine aykırı*” genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girmesi üzerinde durmaktadır. Hâlbuki genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girmesi aşamasında, yani yürürlük denetiminde, karşı tarafın menfaatine aykırı olup olmama sorunu üzerinde durulmaz³. Çünkü bahsedilen mesele, içerik denetiminin konusu dâhilindedir. Burada genel işlem şartlarında yer alan hükümlere ilişkin herhangi bir yorumlama ve değerlendirme yapılmayıp, genel olarak bu şartların sözleşmenin bir parçası olup olmadığı hususu tespit edilir. Genel işlem şartlarının yorumlanması ve içerik denetimi ise, ancak bunların sözleşme kapsamına girmesi ile mümkün olur.

Genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girmesi ile ilgili olarak, “*karşı tarafın menfaatine aykırı*” ifadesinin Kanun metninden çıkarılması kanaatimizce

² ATAMER, Karşılaştırma, s. 26.

³ SEROZAN, Rona; Yeni Borçlar Kanununda Hukuki İşlemin (Özellikle Sözleşmenin) Oluşmasıyla İlgili Kurallardaki Yenilikler, Prof. Dr. Şener AKYOL’a Armağan, İstanbul 2011, s. 668; ATAMER, Karşılaştırma, s. 28.

daha isabetli olur. Böylece yukarıda sözü edilen iki temel sorun da ortadan kalkar. Ayrıca bu değişiklik sayesinde, Kanun da hem kendi içerisinde tutarlı hale gelir hem de kapsam bakımından bölünmemiş düzenlemelere ulaşılır.

II. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ SÖZLEŞME KAPSAMINA GİRMESİNİN UNSURLARI

TBK. m. 21/I uyarınca, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girmesi, bazı şartların varlığına bağlıdır. Söz konusu şartlardan ilki, sözleşmenin yapılması sırasında kullanıcının karşı tarafa, genel işlem şartlarının varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasıdır. Söz konusu aşamanın ardından karşı taraf da, genel işlem şartlarını kabul etmelidir. Böylece genel işlem şartları, taraflar arasındaki sözleşmenin muhtevasına dâhil olur. Aşağıda genel işlem şartlarının, sözleşmenin kapsamına dâhil olmasının unsurları ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

A. Genel İşlem Şartlarının Varlığı Hakkında Açıkça Bilgi Verilip İçeriğini Öğrenme İmkânı Sağlanması

Genel işlem şartlarını sözleşmeye dâhil etmek isteyen kullanıcının, sadece bu şartların varlığı hakkında karşı tarafa bilgi vermesi yeterli değildir. Kullanıcının aynı zamanda, karşı tarafa bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlaması da gerekir. Bu hususlara aşağıda ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

1. Genel İşlem Şartlarının Varlığı Hakkında Açıkça Bilgi Verilmesi

Genel işlem şartlarının yürürlük kazanmasını isteyen kullanan, karşı tarafa bunların varlığı hakkında açıkça bilgi vermelidir. Yukarıda da izah edildiği üzere, söz konusu bilgilendirme TBK. m. 21/I gereğince, en geç sözleşmenin kuruluşu sırasında yapılmalıdır. Zira sözleşmenin meydana gelmesinden sonra, daha önce hiç söz konusu edilmeyen genel işlem şartlarına dayanma, sözleşmenin sonradan tek taraflı değiştirilmesi demektir ve geçersizdir⁴. Bu itibarla TBK. m. 1 anlamında teknik olarak sözleşme kurulduktan sonra, karşı tarafın bilgisine sunulan genel işlem şartları, o sözleşme bakımından hüküm ifade etmez.

TBK. m. 21’de yer alan “*açıkça bilgi verme*”nin ne şekilde yapılacağı konusunda, Kanun hükmünde ve gerekçesinde herhangi bir açıklama mevcut değildir. Kanaatimizce “*açıkça bilgi verme*” ifadesinin kullanılmasının amacı, karşı tarafın ne surette olursa olsun genel işlem şartlarının varlığını öğrenmesidir. Çünkü “*genel işlem şartlarının içeriğinin öğrenme imkânının sağlanması*” da, öncelikle karşı tarafın bunların varlığından haberdar olması ile mümkün olur. Zira hiç kimsenin, varlığından haberdar olmadığı bir metnin içeriğini öğrenmesi mümkün değildir. Bu itibarla karşı tarafın genel işlem şartlarının varlığını öğrenmesine imkân verecek her türlü bildirim şekli geçerlidir. Buradaki kıstas, bildirim şeklindeki usul ve metod değil, karşı tarafın genel işlem

⁴ AKMAN, GİŞ., s. 15; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 208; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 232-233; ÇINAR, s. 79; ENGİN, s. 80.

şartlarının varlığını öğrenip öğrenmediğidir. Karşı tarafın genel işlem şartlarının varlığını öğrendiğinin ispat yükü ise kullanana aittir.

Genel işlem şartları, önceden genellikle basılı bir şekilde hazırlanır⁵. Meselâ genel işlem şartları, taşıma sözleşmesinin ya da biletin arka yüzünde veya onlara ek olarak bulunurlar. Yine bunlar, işyerlerinde veya bankalarda bir yere asılmak suretiyle karşı tarafın bilgilerine sunulur. Basılı şekilde bulunan genel işlem şartlarının varlığı hakkında bilgi sahibi olunması, genellikle basılı metnin bir suretinin karşı tarafa verilmesi ile gerçekleşmektedir. Kullanan ise kendisinde kalan suret üzerine, karşı tarafın imzasını alır. Uygulamada karşı taraftan genellikle *“bir nüshasını elden teslim aldım”* şeklinde not düşürülmüş tarih, ad, soyad ve imzayı da ihtiva eden meşruhat alınır.

Bir yere asılmak suretiyle karşı tarafın bilgisine sunulan genel işlem şartlarında, ispat güçlüğü ile karşılaşılabilir. Zira kullananın, bir yere asılı şekilde bulunan genel işlem şartlarının varlığını, karşı tarafın öğrendiğini ispat etmesi güç olacaktır. Bununla birlikte, karşı tarafın sözleşme ilişkisi içerisindeki bazı hal ve davranışları ve ayrıca dürüstlük kuralının gerekleri, genel işlem şartlarının varlığının öğrenildiğine karine teşkil edebilir. Ancak bunlar, bahsedilen ispat güçlüğüne tam olarak ortadan kaldırmaz. Burada kullananın *“açıkça bilgi verme”* şartını gerçekleştirmesi ise, karşı tarafın genel işlem şartlarının varlığını öğrendiğinin ispatı ile mümkün olur. Bu bakımdan karşı tarafın genel işlem şartlarının varlığı hakkında bilgi sahibi olduğunun ispatı, büyük öneme sahiptir.

⁵ AKMAN, GİŞ., s. 14.

Alman Medenî Kanunu'nun 305/(2). paragrafında bu husus şu şekilde düzenlenmiştir; *“Genel işlem şartlarını kullanan, sözleşmenin kuruluşunda, karşı tarafı açık bir şekilde bunlardan haberdar ederse veya açıkça haberdar etme sözleşmenin kuruluş şekli sebebiyle aşırı güçlükler ile mümkün oluyorsa, sözleşmenin kurulduğu yerde açıkça görülebilir ilan yoluyla bunlara yollamada bulunulursa ve karşı tarafa bu şartların içeriğini makul bir şekilde öğrenme imkânı sağlanmış ve o bunların yürürlüğüne razı olmuşsa, ancak bu takdirde genel işlem şartları bir sözleşmenin ayrılmaz parçası olurlar.”*⁶ Görüldüğü üzere BGB. § 305/(2)'de, Türk Borçlar Kanunu'nda yer almayan bir düzenleme söz konusudur. Buna göre; açıkça haberdar etme, sözleşmenin kuruluş şekli sebebiyle aşırı güçlükler ile mümkün oluyorsa, genel işlem şartları, sözleşmenin kurulduğu yerde açıkça görülebilir bir şekilde ilân edilebilir. Sözleşmenin kurulduğu yerde ilân yoluyla haberdar etmenin geçerliği için, *“açık bir şekilde haberdar etme”*nin *“aşırı güç bir şekilde”* gerçekleşecek olması mecburîdir. Bunun yanında ilânın da *“açıkça görülebilir bir şekilde”* yapılması gerekir⁷.

⁶ BGB. §. 305/ “(2) *Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nur dann Bestandteil eines Vertrags, wenn der Verwender bei Vertragsschluss*

1. die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsschlusses auf sie hinweist und

2. der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise, die auch eine für den Verwender erkennbare körperliche Behinderung der anderen Vertragspartei angemessen berücksichtigt, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen,

und wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist.”

⁷ Bu hususa pazardaki bir karpuz satıcısının durumu üzerinden misal vermek mümkündür. Buna göre, yoğun müşteri akışının olduğu pazarda, karpuz satıcısı, tezgâhın üzerine *“satılan karpuzlar*

2. Genel İşlem Şartlarının İçeriğinin Öğrenme İmkânının Sağlanması

Genel işlem şartlarının varlığı hakkında karşı tarafa açıkça bilgi veren kullanan, bunların içeriğinin karşı tarafça öğrenme imkânını da sağlamalıdır. “*Genel işlem şartlarının içeriğinin öğrenme imkânının sağlanması*” hakkında Kanun metninde ve gerekçesinde herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Ancak burada kastedilen, kanaatimizce genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin basılı, görsel, işitsel vb. bir surette karşı tarafın hâkimiyet alanına girmesidir. Karşı tarafın genel işlem şartlarının içeriğini öğrenme imkânına kavuşması, sadece bunların kendi hâkimiyet alanına girmesi ile mümkün olur.

Genel işlem şartlarının içeriğinin öğrenme imkânının sağlanması, kullananın, şartları tek tek ele alınarak karşı tarafla müzakere etmesi demek değildir. Gerçekten de kullanan, karşı tarafla genel işlem şartlarının içeriği hakkında bir tartışmaya veya pazarlığa girdiğinde, şartlar artık “*genel işlem şartı*” niteliğini kaybeder. Şu halde kullananın, genel işlem şartlarını karşı tarafın hâkimiyet alanına geçirmesi yeterlidir. Genel işlem şartları basılı bir metin halinde ise, bunun bir nüshasının karşı tarafa verilmesi, onun hâkimiyet alanına girmesine

iade alınmaz” şeklinde bir tabela asmıştır. Pazar şartı düşünüldüğünde, karpuz satıcısının her bir müşteriye ayrı ayrı bunu bildirmesi ve her bir satış için meşruhat alması, aşırı güç bir durum olur. Bu halde karpuz satıcısı, bahsedilen şekilde ilân yoluyla genel işlem şartını müşterinin bilgisine sunabilir. Tezgâhın üzerine asılan bu neviden bir yazının ise artık açıkça haberdar etme şartını gerçekleştirdiğinin kabulü gerekir.

misal teşkil eder⁸. Yine asılı bir şekilde bulunan genel işlem şartlarının, karşı tarafın okuyabileceği bir konumda bulunması, onun hâkimiyet alanında bulunduğu kabulünü gerektirir. Nihayet genel işlem şartları elektronik posta yoluyla veya herhangi bir elektronik vasıtayla (meselâ CD veya Flash Disk içerisinde) da iletilmiş olabilir.

Alman Medenî Kanunu'nun 305/(2). paragrafında “*genel işlem şartlarının içeriğinin makul bir şekilde öğrenme imkânının sağlanması*”ndan söz edilmiştir. “*Makul bir şekilde öğrenme*” ifadesine Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilmemiştir. Ancak kanaatimizce bahsedilen ifadenin Türk Borçlar Kanun'unda yer almaması çok esaslı bir eksiklik teşkil etmemektedir. “*Makul*” bir şeklin, “*söz konusu sözleşmenin niteliğinin, ticarî hayatın, teamüllerin, örf ve âdetin gerektirdiği*” şeklinde anlaşılması gerektiği söylenilebilir.

B. Karşı Tarafın Kabulü

TBK. m. 21/I hükmü gereğince, genel işlem şartlarının sözleşmenin kapsamına girmesinin diğer şartı, karşı tarafın bunları kabul etmesidir. Kabul, TBK. m. 1 anlamında öneriye uygun olarak sözleşmenin meydana gelmesine kesin bir şekilde imkân sağlayan, varması gerekli, tek taraflı bir irade açıklamasıdır⁹.

⁸ Basılı metin, karşı tarafın okuyup anlayabileceği bir şekilde değildir. Aksi takdirde yabancı bir dilde hazırlanan veya okunamayacak bir halde bulunan genel işlem şartlarının basılı metninin karşı tarafa teslimi durumunda, “*hakimiyet alanına girme*”den söz edilemez.

⁹ **SAYMEN**, s. 85; **ESENER**, Turhan; Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliği (BK. m. 1-40), Ankara 1969, s. 53; **TUNÇOMAĞ**, Kenan; Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, Altıncı Bası, İstanbul 1976, s. 194; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 121; **İNAN**, Ali Naim; Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Ders Kitabı), Üçüncü Baskı, Ankara 1984, s.

Kanun metninde ve gerekçesinde kabulün ne şekilde yapılacağına ilişkin herhangi bir özel düzenleme yer almamaktadır. Şu halde karşı tarafın kabulü, açık olabileceği gibi örtülü (zımnî) de olabilir. Bunların yanında genel işlem şartları için doktrinde kullanılan global kabulden de söz etmek gerekir. Bu itibarla karşı tarafın kabulü üç ana başlık altında incelenmiştir.

1. Açık (Sarih) Kabul

Açık kabulde, kabul iradesi karşı tarafın tereddüdüne ve yoruma yer vermeyen açık bir beyan ile yapılır¹⁰. Genel işlem şartlarını kabul iradesi, be-

110; **ERZURUMLUOĞLU**, Erzan; Borçların Genel Kuralları, Ankara 1983, s. 23; **ÖNEN**, Turgut; Borçlar Hukuku, Ankara 1996, s. 31; **EREN**, s. 254; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 203; **AKINTÜRK**, Turgut/**KARAMAN**, Derya Ateş; Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2013, s. 27; **REİSOĞLU**, Safa, s. 70; **AKINCI**, Şahin; Borçlar Hukuku Bilgisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış 6. Baskı, Konya 2012, s. 71; **KARAHASAN**, Mustafa Reşit; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Öğreti-Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, Birinci Cilt, Ankara 2003, s. 132; **BOZER**, Ali; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 39; **KAYIHAN**, Şaban; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 95; **ANTALYA**, s. 67; **DERYAL**, Yahya/**GENÇ**, Cemal; İktisadi ve İdari Bilimler Fakülteleri ve Meslek Yüksek Okulları İçin Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2010, s. 121.

¹⁰ **BELBEZ**, Hikmet; Akitlerde Sükûtun Ehemmiyeti, AÜHFD., C. 1, S. 2, s. 223; **GÖNENSAY**, A. Samim; Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul 1948, s. 30; **SAYMEN**, s. 48; **Von TUHR**, Von TUHR, Andreas, (Çev: Cevat EDEGE); Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı, Cilt I, İstanbul 1952, s. 163; **ESENER**, s. 27, 55; **SAVATIER**, René, (Çev: ÖNEN, Turgut/**İNAL**, Tamer); Hukukî ve Ekonomik Açıdan Borçlar Teorisi, Ankara 1980, s. 155; **TUNÇOMAĞ**, Borçlar, s. 126; **İNAN**, Borçlar, s. 93; **ERZURUMLUOĞLU**, s. 23; **ÖZSUNAY**, Ergun; Borçlar Hukuku I, Giriş-Hukukî Muamaleden Doğan Borçlar-Nedensiz Zenginleşmeler, İkinci Bası, İstanbul 1983, s. 65; **ÖNEN**, s. 34; **EREN**, s. 255; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 143; **AKINTÜRK/KARAMAN**, Borçlar, s. 27-28; **NOMER**, Haluk N.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul 2011, s. 23 vd.; **KILIÇOĞLU**, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış 16. Bası, Ankara 2012, s. 67; **ÇINAR**, s. 72; **ANTALYA**, s. 66.

yan aracı olarak kullanılan söz ve işaretlerden doğrudan doğruya anlaşılır. Meselâ karşı tarafın, basılı genel işlem şartlarını imzalaması halinde açık kabul söz konusu olur. Açık kabul, yazılı olabileceği gibi, sözlü veya taraflarca kararlaştırılmış bir işaretle ya da susma ile de olabilir¹¹. Bu durumda kabulün, açık, şüphe ve tereddüde yer vermeyecek şekilde özel bir niteliğe sahip olması yeterlidir¹².

2. Örtülü (Zımnî) Kabul

Örtülü kabulde, irade beyanı açık bir şekilde belirtilmez. Burada kabul beyanı ya kabul iradesini gösteren aktif bir fiil ve davranışla ya da pasif bir susma fiiliyle yapılır¹³. Ancak, her iki halde de karşı taraf, genel işlem şartlarını kabul iradesini, kullanana yöneltmektedir.

Karşı tarafın aktif bir fiil ve davranışı, yukarıda misal olarak verilen karpuz satıcısı¹⁴ üzerinden izah edilebilir. Misalde tezgâhın üzerindeki yazıyı okuyan müşteri (karşı taraf), karpuz satıcısından (kullanan) bir karpuz isteyip ücretini ödediğinde, artık söz konusu genel işlem şartını zımnî olarak kabul etmiş olmaktadır. Çünkü müşteri (karşı taraf), tezgâhın üzerinde asılı olan yazıyı okumuş, genel işlem şartının varlığından ve muhtevassından haberdar olmuştur. Bunun üzerine karpuz satıcısından (kullanan) bir karpuz istemesi ve ücretini ödemesi, müşterinin (karşı taraf) kabul iradesini gösteren aktif bir fiil ve

¹¹ EREN, s. 255; ANTALYA, s. 67.

¹² BELBEZ, s. 223-224; ANTALYA, s. 67.

¹³ BELBEZ, s. 224; GÖNENSAY, s. 30; ESENER, s. 56; TUNÇOMAĞ, Borçlar, s. 126; İNAN, Borçlar, s. 93, 111; EREN, s. 255-256; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 205; KARAHASAN, s. 108; ANTALYA, s. 67.

¹⁴ Bkz. İkinci Bölüm, § 2., II., A., 1.

davranışını gösterir. Bu gibi durumlarda, karşı tarafın kabulü, bir irade beyanı ile değil, irade faaliyeti (aktif bir fiil ve davranış) yolu ile gerçekleşmektedir¹⁵.

Susma fiili, ilke olarak kabul şeklinde yorumlanamaz^{16, 17}. Zira bir kimsenin susması, hukuken ne müspet ne menfî ve hattâ ne de örtülü bir irade açıklamasıdır¹⁸. Gerçekten de hukukta, hiç kimse sebep olmadığı bir soruya cevap vermek zorunda değildir¹⁹. Bu itibarla karşı tarafın “susma”sı, kural olarak genel işlem şartlarını kabul ettiği anlamına gelmez. Buna karşılık, aşağıda örneklendirilen özel bazı durumlarda susma, örtülü (zımnî) bir kabul sayılabilir²⁰.

¹⁵ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 205.

¹⁶ **BELBEZ**, s. 225; **GÖNENSAY**, s. 37; **SAYMEN**, s. 86; **Von TUHR**, s. 164; **BERKİ**, Şakir; Borçlar Hukuku, Umumî Hükümler, Üçüncü Tab’ı, Ankara 1962, s. 27; **ESENER**, s. 58; **TUNÇOMAĞ**, Borçlar, s. 196; **İNAN**, Borçlar, s. 94; **TEKİL**, Fahiman; Borçlar Hukuku, İstanbul 1980, s. 61; **ERZURUMLUOĞLU**, s. 23; **ÖNEN**, s. 32; **EREN**, s. 256; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 146; **OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2013, s. 67; **NOMER**, s. 24; **REİSOĞLU**, Sefa, s. 71; **ATAMER**, Denetleme, s. 100; **KARAHASAN**, s. 108; **ERDOĞAN**, İhsan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, s. 82; **BOZER**, s. 39; **ANTALYA**, s. 68; **DERYAL/GENÇ**, s. 122.

¹⁷ Mecellenin 67. maddesinde de susma ile ilgili bir düzenleme mevcuttur. Buna göre; “*Sâkit’e bir söz isnad olunmaz. Lâkin ma’rız-ı hâcette sükût beyandır.*” Görüldüğü üzere, susan bir kimseye bir söz isnad edilmez. Ancak onun konuşması gereken yerde susması ikrar ve beyan sayılır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **İLHAN**, Cengiz; Mecelle, Ankara 2011, s. 53 vd.

¹⁸ **EREN**, s. 256; **ANTALYA**, s. 68; **DERYAL/GENÇ**, s. 122.

¹⁹ **BELBEZ**, s. 227; **Von TUHR**, s. 164; **TUNÇOMAĞ**, Borçlar, s. 196.

²⁰ **BELBEZ**, s. 225; **GÖNENSAY**, s. 37; **SAYMEN**, s. 86; **Von TUHR**, s. 164; **ESENER**, s. 60; **TUNÇOMAĞ**, Borçlar, s. 196; **İNAN**, Borçlar, s. 93; **TEKİL**, s. 61; **ERZURUMLUOĞLU**, s. 23-24; **ÖZSUNAY**, s. 66; **ÖNEN**, s. 32; **EREN**, s. 256; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 146; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 68; **ERDOĞAN**, s. 82-83; **AYBAY**, Aydın; Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, Onüçüncü Bası, İstanbul 2011, s. 31; **BOZER**, s. 39; **DERYAL/GENÇ**, s. 122.

“Örtülü Kabul” başlıklı TBK. m. 6 hükmüne göre; “Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır.” TBK. m. 6 hükmünden hareketle; kullanan, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek mecburiyetinde değilse, genel işlem şartları uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, karşı tarafın bunları kabul ettiği varsayılır²¹. Susmanın örtülü (zımnî) kabul sayılabilmesi için, muhatabın özellikle bir kanun hükmüne veya dürüstlük kuralına göre cevap vermek mecburiyetinde olması gerekir²². Gerçekten de, hukuken cevap vermek mecburiyetinde olan muhatabın susması, kabul sayılır. Meselâ, TBK. m. 503’e göre “Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sifata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır.” Görüldüğü üzere, kendisine bir işin görülmesi önerilen kişinin susması, burada kabul sayılmaktadır²³. Yine taraflar daha önce aralarında yapmış oldukları bir sözleşmede, susmanın kabul sayılacağını kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda karşı taraf, makul bir süre içerisinde genel işlem şartlarını reddetmezse,

²¹ Meselâ, karşı taraf, internet üzerinden bir ürün siparişi vermiştir. İnternet üzerindeki ilanda, kullananın “ürünle birlikte gelen genel işlem şartları kabul edilmediği takdirde teslimden itibaren yedi gün içerisinde ürünün iadesinin yapılması”na ilişkin bir bildirim mevcuttur. Söz konusu ürün, kendisine kargo ile teslim edildiğinde, karşı taraf, genel işlem şartları muhtevası hakkında bilgi edinir. Buna rağmen karşı taraf, ürünün iadesi konusunda herhangi bir girişimde bulunmazsa, onun, genel işlem şartlarını kabul ettiği varsayılır.

²² **BELBEZ**, s. 228-229; **ESENER**, s. 56-57; **SAYMEN**, s. 86; **TUNÇOMAĞ**, Borçlar, s. 196; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 122; **ÖZSUNAY**, s. 66; **TEKİL**, s. 61; **EREN**, s. 256; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 146; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 68; **AYBAY**, s. 31.

²³ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **BAŞPINAR**, Veysel; Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarin, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004, s. 53 vd.

onları kabul etmiş varsayılır. Yargıtay bir içtihadı birleştirme kararında da; *“Sükût ile iradenin izhar edildiği (açığa vurulduğu) pek çok haller vardır... Kanunen cevap verme veya müracaatta bulunma mecburiyeti olmamakla beraber objektif hüsnüniyet kaidesi icabı olarak cevap verme veya müracaatta bulunma mükellefiyetinin doğduğu hallerde, bu mükellefiyetin yerine getirilmesine ve bu suretle ihtiyar olunan sükûta muayyen neticeler izafe edilmesi icap ettiğine...”*²⁴ işaret edilmektedir²⁵. Yüksek Mahkemenin bu kararına göre susma, kabul olarak değerlendirilebilir.

3. Global Kabul

Karşı taraf, çoğunlukla genel işlem şartlarını okuyup içeriğini anlayarak bunların sözleşmeye dâhil olmasına onay veriyor değildir. Zaten müşteri (karşı taraf) değiştirme ümidi taşımadığı ve genellikle anlamasının da mümkün olmadığı bu şartları hiç okumadan kabul etmektedir²⁶. Bu durum

²⁴ T. 30.11.1955 ve 14/20 sayılı İBK., (KBİBB).

²⁵ Yine Yargıtay'ın diğer bir kararında; *“...Olayda davacının avukat olmasına rağmen sözleşmenin feshinin ihbarı karşısında ne gibi hareketlerde bulunacağını bildiği halde, beş sene süreyle bu yönde bir davranışta bulunmamış olmasının, sükut etmiş ve kendisine düşen hizmeti de yapmamış bulunmasının, karşı tarafın sözleşmenin feshine ilişkin irade beyanının kabul eden bir irade izharı yerine geçtiği ve davacının bu davranışının iyiniyet kurallarıyla bağdaşmadığının benimsenmesi gerekir...”* (4. HD., T. 07.07.1977, E.11110, K. 7895). Ayrıntılı bilgi için bkz. **KARAHASAN**, s. 110.

²⁶ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 236; **ATAMER**, Denetleme, s. 102; **HAVUTÇU**, s. 112; Aynı Yazar, Sözleşmenin Kurulması, s. 3619; **ÇINAR**, s. 80-81; **AYRANCI**, s. 295; **SİRMEN**, Tüketici, s. 114; **KAŞAK**, Esra; Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 Sayılı TBK. m. 21/2), İÜHFD., C. 3, S. 1, Y. 2012, s. 416; **TOPUZ**, Murat; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi, Prof. Dr. Mustafa DURAL'a Armağan, s. 1147; **AÇIKGÖZ**, s. 244.

doktrinde “*global kabul*” kavramı altında ele alınmaktadır²⁷. Global kabulde karşı taraf, genel işlem şartlarını okumadan benimsemekte ve imzalamaktadır. Kanaatimizce söz konusu kabul, genel işlem şartları bakımından geçerlidir. Çünkü, Türk Borçlar Kanunu’nda, genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin, karşı tarafça okuyup anlaması gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenleme söz konusu değildir. Yine genel işlem şartlarının her bir hükmü hakkında tartışma ve/veya müzakere yapılması gereği Kanun’da yer almamıştır. Şu halde kullanan, genel işlem şartlarının varlığı hakkında bilgi verip, bunları karşı tarafın hakimiyeti altına geçirdiği andan sonraki global kabul hukuken geçerlidir. Aksi halin kabulü, kural olarak genel işlem şartlarının niteliği, ortaya çıkış sebepleri, faydaları, kanunî düzenlemeye sebep olan gelişimi ve geçerliği ile çelişir. Ayrıca global kabulün hukuken geçerli olduğu sonucuna varılmasının, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının da bir gereği olduğu söylenilebilir.

Global kabul yoluyla bir bütün olarak benimsenen genel işlem şartlarına karşı, karşı tarafı koruma ihtiyacı çok açıktır²⁸. Böyle bir koruma için birtakım yollara başvurulabilir. Bunlardan ilki, yukarıda da yer verildiği üzere, şahsî anlaşmaların genel işlem şartlarına karşı üstünlüğünü kabul etmektir. Bu husus, Türk Borçlar Kanunu’nda yer almamaktadır. Bununla birlikte Alman Medenî Kanunu’nda konuya ilişkin bir düzenleme mevcuttur. Gerçekten de, “*Ferdî (Hususî) anlaşmaların önceliği*” başlıklı BGB. § 305b hükmüne göre;

²⁷ **TEKİNALP**, s. 135; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 236; **ATAMER**, Denetleme, s. 102; **HAVUTÇU**, s. 112; Aynı Yazar, Sözleşmenin Kurulması, s. 3619; **ÇINAR**, s. 71; **AYDOĞDU**, s. 24; **AYRANCI**, s. 295; **SİRMEN**, Tüketici, s. 114; **ENGİN**, s. 80; **TOPUZ**, s. 1147; **AÇIKGÖZ**, s. 244.

²⁸ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 236.

*“Ferdî (hususî) anlaşmalar, genel işlem şartlarına göre öncelik taşırlar.”*²⁹

Buradan hareketle, belirli bir konuda, taraflar arasındaki sözleşmede genel işlem şartlarına ters düşen bir hüküm kabul edilmiş olabilir. Bu durumda özel hüküm olan bu anlaşmaya üstünlük tanınmalı ve genel işlem şartlarındaki hüküm uygulanmamalıdır³⁰. Nitekim Federal Mahkemenin bir kararında; *“Kira sözleşmesinde tarafların kararlaştırdıkları özel şartlar, basılı genel şartlardan üstün tutulu”* ifadesine yer verilmiştir³¹. Yargıtay da bir kararında; *“Taraflar genel işlem şartlarının aksini, sözleşme ile kabul edilebilirler. Bu durumda, aksi kararlaştırılan bu özel kuralın, genel işlem şartlarındaki kurallardan önce uygulanması gerekir.”* ifadelerine yer vermiştir³². Görüldüğü üzere, Yargıtay da, ferdî (hususî) anlaşmaların önceliğini kabul etmektedir.

Global kabulün getirdiği sakıncalardan karşı tarafı korumanın diğer bir yolu da TBK. m. 21/II’de düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre; *“Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.”* Görüldüğü üzere, karşı tarafın, genel işlem şartlarını kabul ederken sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı hükümler, onun kabul beyanının muhtevasına dâhil sayılmaz.

²⁹ BGB. §. 305b; “Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen.”

³⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 236.

³¹ OR. 18/BK. 18, C. 2, No. 61. Karar metni için bkz. KANETİ, Selim; İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964), I, Borçların Genel Hükümleri, Ankara 1968, s. 19.

³² 11. HD., T. 14.04.1995, E. 1995/1993, K. 1995/3369, (KBİBB).

III. Yazılmamış Sayılma

A. Genel Olarak

TBK. m. 21 ve 22’de yer alan “*yazılmamış sayılma*” müessesesi, genel işlem şartlarında “*yaptırım*” olarak düzenlenmiştir. “*Yazılmamış sayılma*” ifadesi, Türk hukukunda yabancı bir ibare değildir. Gerçekten de yürürlükten kalkan 6762 sayılı TTK. m. 587/I, m. 588/II, m. 591, m. 696/I, m. 698/I, m. 707/I’de bu ifade yer almaktadır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda da aynı ifadeye yer verilmiştir. Nitekim bu ifade, TTK. m. 675/I, m. 675/II, m. 679, m. 682, m. 784, m. 786, m. 789’da yer almaktadır. “*Yazılmamış sayılma*” ifadesi, bunların yanında Yargıtay kararlarına da yansımıştır. Gerçekten de Yargıtay bir kararında, “...TTK. nun 587/1. maddesi gereğince, bono metninde öngörülen faiz şartı yazılmamış sayılır...” ifadesine yer verilmiştir^{33, 34}.

TBK. m. 21’in gerekçesinde “*yazılmamış sayılma*” ifadesinin kullanılmasının sebebine yer verilmiştir. Buna göre, “*yazılmamış sayılır*”

³³ 12. HD., T. 9.5.2002, E. 2002/9144, K. 2002/9706, (KBİBB).

³⁴ “*Yazılmamış sayılma*” ifadesinin yer aldığı tespit edilebilen diğer Yargıtay kararları için bkz. 12. HD., T. 21.2.2006, E. 2006/384, K. 2006/3097; HGK., T. 22.1.2003, E. 2003/12-16, K. 2003/21; CGK., T. 18.1.1982, E. 1981/6-405, K. 1982/2; 12. HD., T. 20.1.2010, E. 2009/18786, K. 2010/1172; 12. HD., T. 30.11.1995, E. 1995/16733, K. 1995/17016; 11. HD., T. 7.5.1981, E. 1981/1850, K. 1981/2241; 12. HD., T. 19.3.2007, E. 2007/2800, K. 2007/5136; 13. HD., T. 4.10.1990, E. 1990/6296, K. 1990/5920; 12. HD., T. 20.4.2004, E. 2004/5489, K. 2004/9783; 12. HD., T. 19.3.1991, E. 1990/10327, K. 1991/3470; 12. HD., T. 8.2.1990, E. 1989/7427, K. 1990/874; 12. HD., T. 7.10.2010, E. 2010/9857, K. 2010/22648; 12. HD., T. 12.2.1985, E. 1984/11644, K. 1985/1148; 11. HD., T. 23.11.1983, E. 1983/5113, K. 1983/5917; 12. HD. T. 17.2.1989, E. 1988/5547, K. 1989/2158; 12. HD., T. 3.3.1983, E. 1983/399, K. 1983/1570; CGK., T. 4.11.1980, E. 1980/6-242, K. 1980/343; HGK., T. 8.11.2006, E. 2006/12-682, K. 2006/682, (KBİBB).

ifadesinin, İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili maddelerinde³⁵ yer verildiğinden söz edilmiştir. Yine BGB. §³⁶ 305c'de³⁷ aynı hukukî etkiye sahip benzer bir ifadenin kullanıldığı belirtilmiştir. Kanun koyucunun amacı, yazılmamış sayılan hükümlerin sözleşmenin içeriğine dâhil olmamasıdır³⁸.

“Yazılmamış sayılma”nın hukukî niteliği, hüküm ve sonuçları doktrinde tartışmalıdır. Aşağıda bu tartışmalara ayrıntılı olarak yer verilmiş, konu hakkındaki görüşümüz açıklanmıştır.

B. Yazılmamış Sayılmanın Hukukî Niteliği

Doktrinde, borçlar hukuku alanında yer alan yaptırım çeşitleri, birbirinden farklı ayrımlara tâbi tutulmuştur³⁹. Bunlar ışığında yazılmamış

³⁵ İsviçre Borçlar Kanunu, Art. 995, 999, 1002, 1006, 1104, 1106, 1109 ve 1110. Belirtilen maddelerde “*nicht geschrieben*” ifadesi kullanılmıştır. Söz konusu ifade de, “*yazılmamış sayılır*” anlamını taşımaktadır.

³⁶ Gerekçede; “*Alman Medenî Kanunu'nun 305c maddesinde*” şeklinde bir ifade kullanılmıştır. Ancak Alman Medenî Kanunu'nda hükümler, madde (article) ile değil, paragraf (§) ile birbirinden ayrılmaktadır. Bu sebeple, biz de burada gerekçedeki ifadenin aksine “*paragraf (§)*”ı kullanmayı uygun gördük.

³⁷ BGB. § 305c(1)'e göre; “*Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil.*” Konu ile ilgili olarak burada yer alan ifade “*werden nicht Vertragsbestandteil*” dir. Bu ifade, “*sözleşme kapsamına girmez*” veya “*sözleşmeye dahil değildir*” şeklinde tercüme edilebilir.

³⁸ **ARIKAN**, Mustafa; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması Kavramı ve Bunun Sözleşmeye Etkisi, ERÜHFD., C. VII, S.3-4, Y. 2012, s. 21.

³⁹ Geçersizlik (hükümsüzlük) teorileri, klâsik teori ve modern teori olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Klâsik teori, geçersizliği hukukî işlemlerin oluşumundaki bir sakatlık olarak görürken, modern teori, bunu bir yaptırım, bir hukukî sonuç olarak görmektedir. Bu bakımdan klâsik teoride geçer-

sayılmanın bir yaptırım olarak hukukî niteliği ise, aşağıda; eksiklik, iptal (iptal kabiliyeti), mutlak butlan, kısmî butlan ve yokluk açısından değerlendirilmiştir.

1. Yazılmamış Sayılmanın Eksiklik Açısından Değerlendirilmesi

Eksiklik, kanunda sözleşme için öngörülen bazı unsurların noksan olmasına denir⁴⁰. Eksiklik halinde sözleşme kurulmuştur⁴¹. Ancak, kanun

sizlik halleri “*butlan*” ve “*iptal*” olarak iki kategoride incelenmektedir. Modern teoride ise, bu iki geçersizlik kategorisi dışında bunlardan birine veya diğerine yaklaşan diğer ara kategorilerin de mevcut olduğunu kabul edilmektedir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **GÜRAL (AKİPEK)**, Jale; Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medenî Kanununun Sistemi, Ankara 1953. Klâsik teori için bkz. **KILIÇOĞLU**, s. 85 vd. **OĞUZMAN/ÖZ**'e göre, sözleşmenin geçersizlik halleri; yokluk, butlan (kesin hükümsüzlük), iptal edilebilirlik, noksanlık, kısmî hükümsüzlük ve sürekli sözleşmelerde geçersizlik olmak üzere altıya ayrılır. Bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 179 vd. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU /ALTOP**'a göre, sözleşmenin geçersizliği önce kesin hükümsüzlük ve askıda hükümsüzlük olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yazarlara göre, kesin hükümsüzlük halleri butlan ve yokluktur. Butlan kendi içerisinde mutlak ve kısmî butlan olmak üzere ikiye ayrılır. Buna karşılık, askıda hükümsüzlük halleri içerisinde, işlemdeki eksiklik, mevcut hükümsüzlüğün ortadan kalkması ve iptal kabiliyeti yer almaktadır. Bkz. **TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU /ALTOP**, s. 501 vd. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, eserinde, sözleşmenin geçersizliğini iki paragrafta incelenmiştir. Yazar, ilk olarak hukukî işlemlerde yokluk ve hükümsüzlüğü ele almıştır. Hükümsüzlük; kesin hükümsüzlük (butlan) - iptal edilebilirlik ve diğer hükümsüzlük çeşitleri olmak üzere iki başlık altında incelenmiştir. Diğer hükümsüzlük halleri içerisinde ise, eksik işlemler ve nisbi hükümsüzlük yer alır. Aynı şekilde yazar, ikinci olarak kısmî hükümsüzlük ve tahvili (çevirmeyi) incelemiştir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 587 vd. **EREN**'e göre ise, yokluk, sözleşmelerin geçersizliği türlerinin ayrımı içerisinde değil, bağımsız olarak incelenmelidir. Yazara göre, geçersizlik türleri ise; eksiklik, butlan ve iptaldir. Butlan, mutlak ve kısmî butlan olmak üzere ikiye ayrılır. Bkz. **EREN**, s. 331 vd.

⁴⁰ **EREN**, s. 333; **ÖZTAN**, Bilge; Medenî Hukukun Temel Kavramları, 37. Bası, Ankara 2012, s. 33.

⁴¹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 593; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 184; **BAŞPINAR**, Butlan, s. 21; **DERYAL/GENÇ**, s. 179; **UMAR**, Bilge; Hukuk Başlangıcı, İzmir 1997, s. 36; **BOZKURT**, Enver; Genel Hukuk Bilgisi, Ankara 2011, s. 50; **UŞAN**, M. Fatih; Hukuka Giriş, Konya 2003, s. 125.

tarafından öngörölmüş bazı unsurlar bu sözleşmede yer almamaktadır⁴². Bu sebeple, kurulmuş olan sözleşmenin hüküm ve sonuçları meydana gelmez⁴³. Burada bahsedilen sözleşme için bir askı durumu söz konusudur⁴⁴. Başlangıçta eksik olan unsurların daha sonra tamamlanması mümkündür. Bu durumda, sözleşme hüküm ve sonuçlarını başlangıçtan itibaren tam olarak meydana getirir⁴⁵. Meselâ, ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının yapmış olduğu bir borç sözleşmesi, kanunî temsilci tarafından onanıncaya kadar eksik bir sözleşmedir (TMK. m. 16/I)⁴⁶. Kanunî temsilci daha sonra onadığı takdirde, sözleşme tamamlanır ve sonuçlarını başlangıçtan itibaren doğurur (TMK. m. 451/I).

⁴² GÜRAL (AKİPEK), s. 216; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 593; EREN, s. 333; OĞUZMAN/ÖZ, s. 184; BAŞPINAR, Butlan, s. 21; IŞIKTAÇ, Yasemin; Hukuk Başlangıcı, İstanbul 2010, s. 184; ANTALYA, s. 112; UŞAN, s. 125.

⁴³ GÜRAL (AKİPEK), s. 216; ESENER, s. 213; EREN, s. 333; BAŞPINAR, Butlan, s. 21; BOZKURT, s. 50; ÖZTAN, s. 33.

⁴⁴ TEKİNAY, Selâhattin Sulhi; Medenî Hukuka Giriş Dersleri, İstanbul 1970, s. 109; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 511; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 594; OĞUZMAN/ÖZ, s. 184; ZEVKLİER, Aydın; Medenî Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 1995, s. 38; BAŞPINAR, Butlan, s. 21; HATEMİ, Hüseyin; Medeni Hukuk'a Giriş, Gözden Geçirilmiş Altıncı Bası, İstanbul 2012, s. 170.

⁴⁵ GÜRAL (AKİPEK), s. 216; ESENER, s. 213; TEKİNAY, s. 109; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 511; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 594; OĞUZMAN/ÖZ, s. 185; BAŞPINAR, Butlan, s. 21; HATEMİ, s. 170; DERYAL/GENÇ, s. 179; ANTALYA, s. 112; UMAR, s. 36; BOZKURT, s. 50; UŞAN, s. 125.

⁴⁶ ESENER, s. 213; TEKİNAY, s. 109; TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 511; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 594; ÖZSUNAY, Borçlar, s. 123; EREN, s. 333; OĞUZMAN/ÖZ, s. 185; ZEVKLİER, s. 38; BAŞPINAR, Butlan, s. 21; DERYAL/GENÇ, s. 179; IŞIKTAÇ, s. 184; BOZKURT, s. 50; ANTALYA, s. 113.

Eksik unsur veya olay eklenmezse, sözleşme tamamlanamaz ve böylece kesin olarak hükümsüz hale gelir⁴⁷.

TBK. m. 21 ve 22’de yer alan “*yazılmamış sayılma*”ya ilişkin hükümlerin, “*eksiklik*” ile örtüşmediği nettir. Çünkü TBK. m. 21’e göre, genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girmesinin şartları gerçekleşmediği takdirde, bu şartlar yazılmamış sayılır. Genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girmesini şartları ise, sözleşme yapılırken gerçekleşmelidir. Bu sebeple, yazılmamış sayılmanın şartları, sözleşmenin kuruluşu esnasında incelenir. Sözleşmenin kuruluşu esnasında var olmayan şartlar veya unsurların sonradan gerçekleşmesi, genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girmesi bakımından bir hüküm ifade etmez. Bu itibarla “*eksiklik*” yaptırımını bakımından söz konusu olan “*eksik unsur veya olayların eklenmesiyle sözleşmenin tamamlanması*” durumu, genel işlem şartları bakımından uygulanamaz. Bunun sonucu olarak da, burada bir askı durumu söz konusu değildir. Nihayet, “*yazılmamış sayılan*” hükümler, başlangıçta muteber bir şekilde sözleşmeye dâhil olmuş da değildir.

2. Yazılmamış Sayılmanın İptal (İptal Kabiliyeti) Açısından Değerlendirilmesi

Geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin, hak sahibi tarafından geçmişe etkili bir şekilde ortadan kaldırılmasına iptal denir⁴⁸. İptale tâbi sözleşme,

⁴⁷ GÜRAL (AKİPEK), s. 216-217; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU /ALTOP, s. 511; EREN, s. 333; OĞUZMAN/ÖZ, s. 185; BAŞPINAR, Butlan, s. 21; İŞIKTAÇ, s. 184; DERYAL/GENÇ, s. 179; UŞAN, s. 125.

⁴⁸ TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 512; EREN, s. 343; BAŞPINAR, Butlan, s. 22; ERDOĞAN, s. 87; BOZKURT, s. 51; DERYAL/GENÇ, s. 178; ÖZTAN, s. 32.

kurulduğu andan, başlangıçtan itibaren geçerli olup, hüküm ve sonuçlarını doğurur⁴⁹. Ancak, iptal hakkı sahibi, isterse böyle bir sözleşmeyi geçmişe etkili ve kesin olarak ortadan kaldıracaktır⁵⁰. Meselâ, yanıltma (TBK. m. 30-35), aldatma (TBK. m. 36) ve korkutma (TBK. m. 37-38) ile yapılan sözleşmeler, iradesi sakatlanan kişi tarafından iptal edilebilir⁵¹. Sözleşme, ancak iptal ile ortadan kaldırılabilmesi için, iptal edilinceye kadar geçerlidir⁵². Somut durum bakımından iptal sebeplerinin bulunması, sözleşmeyi kendiliğinden hükümsüz hale getirmez⁵³. Bunun için hak sahibinin bu yönde iradesini açıklaması ve bunun karşı tarafa ulaşması gerekir^{54, 55}.

TBK. m. 21 ve 22’de düzenlenen “yazılmamış sayılma”, “iptal” yaptırımını ile de örtüşmemektedir. Zira “yazılmamış sayılan” hükümler,

⁴⁹ TUNÇOMAĞ, Borçlar, s. 180; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 512; ÖZSUNAY, Borçlar, s. 125; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 586; OĞUZMAN/ÖZ, s. 185; EREN, s. 343; BAŞPINAR, Butlan, s. 22; ERDOĞAN, s. 87; BOZKURT, s. 51; DERYAL/GENÇ, s. 178.

⁵⁰ TUNÇOMAĞ, Borçlar, s. 180; ESENER, s. 214; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 586; OĞUZMAN/ÖZ, s. 183; EREN, s. 343; BAŞPINAR, Butlan, s. 22; KAYIHAN, s. 137; ÖZTAN, s. 33; IŞIKTAÇ, s. 184-185.

⁵¹ TUNÇOMAĞ, Borçlar, s. 179; ESENER, s. 215; TEKİNAY, s. 108; ÖZSUNAY, Borçlar, s. 125; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 587-588; OĞUZMAN/ÖZ, s. 183-184; EREN, s. 343; BAŞPINAR, Butlan, s. 22; HATEMİ, s. 170; KIRKBEŞOĞLU, s. 76.

⁵² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 587; EREN, s. 343; BAŞPINAR, Butlan, s. 22.

⁵³ TUNÇOMAĞ, Borçlar, s. 179; BAŞPINAR, Butlan, s. 22; ERDOĞAN, s. 87; DERYAL/GENÇ, s. 178.

⁵⁴ TUNÇOMAĞ, Borçlar, s. 179; TEKİNAY, s. 108; ÖZSUNAY, Borçlar, s. 125; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 586; OĞUZMAN/ÖZ, s. 183; BAŞPINAR, Butlan, s. 22; ERDOĞAN, s. 87.

⁵⁵ İptal için ayrıca bkz. TEKİL, Fahiman; Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Ayırımı Hakkında Bir Yargıtay Kararı Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 593 vd.

başlangıçtan itibaren geçerli değildir. Bu sebeple, ne başlangıçta ne de daha sonra, bunların, hüküm ve sonuçlarını doğurması söz konusu değildir. Yine, yazılmamış sayılan hükümler, kendiliğinden geçersizdir. Dolayısıyla iptalde olduğu gibi, hak sahibinin herhangi bir irade açıklamasına da ihtiyaç duyulmaz.

3. Yazılmamış Sayılmanın Tam Butlan (Kesin Hükümsüzlük)

Açısından Değerlendirilmesi

Butlan, bir hukukî işlemin, hukuk düzeni tarafında öngörülen geçerlik şartlarını ihtiva etmemesinden dolayı, başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurmamasını ifade eder⁵⁶. Butlan, hâkim tarafından kendiliğinden göz önünde tutulur. Bu yaptırım türü, etkisini yalnız taraflar arasında değil, üçüncü kişilere karşı da gösterir. Yine butlan, zamanla veya tarafların onayıyla geçerli hale getirilemeyen bir geçersizlik türüdür⁵⁷. Butlan, tam butlan ve kısmî butlan olmak üzere ikiye ayrılır. TBK. m. 27/I’de tam butlan (kesin hükümsüzlük), TBK. m. 27/II’de ise, kısmî butlan (kısmî kesin hükümsüzlük) düzenlenmiştir. Tam butlanda (kesin hükümsüzlükte), sakatlık, sözleşmenin tamamını ilgilendirir ve onun muhtevasını bütün olarak geçersiz kılar⁵⁸. TBK. m. 27/I’e göre; “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” Tam butlan (kesin

⁵⁶ ESENER, s. 213; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 502; EREN, s. 334; BAŞPINAR, Butlan, s. 23; ÖZTAN, s. 33.

⁵⁷ GÖNENSAY, s. 47; TUNÇOMAĞ, Borçlar, s. 170; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 502-503; EREN, s. 334; BAŞPINAR, Butlan, s. 23.

⁵⁸ BAŞPINAR, Butlan, s. 25.

hükümsüzlük) halinde sözleşme kurulmuştur⁵⁹. Batıl da olsa sözleşme mevcuttur⁶⁰. Bununla birlikte sözleşme, başlangıçtan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz⁶¹. Tam butlan (kesin hükümsüzlük) halinde sözleşme ölü doğmuştur⁶². Tam butlan (kesin hükümsüzlük), edimlerin ifası, tarafların muvafakat veya onayı ile de düzelmez⁶³. Aynı şekilde butlan sebebinin sonradan ortadan kalkması da sözleşmeyi geçerli hale getirmez⁶⁴.

TBK. m. 21 ve 22’de düzenlenen “yazılmamış sayılma” ile tam butlan (kesin hükümsüzlük) arasında benzer noktalar olmakla birlikte, bunlar da birbirleriyle tam olarak örtüşmemektedir. Gerçekten de yazılmamış sayılan bir şart, tam butlanda (kesin hükümsüzlükte) olduğu gibi başlangıçtan itibaren hüküm

⁵⁹ TUNÇOMAĞ, Borçlar, s. 171; ESENER, s. 213; İNAN, Borçlar, s. 143; TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 507; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 581; OĞUZMAN/ÖZ, s. 180; BAŞPINAR, Butlan, s. 25; AKINTÜRK/KARAMAN, Borçlar, s. 64; ERDOĞAN, s. 86; AYAN, Mehmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya 2012, s. 94; AYBAY, s. 57; ANTALYA, s. 96; DERYAL/GENÇ, s. 176.

⁶⁰ TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 506.

⁶¹ GÖNENSAY, s. 47; TUNÇOMAĞ, Borçlar, s. 171; ESENER, s. 213; İNAN, Borçlar, s. 143; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 507; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 581; OĞUZMAN/ÖZ, s. 180; EREN, s. 334; BAŞPINAR, Butlan, s. 25; AKINTÜRK/KARAMAN, Borçlar, s. 64; ERDOĞAN, s. 86; AYAN, s. 94; AYBAY, s. 57; ANTALYA, s. 96; DERYAL/GENÇ, s. 176.

⁶² TUNÇOMAĞ, Borçlar, s. 173; ESENER, s. 213; İNAN, Borçlar, s. 143; BAŞPINAR, Butlan, s. 25; ERDOĞAN, s. 86; AYBAY, s. 57; BOZER, s. 29.

⁶³ GÖNENSAY, s. 47; TUNÇOMAĞ, Borçlar, s. 175; ESENER, s. 214; İNAN, Borçlar, s. 143; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 504; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 581; OĞUZMAN/ÖZ, s. 181; EREN, s. 334; BAŞPINAR, Butlan, s. 23; AKINTÜRK/KARAMAN, Borçlar, s. 64-65; AYAN, s. 95; ANTALYA, s. 97; DERYAL/GENÇ, s. 176.

⁶⁴ GÖNENSAY, s. 47; TUNÇOMAĞ, Borçlar, s. 175; ESENER, s. 214; TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 504; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 581; EREN, s. 334; BAŞPINAR, Butlan, s. 23; AKINTÜRK/KARAMAN, Borçlar, s. 64-65; AYAN, s. 95; ANTALYA, s. 97; DERYAL/GENÇ, s. 176.

ve sonuç doğurmaz. Yine batıl işlem, hangi sebepten olursa olsun, sonradan hayat kazanamaz. Bununla birlikte, yazılmamış sayılan hüküm, başlangıçta sözleşmenin kapsamına girmiş değildir. Dolayısıyla yazılmamış sayılan bir hükmün, “*batıl da olsa mevcut*” olduğundan söz edilemez. Görüldüğü gibi, yazılmamış sayılma, tam butlandan da (kesin hükümsüzlükten de) ayrı bir hukukî niteliğe sahiptir⁶⁵.

4. Yazılmamış Sayılmanın Kısmî Butlan (Kısmî Kesin Hükümsüzlük) Açısından Değerlendirilmesi

Bir sözleşmenin muhtevasının sadece bir kısmı sakat olabilir. Buna rağmen, taraflar, sözleşmenin ayakta tutulmasını isteyebilirler. Sözleşmenin sakat olmayan diğer kısımlarının, tarafların bu yöndeki farazi iradelerinin de dikkate alınarak geçerliliğinin korunmasına kısmî butlan denir⁶⁶. TBK. m. 27/II, c. 1’e göre; “*Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez.*” Kısmî butlan (kısmî kesin hükümsüzlük) ile batıl olan sözleşmenin bölümü, kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsızdır. Kısmî butlanda (kısmî

⁶⁵ Karşı görüş olan KUNTALP/BARLAS/AYANOĞLU MORALI/ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN /İPEK/YAŞAR /KOÇ’a göre ise, yazılmamış sayılma ifadesi yerine, söz konusu şartların kesin hükümsüz olduğunu söylemek daha doğru olur. Bu görüşe göre, yaptırım ile ilgili mevcut müesseseler yeterlidir. Böylelikle hem terim birliği sağlanmış hem de yeni müesseseler yaratılmak suretiyle akılların karıştırılması da engellenmiş olur. KUNTALP, Erden/BARLAS, Nami/AYANOĞLU MORALI, Ahu/ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, Pelin/İPEK, Mehtap/YAŞAR, Mert/KOÇ, Sedef, Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005, s. 27. Yazılmamış sayılmanın, kesin hükümsüzlük olduğu görüşü için ayrıca bkz.: ARIKAN, Yazılmamış Sayılma, s. 26-27; ULUSAN, Düşünceler, s. 1224; DOĞAN, s. 466, 468.

⁶⁶ ESENER, s. 223; EREN, s. 337; BAŞPINAR, Butlan, s. 29; DERYAL/GENÇ, s. 180; KIRKBEŞEOĞLU, s. 75.

kesin hükümsüzlükte) sözleşme, tümüyle geçersiz değildir⁶⁷. Aksine bunun bazı bölümleri batıl, bazı bölümleri ise geçerlidir⁶⁸. Kısmî butlanın (kısmî kesin hükümsüzlüğün) söz konusu olması, her şeyden önce tarafların farazî iradelerinin bu yolda olmasına bağlıdır⁶⁹. Buna karşılık, taraflar bu bölümler olmaksızın sözleşmeyi yapmayacak idilerse, sözleşmenin tümü batıldır⁷⁰. Gerçekten de TBK. m. 27/II, c. 2'ye göre; “Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.” Görüldüğü üzere, tarafların sakat olmayan kısım olmaksızın sözleşmeyi yapmayacaklarını kabul etmek gerektiği takdirde, sakatlık sözleşmenin yalnızca bir kısmına ilişkin olmasına rağmen, tam butlan (kesin hükümsüzlük) söz konusu olur. Bununla birlikte, bu düzenlemeyi bertaraf eden özel bir hüküm, TTK. m. 1530/I'de⁷¹ yer

⁶⁷ Nitekim bu husus bir Yargıtay kararında; “... Sözleşmeleri konulmuş (mahkeme veya icra tayin olunacak ücretin avukata ait olacağına dair) şart, Avukatlık Kanunu'nun 129 uncu maddesinin amir hükmüne aykırı ve Borçlar Kanunu'nun 20 nci maddesi (TBK. m. 27) gereğince batıldır. Avukatlık akdindeki bu şartın batıl olması, bittabi bütün akdin batıl olması sonucunu doğurmayacak, avukat tarife gereğince parasını isteyebilecektir. Şayet taraflar belli bir miktar kararlaştırmışlar ve bundan fazla olarak bu şekilde bir şartı dahi kabul etmişlerse o zaman, o şart hükümsüz olacak ve avukat tarife yerine ancak kararlaştırmış olan belli miktardaki avukatlık parasını isteyebilecektir.” şeklinde ifade edilmiştir. İBK., T. 23.05.1960, 11-9, RG. 10.09.1960, (TUNÇOMAĞ, Borçlar, s. 178'den naklen).

⁶⁸ SAYMEN, s. 110; TUNÇOMAĞ, Borçlar, s. 177; İNAN, Borçlar, s. 146; ESENER, s. 223; TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 508; EREN, s. 336-337; ÖZSUNAY, Borçlar, s. 123; OĞUZMAN/ÖZ, s. 185-186; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 598; AYBAY, s. 61; DERYAL/GENÇ, s. 181.

⁶⁹ SAYMEN, s. 110; ESENER, s. 223; EREN, s. 337; OĞUZMAN/ÖZ, s. 186-187; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 598-599.

⁷⁰ TUNÇOMAĞ, Borçlar, s. 177; İNAN, Borçlar, s. 146; ESENER, s. 223; TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 508; EREN, s. 337; OĞUZMAN/ÖZ, s. 186-187; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 598; AYBAY, s. 62.

⁷¹ eTTK. m. 1466; “Ticari hükümlerle yasak edilmiş bulunan muamele veya şartlar, aksine hususi bir hüküm bulunmadıkça, batıldır; şu kadar ki, bir akit hükmünce yerine getirilmesi gereken

almaktadır. Buna göre, “Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır. Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır. Bu sınırlarda, Türk Borçlar Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanmaz.” Bu hüküm uyarınca, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır. Bahsedilen en yüksek sınırı aşan edimleri ihtiva eden hükümler batıldır. Bu durumda sınırı aşan edimler, hata ile yerine getirilmiş olsa bile geri alınır. Burada artık, taraflardan biri, sınırı aşan kısımlar olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.

TBK. m. 21 ve 22’de yer alan “yazılmamış sayılma”ya ilişkin yukarıda tam butlan (kesin hükümsüzlük) açısından yaptığımız değerlendirmeler, burada da yapısına uygun düştüğü ölçüde aynen geçerlidir. Dolayısıyla yazılmamış sayılma, kısmî butlan (kısmî kesin hükümsüzlük) ile de tam olarak örtüşmemektedir⁷². Çünkü kısmî olarak batıl olan hükümler, başlangıçtan itibaren

edalar hakkında kanun veya salahiyyetli makamların kabul etmiş olduğu en yüksek haddi aşan mukaveleler, en yüksek had üzerinden yapılmış sayılır ve bu hadden fazla olan edalar, hata ile yapılmış olmasa dahi geri alınır. Bu hallerde Borçlar Kanununun 20 nci maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi tatbik olunmaz.”

⁷² Karşı görüş için bkz. **ARIKAN**, Genel İşlem, s. 72. Yazara göre, “Yazılmamış sayılma ile kasdedilen husus, söz konusu genel işlem şartlarının batıl sayılmasıdır. Bu durumda batıl sayılan bu hükümlerin dışında kalan sözleşmenin diğer hükümleri geçerliğini korur.” Bununla birlikte Yazar, daha sonraki bir tarihte çıkan “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem

hüküm ve sonuç doğurmasa da, mevcuttur. Başka bir deyişle, batıl olan hükümler, hüküm ve sonuçlarını doğurmasa da, sözleşmenin kapsamına girmiştir. Buna karşılık, yazılmamış sayılan hükümlerin, sözleşmenin kapsamına girmesi söz konusu değildir.

Kısmî butlanın (kısmî kesin hükümsüzlüğün), burada ayrı bir başlık altında incelenmesinin sebebi, “*Yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi*” başlıklı TBK. m. 22’de yer alan düzenlemenin kısmî butlanı (kısmî kesin hükümsüzlüğü) çağrıştırmasıdır. Gerçekten de, TBK. m. 22’ye göre; “*Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.*” Görüldüğü üzere, burada, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem şartları dışındaki hükümlerinin geçerliliğini koruyacağından söz edilmiştir. Bahsedilen husus, kısmî butlandaki (kısmî kesin hükümsüzlükteki) sakat hükümlerin batıl olup, sakat olmayan hükümlerin geçerliliğini koruması ile paralellik göstermektedir. Ancak bu paralellik, sözü edilen iki müessesenin aynı hukukî niteliğe sahip olduğu sonucunu doğurmamaktadır. Nitekim yukarıda izah edildiği üzere, kısmî butlan (kısmî kesin hükümsüzlük) ile batıl olan şartlar, hüküm ve sonuçlarını doğurmasa da sözleşme kapsamına girmiş iken; yazılmamış sayılan şartların sözleşme kapsamına girmesi söz konusu değildir. Ayrıca TBK. m. 27/II,

Koşullarının Yazılmamış Sayılması Kavramı ve Bunun Sözleşmeye Etkisi” isimli eserinde kesin hükümsüzlük görüşünü savunmuştur. Genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girmeyen hükümleri hakkında kısmî kesin hükümsüzlük görüşü için ayrıca bkz.: **OĞUZ**, s. 113-114; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 286; **HATEMİ**, Hüseyin/**GÖKYAYLA**, Emre; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 6098 Sayılı TBK Esas Alınarak Hazırlanan 2. Bası, İstanbul 2012, s. 62.

c. 2'ye göre, batıl olan hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur. Buna karşılık TBK. m. 22, c. 2'ye göre ise, kullanan, yazılmamış sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. Aynı husus, yukarıda da izah edildiği üzere, TTK. m. 1530 hükmü uyarınca, en yüksek haddi aşan sözleşmeler bakımından da geçerlidir⁷³.

5. Yazılmamış Sayılmanın Yokluk Açısından Değerlendirilmesi

Yokluk, sözleşmenin kurulmasıyla ilgili bir kavramdır. Yoklukta, herhangi bir işlem doğmuş değildir⁷⁴. Kurucu unsurları içermeyen bir sözleşme, kurulmaz, meydana gelmez⁷⁵. Hukuk düzeni, böyle bir sözleşmeyi yokluk yaptırımına tâbi tutmuştur⁷⁶. Borç sözleşmesinin kurucu unsuru, tarafların belirli bir hukukî sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıdır⁷⁷. Gerçekten de, TBK. m. 1/I'e göre; *“Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.”* Tarafların karşılıklı irade beyanları birbirine uygun değilse, istenilen borç sözleşmesi kurulmaz, meydana gelmez. Borç sözleşmelerinde ilke olarak bir tek kurucu unsur vardır, o da

⁷³ Bu hususa ilişkin geniş bilgi için bkz. BAŞPINAR, Butlan, s. 163 vd.

⁷⁴ TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 506; AYBAY, s. 57; KAYIHAN, s. 130-131.

⁷⁵ TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 506; EREN, s. 331; OĞUZMAN/ÖZ, s. 179; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 578; ANTALYA, s. 94; BOZKURT, s. 51; IŞIKTAÇ, s. 180; KAYIHAN, s. 130; DERYAL/GENÇ, s. 175; KIRKBEŞOĞLU, s. 27.

⁷⁶ EREN, s. 331; OĞUZMAN/ÖZ, s. 179-180; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 578; IŞIKTAÇ, s. 180; KAYIHAN, s. 130; ANTALYA, s. 95; KIRKBEŞOĞLU, s. 27.

⁷⁷ EREN, s. 331; OĞUZMAN/ÖZ, s. 179-180; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 578-579; BOZKURT, s. 51; IŞIKTAÇ, s. 180; DERYAL/GENÇ, s. 175.

irade beyanlarının birbirine uygunluğudur⁷⁸. Kurulmayan, meydana gelmeyen sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmasından da söz edilemez.

“Yazılmamış sayılma” ile “yokluk” birlikte değerlendirildiğinde, ilk bakışta birbirleriyle örtüştüğü izlenimi vermektedir. Nitekim doktrinde bir görüş de “yazılmamış sayılma”nın “yokluk” olduğunu ifade etmektedir⁷⁹. Ancak kanaatimizce, yazılmamış sayılmayı “yokluk” olarak nitelemek isabetli olmaz. Çünkü yokluk, sözleşmenin kurulması, kurucu unsurları ile ilgili bir kavramdır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, genel işlem şartlarını, bir “sözleşme” olarak değil, aksine “sözleşmenin hükümleri” olarak kabul etmek gerekir⁸⁰. Genel işlem şartlarını ihtiva eden sözleşme, -sözleşmede yazılmamış sayılan hükümler yer almış olsa da-, geçerli bir şekilde kurulmuş olabilir. Diğer taraftan yazılmamış sayılan hükümler, sözleşmenin kurucu unsurları bakımından bir eksiklik de meydana getirmeyebilir. Ayrıca TBK. m. 22’de, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem şartları dışındaki hükümlerinin geçerliğini koruyacağından söz edilmektedir. Dolayısıyla, burada kurulmuş ve hüküm ve sonuçlarını doğurmaya elverişli bir sözleşme bulunmaktadır. Bu durumda, “yazılmamış sayılan

⁷⁸ EREN, s. 331-332; İŞIKTAÇ, s. 180; DERYAL/GENÇ, s. 175.

⁷⁹ EREN, s. 221 vd. Yazara göre; “Yazılmamış sayılma”dan maksat, “yokluk”tur. Ancak, TBK. m. 22’ye göre, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri, geçerliliğini korur. Dolayısıyla burada, “kısmî yokluk” yaptırım söz konusudur. Aynı doğrultuda görüş için bkz. AÇIKGÖZ, s. 240; OĞUZMAN/ÖZ’e göre de, yazılmamış sayılmadaki hükümsüzlük, yokluk derecesine çıkmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 168. KILIÇOĞLU’na göre de, yokluk türünde bir yaptırım söz konusudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, s. 117. Yazılmamış sayılmanın “Yokluk” olduğu görüşü için ayrıca bkz.:TOPUZ, s. 1165.

⁸⁰ EREN, genel işlem şartları için “sözleşme teorisi”ni benimsemektedir. Sözleşme teorisi dolayısıyla da, yazılmamış sayılmadan maksadın “yokluk” olduğunu ifade etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s. 215 vd.

hükümlerin yokluğundan” söz edilebilir. Lâkin bu takdirde de, “*yokluk*” hakkında yukarıda verdiğimiz bilgiler dışına çıkmış olur. Yazılmamış sayılmaya, “*yokluk*”un söz konusu niteliğinden farklı bir anlam yükletilmiş olur. Bu sebeple, yazılmamış sayılmanın, klâsik anlamındaki “*yokluk*” olduğunu ileri sürmek kanaatimizce mümkün değildir.

6. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Şahsî Kanaatimiz

Yukarıda da ifade edildiği üzere, genel işlem şartlarının hukukî niteliği, bir sözleşme olarak değil, sözleşmenin hükümleri olarak kabul edilmektedir⁸¹. Böyle olunca, sözleşmeler açısından söz konusu olan yaptırım türleri, genel işlem şartlarının niteliği ile de tam olarak örtüşmemektedir. Gerçekten de daha önce de ifade edildiği üzere, yazılmamış sayılmanın eksiklik olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Nitekim eksiklikte söz konusu olan askı durumundan, yazılmamış sayılma için de mevcut olduğundan söz edilemez. Ayrıca eksiklik bakımından söz konusu olan, “*eksik unsur veya olayların eklenmesiyle sözleşmenin tamamlanması*” durumunun, genel işlem şartlarında yazılmamış sayılan hükümler bakımından uygulanması söz konusu değildir. Yine yazılmamış sayılmanın, iptal olarak da değerlendirilmesi mümkün değildir. Çünkü yazılmamış sayılan hükümler, iptal yaptırımına tâbi hükümlerin aksine başlangıçta geçerli bir şekilde sözleşmeye dâhil olmamıştır. Ayrıca bunlar, iptalde olduğu gibi hak sahibinin herhangi bir irade açıklamasına gerek olmadan, kendiliğinden geçersizdir. Yine yazılmamış sayılmanın, tam butlan (kesin hükümsüzlük) olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir. Gerçekten de yazılmamış sayılan bir

⁸¹ Bkz. 1. Bölüm, § 2, I.

hüküm, batıl da olsa mevcut bir sözleşme olduğundan söz edilemez. Aynı şekilde yazılmamış sayılmanın, kısmî butlan (kısmî kesin hükümsüzlük) olduğundan da söz edilmez. Çünkü yazılmamış sayılan şartlar, kısmen batıl olan hükümler gibi sözleşme kapsamına girmiş değildir. Nihayet yazılmamış sayılmanın, yokluk olarak kabul edilmesi de mümkün değildir. Çünkü yokluk, sözleşmenin kurulması, kurucu unsurları ile ilgili bir kavramdır. Yazılmamış sayılmada ise, söz konusu hükümlerin, sözleşmenin muhtevasına dâhil olup olmadığı tartışılır.

Genel işlem şartları ile ilgili Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan hükümlerden ve yukarıda yapılan açıklamalardan hareketle, yazılmamış sayılmanın, kendisine özgü bir yaptırım türü olduğunu söylemek mümkündür. Gerçekten de yazılmamış sayılma, diğer yaptırım türlerinden farklı olarak, kendisine özgü bir niteliğe sahiptir. Çünkü yukarıda da izah edildiği üzere, yazılmamış sayılma, sözleşmenin kendisine getirilmiş bir yaptırım türü değildir. Aksine sözleşmenin bir hükmü veya hükümleri bakımından geçerli olan bir yaptırım türüdür. Burada sözleşmenin değil, o hükmün veya hükümlerin sözleşme kapsamına girip girmediği tartışılır. Söz konusu hükümlerin sözleşme kapsamına girmediğinin tespiti durumunda, sözleşmenin akıbeti (geçerli bir şekilde devam edip etmeyeceği), yazılmamış sayılma kapsamında tartışılmaz⁸². Aksine TBK. m. 22, c. 2' ye göre, yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı sözleşmenin yapılmayacak olduğu ileri sürülemez. Bu sebeplerle, yazılmamış sayılmayı,

⁸² Bu kapsamda tartışılmamakla birlikte, yazılmamış sayılan hükümler, sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin olabilir. Bu durumda hangi sonuca varılacağı, "*Yazılmamış Sayılmanın Hüküm ve Sonuçları*" başlığı altında ele alınmıştır. Bkz. 2. Bölüm, § 3, III, C.

sözleşmeler için söz konusu olan yaptırım türleri açısından değerlendirmek isabetli olmaz. Dolayısıyla, yazılmamış sayılma, diğer yaptırım türlerinden farklı bir niteliğe, etkiye, hüküm ve sonuçlara sahiptir.

C. Yazılmamış Sayılmanın Hüküm ve Sonuçları

TBK. m. 21/I'e göre; *“Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.”*

Madde metnine göre, genel işlem şartlarının, sözleşmenin kapsamına girmesinin unsurları gerçekleşmediği takdirde, bunlar yazılmamış sayılır. O halde, yazılmamış sayılma yaptırımı, ilk olarak, genel işlem şartlarının, sözleşmenin kapsamına girmesinin unsurları gerçekleşmediğinde kendisini gösterir.

TBK. m. 21/II'ye göre; *“Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.”* Bu sebeple, genel işlem şartları, hangi sözleşmenin muhtevasına dâhil oluyorsa, onun niteliğine uygun hükümleri ihtiva etmelidir. Aksi takdirde, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem şartları da, yazılmamış sayılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı hükümler, genellikle karşı tarafın aslı edim yükümünü önemli ölçüde genişleten ve kısıtlayan hükümlerdir⁸³. Meselâ, cari hesap şeklinde işleyen bir kredi sözleşmesindeki gizlenmiş kefalet kaydı,

⁸³ KAŞAK, s. 423.

sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı kabul edilebilir^{84, 85}. Yine sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı şartlar, genel işlem şartlarını kullananın kanunî yükümlülüklerini alışılmış olanın dışında kaldıran hükümler şeklinde olabilir⁸⁶. Nihayet genel işlem şartları kapsamındaki bir hüküm, sözleşme metninin içerisinde ilgisiz bir yere konulması sebebiyle, bulunduğu yer bakımından da beklenemez nitelikte olabilir⁸⁷.

TBK. m. 24’de şu hüküm yer almaktadır; “*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.*” Dolayısıyla, kullanana tek taraflı değişiklik ve hüküm ekleme yetkisi veren kayıtlar da yazılmamış sayılır.

⁸⁴ **KAPLAN**, İbrahim; Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları, BATİDER, Yıl:1991, C. XVI, S. 2, s. 61. Konu ile ilgili ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. **KAŞAK**, s. 415 vd.; **KAYAR**, İsmail; Kredi Sözleşmelerindeki Bankaya Tek yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulanması, GÜHFD., Aralık 1997, C. 1, S. 2, Prof. Dr. Naci KINACIOĞLU’na Armağan, s. 82 vd.

⁸⁵ Yargıtay da bir kararında; “...taksitle satış ve kura sonucu teslim şartlarını belirleyen satıcı genel satış şartlarının 4. maddesinde, satıcıya aracın teslim tarihini uzatma ve teslim günündeki rayiç fiyatını talep etme yetkisi veren kaydın; davalı satıcıya teslim süresini keyfine göre uzatma ve enflasyondan doğan tüm fiyat yükselmelerini davacı alıcıya yükleme yetkisi tanıdığını, bunun ise doğruluk ve dürüstlük kuralı ve buna bağlı güven ilkesiyle bağdaşmayacağını, somut olayda davalı satıcının teslim yetkisini saklı tutmayı ihtiva eden bu hükmü davacının aleyhine kullanıp kullanmadığını, başka bir deyimle böyle doğruluk ve dürüstlük kuralına ve dolayısıyla güven ilkesine aykırı davranıp davranmadığının tesbiti gerektiğini...” şeklinde hüküm tesis etmiştir. Yüksek Mahkeme, bu kararıyla alıcı aleyhine karara alınmış “sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı kaydın” geçerli olamayacağını tesbit etmiştir. Karar metni için bkz. **KAPLAN**, Standart, s. 60.

⁸⁶ **KAŞAK**, s. 423.

⁸⁷ **KAŞAK**, s. 423-424.

Yazılmamış sayılan genel işlem şartları, başlangıçtan itibaren sözleşmenin muhtevasına girmiş değildir. Bu sebeple, bahsedilen şartlar, taraflar arasındaki ilişkide esas alınamaz. Yine bunlar, sözleşmenin muhtevasına dâhil olmadığı gibi, taraflar arasında hiçbir hüküm ve hukukî sonuç doğurmaz.

TBK. m. 22’de aynen; “Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, sözleşme, yazılmamış sayılan genel işlem şartları dışındaki hükümleri ile varlığını sürdürmeye devam eder. Bu durumda artık, kullanan, yazılmamış sayılan şartlar sözleşme kapsamına girmediği için, sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. Burada, genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelerin, TBK. m. 27/II hükmü aracılığıyla dolanılması engellenmiştir⁸⁸. Konu ile ilgili Alman Medenî Kanunu’nda yer alan bir düzenlemeye, Türk Borçlar Kanunu’nda yer verilmemiştir. Nitekim BGB. § 306/(2)’de⁸⁹, sözleşmenin kapsamına dâhil olmayan hükümlerin oluşturduğu boşluk bakımından, kanunî düzenlemelerin geçerli olacağı ifade edilmiştir. Türk Borçlar Kanunu’nda, bu hususa ilişkin bir

⁸⁸ Seza REİSOĞLU, TBK. m. 22’yi, TBK. m. 27 hükmüne aykırı olarak nitelendirmiştir. Bkz.

REİSOĞLU, Seza; Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi,

http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=genel%20i%C5%9Flem%20%C5%9Fartlar%C4%B1&source=web&cd=19&ved=0CFsQFjAIOAo&url=http%3A%2F%2Fwww.tbb.org.tr%2FDosyalar%2FKonferans_Sunumlari%2FSR_Borclar_Kanunu_Genel_Islem_Sartlari.doc&ei=D8BQT8HRlonU4QSAxsGqAw&usg=AFQjCNEoQPXtdo4S94i0FIyZDn6rTLZRlQ, (Erişim Tarihi: 07.10.2012).

⁸⁹ BGB. § 306/(2): “Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften.”

düzenleme olmasa da, genel hükümlerden aynı sonuca varmak mümkündür. Çünkü Türk hukukunda, taraflar arasındaki ilişkiye uygulanacak özel hükümler mevcut değilse, tamamlayıcı hukuk normları gündeme gelir. Dolayısıyla bu gibi durumlarda, taraflar arasındaki ilişkiye mevzuatın konuya ilişkin hükümleri uygulanır. Gerçekten de, TMK. m. 1/T’de, kanunun sözüyle ve özüyle değindiği tüm konularda uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Mevzuatta taraflar arasındaki somut duruma uygulanabilir bir hüküm yoksa, yine TMK. m. 1 çerçevesinde çözüme gidilir. Bu durumda, hâkim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Yargıtay da bir kararında; *“Belediyelerin EGO İşletmeleri ile tüketiciler arasında düzenlenen "Doğalgaz Abonman Sözleşmeleri"; Özel Hukuk Kurallarına tabi, iltihaki sözleşmelerdir. Hukukumuzda sözleşme özgürlüğü varsa da, tekel durumundaki İdareler, sözleşmelere, kamu yararına, kamu düzenine aykırı hükümler koyamazlar. Bu nedenle, Enerji ve Tabii kaynaklar Bakanlığının, "Doğalgaz Satış Fiyatı Kararları Tebliği"ndeki üst sınırı aşacak tarifeler ve sözleşmede bu tarifelerin uygulanmasına imkân verecek maddeler tüketiciyi bağlamayacağından, dava halinde, hâkim, sözleşmenin İdari Yargıda iptal edilmesini istemeden, yasakoyucu gibi hareket etme yetkisine dayanarak, hukuk devleti ve sosyal adalet ilkesi gereğince tüketiciyi koruyacak şekilde, yasaya aykırı şekilde konulan sözleşme hükmünü yok sayarak, Bakanlık tebliği doğrultusunda gerçek alacak ve borç miktarını tesbit etmelidir.”* ifadelerine yer vermiştir⁹⁰.

⁹⁰ 13. HD., T. 18.03.1996, E. 1996/1734, K. 1996/2495, (KBİBB).

Görüldüğü üzere, kararda, yok sayılan sözleşme hükmü bakımından, hâkim ilgili mevzuata yönlendirilmiştir⁹¹.

Sözleşmenin kapsamına girmeyen hükümler olmadan, onun akıbetine ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyen diğer bir düzenleme de BGB. §. 306/(3)'de yer almaktadır. Burada, BGB. §. 306/(2)'e göre sözleşme kapsamına dâhil olmayan hükümlerin yerine konulacak kanunî düzenlemelerin sözleşmeye etkisi düzenlenmiştir. Gerçekten de, BGB. §. 306/(3)'e göre; *“Sözleşmenin ayakta tutulması için, 2. fıkrada öngörülen şekilde onun içeriğinin tamamlanması halinde ortaya çıkan durum, taraflardan biri için makul olmayan sonuçlar doğuruyorsa, sözleşme bütünüyle geçersiz olur.”*⁹² Söz konusu hükümden hareketle, yazılmamış sayılan şartların yerine konulacak kanunî düzenlemelerin, taraflar için somut sözleşme ilişkisi bakımından makul sonuçlar doğurması gerekir. Aksi halde, taraflar arasındaki sözleşme tümüyle geçersiz olur. Bu durumda, hâkimin sözleşmeyi tamamlarken, somut sözleşmedeki düzenlemelerden ve tarafların farazî iradelerinden hareketle, menfaatler dengesini göz önünde tutarak çözüme gitmesi gerekir⁹³.

Yazılmamış sayılan hükümler olmadan da sözleşmenin ayakta kalacağına ilişkin TBK. m. 22, c. 2 hükmü, beraberinde önemli bir meseleyi de gündeme getirmektedir. Gerçekten de söz konusu mesele, yazılmamış sayılan

⁹¹ Sözleşmenin tamamlanması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **KAPLAN**, İbrahim; Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 85 vd.

⁹² BGB. §. 306/(3); *“Der Vertrag ist unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach Absatz 2 vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde.”*

⁹³ **KAPLAN**, Müdahale, s. 89-90.

hükümlerin sözleşmenin esaslı noktalarını oluşturduğu durumlarda hangi sonuca varılacağıdır. TBK. m. 22, c. 2 hükmüne göre, kullanan, yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. Bu hükümden hareket edildiğinde, esaslı noktalar yazılmamış sayılsa dahi, sözleşmenin ayakta tutulmasına ve devam etmesine karar vermek gerekir. Lakin bu sonucu kabul etmek mümkün değildir. Çünkü TBK. m. 2/I'e göre, taraflar, sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmazlarsa, sözleşme kurulmaz. Dolayısıyla, sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşma, onun kurulması için mecburidir. Buradan hareketle şu sonuca ulaşmak mümkündür: *“Yazılmamış sayılan bir hüküm, sözleşmenin esaslı noktasını teşkil ediyorsa, genel işlem şartlarını ihtiva eden sözleşme kurulmaz.”* Sözleşme kurulmadığında ise, genel işlem şartlarının da taraflar arasında bir hüküm ve sonuç ifade etmesi mümkün değildir. Çünkü genel işlem şartları, sözleşmenin bir parçasıdır. Sözleşme olmadığında, parçası da olmaz.

Yazılmamış sayılan hükümler, sözleşmenin ikinci derecedeki noktalarına ilişkin ise, TBK. m. 2 anlamında sözleşmenin kurulması bakımından bir sorun mevcut değildir. Bu durumda ise, TBK. m. 22, c. 2 gereğince, kullanan, yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı, sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. Bu durumda ise, yukarıda da izah edildiği üzere, sözleşmenin tamamlanması meselesi gündeme gelir. Netice olarak, sözleşme, gerekli yerlerde ve hakkaniyet ölçüsünde usulüne uygun olarak tamamlanır.

§ 5. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ YORUMLANMASI

I. GENEL OLARAK

Yorum, sözlüklerde genellikle bir metin, olay veya konuşma hakkında belli bir görüşe göre yapılan açıklamadır⁹⁴. Hukukî anlamda yorum ise, bir belgedeki ifadenin açıklanması, belirlenmesidir⁹⁵. Buradan hareketle, “*yorumlamak*”, kelime olarak; “*bir manaya yormak, açıklayıcı mana vermek, tabir etmek*”⁹⁶, “*yazuların manalarını açıklamak ve tesbit etmek*”⁹⁷, “*bir işin esasını ortaya çıkarmak*”⁹⁸ anlamlarına gelen bir kavramdır. Yorum, hukukî işlemleri, bir müzik parçasını, bir romanı veya şiiri, bir tarihî olayı, hatta bir kelimeyi anlamlandırır. Bunlara anlam vermeye, hayat vermeye yönelik zihnî faaliyetlerin tümü yorumdur⁹⁹. Hukukî işlemin yorumu ise, onun tam olarak ne anlama geldiği ve hukukî sonuçlarını belirlemek için yapılan inceleme ve zihnî çalışmaların tümüdür¹⁰⁰. Çünkü Von Tuhr’un belirttiği gibi, sadece matematik dışında hiçbir bilimde, irade araçları

⁹⁴ **AYVERDİ**, İlhan; Misalli Büyük Türkçe Sözlük, C. 3, İstanbul 2006, s. 3438.

⁹⁵ **YILMAZ**, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 1510. Savigny, yorumu, ölü harflere yerleştirilen canlı düşüncelerin kendi düşüncelerimiz önünde yeniden hayat bulması olarak ifade etmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **ERGÜNE**, Mehmet Serkan; Vasiyetnamenin Yorumu, İstanbul 2011, s. 3 vd.

⁹⁶ **DOĞAN**, s. 1151.

⁹⁷ **ÖZCAN**, Hüseyin; Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Ankara 1975, s. 721.

⁹⁸ **OFTİNGER**, Karl/**JEANPRETRE**, Raymond, (Çev: Kemal DAYINDARLI); Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara 1990, s. 59.

⁹⁹ **AKYOL**, Şener; Sözleşmenin Yorumu, İstanbul 2010, s. 1. Bir müzik parçasının yorumu denilince, onun seslendirilmesi, seslendirmede ona verilen ruh ve ahenk anlaşılır. **AKYOL**, Yorum, s. 1.

¹⁰⁰ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 193; **AKYOL**, Yorum, s. 1.

üzerinde kesin ve açık bir tasarruf imkânı mevcut değildir¹⁰¹. Gerçekten de, yorum sayesinde hukuk daha iyi anlaşılır, adil çözüme ulaşılır. Bu ise her şeyden önce bir gayreti gerektirir¹⁰².

Genel işlem şartlarının yorumunda da, somut sözleşme çerçevesinde tarafların farazî iradeleri göz önünde tutulur. Burada açık ve anlaşılır olmayan veya birden fazla anlama gelen bir hükmün tam olarak ne anlama geldiği tespit edilir.

Genel işlem şartları, sözleşme kapsamına girdikten sonra yoruma ihtiyaç duyulabilir. Bununla birlikte, genel işlem şartlarının yorumu, sadece, bunlar sözleşme kapsamına girdikten sonra söz konusu olabilir. Gerçekten de, herhangi bir şekilde sözleşme kapsamına girememiş genel işlem şartlarının, bu kapsamda değerlendirilmesi söz konusu olamaz. Ayrıca yazılmamış sayılan veya ferdî (hususî) niteliğe dönüşen hükümler de, artık genel işlem şartlarının yorumu kapsamında değerlendirilmez. Bu sebeple de, genel işlem şartlarının yorumu, söz konusu hükümler bakımından geçerli değildir.

Genel işlem şartlarının yorumlanması, Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiştir. Gerçekten de, TBK. m. 23'e göre; "*Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.*" Görüldüğü üzere, burada, genel işlem şartlarının yorumlanması için birtakım şartlar ve bir yorum metodu öngörülmüştür. Buna göre, genel işlem şartlarında yer alan bir hükmün

¹⁰¹ ERGÜNE, s. 3'den naklen.

¹⁰² AKYOL, Yorum, s. XI; ERGÜNE, s. 3-4.

yorumlanması için, onun açık ve anlaşılır olmaması veya birden fazla anlama gelmesi gerekir. Bu niteliği haiz bir hüküm ise, düzenleyen aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır. Bahsedilen hususlar, aşağıda ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

II. GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA YORUMUN UNSURLARI

TBK. m. 23 gereğince genel işlem şartlarının yorumlanabilmesi, onların açık ve anlaşılır olmamasına veya birden çok anlama gelmesine bağlıdır. Görüldüğü gibi yorum için iki unsur gereklidir. Aşağıda bu unsurlar sırasıyla tek tek ele alınmıştır.

A. Açık ve Anlaşılır Olmama

Genel işlem şartlarında yer alan bir hüküm, *“tartışmaya mahal vermeyecek bir anlam”*a sahip olmayabilir. Bu durumda, onun açık ve anlaşılır olduğundan söz edilemez. İşte açık ve anlaşılır olmama, bir genel işlem şartının, sözleşme içerisindeki anlamının tam olarak tespit edilememesini ifade eder. Bu ise, onun yorumlanmasını gerekli kılar.

Açık ve anlaşılır olmayan bir hüküm, kural olarak dolaylı bir niteliğe sahiptir¹⁰³. Bu tür bir hükmün anlamının tespiti ise, hal ve şartların değerlendirilmesi ile mümkün hale gelir¹⁰⁴. Burada öncelikle, hükmün, mantık ve dil bilgisi kurallarına göre değerlendirilmesi gerekir. Nitekim Yargıtay da bir kararında; *“Anlaşmazlık, taraflar arasındaki sözleşmeden çıkmaktadır. Bu*

¹⁰³ KAPLAN, Müdahale, s. 39.

¹⁰⁴ KAPLAN, Müdahale, s. 39.

noktada sözleşmenin yorumu, öncelikle mantık ve gramer kurallarına göre yapılacaktır.” ifadelerine yer vermiştir¹⁰⁵. Karardan anlaşıldığı üzere, Yargıtay da yorumun öncelikle nasıl başlaması gerektiğine işaret etmektedir.

B. Birden Çok Anlama Gelme

Genel işlem şartlarında yer alan bir hüküm, birden çok anlama da gelebilir. Yani bir hükümden, somut sözleşmenin niteliği açısından değerlendirildiğinde birden fazla anlam ve sonuç çıkarmak mümkün olabilir.

Birden çok anlama gelme, genel işlem şartlarının mahiyetiyle de ilgilidir. Çünkü yukarıda da izah edildiği üzere, genel işlem şartları belirli bir olay veya kişi dikkate alınmadan genel ve soyut olarak hazırlanırlar. Gerçekten de bunlar hazırlanırken, taraflar arasında somut bir olay veya sözleşme göz önünde tutulmaz. Bu itibarla, burada yer alan hükümler de, özel ilişki çerçevesinde hazırlanmazlar. Bunun sonucu olarak genel işlem şartlarında yer alan birtakım hükümlerin, birden çok anlama gelmesi zaman zaman karşılaşılan bir durumdur.

III. GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA YORUMUN SINIRI

Yukarıda da ifade edildiği üzere, genel işlem şartlarının yorumundan maksat, somut sözleşme ilişkisi çerçevesinde tarafların farazî iradeleri göz önünde tutularak, onların ölü kelimelere verdikleri anlamı tam olarak tespit etmektir. Dolayısıyla genel işlem şartlarının yorumunda, somut sözleşmenin niteliği ve

¹⁰⁵ 11. HD.,T. 02.03.1998, E. 1997/10396, K. 1998/1278, (KBİBB).

tarafların farazî iradeleri büyük öneme sahiptir¹⁰⁶. Nitekim “*Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik*”¹⁰⁷ m. 6/II’de de; “*Bir sözleşme şartının haksızlığı değerlendirilirken, sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin yapılmasını sağlayan şartlar ve/veya onun bağlı olduğu sözleşmelerin tüm şartları dikkate alınır.*” hükmü yer almaktadır¹⁰⁸. Görüldüğü üzere, burada da sözleşmedeki bir hükme ilişkin bir değerlendirme yapılırken somut sözleşme ilişkisi ve tarafların farazî iradelerine atıf yapılmaktadır. Bu sebeple, açık ve anlaşılır olmayan veya birden fazla anlama gelen bir genel işlem şartının yorumu, somut sözleşme kapsamındaki tarafların

¹⁰⁶ Doktrinde aksi görüşte olan yazarlar da mevcuttur. Bu görüşe göre, genel işlem şartlarında ifadesini bulan irade, bu kuralların kapsamına girecek somut olaylardan bağımsız bir biçimde olmuştur. Bu sebeple yorum sırasında, genel şartları hazırlayan kişinin somut olay hakkında ne düşünmüş olabileceğini araştırmanın hiçbir anlamı yoktur. Çünkü olayların büyük çoğunluğunda taraflar, sözleşme kurulurken genel şartlarda yer alan düzenlemeler hakkında hemen hemen hiç konuşmamaktadır. Bu bakımdan genel işlem şartlarının yorumunda somut olayla ilgili özelliklerin dikkate alınmasını haklı gösteren bir hukukî sebep yoktur. Bu durumda muhatap, somut olayı ilgilendiren özelliklere öncelik verilmesini beklememelidir. Bu sebeple, genel işlem şartlarına muhatap tarafından verilen anlam ve somut olayla ilgili özellikler, yorum sırasında göz önünde bulundurulmamalıdır. Yorum, metnin dışında, olaylardan soyutlanmış bir değerlendirmeye dayanmalıdır. Bkz. **SOYER**, s. 111-112; **BAHTİYAR**, Tüketici, s. 95-96; **HAVUTÇU**, s. 150-151; **BAĞRIACIK**, s. 160.

¹⁰⁷ RG., T. 13.06.2003, S. 25137.

¹⁰⁸ Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’a göre haksız şart, “*Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları*”dır (m. 6/I). Hükümden de anlaşılacağı üzere haksız şartta da, tüketiciyle müzakere edilmeyip, tek taraflı olarak sözleşmeye konulmuş olup da iyiniyet kurallarına aykırı bir nitelikte tüketici aleyhine düzenlemeler söz konusudur. Görüldüğü üzere, TSHŞHY. m. 6’da ise, genel işlem şartları ile paralellik gösteren bu nitelikteki haksız şartların değerlendirilmesinde, sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin yapılmasını sağlayan şartlar ve/veya onun bağlı olduğu sözleşmelerin tüm şartlarının dikkate alınması mecburiyetinden söz edilmektedir.

farazî iradelerine uygun bir şekilde yapılmalıdır¹⁰⁹, ¹¹⁰. Çünkü yorum, tarafların arzu etmedikleri, hatta hiç düşünmedikleri yeni bir hukukî durum veya sonuç çıkarma faaliyeti değildir. Aksine, yorum, mevcudun anlamlandırılması, esasının ortaya çıkarılmasıdır. Mevcut bir şeyin anlamlandırılması ise, ondan bağımsız ve soyutlanmış bir şekilde yapılamaz. Aksi takdirde, tarafların menfaatlerini zedeleyici sonuçlara ulaşılması kaçınılmazdır. Konuya ilişkin olarak İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında; *“Tarafların aralarındaki ilişkileri düzenlemek için yaptıkları irade açıklamaları, muhtevalarına uygun hukukî sonuçları doğurmaya yönelmiş olduklarından, yorumun amacı, tarafların iradelerini açıklamak için kullandıkları metin ya da terimlerde ifadesini bulan bu hukuki sonuçların neler olduğunu araştırmaktır.”* ifadelerine yer vermiştir¹¹¹. Yine Federal Mahkemenin başka bir kararına göre; *“Taraflar, sözleşmenin kuruluşunda açık bir irade beyanında bulunmadıklarından, bu sözleşmenin niteliği, hal ve şartlar değerlendirilerek tesbit edilmelidir. Olayda karma bağışlama mevcuttur. Zira ortada davalının niyetinin satıcının kızıyla evlenmek olduğuna ilişkin*

¹⁰⁹ Aynı doğrultuda görüş için bkz. **KAPLAN**, Müdahale, s. 64, 77 vd; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 238-239; **SİRMEN**, Tüketici, s. 119; **ÇINAR**, s. 112; **AÇIKGÖZ**, s. 252.

¹¹⁰ Tarafların farazî iradelerinin tespiti hususunda, birkaç kıstas göz önünde bulundurulabilir. Bunlardan ilki sözleşmenin konusu ve türüdür. Yine o sözleşmenin yapılması ile tarafların ulaşmak istediği amaç, farazî iradenin tespitinde yardımcı olabilir. Yine tarafların sözleşme görüşmelerindeki hal ve tutumları, bahsedilen tespit için bir fikir verebilir. Nihayet, somut sözleşme bakımından ferdî (hususî) nitelikte olan hükümler mevcut olabilir. Genel işlem şartlarına nazaran öncelik taşıyan bu nitelikteki hükümler de, gerek farazî iradelerin tespitinde gerekse açık ve anlaşılır olmayan veya birden fazla anlama gelen şartların yorumunda büyük kolaylık sağlayabilir. Bunun yanında, ferdî (hususî) nitelikteki hükümleri göz önünde bulundurmak, tarafların menfaatleri açısından daha isabetli sonuçlar doğurur. Tarafların farazî iradesi kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **BAŞPINAR**, Butlan, s. 87 vd; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 189.

¹¹¹ BGE 85 II 97 = JdT. 1960 I 142. Karar için bkz. **KANETİ**, s. 16.

anlaşılması mümkün bir sebep vardır.”¹¹² Federal Mahkemenin aynı mahiyette başka kararları da mevcuttur¹¹³. Yargıtay da bir kararında; “Hukuk literatüründe yorumda başvurulacak yöntemle ilgili çeşitli teoriler geliştirilmişse de, hukukumuzda Borçlar Kanununun 18. maddesi¹¹⁴ gereğince sözleşmenin tarafların gerçek ve müşterek iradelerine ulaşılarak yorumlanacağı kabul edilmelidir.” ifadelerine yer vermiştir¹¹⁵. Yine Yargıtay’ın başka bir kararına göre; “toplu sözleşmenin ilgili maddesini, tarafların gerçek ve müşterek maksatlarına göre yorumlamak gerekir”¹¹⁶. Nihayet Yargıtay başka bir kararında; “Sözleşme yorumlanırken kullanılan sözcüklerin ötesinde tarafların gerçek ve ortak maksatları dikkate alınmalıdır” ifadelerine yer vermiştir^{117, 118}. Gerek Federal Mahkemenin ve gerekse Yargıtay’ın kararlarından da anlaşıldığı üzere, sözleşmenin kendisi, amacı, tarafların farazî iradeleri, somut durumun hal ve şartlarının göz önünde tutulması yorum bakımından önemli ve gereklidir.

¹¹² BGE 82 II 430. Karar için bkz. **KAPLAN**, Müdahale, s. 52-53.

¹¹³ BGE 94 II 432; “Muhtemelen belirsiz bir süre için yapılmış elektrik tevziine ilişkin sözleşmenin gayesinden, bunun ruhsatın devamı süresince geçerli olacağı sonucunu çıkarmak mümkündür.” ifadesine yer vermiştir (BGE 97 II 400). Yine diğer bir karara göre; “Bir iştiira sözleşmesinin amacından, bu hakkın devredilemeyeceği sonucu çıkarılabilir.” BGE 89 II 85; “Müşterek malikler arasında yapılmış olan sözleşmenin amacından, müşterek maliklerden birinin kamuni şüfa hakkından vazgeçtiği sonucu çıkarılabilir.” Karar metinleri için bkz. **KAPLAN**, Müdahale, s. 52-53.

¹¹⁴ TBK. m. 19.

¹¹⁵ 14. HD., T. 21.02.2007, E. 2007/426, K. 2007/1574, (KBİBB).

¹¹⁶ 9. HD., T. 04.12.1975, E. 1975/29973, K. 1975/52852, (KBİBB).

¹¹⁷ 2. HD., T. 14.12.2006, E. 2006/20180, K. 2006/17687, (KBİBB).

¹¹⁸ Aynı mahiyette tespit edilebilen diğer Yargıtay kararları için bkz. HGK., T. 15.11.1995, E. 1995/15-745, K. 1995/965; HGK., T. 12.03.1986, E. 1984/11-502, K. 1986/220; HGK., T. 16.05.1973, E. 1972/5-1276, K. 1973/420; 7. HD., T. 15.10.1982, E. 1982/10108, K. 1982/11889; HGK., T. 09.06.1978; E. 1978/6-261, K. 1978/567; 11. HD., T. 30.03.1978, E. 1978/1019, K. 1978/1601; 14. HD. T. 11.06.1985, E. 1985/1106, K. 1985/4243, (KBİBB).

Genel işlem şartları bir sözleşmeye dâhil olduktan sonra, onların somut sözleşmeden bağımsız olarak düşünülmesi isabetli olmaz. Çünkü global kabul yoluyla sözleşmeye dahil edilmiş olsa da, onlar, artık somut sözleşmenin bir parçasıdır. Bu itibarla, genel işlem şartlarının yorumunda, somut sözleşme ilişkisi ve tarafların farazî iradelerinden uzaklaşmak, farklı sonuçlar doğurabilir. Bu ise, zaman zaman her iki tarafın da menfaatinin zedelenmesine sebebiyet verir. Ayrıca, yorum faaliyeti sırasında doğru bir yorum için, bazen kelimelerin veya metinlerin objektif anlamından (bunların herkesçe bilinen anlamından) uzaklaşmak ve ferdî bir yoruma girmek gerekebilir¹¹⁹. Gerçekten de, somut olayın hal ve şartları gereğince, taraflar, bahsedilen kelime veya metinlere herkesçe kabul edilenden farklı bir anlam vermiş olabilirler. Dolayısıyla yorum, tarafların iradelerini anlamlandırmak içindir, onların irade açıklamalarını değiştiremez ve hiç istemedikleri sonuca varmaya sebep olamaz¹²⁰. Bunun sonucu olarak da, tarafların edimleri ve yükümlülükleri, yorumla genişletilemez ve daraltılamaz¹²¹.

Yorumun diğer bir sınırı, hukuk düzeni içerisinde yer alan emredici normlardır. Genel işlem şartlarının yorumu, mevzuatta yer alan emredici hükümlere aykırı sonuçlar doğuramaz. Sözleşme hükümleri ile dahi aşılamayacak olan emredici düzenlemelerin, onların yorumu ile bertaraf edilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda, ortaya çıkacak sonuca, mevzuatta öngörülen emredici hükümler uygulanır.

¹¹⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 197.

¹²⁰ AKYOL, Yorum, s. 18.

¹²¹ AKYOL, Yorum, s. 18.

IV. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ YORUMLANMASINDA METOD VE İLKELER

Genel işlem şartlarının yorumlanmasında, TBK. m. 23’de, kullanan aleyhine ve karşı taraf lehine yorum ilkesi benimsenmiştir. Bununla birlikte, Kanun’da bahsedilen ilke haricinde, başka yorum metodları ve ilkeleri de mevcuttur. Açık ve anlaşılır olmayan veya birden fazla anlama gelen genel işlem şartlarının yorumunda, bunların da uygun düştüğü ölçüde kullanılmasında bir sakınca bulunmamaktadır. Bunlara, aşağıda “*genel metod ve ilkeler*” başlığı altında ismen yer verilmiştir. Kanun’da öngörülen “*kullanan aleyhine ve karşı taraf lehine yorum*” ilkesi ise ayrı bir başlık altında ayrıntılı olarak incelenmiştir.

A. Genel Metod ve İlkeler

Yorumda metod ve ilkeler, farklı açılardan çeşitlilik arz etmektedir. Bunları şu şekilde sıralamak mümkündür. Öncelikle yorum, sathî (yüzeysel) değil, irade açıklamasını sorgulayıcı olmalıdır¹²². Yorum yapılırken, sözleşmenin kurulduğu andaki hal ve şartlar göz önünde tutulmalıdır¹²³. Çünkü taraflar, o andaki şartları dikkate alarak sözleşmeyi imzalamışlardır. Söz konusu şartlar farklı olsa idi, belki de değişik bir sözleşme yaparlardı. Bununla birlikte, sözleşmenin kuruluşundan sonra meydana gelen yenilikler, gelişmeler ve

¹²² KAPLAN, Standart, s. 60; AKYOL, Yorum, s. 57 vd.

¹²³ KAPLAN, Müdahale, s. 64; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 198; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 335; KAPLAN, Standart, s. 55; OĞUZMAN/ÖZ, s. 199; AKYOL, Yorum, s. 84 vd.

görüşmeler de dikkate alınmalıdır¹²⁴. Yine herhangi bir hüküm tek başına ele alınmamalıdır. Aksine, hükmün sözleşme içerisindeki yeri tayin edilmeli ve diğer hükümlerle olan bağlantısı göz önünde tutularak yorumlanmalıdır¹²⁵. Çünkü sözleşme bir bütündür. Bütünün bir parçası ele alınarak yorumlanmamalıdır. Doktrinde buna “*tümsel yorum kuralı*” adı verilmektedir¹²⁶. Yine yorum yapılırken, mümkün olduğunca sözleşmenin ayakta kalmasına yönelik bir bakış açısıyla değerlendirmede bulunulması tercih edilmelidir^{127, 128}. Nitekim Yargıtay da bu hususa ilişkin bir kararında; “...sözleşmelerin yerine getirilmesine imkan verecek biçimde yorumlanması gerektiğinden...” ifadesine yer vermiştir¹²⁹.

Genel işlem şartlarının yorumlanmasında bir haktan vazgeçmeye ilişkin beyanlar dar yorumlanmalıdır¹³⁰. Yine yorumda, zayıf tarafın menfaatleri göz

¹²⁴ İNAN, Borçlar, s. 165-166; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 335; OĞUZMAN/ÖZ, s. 199; AKYOL, Yorum, s. 84 vd.

¹²⁵ İNAN, Borçlar, s. 165; KAPLAN, Müdahale, s. 68; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU /ALTOP, s. 197; KAPLAN, Standart, s. 56; OĞUZMAN/ÖZ, s. 199.

¹²⁶ EREN, s. 472.

¹²⁷ KAPLAN, Müdahale, s. 73; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 198; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 336; OĞUZMAN/ÖZ, s. 200.

¹²⁸ Bu ilke “*favor contractus*” adı ile de bilinmektedir. Favor Contractus kavramı, “*favor negoti*”nin bir alt türü olup, sözleşmenin ayakta tutulması, muhafaza edilmesi anlamına gelir. Bu ise taraf iradelerine ve sözleşme hürriyetine (AY. m. 48) saygının bir sonucudur. Bkz. BAŞPINAR, Butlan, s. 92.

¹²⁹ HGK., T. 08.03.1985, E. 1983/14-79, K. 1985/182, (KBİBB). Aynı doğrultuda kararlar için bkz. 14. HD. T. 09.10.1990, E. 1990/216, K. 1990/8009; 14. HD., T. 28.09.1990, E. 1989/8074, K. 1990/7581, (KBİBB).

¹³⁰ KAPLAN, Müdahale, s. 71; TEKİNALP, s. 142; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 199; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 336; KAPLAN, Standart, s. 55; KOCAMAN, s. 1103; AYDIN, s. 114.

önünde tutulmalıdır¹³¹. Zayıf tarafın menfaatlerinin gözetilmesi ise, genellikle güçlü olanın aleyhine yorum ile mümkün olur. Aynı şekilde işleme katılanların bütün davranışları, yorumun başlangıcında belirlenmeli ve dikkate alınmalıdır¹³². Taraflar arasında, daha önceden benzer uygulamalar varsa bunlar da, yorum yapılırken göz önünde tutulmalıdır¹³³.

Yorumun, kendi içerisinde tutarlı olması gerekir. Dolayısıyla yorumda çelişkiye yer verilmemelidir. Yine yorum, hukuka ve ahlâka uygun olmalıdır¹³⁴. Yorumda, tarafların menfaatleri adil bir şekilde tartılmalı ve dengelenmelidir¹³⁵. Yine yorumun kendisi de yoruma ihtiyaç duymamalıdır. Zira yorumun yorumu olmaz. Bu sebeple, yorum, açık, kesin ve anlaşılır olmalıdır. Yine yorumun insan haklarına aykırı ve ayrımcı olmaması icab eder¹³⁶. Nihayet yorum, dürüstlük kuralı ve güven ilkesine de uygun olmalıdır¹³⁷.

¹³¹ İNAN, Borçlar, s. 166; KAPLAN, Müdahale, s. 74; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU /ALTOP, s. 198; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 336; KAPLAN, Standart, s. 56; OĞUZMAN/ÖZ, s. 199-200; AYDIN, s. 114; AKYOL, Yorum, s. 59 vd.

¹³² AKYOL, Yorum, s. 64 vd.

¹³³ İNAN, Borçlar, s. 165; KAPLAN, Müdahale, s. 75; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU /ALTOP, s. 200; AKYOL, Yorum, s. 66 vd.

¹³⁴ AKYOL, Yorum, s. 77 vd.

¹³⁵ AKYOL, Yorum, s. 70 vd.

¹³⁶ AKYOL, Yorum, s. 78 vd.

¹³⁷ KAPLAN, Müdahale, s. 67; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 196; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 335; KAPLAN, Standart, s. 55; AYDIN, s. 114; AKYOL, Yorum, s. 87 vd.

B. Genel İşlem Şartlarının Kullanan Aleyhine ve Karşı Taraf Lehine

Yorumu

TBK. m. 23’de, genel işlem şartlarının, kullanan aleyhine ve karşı taraf lehine yorumlanacağı ilkesi benimsenmiştir¹³⁸. Doktrinde buna, beyanı kaleme alan aleyhine yorum ilkesi adı verilmektedir¹³⁹. Bu durumda kullanan, genel işlem şartlarında açık ve anlaşılır olmayan veya birden fazla anlama gelen hükümler bakımından, kendi aleyhine yorum ilkesine katlanmalıdır¹⁴⁰. Zira aksi durumda, kullananın kendi kaleme aldığı hükümden bizzat yararlanması söz konusu olur. Bu ise, her şeyden önce Roma hukukundan günümüze gelen ve hukukun temel ilkelerinden biri olan “*Hiç kimse kendi kusuruna dayanarak hak iddia edemez (Nemo aeditur propriam turpitudinem allegans = niemand wird gehört, der seine Schandtät vorträgt)*”¹⁴¹ ilkesine aykırı olurdu. Hukuk, buna izin vermemiştir.

BGB. § 305c/ (2)’de de, kullanan aleyhine ve karşı taraf lehinde yorum ilkesine benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Gerçekten de, BGB. § 305c/ (2)’ye göre; “*Genel işlem şartlarının yorumundaki tereddüt, kullanan aleyhine*

¹³⁸ Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik’te de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Gerçekten de, Yönetmelik’in 6. maddesinin son fıkrasında; “*Sözleşmede yer alan bir şartın ne anlama geldiği hukukun yorum yöntemleriyle belirlenemiyorsa, tüketici lehine olan yorum tercih edilir.*” hükmü yer almaktadır. Yönetmelik için bkz. 13.06.2003 tarih ve 25137 sayılı Resmî Gazete.

¹³⁹ EREN, s. 473.

¹⁴⁰ Bahsedilen sonucun dayandığı düşünceye ilişkin doktrinde çeşitli açıklamalar yapılmıştır. Buna göre; genel işlem şartlarını kullanan, burada yer alan hükümleri tam olarak istediği gibi ifade etmek imkânına sahiptir. Kullanan, buna rağmen söz konusu hükümleri isteğine uygun bir şekilde hazırlamamışsa, bunların kendi aleyhine yorumlanmasına katlanır. Bkz. TEKİNALP, s. 141; KAPLAN, Müdahale, s. 78.

¹⁴¹ KIYGI, Osman Nazım; Wörterbuch der Rechts und Wirtschaftssprache, Teil II, Deutsch-Türkisch, München 1999, s. 547.

sonuç doğurur.”¹⁴² Görüldüğü üzere, burada da kullanan aleyhine yorum ilkesi benimsenmiştir. Kullanan aleyhine ve karşı taraf lehine yorum ilkesi, genel işlem şartlarını ihtiva eden sözleşmelerde zayıf konumda olan karşı tarafın menfaatine hizmet eder. Bu sebeple, TBK. m. 23 hükmü, sözleşmelerde genel işlem şartları kullanılmasının meydana getirdiği menfaat dengesizliğini gidermek için öngörölmüş bir düzenlemedir. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında; *“Yazılışı karanlık kalan noktaların sonuçlarına ve yarattığı kesimsizliğe onları kaleme almış olan taraf katlanır.”* ifadesine yer vermiştir¹⁴³. Yine Federal Mahkeme’nin diğere bir kararına göre; *“Âkitlerden biri tarafından daha önceden hazırlanmış bir formül üzerine yapılmış olan sözleşmeler konusunda, içtihat güven ilkesini ortaya çıkartır. Buna göre açık olmayan şartlar, onları yazan tarafın aleyhine yorumlanmalıdır. Bu kural, özellikle sigorta sözleşmelerine uygulanır. Eğer, sigortacı tarafından yazılmış bir sözleşme hükmü, amacını açıkça söylemiyor ve o iyiniyetle farklı biçimlerde anlaşılıyorsa lehdarın lehine ve sigortacının aleyhine yorumlanmalıdır.”*¹⁴⁴ Nihayet Federal Mahkeme’nin diğere bir kararına göre; *“Az açık olan ifadeler, onları yazanın aleyhine yorumlanmalıdır.”*¹⁴⁵ Görüldüğü üzere, kullanan aleyhine ve karşı tarafın lehine yorum ilkesi yargı kararlarına da yansımıştır.

TBK. m. 23’ün madde gerekçesinde, konuya ilişkin çeşitli açıklamalar yapılmıştır. Buna göre; açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen

¹⁴² BGB. § 305c(2); *“Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders.”*

¹⁴³ BGE. 87 II 234 = JdT. 1962 I 206. Karar için bkz. **KANETİ**, s. 16.

¹⁴⁴ RO. 92 II 342= JdT 1967 565. Karar için bkz. **OFTİNGER/JEANPRETRE**, s. 68.

¹⁴⁵ ATF 48 II 246. Karar için bkz. **OFTİNGER/JEANPRETRE**, s. 68.

genel işlem şartları, kullananın aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır. Bu esaslar, 4721 sayılı TMK. m. 2’de öngörülen dürüstlük kurallarının, genel işlem şartlarının yorumlanması bakımından özel bir uygulama alanı oluşturur. Gerçekten de, kullananın, genel işlem şartlarının sözleşmeye dâhil edilmesinde dürüstlük kurallarına uygun hareket etmesi beklenir. Sözleşmede açık olmayan veya duraksamaya sebep olan noktalar, kullanan aleyhine yorumlanır. Sözleşme hükümlerinin kullanan aleyhine yorumlanması için, kullananın o sözleşme bakımından uzman olması da gerekmez. Aksine bir çözüm tarzı, bir genel hukuk ilkesi olan, “çelişkili davranma yasağı”¹⁴⁶na (nemo audiatur propriam turpitudinem allegans) aykırı düşer. Sonuç olarak, bu tür genel işlem şartları daima karşı taraf lehine yorumlanır. Nitekim Roma hukukundan gelen “Sözleşme, tereddüt hâlinde kullanan aleyhine yorumlanır” (in dubio contra stipulatorem) genel ilkesinden de aynı sonuç çıkmaktadır. Kullanan, sözleşmede yer alan hükümleri istediği gibi ifade etme imkânına sahiptir. Bu sebeple, sözü edilen genel ilke ve buna uygun olan madde, kullananın, sözleşmede yer alan hükümlerin kendi aleyhine yorumlanmasına katlanması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Çelişkili davranma yasağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **AKYOL**, Şener; Medenî Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007, s. 1 vd.

¹⁴⁷ Madde gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **HELVACI**, İlhan; Gerekçeli-Karşılaştırmalı-İçtihatlı-Notlu Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul 2011, s. 84 vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GENEL İŞLEM ŞARTLARININ İÇERİK DENETİMİ

I. GENEL OLARAK

Genel işlem şartlarında içerik denetimi, TBK. m. 25’de düzenlenmiştir. Buna göre; *“Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.”* Görüldüğü üzere, genel işlem şartlarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla, bir sözleşmede içerik denetimi yapılabilmesi için öncelikle karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı bir genel işlem şartı olmalıdır. Kanun’a göre bu şart ayrıca dürüstlük kurallarına aykırı nitelik taşımamalıdır. Gerçekten de madde gerekçesinde, bu düzenleme ile, ahlâka aykırılık ölçüsünde olmasa bile dürüstlüğe aykırı olarak kabul edilen davranışların, genel işlem şartları alanında da önlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir¹.

İçerik denetimi, genel işlem şartlarının sözleşmeye dâhil olmasından sonra gündeme gelebilir. Başka bir deyişle, sözleşmenin muhtevasına girmeyen genel işlem şartları için içerik denetiminden söz edilemez. Hâkim, bu tür denetimde genel işlem şartlarının içeriğini, denetim için öngörölmüş ölçüye (kıstasa) göre inceler. Bu ölçü (kıstas), TBK. m. 25’de sadece dürüstlük kuralı olarak

¹ HELVACI, s. 93

belirlenmiştir. Bununla birlikte maddede, dürüstlük kuralına aykırı davranışların ne olabileceği veya dürüstlük kuralının sınırı konusunda hâkime yol gösteren düzenlemelere yer verilmemiştir. Bu durum ise, birtakım tehlikeleri beraberinde getirmektedir. Bunlar, aşağıda ayrıntılı olarak tartışılmıştır.

İçerik denetimi, taraflar arasındaki bozulan dengenin giderilmesinde büyük öneme sahiptir. Nitekim yukarıda bahsedilen yürürlük denetimi ve yorum kuralı, söz konusu dengenin sağlanması bakımından yeterli olmayabilir. Bu durumda, hâkimin doğrudan sözleşmenin muhtevasına müdahale ederek, bozulan dengeyi karşı tarafın lehine tesis etmesinden başka çözüm kalmamaktadır². İçerik denetimi ile sözleşmede taraf menfaatleri hakkaniyete uygun bir şekilde dengelenir ve adil olmayan şartlar sözleşme kapsamı dışına çıkarılır³. Alman Anayasa Mahkemesi de bir kararında; *“...Taraflar eğer geçerli bir içerik hususunda anlaşmışlarsa derinlemesine bir içerik denetimine yer kalmayacaktır. Ancak sözleşmenin içeriği taraflardan birini alışılmadık ölçüde ağır bir yük altına sokuyorsa ve taraflar arasındaki menfaatler dengesi bariz bir şekilde gayrimakul ise, artık mahkemeler ‘sözleşme sözleşmedir’ tespiti ile yetinemezler. Aksine taraflar arasındaki anlaşmanın müzakere güçlerindeki oransızlığın bir sonucu olup olmadığını açıklığa kavuşturmalı ve duruma göre yürürlükteki özel hukukun genel hükümleri ile düzeltilmesi için müdahale etmelidirler.”*⁴ Görüldüğü üzere kararda da, sözleşme tarafları arasındaki menfaatler dengesi, içerik denetiminin başlıca dayanağıdır.

² KOCAMAN, s. 1103.

³ BAŞALP, Nilgün; Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hakimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler, Prof. Dr. Şener AKYOL’a ARMAĞAN, s. 233.

⁴ Karar metni için bkz. BAŞALP, s. 233.

II. İÇERİK DENETİMİNİN ÖLÇÜSÜ OLARAK DÜRÜSTLÜK

KURALI

A. Genel Olarak

TBK. m. 25’de, genel işlem şartlarının içerik denetimi için tek ölçüsü (kıstası), dürüstlük kuralı olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte, hâkimin içerik denetimi yaparken, tek kıstasın dürüstlük kuralı olduğunu kabul etmek de mümkün değildir. Nitekim hâkimin, söz konusu denetimi yerine getirirken öncelikle Anayasa’yı ve mevzuatın emredici hükümlerini göz önünde bulundurması gerekir. Gerçekten de AY. m. 138/I’ göre; *“Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.”* Bunun yanında, içerik denetiminde farklı ölçü (kıstas) ve imkânlar da söz konusudur. Bunların bir kısmının, aynı zamanda sözleşme özgürlüğünün sınırları olduğunu söylemek mümkündür. Gerçekten de, emredici hükümlere, kamu düzenine, kişilik haklarına ve ahlâka aykırılık ile imkânsızlık, gabin (aşırı yararlanma) ve irade sakatlığı halleri bunlara misal teşkil eder. Bu itibarla, her ne kadar TBK. m. 25’de sadece dürüstlük kuralından söz edilmişse de, hâkimin, genel işlem şartlarını bahsedilen hususlar kapsamında da değerlendirmesi gerekir. Çünkü bunlar, sözleşmenin genel sınırlarıdır. Sözleşme genel sınırlamalara aykırı ise, zaten hükümsüz olacağından, genel işlem şartlarını dürüstlüğe aykırılık açısından denetlemeye gerek kalmaz.

Çalışmamızda, genel işlem şartlarının içerik denetiminde yararlanılabilecek diğer imkânlar incelenmemiştir⁵. Bunun yerine, madde metninde öngörülen dürüstlük kuralı ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Mevcut durum karşısında, büyük öneme sahip olan bu kuralın anlamı, kapsamı ve sınırları izah edilmeye çalışılmıştır. Aşağıdaki açıklamalar, bu amaca yönelik olarak yapılmıştır.

B. Dürüstlük Kurulunun Tanımı ve İçerik Denetiminde Özellikleri

1. Dürüstlük Kurulunun Tanımı

Dürüstlük, kelime olarak “*doğru, gerçek, güvenilir olma hali*”⁶ anlamına gelmektedir. Hukukî açıdan dürüstlük kuralı ise, “*Orta zekalı, normal, makûl kimselerin toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlâka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçlarıyla iş hayatının gereklerine cevap veren, bu sebeple de herkesçe benimsenen kurallar bütünü*”⁷ olarak tanımlanmaktadır⁸. Görüldüğü üzere dürüstlük kuralları, normal, makûl ve

⁵ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **ATAMER**, Denetleme, s. 146 vd; **HAVUTÇU**, s. 154 vd.

⁶ **DOĞAN**, s. 312; **ÖZCAN**, s. 161.

⁷ **EDİS**, Doğruluk ve Güven, s. 449; Aynı Yazar, Başlangıç, s. 291; **DURAL**, Mustafa/**SARI**, Suat; Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2012, s. 226-227; **AKİPEK**, Jale G./**AKINTÜRK**, Turgut/**KARAMAN**, Derya Ateş; Türk Medenî Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, İstanbul 2012, s. 166; **AKINTÜRK**, Turgut/**KARAMAN**, Derya Ateş; Medenî Hukuk, İstanbul 2012, s. 92; **ÖZTAN**, s. 172.

⁸ Dürüstlük kuralının doktrinde farklı tanımları da mevcuttur. Gerçekten de, bir görüşe göre de dürüstlük kuralı; “*Bütün hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde hukuka, bir toplumda genellikle benimsenen ahlâk anlayışına, örf ve adet kurallarına ve doğruluk ilkelerine uygun davranma, kullanılan hakla ilgili olan diğer hak sahiplerinde veya borç ilişkisinin diğer*

orta zekâlı kimselerin toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlâka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda meydana gelir. Yine bunlar, toplum ihtiyaçlarıyla iş hayatının gereklerine cevap vermeyi amaçlar. Bu sebeple de, dürüstlük kuralları, herkesçe benimsenen kurallar bütünüdür. Bununla birlikte, dürüstlük kurallarının bir bütün halinde sıralanması mümkün değildir. Gerçekten de, hukuk düzeninde dürüstlük kuralları listeler halinde yer almaz.

Dürüstlük kuralına ilişkin temel düzenleme TMK. m. 2’de yer almaktadır. Buna göre; *“Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”* Maddede, herkesin, haklarının kullanırken ve borçlarını yerine getirirken uymaları gereken ve ahlâk kurallarının hukuk kurallarına dönüştüğü bazı davranış ilkelerinden söz edilmektedir. Maddede ayrıca dürüstlük kuralının ihlâlinin bir görünümü olan hakkın kötüye kullanılması yasağına da aynı maddede yer verilmiştir.

Tarihî çıkış noktası göz önünde tutulduğunda, TMK. m. 2’de yer alan dürüstlük kuralına *“güven düşüncesi”* nin hâkim olduğu görülür⁹. Gerçekten

*tarafında bulunanlarda varlığı olağan ve güven duygusunu zedelememeyi öngören kural”*dır. Bkz. ARSLAN, s. 23.

⁹ EDİS, Seyfullah; Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukukî Niteliği, Prof. Dr. Mahmut KOLOĞLU’na 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 447; Aynı Yazar, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Gözden Geçirilmiş Dördüncü Baskı, Ankara 1989, s. 290; ARSLAN, Ramazan; Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 24; AKYOL, Şener; Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 6 vd.

de, tarafların, dürüstlük kuralı gereği karşılıklı güven ilişkisi içinde taahhüt altına girdiği varsayılır¹⁰.

2. İçerik Denetiminde Dürüstlük Kuralının Özellikleri

Dürüstlük kuralı, genel bir ilke olarak düzenlemiştir¹¹. Kuralın konuluş amacına bakıldığında, onun kişilerin dışında objektif nitelikte olduğu görülür¹². Bu kural, hukuk normlarının önemli bir tamamlayıcısı ve açıklayıcısı olarak gösterilmektedir¹³. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, dürüstlük kuralını “*Türlü hukukî ilişkileri düzenleyen kurallara, onları tamamlamak, yorumlanmasına katkıda bulunmak için eklenen etik mülahazalardan çıkarılmış temel bir norm*”¹⁴ olarak nitelemektedir.

Dürüstlük kuralı, haklarını kullanırken ve borçlarının yerine getirirken, bir kimsenin, davranış biçimlerini tespit eder ve bunların sınırlarını

¹⁰ EDİS, Doğruluk ve Güven, s. 448; Aynı Yazar, Başlangıç, s. 290.

¹¹ AKYOL, Dürüstlük, s. 6.

¹² VELDET, Hıfzı; Türk Medenî Hukuku, Cilt I, Başlangıç ve Şahsın Hukuku, Üçüncü Basım, İstanbul 1948, s. 20; EDİS, Doğruluk ve Güven, s. 449; Aynı Yazar, Başlangıç, s. 292; KÖPRÜLÜ, Bülent; Medenî Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1984, s. 136; ARSLAN, s. 26; AKİPEK/AKINTÜRK/KARAMAN, s. 167; ZEVKLİER, s. 56.

¹³ FEYZİOĞLU, Feyni N./DOĞANAY, Y. Ü.: Medenî Hukuk Dersleri, Cilt I, Temel Prensipler-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, İstanbul 1966, s. 40; TEKİNAY, s. 147; EDİS, Doğruluk ve Güven, s. 451; KURTOĞLU, Serda; Türk Medenî Hukuku Dersleri, İstanbul 1976, s. 44; EDİS, Başlangıç, s. 293; ATAAY, Aytekin; Medenî Hukukun Genel Teorisi, Üçüncü Baskı, İstanbul 1980, s. 417-418; KÖPRÜLÜ, s. 136; ÖZSUNAY, Ergun; Medenî Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 1978, s. 312-313; ARSLAN, s. 28; İNAN, Ali Naim; Medenî Hukuk, Ankara 2005, s. 60-61; AKİPEK/AKINTÜRK/KARAMAN, s. 170; HATEMİ, s. 177; AKYOL, Dürüstlük, s. 6; OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami; Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 18. Bası, İstanbul 2012, s. 260.

¹⁴ JdT 1 958 I 196. Karar için bkz. EDİS, Doğruluk ve Güven, s. 452; Aynı Yazar, Başlangıç, s. 294.

belirler¹⁵. Bunun yanında, sözleşmeden doğan temel edimlerin dışında, yan edimlerin neler olduğu veya neler olması gerektiği, dürüstlük kuralına göre belirlenir¹⁶. Aynı şekilde menfaatlerin karşı karşıya geldiği noktada, düzeltici bir etik ilke olarak dürüstlük kuralları devreye girer¹⁷. O halde, bir hakkın dürüstlük kurallarına uygun kullanımı, *“hakkın ihtiva ettiği menfaatleri koruyacak şekilde amacına uygun kullanımını”* ifade etmektedir¹⁸. Dürüstlük kuralı, emredici niteliktedir¹⁹. Bu sebeple, bu kural, hâkim tarafından resen dikkate alınır²⁰.

Dürüstlük kurallarının önemli özelliklerinden biri de, muhtevastındaki belirsizlik sebebiyle her zaman “somutlaştırılmaya” ihtiyaç duymasıdır²¹. Başka bir deyişle, dürüstlük kurallarının uygulanacağı meselelerdeki menfaatlerin belirlenmesi gerekir. Bu itibarla dürüstlük kuralları, herhangi bir olayda doğrudan doğruya uygulanabilen bir nitelik arz etmezler²².

¹⁵ VELDET, s. 20; FEYZİOĞLU/DOĞANAY, s. 39; TARAKÇIOĞLU, İhsan; Türk Medenî Hukuku, Genel Esaslar-Başlangıç Maddeleri-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, Ankara 1968, s. 70 vd.; TEKİNAY, s. 144; KURTOĞLU, s. 43; ATAAY, s. 417; KÖPRÜLÜ, s. 136; ÖZSUNAY, Medenî, s. 314; AKİPEK/AKINTÜRK/KARAMAN, s. 169; AKINTÜRK/KARAMAN, Medenî, s. 94; AKYOL, Dürüstlük, s. 6; Aynı Yazar, Çelişki Yasağı, s. 5; ÇINAR, s. 132.

¹⁶ ÖZSUNAY, Medenî, s. 319; AKYOL, Dürüstlük, s. 6.

¹⁷ ATEŞ, Derya; Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları, TBBD., S. 72, Y. 2007, s. 89.

¹⁸ ATEŞ, s. 89.

¹⁹ ÖZSUNAY, Medenî, s. 314; AKYOL, Dürüstlük, s. 10; AKKANAT, Halil; Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının MK. m. 2 Hükmü Aracılığı İle Aşılması: Örnek Bir Yargıtay Kararı ve Değerlendirmesi, Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN’e Armağan, Cilt II, İstanbul 2007, s. 1667; ZEVKLİER, s. 56; ÇINAR, s. 132.

²⁰ EDİS, Doğruluk ve Güven, s. 449 vd.; ÖZSUNAY, Medenî, s. 314; EDİS, Başlangıç, s. 292; ARSLAN, s. 27; AKKANAT, s. 1667; ZEVKLİER, s. 57; AKYOL, Dürüstlük, s. 10; ZEYTİN, s. 79.

²¹ ATEŞ, s. 89.

²² ATEŞ, s. 89.

Aksine, bu kurallar, somut olayın özelliğine ve niteliğine göre somutlaştırılır ve bu duruma göre uygulama alanı bulur.

Dürüstlük kuralları, sözleşme hukuku alanında borçlu ile alacaklının hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde, irade beyanlarının ve hukukî işlemlerin yorumunda, tamamlanmasında ve güven ilişkisinin temelinde rol oynar²³. Genel işlem şartları açısından ise, dürüstlük kuralları, özü itibariyle özel bir görünüm arz etmez. Bu bakımdan, dürüstlük kurallarının niteliğine ilişkin yukarıdaki açıklamalar, genel işlem şartları açısından da geçerlidir. Bununla birlikte, içerik denetiminde dürüstlük kuralının sınırının çizilmesinde bir takım ölçülerden (kıstaslardan) hareket edilmesi gündeme gelmektedir. Bunlara da aşağıda yer verilmiştir.

C. İçerik Denetiminde Dürüstlük Kuralının Sınırlandırılması

TBK. m. 25'te, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte genel işlem şartları konulamayacağından söz edilmiştir. Bununla birlikte maddede, dürüstlük kuralının sınırına ve nelerin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebileceğine yer verilmemiştir. Bu durum karşısında, daha önce de ifade edildiği üzere, dürüstlük kuralının çok geniş bir kapsamda ve birbirinden farklı anlamlarda uygulanması meselesi gündeme gelebilir. Fakat mevcut şartlarda, dürüstlük kuralının sınırının çizilmesi meselesinin çözümüne ulaşmak mümkün gözükmemektedir. Gerçekten de, gerek iç hukuktaki konu ile ilgili diğer düzenlemeler, gerekse milletlerarası sözleşme

²³ ATEŞ, s. 86.

niteliğindeki metinler ışığında, sözü edilen kapsamı belirlemek mümkündür. Nitekim genel işlem şartlarında içerik denetimini düzenleyen BGB. §. 307/I-II'de, özellikle hangi hallerde genel işlem şartlarını kullananların dürüstlük kuralına aykırı hareket etmiş olduğu belirtilmiştir. Buna göre; “(1) Kullananın genel işlem şartlarına dâhil ettiği, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek nitelikte karşı tarafın mağdur olmasına sebebiyet veren hükümler geçersizdir. Açık ve anlaşılabilir olmayan şartlar da, aşırı mağduriyet sonucunu doğurabilir. (2) Şüphe halinde bir genel işlem şartı, a)kanunî düzenlemenin temel düşüncesinden farklılaşmış, bununla uyumsuz ise, b)sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve yükümlülükleri, onun amacına ulaşılmasını tehlikeye sokacak derecede sınırlıyorsa; söz konusu hükmün, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde karşı tarafın mağduriyetine sebebiyet verdiği kabul edilir.”²⁴ Yine TTK. m. 55/I, f)'e göre; “*Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; 1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya 2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.*” Görüldüğü

²⁴ BGB. §. 307 Inhaltskontrolle; “(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung

1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder

2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.”

üzere, dürüstlük kuralına aykırılığa emsal olarak belirtilen bu hususlar, çözüme ulaşmada uygulayıcıya yol göstermektedir²⁵.

İçerik denetiminde dürüstlük kuralının sınırını belirlemede göz önünde tutulacak iç hukukta yukarıda yer verilenlerin dışında başka düzenlemeler de mevcuttur. Bunlar arasında TKHK. m. 6 ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik²⁶, hükümleri(özellikle Ek'te yer alan) sayılabilir. Söz konusu düzenlemelerde, emsal niteliğindeki haksız şartlara yer verilmiştir. Bu sebeple, dürüstlük kuralının muhtevasını belirlerken ve sınırını çizerken, aşağıda ayrıntılı olarak yer verilen bu hususlar da göz önünde tutulmalıdır.

Haksız şart niteliğindeki hükümlerin emsal olarak sayıldığı diğer bir metin ise, Avrupa Konseyi'nin Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Şartlar Hakkında 5 Nisan 1993 Tarihli Direktifi'dir. Burada da emsal mahiyetindeki haksız şartlar, ayrıntılı olarak maddeler halinde sayılmıştır. Ayrıca Alman Medenî Kanunu'ndaki genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerden(BGB. § 308-309), yardımcı kaynak olarak istifade etmek de mümkündür. Çünkü daha önce de ifade edildiği üzere, Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan genel işlem şartları ile ilgili hükümlere, Alman Medenî Kanunu kaynak teşkil etmektedir. Nitekim Yargıtay'ın bir İçtihadı Birleştirme Kararında, kaynak İsviçre Medenî Kanunu ve oradaki yargı kararları çerçevesinde değerlendirmeler yapılması

²⁵ **DEMİR** de, eserinde, içerik denetiminde uygulayıcıya emsal olması bakımından benzer nitelikte çözüm önerilerinde bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **DEMİR**, Mehmet; 2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına İlişkin Maddelerinin (m. 20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri, TBBD., S. 78, Y. 2008, s. 227 vd.

²⁶ RG. T. 13.06.2003, S. 25137.

gerektiği açıkça ifade edilmiştir²⁷. Aynı şekilde Yüksek Mahkemenin Hukuk Genel Kurulunun bir kararında kaynak Alman Medenî Kanunu ve Alman Federal Mahkemesinin kararları çerçevesinde değerlendirmeler yapılmıştır²⁸. Ne var ki, Alman Medenî Kanunu'nda yer alan söz konusu düzenlemeler, aynen olduğu gibi alınmamıştır. Başka bir deyişle, Alman Medenî Kanunu'ndaki genel işlem şartlarının denetimi ile ilgili birtakım hükümlere, Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilmemiştir. Genel işlem şartlarının içerik denetimi ile ilgili olup da, Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyen söz konusu hükümlerde (BGB. §. 307/II, III - 309), dürüstlük kuralına sınırlamalar ve aykırılığa emsal olarak sayılan şartlar yer almaktadır. Yargıtay'ın gerek ilgili İçtihadı Birleştirme ve gerekse Hukuk Genel Kurulu Kararları karşısında, dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde bunların da emsal alınması mümkündür. Buna göre, dürüstlük kuralına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikteki genel işlem şartlarını

²⁷ İBK., T. 28.11.1945, E. 1945/13 ve K. 1945/15, (KBİBB). Gerçekten de söz konusu kararda “...Medeni Kanunumuzun 481. maddesinin aslı İsviçre Medeni K-nun 501. maddesinin Almanca metinde malum tasdik şerhini mutlaka şahitlerin yazacakları yolunda bir beyan yoktur... Vasiyetçinin vasiyetnameyi okuyamaz ve imza edemez olması halinde şahitlerin tasdik beyanına müteallik 482. maddemizin belli fıkrasının aslı olan İsviçre Medeni K.nun 502. maddesi fıkrasının Almanca metni tercümesi aynıyle (Şahitler bu halde sadece vasiyetçinin beyanını ve onu tasarrufa ehil gördüklerini tevsik etmekle kalmazlar... Körti Forer 501. madde şerhinde (S. 596) (İş bu beyanın metni üçüncü şahsı veyahut şahitler tarafından da yazılabilir. Kanunun aynıyle ibaresini de ihtiva etmesi elzem değildir) diye yazılıdır...” ifadeleri yer almaktadır.

²⁸ HGK., T. 01.12.2010, E. 2010/13-593 ve K. 2010/623, (KBİBB). Gerçekten de söz konusu kararda; “...Alman İmparatorluk Mahkemesi 7 Aralık 1911 tarihinde verdiği “muşamba topu kararı” olarak adlandırılan kararıyla, sözleşmenin görüşülmesinden yalnız bildirim ve aydınlatma yükümlerinin değil, karşı tarafın canını ve malını (kişi ve mal varlığını) koruma yükümlerinin de doğduğunu kabul etmiştir... mağaza sahibinin Türk Borçlar Kanununun m. 55'in karşılığı olan Alman Medeni Yasası § 831'e göre değil de, Türk Borçlar Kanununun m. 100'ün karşılığı olan Alman Medeni Yasası, § 278'e göre sorumlu olduğuna karar vermiştir... Alman Federal Mahkemesinin, yine sözü geçen “mağaza kararları”ndan olarak 26 Eylül 1961 tarihinde verdiği “muz kabuğu kararı”nda, bu doğrultuda daha da ileri giderek...” ifadeleri yer almaktadır.

tespit ederken, Alman Medenî Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin de göz önünde tutulması gerekir. Bu sebeple bahsedilen düzenlemeler aşağıda ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Kanaatimizce, yukarıda yer verilen düzenlemeler ışığında, dürüstlük kuralını uygularken birtakım ölçülerden (kıstaslardan) hareket etmek mümkündür. Bunun yanında, TBK. m. 25'in değiştirilmesi kanaatine varıldığı takdirde, yapılacak yeni düzenlemenin şu şekilde ifade edilmesi isabetli bir seçim olur; “(1) Genel işlem şartlarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.(2) Şüphe halinde bir genel işlem şartı, a) kanunî düzenlemenin temel düşüncesinden farklılaşmış, bununla uyuşmuyor ise, b)sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve yükümlülükleri, onun amacına ulaşılmasını tehlikeye sokacak derecede sınırlıyorsa; onun, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde karşı tarafın mağduriyetine sebebiyet verdiği kabul edilir.”

§ 7. İÇERİK DENETİMİ İLE GEÇERSİZLİĞİNE HÜKMEDİLEBİLECEK EMSAL GENEL İŞLEM ŞARTLARI

İçerik denetimi ile geçersizliğine hükmedilebilecek genel işlem şartları, esas olarak Alman Medenî Kanunu'nda yer alan düzenlemeler ışığında açıklanmıştır. Bunun yanında iç hukukta yer alan bazı kurallara da yer verilmiştir. Bu doğrultuda, BGB. § 308 ve 309'da yer alan konuya ilişkin onsekiz düzenleme ve iç hukuktaki bazı hükümler aşağıda ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

A. İfa Zamanına İlişkin Hükümler

BGB. §. 308/1’de, kabul ve ifa zamanına ilişkin bir hükmün, hangi halde geçersiz olacağı düzenlenmiştir. Buna göre, “Kullananın, önerinin kabulü veya reddi ya da edimin yerine getirilmesi için, makul olmayan derecede uzun veya belirsiz olarak öngördüğü süreler geçersizdir. Bununla birlikte, §. 355/1-3 ile §. 356 hükümlerine göre dönme ve geri verme süresi geçtikten konulan şartlar ise icra edilebilir.”²⁹ Görüldüğü üzere, önerinin kabulü, reddi ve ifa zamanının, makûl düzeyde ve belirli olmaması halinde geçersiz olacağı hüküm altına alınmıştır. Makul süre tespit edilirken, kural olarak tarafların menfaat dengeleri esas alınır³⁰.

BGB. §. 308/1’de ifa zamanı, önerinin kabulü ve reddi ile birlikte düzenlenmiştir. Ancak söz konusu hükmün, önerinin kabulü ve reddinin yapısına pek uygun düşmediği kanaatindeyiz. Zira kullanan, karşı tarafa sunduğu sözleşmede, önerinin kabulü veya reddi için çok uzun bir süre öngörmüş olabilir. Böyle bir halde, karşı taraf kabul iradesini göndermediği müddetçe zaten sözleşme kurulmuş olmaz. O halde taraflar arasında kurulmamış bir sözleşmede de içerik denetimi yapılması söz konusu olamaz. Meselâ, taraflar arasındaki sözleşmede süre on yıl olarak belirlenmiştir. Karşı taraf da dokuzuncu yılda kabul iradesini kullanana göndermiştir. Bu durumda, kullanan da önerisine bağlı olup sözleşmeyi icra etmeye başlamış olabilir. Şu halde, somut olayda söz konusu sürenin makûl

²⁹ BGB. §. 308/1: (Annahme- und Leistungsfrist)

“Eine Bestimmung, durch die sich der Verwender unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots oder die Erbringung einer Leistung vorbehält; ausgenommen hiervon ist der Vorbehalt, erst nach Ablauf der Widerrufs- oder Rückgabefrist nach § 355 Abs. 1 bis 3 und § 356 zu leisten”

³⁰ JAUERNIG/STADLER, § 308 Rn 2.

seviyede olmadığından bahisle ilgili hükmün geçersizliğine karar verilebilir. Böyle bir sonuç sayesinde sözleşme de geçersiz hale gelir. Çünkü somut durumda, karşı tarafın kabul iradesini göndermesi, artık yeni bir icap olarak kabul edilir. Yine bu ihtimalde tarafların sıfatı değişerek, karşı taraf, kullanan sıfatını alır. Bu takdirde ise hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşıldığından söz edilemez. Aksi durumda, dokuzuncu yılda kullanan, sözleşmede belirlenen edimi yerine getiremeyecek durumda olabilir. Dolayısıyla söz konusu hüküm karşı tarafın değil, kullananın aleyhinedir. Bu sebeple somut örnekte karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte bir hüküm olmadığı sebebiyle de, TBK. m. 25 uyarınca içerik denetimi yine söz konusu olamaz. Dolayısıyla bu durumda da hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşıldığından söz edilmez. O halde burada da genel hükümlere göre çözüme gidilebilir. Buna karşılık bahis konusu halde söz konusu mesele, genel işlem şartlarında içerik denetimi kapsamına girmemiş olur. Bu itibarla, yukarıda da ifade edildiği üzere, önerinin kabulü veya reddine ilişkin sürelerin, BGB. §. 308/1'de içerik denetimi kapsamında düzenlenmesi isabetli olmamıştır³¹.

³¹ TBK. m. 3, 4 ve 5'te süreli ve süresiz öneriye ilişkin açık düzenlemeler söz konusudur. Buna göre; kabul için süre belirleyerek bir sözleşme yapılmasını öneren, bu sürenin sona ermesine kadar önerisiyle bağlıdır. Kabul bu süre içinde kendisine ulaşmazsa; öneren, önerisiyle bağlılıktan kurtulur. Kabul için süre belirlenmeksizin hazır olan bir kişiye yapılan öneri hemen kabul edilmezse; öneren, önerisiyle bağlılıktan kurtulur. Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır. Kabul için süre belirlenmeksizin hazır olmayan bir kişiye yapılan öneri, zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir yanıtın ulaşmasının beklenebileceği ana kadar, önereni bağlar. Öneren, önerisini zamanında ulaşmış sayabilir. Zamanında gönderilen kabul, önerene geç ulaşır ve öneren onunla bağlı olmak istemezse, durumu hemen kabul edene bildirmek zorundadır.

Taraflar, ifa zamanını birlikte tespit edebilirler. Bunun yanında, taraflardan yalnız birinin ifa zamanını tayin edebileceği de kararlaştırılabilir. Yine taraflar, ifa zamanının bir erteleyici (talikî) şartın gerçekleşmesine bağlı olabileceği konusunda da anlaşabilirler. Nitekim bir Yargıtay kararında da bu hususlara işaret edilmektedir. Buna göre; *“Sözleşmenin tarafları alacağı muaccel olacağı tarihi birlikte tesbit ve tayin edebilecekleri gibi bunu taraflardan yalnız birinin tayin edebileceği veya bir taliki şartın gerçekleşmesine bağlı olabileceği konusunda da anlaşabilirler. Bu anlaşma hukuken geçerlidir ve tarafları bağlar.”*³² Bununla birlikte ifa zamanının makûl seviyede ve belirli olması gerekir. TBK. m. 90 gereğince, sözleşmede ifa zamanı belirlenmemişse veya hukukî ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur. Nitekim bu husus Yargıtay kararlarına da yansımıştır. Gerçekten de Yargıtay’ın bir kararına göre; *“BK.nun 74. maddesinin mehzazına göre "ifa zamanı ne sözleşmeyle ne de borç ilişkisinin niteliğiyle belirlenmiş bulunmadıkça, borç hemen ifa edilebilir ve ifası derhal talep olunabilir" BK.74. maddesi çerçevesinde ifa zamanı bakımından kural, borcun herhangi bir vadeye bağlı bulunmaması ve doğumu anından itibaren muaccel olmasıdır. Borcun ifası için bir vade öngörülmüşse ilke olarak bu vadenin gelmesiyle muacceliyet oluşacaktır.”*³³ Sözleşmede ifa zamanı makûl olmayan bir seviyede belirlenmişse, somut durumun ve taraflar arasındaki ilişkin özelliklerine göre söz konusu sürenin geçersizliğine hükmedilebilir. Bu değerlendirme, içerik denetimi ölçüleri çerçevesinde hâkimin takdirine bağlıdır. Yargıtay da konu ile ilgili olarak bir

³² 13. HD., T. 03.06.1996, E. 1996/5234 ve K. 1996/5474, (KBİBB). Benzer mahiyette diğer bir karar için bkz. HGK., T. 14.10.1987, E. 1987/15-223 ve K. 1987/719, (KBİBB).

³³ HGK., T. 05.03.203, E. 2003/9-80 ve K. 2003/130, (KBİBB).

kararında; “*Davalının, teslim süresinin saklı tutmayı içeren koşulu kötüye ve davacı tüketici aleyhine kullanıp kullanmadığı, MK. m. 2’deki dürüstlük ve doğruluk kuralına, eş deyişle güven ilkesine aykırı davranıp davranmadığı saptanmalı ve uyuşmazlık böylece çözüme bağlanmalıdır.*”³⁴ ifadelerine yer verilmiştir. Karardan da anlaşılacağı üzere, dürüstlük kuralı, somut durumun özellikleri ve hâkimin takdiri, meselenin çözümünde etkili rol oynar.

BGB. §. 308/2’de, ek süreye ilişkin bir düzenleme de yer almaktadır. Buna göre; “Kullananın, kanunî hükümlerden farklı bir şekilde, makûl olmayan derecede uzun veya belirsiz olarak öngördüğü ek süreler geçersizdir.”³⁵ Görüldüğü üzere, birinci fıkradaki düzenlemeye paralel olarak, genel işlem şartlarında yer alan, makûl seviyede ve belirli olmayan ek süreler de geçerli değildir.

B. Sözleşmeden Dönmeye İlişkin Hükümler

BGB. §. 308/3’de, kullananın, dönme hakkını kullandığında, onun yükümlülüklerini, sözleşmede belirlenmemiş ve objektif olarak haklı bir sebep olmaksızın kaldıran kayıtların geçersiz olduğu belirtilmiştir. Gerçekten de, BGB. §. 308/3’e göre; “Sözleşmede belirlenmemiş ve objektif olarak haklı olmayan bir sebeple, kullanana yükümlülüğünü ortadan kaldırma hakkı veren hükümler

³⁴ 13. HD., T. 07.04.1981, E. 1981/1045 ve K. 1981/2514. Karar metni için bkz. GÜNAY, s. 179-180.

³⁵ BGB. §. 308/2: (Nachfrist)

“*Eine Bestimmung, durch die sich der Verwender für die von ihm zu bewirkende Leistung abweichend von Rechtsvorschriften eine unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Nachfrist vorbehält*”

geçersizdir. Bu hüküm, sürekli borç ilişkilerine uygulanmaz.”³⁶ Hükme göre, kullananın dönme hakkının geçerliliği iki şarta bağlanmıştır. Bunlar; dönme hakkının sözleşmede belirlenmiş olması ve objektif olarak haklı bir sebebe dayanmasıdır. Gerçekten de, dönme hakkına ilişkin belirlenen sebeplerin objektif olarak makul olması gerekir³⁷. Meselâ, karşı tarafın iflas etmesi veya kredibilitésinin eksik olması sebepleri objektif olarak makul bir sebeptir³⁸. Yine karşı tarafın kendi kredibilitésini hakkında yanlış bilgi vermesi de objektif makul bir sebebe örnek verilebilir³⁹.

Dönme hakkı için öngörülen sebep, sözleşmede önem arz eden bir ihlâl teşkil etmiyorsa, objektif olarak makul değildir⁴⁰. Meselâ, işletmenin kısa süreli üretim yapmaması, objektif makul bir sebep olarak kabul edilmez⁴¹. Bu durumda objektif olarak makul bir sebep niteliği taşımayan, dönme hakkını ihtiva eden genel işlem şartlarının geçersizliğine hükmedilebilir. Yargıtay’ın bir kararına göre; davacının davalıya yaptığı ödeme, geçerli şekilde kurulan demir alım satım sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu olayda olduğu gibi, geçerli bir borcun ifasının sebepsiz zenginleştirme oluşturmaz. Bunun sonucu olarak, davalı, borçlu temerrüdüne düşmez. Dolayısıyla davacının sözleşmeden dönmesi haklı sebebe

³⁶ BGB. §. 308/3: (Rücktrittsvorbehalt)

“Die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, sich ohne sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht zu lösen; dies gilt nicht für Dauerschuldverhältnisse.”

³⁷ JAUERNIG/STADLER, § 308 Rn 5.

³⁸ JAUERNIG/STADLER, § 308 Rn 5.

³⁹ JAUERNIG/STADLER, § 308 Rn 5.

⁴⁰ JAUERNIG/STADLER, § 308 Rn 5.

⁴¹ JAUERNIG/STADLER, § 308 Rn 5.

dayanmaz⁴². Kararda da vurgulandığı üzere, sözleşmeden dönmenin haklı bir sebebe dayanması gerekmektedir. Yüksek Mahkemenin başka bir kararında, ortak kusur sebebiyle sözleşmeden dönmede, iki taraf da haksız sayılmıştır⁴³.

TSHŞHY. Ek 6'ya göre, Satıcı, sağlayıcı veya kredi verene sözleşmeyi özgürce feshetme hakkı tanıyan, ancak tüketiciye aynı hakkı vermeyen şartlar ile, satıcı, sağlayıcı veya kredi verene fesih hakkını kullanmasına rağmen, henüz ifa etmediği edimler karşılığı almış olduklarını muhafaza etme hakkı veren şartlar, haksız şarttır. Yine TSHŞHY. Ek 7'ye göre de, satıcı, sağlayıcı veya kredi verene haklı sebeplerin varlığı dışında süresiz bir sözleşmeyi her hangi bir uyarıda bulunmaksızın fesh etme hakkı tanıyan şartlar, haksız şarttır. Söz konusu hükümlerden de anlaşıldığı üzere, tüketici olmayan tarafa, sözleşmeyi özgürce fesih etme hakkı tanınmamıştır. Aksine sözleşmenin feshedilmesi için haklı bir sebebin varlığı aranmıştır.

Haklı bir sebebe dayanan sözleşmeden dönme hakkının ise, makûl bir sürede kullanılması mecburîdir. Yargıtay da aynı sonucu kabul etmektedir. Gerçekten de Yüksek Mahkeme'nin bir kararına göre; *"...sözleşmeden dönme hakkının makul sürede kullanması zorunludur. Aksi halin kabulü MK. 2.maddede sözü edilen hakkın kötüye kullanılması halini oluşturur."*⁴⁴.

⁴² 19. HD., T. 16.06.2011, E. 2010/14811 ve K. 2011/8118, (KBİBB).

⁴³ 15. HD., T. 18.06.1997, E. 1997/2765 ve K. 1997/3151, (KBİBB).

⁴⁴ 13. HD., T. 02.11.2009, E. 2009/3013 ve K. 2009/12435, (KBİBB).

C. Kullanana Değiştirme Hakkı Veren Hükümler

Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce, bugünkü ifadesiyle kullanana verilen değiştirme yetkisi, dürüstlük ve iyiniyet kurallarına uygun kullanıldığı ölçüde geçerli idi. BGB. §. 308/4'e göre de ; “Kullanana, vaad ettiği edimi değiştirme veya saptırma hakkı veren hükümler, kendi menfaati dikkate alındığında karşı taraf için makûl ölçüde değilse, geçersizdir.”⁴⁵ Yargıtay da bir kararında; “*Kredi sözleşmelerinde faiz oranının artırılmasının bankanın tek taraflı iradesine bırakılmasına dair hükümler hukuken geçerli ise de, bu yetkinin bankaca MK. 2. maddesindeki iyiniyet kurallarına uygun şekilde kullanılması gerekir.*”⁴⁶ ifadesine yer vermiştir. Yüksek Mahkeme'nin başka bir kararına göre; “*Tacirler arasında sözleşme faizi ile temerrüt faizinin sözleşme serbestisi içinde belirlenmesi yöntemine ilişkin hükmün BK'nun 19/1 maddesine uygun olup, kamu düzenine yahut ahlâka aykırı, batıl bir hüküm taşımadığı tabiidir. Ancak bir tarafın iradesine bırakılan yetkinin kullanılmasında doğruluk ve dürüstlük kuralları içerisinde davranılması da uyulması gereken yasanın emredici bir hükmüdür (MK. m. 2.) bu kuralın sonucu olarak, bankanın fahiş bir kazanç amacı ile faiz oranını tek taraflı artırma yetkisine dayanarak haklı görülemeyecek bir orana yükseltilmesi, hakkın suiistimalini oluşturacağından, sözleşmedeki anılan bu hükmün uygulanmasında, kredi müşterisinin MK. m. 2 ve 3. maddelerinin*

⁴⁵ BGB. §. 308/4: (Änderungsvorbehalt)

“*die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist*”

⁴⁶ 19. HD., T. 23.10.1997, E. 1997/5982 ve K. 1997/9028. Karar metni için bkz. **KOCAMAN**, s. 1111.

korunmasında bulunduğunun kabulü gerekir.”⁴⁷ Görüldüğü üzere, kullananın değiştirme yetkisi, karşı taraf aleyhine de olsa, dürüstlük ve iyiniyet kurallarına uygun kullanıldığı ölçüde geçerli kabul ediliyordu⁴⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile gelen yeni düzenleme neticesinde, kullananın tek taraflı değiştirme yetkisi, karşı taraf aleyhine sonuç doğuramaz. Gerçekten de TBK. m. 24'e göre; *“Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.”* Söz konusu hükümde, karşı tarafın aleyhine olan bir düzenlemenin, onun için makûl ölçüde olup olmadığına yönelik bir ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla kullananın, tek taraflı olarak, makûl veya değil, karşı taraf aleyhine bir hükmü değiştirmesi ya da yeni bir hüküm getirmesi mümkün değildir. Hâlbuki sözleşmenin amacı doğrultusunda, hakkı kullananın değişiklikteki menfaati ile karşı tarafın menfaatinin tartılması yoluyla çözüme gidilmesi daha isabetli olurdu⁴⁹. Önemli bir sebebin varlığı ve tarafların menfaatlerinin dengelenmesi hususları, değişikliğin makûl ölçüde olmasına imkân tanıyabilmelidir⁵⁰. Meselâ, alınan mobilyanın ticarî geleneklere uygun olarak yapımına ilişkin değişiklik yapma hakkı veren şartlar makûl olarak nitelenerek

⁴⁷ 19. HD., T. 25.11.1994, E. 1994/6472 ve K. 1994/11467. Karar metni için bkz. **KOCAMAN**, s. 1116-1117.

⁴⁸ Konunun tek taraflı faiz artırma yetkisi veren boyutuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **KAYAR**, s. 82 vd.; **YALÇIN**, s. 117 vd.

⁴⁹ **JAUERNIG/STADLER**, § 308 Rn 6.

⁵⁰ **JAUERNIG/STADLER**, § 308 Rn 6.

geçerli kabul edilmelidir⁵¹. Buna karşılık kullanan tarafından, uçuş noktalarının, taşıt tamirinin muhtevasının veya TV paketlerinin değiştirilebileceğine ilişkin şartları makûl olarak kabul etmek mümkün değildir⁵².

TBK. m. 24'te, karşı taraf aleyhine değişiklik yapma yetkisi veren şartlar bakımından “yazılmamış sayılma” yaptırımına atıf yapılmıştır. Ancak kanaatimizce bu durum, isabetli bir tercih olmamıştır. Çünkü yazılmamış sayılma, genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girmesinde (yürürlük denetiminde) söz konusu olan bir yaptırımdır. Buna karşılık, kullananın değiştirme yetkisi meselesi, içerik denetiminin konusudur. İçerik denetiminin yaptırımı ise, TBK. m. 27 uyarınca kesin hükümsüzlüktür. Bu bakımdan kanun koyucu, içerik denetimi kapsamında yer alan bir hususu yürürlük denetimi yaptırımına tâbi tutmuştur. Böyle bir sonuç ise kanaatimizce hatalı olmuştur.

TKHK. m. 10/I'de de, tüketici kredileri bakımından paralel bir düzenleme yer almaktadır. Burada, makûl seviyede olup olmadığı ayrımı yapılmaksızın, sözleşme şartlarının tüketici aleyhine değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu ise, tüketicinin her halükarda haklılığı gibi bir sonuca yol açabilecek, tehlikeli bir düzenlemedir.

BKHHK. m. 25'de ise, sözleşme şartlarındaki değişiklik hususunda, karşı tarafın kabulünün gerekliliğini ifade eden bir hüküm yer almaktadır. Hükme göre, sözleşmede yapılan değişikliklerin kart hamiline bildirilmesi gerekmektedir. Kart hamili, söz konusu değişikliklerle kartını kullanamaya devam etmeye mecbur

⁵¹ JAUERNIG/STADLER, § 308 Rn 6.

⁵² JAUERNIG/STADLER, § 308 Rn 6.

değildir. Bu durumda kart hamili, kartını iptal ettirmek ve sözleşmeyi feshetmek hakkına sahiptir.

Sonuç olarak, kullanan, sözleşme şartlarında karşı taraf aleyhine bir değişiklik yapmak istiyorsa, söz konusu değişikliği onun onayına sunmak mecburiyetindedir. Karşı tarafın aleyhine olup da onun kabulünü ihtiva etmeyen değişiklikler ise geçersizdir. Bununla birlikte, kullananın karşı tarafın lehine olarak sözleşmede değişiklik yapabileceğine ilişkin hükümler geçerlidir.

D. Farazî (Varsayımına Dayanan) Beyanlar

BGB. §. 308/5 hükmüne göre; “Kullananın, karşı tarafın herhangi bir davranışta bulunup bulunmamasını, belirli bir bildirim olarak varsayıp varsaymayacağına ilişkin hükümler; a) Karşı tarafa, açık bir irade beyanında bulunması için makul bir süre tanınmadığı takdirde, ve b) Kullanan, sözleşmenin başlangıcında, öngörülen davranışın ne anlama geleceğini özellikle belirtmekle yükümlü değilse, geçersizdir.”⁵³ BGB. §. 308/5 hükmünde de açıkça ifade edildiği gibi, karşı tarafın herhangi bir davranışta bulunup bulunmaması, kural olarak belirli bir bildirim olarak kabul edilemez. Bununla birlikte, söz konusu kuralın bir istisnası mevcuttur. Buna göre, karşı tarafa açık bir irade beyanında bulunması için makûl bir süre tanınmış olabilir. Buna ilâveten, kullanan, sözleşmenin başlangıcında, öngörülen davranışın ne anlama geleceğini özellikle belirtmekle

⁵³ BGB. §. 308/5 : (Fingierte Erklärungen)

“eine Bestimmung, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben oder nicht abgegeben gilt, es sei denn, dass

a) dem Vertragspartner eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt ist und

b) der Verwender sich verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen”

yükümlü olmayabilir. İşte bu durumda, karşı tarafın herhangi bir davranışta bulunup bulunmaması, belirli bir bildirim olarak varsayılabilir. Meselâ, banka kartının süresinin otomatik olarak uzatılması durumunu ihtiva eden varsayımlar geçerli kabul edilmektedir⁵⁴. Aksi durumlarda, söz konusu varsayıma ilişkin hüküm geçerli değildir.

TSHŞHY. Ek 9. bentte de benzer bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; *“Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, aksi ispat edilemeyecek şekilde kabul ettiğini gösteren şartlar, haksız şarttır.”* Burada da, farazî (varsayıma dayanan) kabul beyanını ihtiva eden hükümlerin, haksız şart olduğu görülmektedir.

E. Ulaşma Varsayımına İlişkin Hükümler

BGB. §. 308/6'e göre; *“Kullananın özel bir anlam taşıyan beyanının, karşı tarafa ulaştığını varsayan hükümler geçersizdir.”*⁵⁵ Madde metninde de ifade edildiği üzere, ulaşma varsayımına ilişkin hükümler de geçerli kabul edilmemiştir. Bunun sonucu olarak, kullananın, özel bir anlam taşıyan beyanını olağan yollarla karşı tarafa ulaştırması gerekir. İrade açıklamasının gönderildiğine ilişkin ispat külfeti, kullananın aittir⁵⁶. Bununla birlikte, kullananın irade beyanının ne zaman karşı tarafa ulaştığını ispat etmesi gerekmez⁵⁷.

⁵⁴ JAUERNIG/STADLER, § 308 Rn 7.

⁵⁵ BGB. §. 308/6: (Fiktion des Zugangs)

“eine Bestimmung, die vorsieht, dass eine Erklärung des Verwenders von esonderer Bedeutung dem anderen Vertragsteil als zugegangen gilt”

⁵⁶ JAUERNIG/STADLER, § 308 Rn 8.

⁵⁷ JAUERNIG/STADLER, § 308 Rn 8.

F. Sözleşmenin Tasfiyesine İlişkin Hükümler

BGB. §. 308/7'e göre; "Kullananın, taraflardan birinin sözleşmeyi feshetmesi veya sözleşmeden dönmesi durumunda, a) Bir haktan veya maldan ya da ifa edilen bir edimden yararlanması karşılığında, karşı taraftan makul olmayan derecede yüksek bir bedel talep edebileceğine, veya, b)Yaptığı masraflar için karşı taraftan makul olmayan derecede yüksek bir tazminat talep edebileceğine, ilişkin hükümler geçersizdir."⁵⁸ Maddede, taraflardan birinin sözleşmeyi feshetmesi veya sözleşmeden dönmesi durumunda, kullananın tazminat talebini ihtiva eden hükümlere ilişkin bir düzenleme söz konusudur. Buna göre, sözleşme ilişkisi içerisinde karşı taraf, bir haktan veya maldan ya da ifa edilen bir edimden yararlanmış olabilir. Karşı tarafın bu tarz bir yararlanma içinde olduğu durumlarda, bunun karşılığında kullanana makul olmayan derecede yüksek bir bedel ödeyeceğini ihtiva eden şartlar geçerli değildir. Yine kullananın yaptığı masraflar karşılığında da, karşı taraftan makul olmayan derecede yüksek bir tazminat talep edebileceğine ilişkin hükümler geçersizdir. Bu durumda tazminat miktarı, sözleşmede bir hüküm bulunmadığında genel olarak nasıl belirleniyorsa, öyle tespit edilir⁵⁹. Bununla birlikte öngörülen götürü tazminat, tarafların arasındaki menfaat dengesine daha uygun düşüyorsa, kullanan, bunun geçersiz olduğunu ileri süremez⁶⁰.

⁵⁸ BGB. §. 308/7: (Abwicklung von Verträgen)

“eine Bestimmung, nach der der Verwender für den Fall, dass eine Vertragspartei vom Vertrag zurücktritt oder den Vertrag kündigt,

a) eine unangemessen hohe Vergütung für die Nutzung oder den Gebrauch einer Sache oder eines Rechts oder für erbrachte Leistungen oder

b) einen unangemessen hohen Ersatz von Aufwendungen verlangen kann”

⁵⁹ JAUERNIG/STADLER, § 308 Rn 9.

⁶⁰ JAUERNIG/STADLER, § 308 Rn 9.

TSHŞHY. Ek 4. Bende göre de, sözleşmenin kurulmasından veya ifa edilmesinden vazgeçilmesi durumunda, tüketicinin ödediği bedelin muhafaza edileceğini ihtiva eden hükümler kural olarak haksız şart kabul edilmiştir. Ancak ödenen bedeli muhafaza etme hakkı her iki tarafa da tanınmışsa, söz konusu hüküm haksız şart kapsamında değerlendirilmez.

G. Edimin İfa Edilemeyecek Durumda Olması Haline İlişkin Hükümler

BGB. §. 308/8'e göre; "3 numaralı fıkra göre, kullananın, geçerli bir şekilde saklı tutabileceği dönme hakkı, sözleşmedeki borcun yerine getirilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, onun ifa yükümlülüğünden kurtulmasına yönelikse, a) Borcun yerine getirilmesinin mümkün olmadığının derhal karşı tarafa bilgi verilmediği, ve b) Karşı tarafın edimlerinin derhal tazmin edilmediği, durumlarda geçersizdir."⁶¹ Söz konusu madde, sözleşmedeki borcun yerine getirilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, kullananın sözleşmeden dönme hakkına ilişkin bir düzenlemeyi ihtiva etmektedir. Hükümün temel amacı, söz konusu durumda, tarafların ödemiş oldukları parayı geri alabilmeleridir⁶². Kullanan, sözleşmede geçerli bir şekilde dönme hakkını saklı tutmuş olabilir. Kullananın söz konusu dönme hakkı, borcun yerine getirilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, onun ifa yükümlülüğünden kurtulmasına yönelik olduğu takdirde, kural olarak geçerli değildir. Bununla birlikte maddede, söz konusu

⁶¹ BGB. §. 308/8: (Nichtverfügbarkeit der Leistung)

"die nach Nummer 3 zulässige Vereinbarung eines Vorbehalts des Verwenders, sich von der Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrags bei Nichtverfügbarkeit der Leistung zu lösen, wenn sich der Verwender nicht verpflichtet,

*a) den Vertragspartner unverzüglich über die Nichtverfügbarkeit zu informieren und
b) Gegenleistungen des Vertragspartners unverzüglich zu erstatten."*

⁶² JAUERNIG/STADLER, § 308 Rn 10.

kurala bir istisna getirilmiştir. Buna göre, kullanan, borcun yerine getirilmesinin mümkün olmadığını derhal karşı tarafa bildirmelidir. Ayrıca karşı tarafın edimlerini yine derhal tazmin etmelidir. Belirtmek gerekir ki bahsedilen şartlar, kümülâtif şartlardır. Bu sebeple, kullananın ifa yükümlülüğünden kurtulmasına imkân veren dönme hakkı, ancak bu iki şart birlikte gerçekleştirildiği takdirde geçerli olur.

H. İfadan Kaçınma Hakkında İlişkin Hükümler

BGB. §. 309/2'e göre; "a) Karşı tarafın §. 320'ye göre sahip olduğu ifadan kaçınma hakkını ortadan kaldıran veya sınırlayan, ya da, b) Karşı tarafın aynı sözleşmeden doğan hapis hakkını ortadan kaldırmaya veya sınırlamaya, özellikle bu hakkı kullananın ayıbı kabul etmesi şartına tâbi tutan hükümler, geçersizdir."⁶³ Hükme göre, karşı tarafın BGB. §. 320'deki sözleşmenin ihlâlinde ifadan kaçınma hakkını ortadan kaldıran veya sınırlayan şartlar geçerli değildir. Yine karşı tarafın aynı sözleşmeden doğan hapis hakkını ortadan kaldırmaya veya sınırlamaya, özellikle bu hakkı kullananın ayıbı kabul etmesi şartına tâbi tutan hükümler de geçersizdir.

TSHŞHY. Ek 2. bentte de, BGB. §. 309/2 hükmüne benzer bir düzenleme yer almaktadır. Burada, tüketici olmayan tarafın, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlâlinde, tüketicinin haklarını bertaraf eden veya ölçüsüz

⁶³ BGB. §. 309/2: (Leistungsverweigerungsrechte)

"eine Bestimmung, durch die

a) das Leistungsverweigerungsrecht, das dem Vertragspartner des Verwenders nach § 320 zusteht, ausgeschlossen oder eingeschränkt wird oder

b) ein dem Vertragspartner des Verwenders zustehendes Zurückbehaltungsrecht, soweit es auf demselben Vertragsverhältnis beruht, ausgeschlossen oder eingeschränkt, insbesondere von der Anerkennung von Mängeln durch den Verwender abhängig gemacht wird"

şekilde sınırlayan hükümler, haksız şart olarak kabul edilmiştir⁶⁴. Yine TSHŞHY. Ek 15. bentte, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmek mecburiyetinde olduğuna ilişkin hükümler, haksız şart olarak kabul edilmiştir.

İ. Takas Yasağına İlişkin Hükümler

BGB. §. 309/3'e göre; "Karşı tarafın tartışmasız veya kesinleşmiş bir alacak ile takas hakkını ortadan kaldıran hükümler geçersizdir."⁶⁵ Görüldüğü üzere, karşı tarafın tartışmasız veya kesinleşmiş bir alacak ile takas hakkını ortadan kaldıran hükümlerin geçerli olmadığı açık bir şekilde belirtilmiştir. Şu halde takas hakkı doğan karşı taraf, aksi genel işlem şartları ile kararlaştırılmış olsa bile, bu hakkını kullanana karşı öne sürebilir. Çünkü takas yasağı, karşı tarafa önemli bir yük yükler⁶⁶. Zira bu yasak, karşı tarafı nakit imkânından mahrum eder ve icranın tüm risklerine zorlar⁶⁷.

TSHŞHY. Ek 2. bentte de, tüketici olmayan tarafın sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlâlinde, tüketicinin takas hakkını bertaraf eden veya ölçüsüz derecede sınırlayan hükümlerin haksız şart olduğu özellikle belirtilmiştir.

⁶⁴ TSHŞHY. Ek, bent 2) "Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden birisini kısmen veya tamamen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin satıcı, sağlayıcı veya kredi verene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği taleplerini, herhangi bir alacağını satıcı, sağlayıcı veya kredi verene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil, bertaraf eden ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar, haksız şarttır."

⁶⁵ BGB. §. 309/3: (Aufrechnungsverbot)
"eine Bestimmung, durch die dem Vertragspartner des Verwenders die Befugnis genommen wird, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen"

⁶⁶ JAUERNIG/STADLER, § 309 Rn 4.

⁶⁷ JAUERNIG/STADLER, § 309 Rn 4.

J. İhtar ve Ek Süre Vermeye İlişkin Hükümler

BGB. §. 309/4' göre; "Kullanıcı, karşı tarafı ihtar etmek ve ona ek süre vermek konusundaki kanunî yükümlülüklerinden kurtaran hükümler geçersizdir."⁶⁸ Taraflar arasındaki ilişkinin niteliğine göre belirli durumlarda ihtar çekme ve ek süre verme gündeme gelebilir. Meselâ, TBK. m. 351'e göre; "Kiralananı sonradan edinen kişi, onu kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut veya işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa, edinme tarihinden başlayarak bir ay içinde durumu kiracıya yazılı olarak bildirmek koşuluyla, kira sözleşmesini altı ay sonra açacağı bir davayla sona erdirebilir." Görüldüğü üzere hükümde hem yazılı ihtar hem de süre verilmesi söz konusudur⁶⁹. Bu gibi durumlarda, kullanıcının, karşı tarafı ihtar etmek ve ona ek süre vermek konusundaki kanunî yükümlülüklerinden kurtaran şartlar geçerli değildir.

K. Tazminat Talebinin Götürü Olarak Belirlenmesine İlişkin

Hükümler

BGB. §. 309/5'e göre; "Kullanıcının zarara veya değer azalmasına ilişkin tazminat hakkının götürü olarak belirlenmesine yönelik hüküm, a) Burada belirlenen miktar, hayatın olağan akışına göre doğması muhtemel olan zararı veya değer azalmasını aşmıyorsa, ya da b) Karşı tarafın, herhangi bir zararın veya değer azalmasının meydana gelmediğini ya da götürü miktardan çok düşük olduğunu

⁶⁸ BGB. §. 309/4: (Mahnung, Fristsetzung)

"eine Bestimmung, durch die der Verwender von der gesetzlichen Obliegenheit freigestellt wird, den anderen Vertragsteil zu mahnen oder ihm eine Frist für die Leistung oder Nacherfüllung zu setzen"

⁶⁹ ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış

Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012, s. 283.

ispat etme imkânını ortadan kaldırıyor, geçersizdir.”⁷⁰ Hükümden anlaşıldığı üzere, kullanan, tazminat hakkının götürü olarak belirlenmesine yönelik genel işlem şartı koyabilir. Ancak bunun birtakım şartları vardır. Bunlardan ilki, götürü olarak belirlenen tazminat miktarının, hayatın olağan akışına göre doğması muhtemel olan zararı veya değer azalmasını aşmaması gerekir. Meselâ, götürü tazminat oranının, istisna sözleşmelerinde %5, mobilya satışlarında %30, sözleşme kurulduktan sonra kredinin çekilmemesi durumunda %3 olarak belirlenmesi uygun görülmektedir⁷¹. Diğer şart ise, karşı tarafın, herhangi bir zararın veya değer azalmasının meydana gelmediğini ya da götürü miktardan çok düşük olduğunu ispat etme imkânını ortadan kaldırmaması gerektiğidir. Başka bir deyişle, karşı tarafa, açıkça karşı ispat getirme imkânı tanınması gerekir⁷². Bahsedilen şartları sağlamayan, kullananın tazminat hakkının götürü olarak belirlenmesine yönelik hükümler ise geçerli değildir.

L. Cezai Şarta İlişkin Hükümler

Taraflar, kural olarak TBK. m. 180-182 hükümleri uyarınca sözleşmede cezaî şart kararlaştırabilirler. İstisna ve özellikle inşaat sözleşmelerinde de, taraflar, müteahhidin eseri teslim borcunun temerrüdünde

⁷⁰ BGB. §. 309/5: (Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen)

“die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz oder Ersatz einer Wertminderung, wenn

a) die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung übersteigt oder

b) dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale”

⁷¹ JAUERNIG/STADLER, § 309 Rn 6.

⁷² JAUERNIG/STADLER, § 309 Rn 6.

ifaya eklenen cezai şart kararlaştırılabilirler⁷³. Bununla birlikte cezai şarta, genel işlem şartları arasında yer verilmesi Alman Medenî Kanunu'nda kabul edilmemiştir. Gerçekten de, BGB. §. 309/6'e göre; "Karşı tarafın sözleşmeye konu edimi kabul etmemesi veya geç kabul etmesi ya da borcunu yerine getirmede temerrüde düşmesi veya sözleşmeden dönmesi halinde, kullanana cezai şart ödenmesine ilişkin hükümler geçersizdir." Görüldüğü üzere, bazı hallerde cezai şart ödenmesini ihtiva eden hükümler geçeriz kabul edilmiştir. Bu hallerin başında karşı tarafın sözleşmeye konu edimi kabul etmemesi veya geç kabul etmesi gelmektedir. Yine diğer bir hal, karşı tarafın borcunu yerine getirmede temerrüde düşmesidir. Nihayet son bir hal de, karşı tarafın sözleşmeden dönmesidir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Alman Medenî Kanunu'nda cezai şartın genel işlem şartları arasında yer alması kabul edilmemektedir. Bununla birlikte, Türk doktrininde aksi bir görüş de söz konusudur. Gerçekten de, bir görüşe göre; cezai şarta ilişkin hükümlerin, her zaman haksız bir genel işlem şartı olduğunu hemen kabul etmek doğru değildir. Bu konuda somut sözleşme ilişkisi göz önünde tutularak, hâkime değerlendirme imkânı tanınmalıdır⁷⁴. TSHŞHY. Ek 5. bentte de, yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketiciyi, ölçüsüz derecede yüksek bir tazminatla mükellef kılan şartlar, haksız şart olarak kabul edilmiştir. Hükümde, ölçüsüz derecede yüksek bir tazminat şartı söz konusudur. Bu

⁷³ **OZANOĞLU**, Hasan Seçkin; İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, GÜHFD., Haziran-Aralık 1999, C. III, S. 1-2, s. 60 vd.

⁷⁴ **DEMİR**, Mehmet; Cezai Şart Kaydına Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Verilmesi Sorunu, Prof. Dr. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK'e Armağan, Ankara 2005, s. 446.

bakımdan da, cezai şarta ilişkin bir hükmün geçersizliğini değerlendirirken somut durumun göz önünde tutulması isabetli bir tutum olarak gözükmektedir.

M. Yükümlülüklerin İhlâlinde Sorumsuzluk Hükümleri

Genel işlem şartları içerisinde yer alan, kullananın yükümlülüklerini ihlâli halinde sorumsuzluğunu ihtiva eden hükümleri, öncelikle onun ağır kusuru ve ağır olmayan derecedeki kusuru olmak üzere iki açıdan incelemek gerekir. TBK. m. 115’de, bu ayırım öngörülmüştür. Söz konusu hükümden hareketle, kullananın ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin şart, kesin olarak geçersizdir. Kullananın ağır olmayan derecedeki kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin şartların ise, geçerli olduğu kabul edilir. Bununla birlikte, yine TBK. m. 115’de söz konusu durumun iki istisnası öngörülmüştür. Bunlardan ilki, kullananın, karşı taraf ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin şarttır. Burada, kullananın kusurunun ağır veya hafif olup olmadığı önem taşımaz. Dolayısıyla ilgili sorumsuzluk hükmü geçersizdir. Diğer istisna ise, kullananın uzmanlığını gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat borcunun, sadece kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yerine getirilebildiği hallerde söz konusudur. Bu gibi durumlarda, kullananın hafif kusurundan dahi sorumlu olmayacağına ilişkin hükümler geçersizdir^{75, 76}.

⁷⁵ BGB. §. 309/8’de de, yükümlülüklerin ihlâlinde sorumsuzluk şartlarına ilişkin düzenlemeler söz konusudur. Buna göre; “ a) Sözleşmeden dönme hakkının kaldırılması: Satılan malın veya meydana getirilen şeyin ayıplı olması hali dışında kullananın sorumlu olduğu bir yükümlülüğün ihlâli sebebiyle, karşı tarafın sözleşmeden dönme hakkını kaldırın veya sınırlayan hükümler geçersizdir. Bu hüküm, 7 no.lu bentte belirtilen taşıma şartları ve talimatnamelerinde yer alan düzenlemeler hakkında uygulanmaz. b) Ayıp: Yeni üretilen şeylerin teslimine ve hizmetlerine

TSHŞHK. Ek 1. bentte, tüketici olmayan tarafın davranışlarından, tüketicinin hayatını kaybetmesi veya maddî zarara uğraması durumuna ilişkin bir düzenleme söz konusudur. Böyle bir durumda, tüketici olmayan tarafın kanunî sorumluluklarını kaldıran veya sınırlayan hükümler, haksız şart olarak kabul edilmiştir.

ilişkin sözleşmelerde, aa) Kaldırma ve üçüncü kişilere gönderme: Karşı tarafın, kullanana karşı sahip olduğu ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını tamamen veya kısmen kaldıran ya da üçüncü kişilere karşı taleplerle sınırlayan veya üçüncü kişilere karşı yargı yoluna başvurulmasına tâbi tutan hükümler geçersizdir. bb) Ayıbın giderilmesinin sınırlandırılması: Ayıbın giderilmesinin neticesiz kalması halinde, karşı tarafa sözleşmeden dönme hakkını açıkça tanımadan, onun kullanana karşı ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını tamamen veya kısmen ayıbın giderilmesi ile sınırlayan hükümler geçersizdir. Bu hüküm, giderilecek ayıbın konusunun bir eser borcu olduğu durumlarda uygulanmaz. cc) Ayıbın giderilmesi masrafları: Kullananın, ayıbın giderilmesi amacıyla yapacağı, özellikle yol, teslim, işçilik ve malzeme masraflarını karşılama yükümlülüğünü kaldıran veya sınırlayan hükümler geçersizdir. dd) Ayıbın giderilmesinden yoksun bırakmak: Kullananın ayıbın giderilmesi yükümlülüğünün doğmasını, karşı tarafın önceden bedelin tamamını veya ayıpla orantısız derecede büyük bir kısmını ödemesine tâbi tutan hükümler geçersizdir. ee) Ayıp ihbarı için hak düşürücü süre: Karşı tarafın gizli ayıpları ihbar süresini, aşağıdaki (ff) bendine göre daha kısa bir süre olarak belirleyen hükümler geçersizdir. ff) Zamanaşımının kısaltılması: Karşı tarafın, ayıptan dolayı kullanan karşı sahip olduğu hakların zamanaşımına uğramasını §. 438/1 No. 2 ve § 634a/1 No. 2’de öngörülen hallerde kısaltan veya diğer hallerde, kanunî sürenin başlangıcından itibaren bir yıldan daha kısa bir süre olarak belirleyen hükümler geçersizdir.”

⁷⁶ BGB. §. 309/7’de ise, hayat, vücut bütünlüğü ve sağlık hakkının ihlalindeki sorumsuzluk şartları ayrı bir fıkreda düzenlenmiştir. Buna göre; “ a) Hayat, vücut bütünlüğü ve sağlık hakkının ihlâli: Kullananın, gerek kendi ihmaliyle gerekse kanunî temsilcisinin veya ifa yardımcısının ihmali ya da kasıtlı bir davranışıyla, karşı tarafın hayatına, vücut bütünlüğüne ve sağlığına verilen zararlardan dolayı sorumluluklarını kaldıran veya sınırlayan hükümler, b) Ağır Kusur: Kullananın gerek kendi ağır kusuru gerekse kanunî temsilcisinin veya ifa yardımcısının ağır kusuru ya da ağır ihmali sebebiyle, karşı tarafa verilen diğer zararlardan dolayı sorumluluklarını kaldıran veya sınırlayan hükümler geçersizdir. (a) ve (b) bentleri, Yolcu Taşımaları Hakkında Kanun’a göre izin verilen taşıma şartları ve tramvay, elektrikli otobüs ve motorlu taşıtlar aracılığıyla yapılan düzenli seferlerde uygulanan talimatnamelerdeki sorumluluğu sınırlayan hükümler hakkında uygulanmaz. Bununla birlikte, 27.02.1970 tarihli “Genel Taşıma Şartları Hakkında Yönetmelik” hükümlerinden, bu taşıma şartları ve talimatnamelerde yolcu aleyhine sapılmamış olmalıdır. Ayrıca (b) bendi, devletçe izin verilen piyango ve oyunlardaki sınırlamalar için de uygulanmaz.”

Yine TSHŞHK. Ek 2. bentte de, tüketici olmayan tarafın sorumluluklarını kaldıran veya sınırlayan diğer bir hükme ilişkin düzenleme yer almaktadır. Buna göre, tüketici olmayan tarafın, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden birisini kısmen veya tamamen ifa etmemesi ya da ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin haklarını ortadan kaldıran veya sınırlayan hükümler, haksız şart olarak kabul edilmektedir. Yargıtay da aynı sonucu kabul etmektedir. Gerçekten de Yargıtay'ın bir kararında, ayıplı hizmet yerine sunulan hizmetin tüketici tarafından kabulü halinde, tüketicinin ayıplı hizmet iddiasından feragat etmiş sayılacağına ilişkin düzenleme haksız şart olarak değerlendirilmiştir⁷⁷.

TSHŞHK. Ek 17. bende göre, tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkânını ortadan kaldıran veya sınırlayan hükümler haksız şarttır. Yine tüketicinin hukukî düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngören hükümler de haksız şarttır.

N. Sürekli Borç İlişkilerinin Yürürlük Süresine İlişkin Hükümler

Bir malın teslimi veya bir hizmetin yerine getirilmesi ya da bir eser meydana getirilmesini konu alan sürekli borç ilişkilerinde, karşı tarafı iki yıldan fazla süreyle sözleşmeye bağlı tutan şartlar geçersizdir. Yine bu tür borç

⁷⁷ “Taraflar arasındaki 08.07.2003 tarihli sözleşmenin 11. maddesinde acentenin sözleşmeye uymaması halinde Türsab Kütahya Çizelgesinin uygulanacağı belirtilmiş olup, ilgili belgede de ayıplı hizmet yerine sunulan hizmetin tüketici tarafından kabulü halinde tüketicinin ayıplı hizmet iddiasından feragat etmiş sayılacağına ilişkin düzenleme tüketici davranışının aleyhine olan ve tüketiciyi külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırılmadığı için açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle Türsab Kütahya Çizelgesi hükümleri esas alınarak sonuca gidilemez.” 13. HD., T. 20.01.2010, E. 2009/9084 ve K. 2010/235. Karar metni için bkz. GÜNAY, s. 166-167.

ilişkilerinde, karşı tarafı, her defasında zımnî yenileme ile sözleşme ilişkisine bağlayan şartlar da geçerli değildir. Nihayet, karşı tarafın fesih ihbarında bulunmasını, başlangıçta kararlaştırılan veya zımnî olarak yenilenen sözleşme süresinin bitiminden üç aydan daha fazla bir süre öncesi olarak belirleyen hükümler geçersizdir. Bu konuda BGB. §. 309/9'da açık hüküm vardır. Gerçekten de, Paragraf'a göre; "(1)Kullananın sürekli nitelikte ifa etmesi gereken bir malın teslimi veya bir hizmetin yerine getirilmesi ya da bir eser meydana getirilmesini konu alan sözleşmelerde, a) Karşı tarafı iki yıldan fazla süreyle sözleşmeye bağlı tutan, b) Karşı tarafı, her defasında zımnî yenileme ile sözleşme ilişkisine bağlayan, c) Karşı tarafın fesih ihbarında bulunmasını, başlangıçta kararlaştırılan veya zımnî olarak yenilenen sözleşme süresinin bitiminden üç aydan daha fazla bir süre öncesi olarak belirleyen hükümler geçersizdir. (2) Bu hüküm, birbirine bağlı olarak satılan şeylerin teslimine ilişkin sözleşmelerde, sigorta sözleşmelerinde, fikri hak sahibi ile yeniden değerlendirme tüzel kişilikleri arasındaki fikri hakları koruma kanunu kapsamındaki sözleşmelerde uygulanmaz."⁷⁸ Bu hüküm, hizmet ve eser sözleşmeleri bakımından geçerlidir⁷⁹.

⁷⁸ BGB. §. 309/9: (Laufzeit bei Dauerschuldverhältnissen)

"bei einem Vertragsverhältnis, das die regelmäßige Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen durch den Verwender zum Gegenstand hat,

a) eine den anderen Vertragsteil länger als zwei Jahre bindende Laufzeit des Vertrags,

b) eine den anderen Vertragsteil bindende stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses um jeweils mehr als ein Jahr oder

c) zu Lasten des anderen Vertragsteils eine längere Kündigungsfrist als drei Monate vor Ablauf der zunächst vorgesehenen oder stillschweigend verlängerten Vertragsdauer;

dies gilt nicht für Verträge über die Lieferung als zusammengehörig verkaufter Sachen, für Versicherungsverträge sowie für Verträge zwischen den Inhabern urheberrechtlicher Rechte und Ansprüche und Verwertungsgesellschaften im Sinne des Gesetzes über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten"

⁷⁹ JAUERNIG/STADLER, § 309 Rn 18.

TSHŞHY. Ek 8. bende göre de, sürekli nitelikte bir sözleşmenin kendiliğinden uzatılmış sayılacağını öngören hükümler haksız şart olarak kabul edilmektedir. Yine burada, tüketicinin sözleşmeyi uzatmama yönündeki beyanını göndermesini, sözleşmenin sona ereceği tarihten aşırı derecede uzak bir tarih olarak saptayan hükümler de haksız şart olarak kabul edilmiştir.

O. Sözleşmenin Kullanan Tarafının Değişebileceğine İlişkin Hükümler

Sözleşmenin kullanan tarafının değişebileceğine ilişkin hükümler kural olarak geçerli değildir. Bununla birlikte, bahsedilen kuralın bir istisnası bulunmaktadır. Buna göre, üçüncü kişi isim olarak belirtilmişse ve karşı tarafa sözleşmeden dönme hakkı tanınmışsa, söz konusu taraf değişikliği geçerlidir⁸⁰. BGB. §. 309/10'da konuya ilişkin şu hükme yer verilmiştir; “Satım, hizmet veya eser sözleşmelerinde, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri kullananın yerine bir üçüncü kişinin üstleneceği veya üstlenebileceğini öngören kayıtlar, a) Üçüncü kişi, isim olarak belirtilmemişse veya b) Karşı tarafa sözleşmeden dönme hakkı tanınmamışsa, geçersidir.”⁸¹ Bu hüküm, satış, ödünç, hizmet ve eser sözleşmeleri bakımından geçerlidir⁸².

⁸⁰ JAUERNIG/STADLER, § 309 Rn 19.

⁸¹ BGB. §. 309/10: (Wechsel des Vertragspartners)

“eine Bestimmung, wonach bei Kauf-, Darlehens-, Dienst- oder Werkverträgen ein Dritter anstelle des Verwenders in die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten eintritt oder eintreten kann, es sei denn, in der Bestimmung wird

a) der Dritte namentlich bezeichnet oder

b) dem anderen Vertragsteil das Recht eingeräumt, sich vom Vertrag zu lösen”

⁸² JAUERNIG/STADLER, § 309 Rn 19.

TSHŞHY. Ek 16. bentte de, tüketici olmayan tarafın sözleşme ilişkisini devretme hakkı, tüketicinin onayına bağlı tutulmuştur. Burada, tüketicinin onayını ihtiva etmeyen sözleşme ilişkisini devretme hakkı ise, haksız şart olarak kabul edilmiştir.

P. Temsilcinin Sorumluluğuna İlişkin Hükümler

BGB. §. 309/11'e göre; "Kullananın, sözleşmeyi karşı taraf adına kuran temsilcinin, a) Bu durumu açıkça ve ayrı bir bildirimle ifade etmeden şahsen sorumlu veya garanti yükümlülüğünde olacağını ya da b) Yetkisiz temsil halinde §. 179'da öngörülen düzenlemeden daha kapsamlı bir şekilde sorumlu tutulacağını, dayattığı hükümler geçersizdir."⁸³ Paragraf hükmünde, sözleşmeyi karşı taraf adına kuran temsilcinin şahsen sorumluluğu birtakım şartlara tâbi tutulmuştur. Buna göre, kullanan, söz konusu temsilcinin şahsen sorumlu veya garanti yükümlülüğünde olduğunu, ona açıkça ve ayrı bir bildirimle ifade etmelidir. Aksi takdirde temsilcinin bu kapsamdaki sorumluluğunu ihtiva eden şartlar geçerli değildir. Yine yetkisiz temsil halinde, temsilcinin olağanın dışında daha kapsamlı bir şekilde sorumlu tutulacağına ilişkin şartlar da geçersizdir. BGB. §. 309/11 hükmü, temsilcinin aynı zamanda sözleşmenin tarafı olduğu durumlar bakımından uygulanmaz⁸⁴.

⁸³ BGB. §. 309/11: (Haftung des Abschlussvertreters)
"eine Bestimmung, durch die der Verwender einem Vertreter, der den Vertrag für den anderen Vertragsteil abschließt,
a) ohne hierauf gerichtete ausdrückliche und gesonderte Erklärung eine eigene Haftung oder Einstandspflicht oder
b) im Falle vollmachtenloser Vertretung eine über § 179 hinausgehende Haftung, auferlegt"

⁸⁴ JAUERNIG/STADLER, § 309 Rn 20.

R. İspat Yüküne İlişkin Hükümler

BGB. §. 309/12'e göre; "Kullanın, ispat yükünü karşı taraf aleyhine değiştirdiği, özellikle, a) Kendi sorumluluğunda olan ispat yükünü karşı tarafa yüklediği, b) Karşı tarafa bazı meseleleri teyit ettirdiği, hükümler geçersizdir. (a) bendi, normal olarak veya elektronik yolla imzalanan teslim (alındı) belgelerinde öngörülen hükümler için uygulanmaz."⁸⁵ Görüldüğü üzere, kullananın ispat yükünü karşı taraf aleyhine değiştirdiği şartlar geçersizdir. Bu itibarla kullanan, kanunî hükümler veya yargı içtihatlarıyla belirtilen ispat külfetini karşı taraf aleyhine değiştiremez⁸⁶. Bu kuralın tek istisnası, normal olarak veya elektronik yolla imzalanan teslim (alındı) belgelerinde öngörülen hükümlerdir.

TSHŞHK. Ek 17. bente göre de, tüketicinin gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlayan hükümler haksız şarttır. Yine tüketici olmayan tarafa ait olan ispat külfetini tüketiciye yükleyen hükümler de haksız şart olarak kabul edilmektedir. Yargıtay da aynı sonucu kabul etmektedir. Gerçekten de, Yargıtay'ın bir kararında, yazılı delille ispat mecburiyeti haksız şart olarak kabul edilmiştir⁸⁷.

⁸⁵ BGB. §. 309/12: (Beweislast)

"eine Bestimmung, durch die der Verwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert, insbesondere indem er

a) diesem die Beweislast für Umstände auferlegt, die im Verantwortungsbereich des Verwenders liegen, oder

b) den anderen Vertragsteil bestimmte Tatsachen bestätigen lässt;

Buchstabe b gilt nicht für Empfangsbekanntnisse, die gesondert unterschrieben oder mit einer gesonderten qualifizierten elektronischen Signatur versehen sind"

⁸⁶ JAUERNIG/STADLER, § 309 Rn 21.

⁸⁷ "Taraflar arasındaki 08.07.2003 tarihli sözleşmenin 11. maddesinde acentenin sözleşmeye uymaması halinde Türsab Kütahya Çizelgesinin uygulanacağı belirtilmiş olup, ilgili belgede de

Kullanan ile karşı taraf arasında çıkacak uyuşmazlıklarda, kullananın bünyesinde yer alan belgelerin delil olacağını ve bunlara itiraz edilemeyeceğini ihtiva eden hükümler de geçersizdir. Bu nitelikte bir hüküm, TBK. m. 26 ve 27'ye aykırıdır⁸⁸. Yargıtay da bir kararında, münhasır delil sözleşmesi yapılmasına rağmen diğer kanunî delillerin karşı delil olarak sunulması imkânını kabul etmiştir⁸⁹.

S. Beyanların ve Bildirimlerin Şekline İlişkin Hükümler

BGB. §. 309/13'e göre; "Karşı tarafın, kullanana veya üçüncü bir şahsa karşı beyan ve bildirimlerinin geçerliliğini, yazılı şekilden daha ağır bir şekil ya da özel bir ulaşma (varma) şartına tâbi tutan hükümler geçersizdir."⁹⁰ Görüldüğü üzere, bu düzenlemeyle, karşı tarafın beyan ve bildirimlerinin şeklinin, onun aleyhine ağırlaşması önlenmek istenmiştir. Buna göre, karşı tarafın, kullanana veya üçüncü bir şahsa karşı beyan ve bildirimlerinin geçerliliğini, yazılı

yazılı delille ispat zorunluluğu getiren düzenleme tüketici davranışının aleyhine olan ve tüketiciyi külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırılmadığı için açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle Türsab Kütahya Çizelgesi hükümleri esas alınarak sonuca gidilemez." 13. HD., T. 20.01.2010, E. 2009/9084 ve K. 2010/235. Karar metni için bkz. GÜNAY, s. 166-167.

⁸⁸ AKYOL, Şener; Banka Sözleşmeleri, İstanbul 2001, s. 107; KOCAMAN, s. 1121.

⁸⁹ "Davacı ile davalı arasında imzalanan acentelik sözleşmesinde taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıklarda, davacının defter ve ticari kayıtlarının münhasır delil teşkil edeceği yolunda bir delil anlaşması yapıldığı anlaşılmaktadır. Kural olarak, taraflar arasındaki acentelik ilişkisinin fesihle sona ermesinden sonra davacının alacak iddiasından kaynaklanan uyuşmazlığın çözümünde, davacıya ait defter ve kayıtların esas alınacağı asıl ise de, bu husus aynı konuda davalının yasal delillerini karşı delil olarak sunma olanağını ortadan kaldırmaz." 11. HD., T. 1.3.2004, E. 2003/7456 ve K. 2004/1852, (KBİBB).

⁹⁰ BGB. §. 309/13: (Form von Anzeigen und Erklärungen)

"eine Bestimmung, durch die Anzeigen oder Erklärungen, die dem Verwender oder einem Dritten gegenüber abzugeben sind, an eine strengere Form als die Schriftform oder an besondere Zugangserfordernisse gebunden werden."

şekilden daha ağır bir şekil olarak öngören şartlar geçerli değildir. Yine karşı tarafın beyan ve bildirimlerinin geçerliliğini, özel bir ulaşma (varma) şartına tâbi tutan hükümler de geçersizdir.

T. Alacak Zamanaşımını Değiştiren Hükümler

TBK. m. 146 ve devamında, sözleşmeden doğan borçlarda zamanaşımı ile ilgili hükümler yer almaktadır. Burada, zamanaşımı hususunda on yıllık ve beş yıllık süreler öngörülmüştür. TBK. m. 146'ya göre; *“Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.”* Görüldüğü üzere, burada genel kural düzenlemiş ve kanunda öngörülen özel durumlar dışında her alacağın on yıllık zamanaşımına tâbi olduğu belirtilmiştir. TBK. m. 147'de ise, beş yıllık sürelerle ilişkin düzenlemeler yer almaktadır⁹¹. Burada sayılan alacaklar için ise beş yıllık zamanaşımı uygulanır.

Zamanaşımı ile ilgili süreler, sözleşmeden doğan borçlar için kanunda yapılan ikili bir ayrımı göstermektedir. Şu halde, TBK. m. 148'e göre, söz konusu ayırmada öngörülen gerek beş yıllık gerekse on yıllık süre, sözleşme ile değiştirilemez. Bu hüküm, emredici niteliktedir. Dolayısıyla, bu düzenlemeye aykırı bir şekilde genel işlem şartlarının muhtevasına dâhil olan zamanaşımına

⁹¹ TBK. m. 147: *“Aşağıdaki alacaklar için beş yıllık zamanaşımı uygulanır:*

- 1. Kira bedelleri, anapara faizleri ve ücret gibi diğer dönemsel edimler.*
- 2. Otel, motel, pansiyon ve tatil köyü gibi yerlerdeki konaklama bedelleri ile lokanta ve benzeri yerlerdeki yeme içme bedelleri.*
- 3. Küçük sanat işlerinden ve küçük çapta perakende satışlardan doğan alacaklar.*
- 4. Bir ortaklıkta, ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortakların birbirleri veya kendileri ile ortaklık arasındaki; bir ortaklığın müdürleri, temsilcileri, denetçileri ile ortaklık veya ortaklar arasındaki alacaklar.*
- 5. Vekâlet, komisyon ve acentalık sözleşmelerinden, ticari simsarlık ücreti alacağı dışında, simsarlık sözleşmesinden doğan alacaklar.*
- 6. Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar.”*

ilişkin hükümler geçersizdir. Sözleşmenin bu bakımdan geçersiz olan hükmü yerine ise, yukarıda sözü edilen süreler uygulanır.

Kullananın alacakları bakımından zamanaşımının işlemeyeceğine veya karşı tarafın zamanaşımı definde bulunamayacağına ilişkin şartlar da geçersizdir. Nitekim TBK. m. 160/I'e göre, zamanaşımından önceden feragat edilemez.

U. Diğer Hükümler

Genel işlem şartlarında içerik denetimi ile geçersizliğine karar verilebilecek olan ve çalışmamız bakımından inceleme imkânı bulunan hükümler yukarıda başlıklar halinde ele alınmıştır. Burada yer alan hükümlerin dışında, değinilmesi icap eden başka düzenlemeler de söz konusudur. Aşağıda bunlara kısaca değinilmiştir.

TBK. m. 301'e göre; *“Kiraya veren, kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlüdür. Bu hüküm, konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı aleyhine değiştirilemez; diğer kira sözleşmelerinde ise, kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla bu hükme aykırı düzenleme yapılamaz.”* Söz konusu madde, kira sözleşmesinde kiraya verenin teslim borcunu düzenlemektedir. Buna göre, kiraya verenin, kiralananı tesliminde iki temel yükümlülüğü vardır. Bunlardan ilki, kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmektir. Diğeri ise, kiralananı sözleşme süresince amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda bulundurmasıdır. Kiraya verenin (kullananın) söz konusu yükümlülükleri, konut ve çatılı işyeri

kiralarında kiracı aleyhine değiştirilemez. Diğer kira sözleşmelerinde ise, kiracı (karşı taraf) aleyhine genel işlem şartları yoluyla, kiraya verenin (kullananın) bu yükümlülüklerini ortadan kaldıran düzenlemeler yapılamaz. TBK. m. 301 hükmü, emredici bir düzenleme olup, aksini ihtiva eden şartlar geçersizdir.

BKKKK. m. 24/3, c. 3'e göre; "*Hesap özetinde yer alan asgari ödeme tutarı son ödeme tarihinde ödenmediği takdirde kart hamili ödenmeyen tutar için sözleşmede öngörülen gecikme faizi dışında bir yükümlülük altına sokulamaz.*" Görüldüğü üzere, hesap özetinde yer alan asgari ödeme tutarının son ödeme tarihinde ödenmemesinin tek yaptırımı, gecikme faizi olabilir. Bu itibarla, kullanan (banka), asgari tutarın ödenmemesi halinde cezai şart veya gecikme cezası gibi değişik adlar altında, karşı tarafa gecikme faizi dışında yaptırım uygulayamaz⁹². Sonuç olarak, asgari ödeme tutarının son ödeme tarihinde ödenmemesi halinde, gecikme faizi dışında yaptırım öngören genel işlem şartları geçersizdir.

BKKKK. m. 26/I, c. 1'e göre; "*Bir hesap dönemine ilişkin toplam borç tutarı veya hesap bakiyesi üzerinden, o döneme ilişkin hesap özeti düzenlendiği hesap kesim tarihinden önceki bir tarih itibarıyla faiz yürütülebileceğine ilişkin kayıtlar hükümsüzdür.*" Söz konusu hükme göre, kart borcunun muacceliyet tarihi, o döneme ilişkin hesap özeti düzenlendiği hesap kesim tarihidir. Bu durumda, faiz de, kart borcunun muacceliyet tarihi olan hesap kesim tarihinden itibaren işlemeye başlar. Sonuç olarak, faizin hesap kesim tarihinden önceki bir tarihten itibaren başlayacağını öngören şartlar geçersizdir.

⁹² **BAHTİYAR**, Mehmet; Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun, Sözleşme Şekli ve Genel İşlem Şartlarına İlişkin 24-26. Maddelerinin Değerlendirilmesi, Makaleler II, İstanbul 2008, s. 338.

Yine BKKKK. m. 26/II, c. 3' e göre, “*Temerrüt hali de dahil olmak üzere, kart uygulamasından doğan borçlarda bileşik faiz uygulanmaz.*” Şu halde, herhangi bir şekilde bileşik faiz uygulanması imkânı veren genel işlem şartları da geçersizdir.

§ 8. İÇERİK DENETİMİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Genel işlem şartlarında yapılacak içerik denetimi sonucunda iki farklı durum ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki, denetlemeye tâbi olan, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı şartın dürüstlük kurallarına uygun olmasıdır. Bu takdirde, söz konusu genel işlem şartı geçerlidir. Böyle bir halde bu şart, taraflar arasındaki ilişkiye uygulanabilir niteliktedir.

İçerik denetimi sonucunda ortaya çıkabilecek ikinci durum ise, denetlemeye tâbi olan, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı şartın dürüstlük kurallarına aykırı olmasıdır. Bu durumda hangi yaptırımın uygulanacağına ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, içerik denetimini düzenleyen TBK. m. 25'in gerekçesinde, TBK. m. 27'deki kesin hükümsüzlüğe atıf yapılmaktadır. Gerçekten de, bahsedilen madde gerekçesine göre; “*Bu tür hükümlerin yaptırımı, Tasarının 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük olacaktır. Başka bir ifadeyle burada, aynı fıkranın ikinci cümlesinin uygulanması söz konusu değildir. Bu sebeple, sözleşmenin kapsamına dahil edilen hükümlerden genel işlem koşullarına konulması yasak olanlar dışındakiler, geçerliliklerini koruyacaktır. Tasarının 21 inci maddesinde genel işlem koşullarının bağlayıcılığı,*

bu maddede ise, söz konusu koşulların içerik denetimi düzenlenmektedir.”⁹³

Gerekçede bahsedilen TBK. m. 27/II, c.1’den kasıt, kısmî kesin hükümsüzlüktür. Bunun yanında, TBK. m. 27/II, c. 2’nin uygulanmayacağı ve dolayısıyla kesin hükümsüz olan şartların dışındakilerin geçerliliğini koruyacağı belirtilmektedir. Diğer bir deyişle, kesin hükümsüz olan şartlar olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşıldığında, sözleşmenin tamamının kesin olarak hükümsüz olacağına ilişkin düzenlemenin uygulanmasının söz konusu olamayacağı belirtilmiştir. Kanaatimizce bu nitelikte bir yönlendirmeye, madde gerekçesinde yer verilmesi isabetli olmamıştır. Çünkü madde gerekçeleri bağlayıcı nitelikte değildir. Bu itibarla, söz konusu madde gerekçesinde yer alan yönlendirmenin mutlak bir şekilde uygulanması söz konusu olamaz⁹⁴.

Yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı şartın dürüstlük kurallarına aykırı olmasının yaptırımı, TBK. m. 27/II’ye göre kısmî kesin hükümsüzlüktür. Dolayısıyla dürüstlük kuralına aykırı olan söz konusu nitelikteki şartlar, taraflar arasındaki sözleşme açısından kısmî kesin hükümsüzdür. Bu şartların kesin hükümsüz

⁹³ Gerekçe metni için bkz. **HELVACI**, s. 93-91.

⁹⁴ Yürürlük denetiminde öncelikle yeni bir yaptırım türü (yazılmamış sayılma) öngörülmüştür. Buna göre, sözleşmenin kapsamına dâhil olmayan hükümler dışındakilerin geçerliliğini koruduğu katı bir ifade ile belirtilmiştir. Daha sonra TBK. m. 24’de, içerik denetiminin konusu olan değiştirme yasağı, yürürlük denetiminin yaptırımına tâbi tutulmuştur. Akabinde içerik denetimi düzenlenmiştir. Fakat içerik denetiminin yaptırımı herhangi bir kanun maddesinde yer almamıştır. Bunun yerine, yaptırımı ilişkin yönlendirme, içerik denetimini düzenleyen TBK. m. 25’in gerekçesinde belirtilmiştir. Buna göre de, TBK. m. 27/II’deki kısmî kesin hükümsüzlüğe atf yapılmıştır. Fakat, TBK. m. 27/II, c. 2 hükmü bertaraf edilerek, yürürlük denetimi yaptırımının hüküm ve sonuçlarına gönderme yapılmıştır. Görüldüğü üzere, yürürlük denetimi ile içerik denetimi ve yaptırımları birbirine karışmıştır. Bu bakımdan, kanunkoyucunun, konuya ilişkin isabetli düzenlemelere yer verdiğinden söz edilemez.

olması, kural olarak sözleşmenin diğer hükümlerinin (genel işlem şartı niteliğinde veya değil) geçerliliğini etkilemez. Bununla birlikte, somut durumun niteliği, adalet ve hakkaniyet gereği, kesin hükümsüz kalan şartlar olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz kabul edilebilir. Nitekim TSHŞHY. m. 7'ye göre de; *“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.”* Görüldüğü üzere burada da, batıl olan şartlar olmaksızın sözleşmenin ayakta tutulabilmesi ölçüsü benimsenmiştir⁹⁵. Bu ise, işlem lehine yorumun (favor negoti, favor contractus), taraf iradelerine ve sözleşme hürriyetine saygının bir sonucudur.

Kesin hükümsüz olan şartlar, sözleşmenin kurucu unsurları arasında yer alıyorsa, sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz hale gelir. Buna karşılık en yüksek haddi aşan şartların ise, somut durumun özelliğine ve niteliğine göre, en yüksek had üzerinden geçerli olması kabul edilebilir⁹⁶.

Kesin hükümsüz hale gelen şartların, artık taraflar arasında uygulanma imkânı kalmaz. Bu şartların oluşturduğu boşluk açısından ise, somut durumun gerektirdiği ölçüde sözleşmenin tamamlanması gündeme gelir. Bu noktada hâkim, kanunî düzenlemelere yönelir. TMK. m. 1/II uyarınca da, kanunî düzenlemelerde

⁹⁵ Kısmî kesin hükümsüzlük (kısmî butlan) neticesinde sözleşmenin geçerliliğini koruyup koruyamayacağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **BAŞPINAR**, Butlan, s. 1 vd.; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 1 vd.

⁹⁶ Bu kapsamda, TTK. m. 1530/I hükmü de göz önünde bulundurulabilir.

uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir⁹⁷.

⁹⁷ Sözleşmede oluşan boşlukların tamamlanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, §. 3, III., C.

SONUÇ

Genel işlem şartları, sözleşmenin bir tarafının(kullananın) diğer tarafına, sözleşmenin kuruluşu sırasında sunduğu, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden tek taraflı hazırlanmış sözleşme hükümleridir. Genel işlem şartlarının unsurlarını dört başlık altında incelemek mümkündür. Bunlar; bir sözleşmenin hükümleri olması, önceden tek taraflı hazırlanması, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacı taşıması ve sözleşmenin bir tarafının (kullananın) diğer tarafına, sözleşmenin kuruluşu sırasında sunmasıdır.

TBK. m. 20/I hükmünde yer alan “*tek başına*” ifadesinden anlaşılması gereken, genel işlem şartlarının “*tek taraflı*” hazırlanmış olmasıdır.

TBK. m. 20/I’de yer alan “*düzenleyen*” ifadesini, “*genel işlem şartlarını karşı tarafa sunan*”, “*kullanan*” olarak anlamak gerekir. Nitekim bir sözleşmenin kurulması anında, genel işlem şartlarını karşı tarafa sunan ve bunların sözleşmenin muhtevasına dâhil olmasını isteyen kişi “*kullanan*”dır.

TBK. m. 20/I’deki “*sözleşme yapılırken*” ifadesi ile kastedilen, Türk Borçlar Kanunu’nun başlangıç hükümlerinde yer alan “*sözleşmenin kurulması*”dır. Bu sebeple, “*sözleşme yapılırken*” ifadesini, “*sözleşmenin kuruluşu sırasında*” olarak anlamak gerekir.

Genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girmesi ile ilgili olarak, TBK. m. 21/I’de yer alan “*karşı tarafın menfaatine aykırı*” ifadesinin Kanun metninden çıkarılması kanaatimizce daha isabetli olur. Zira söz konusu ibare iki temel soruna sebebiyet vermektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere de bunlardan ilki, karşı

tarafın menfaatine aykırı olmayan hükümlerin sözleşme kapsamına girmesine ilişkin yürürlük denetimi ile bağdaşmayan mevcut durumdur. Diğer i se, yürürlük denetimi ile içerik denetiminin olması gerekenin aksine karıştırılıp, birbiri içine alınmış olmasıdır.

Genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girmesi, öncelikle sözleşmenin yapılması sırasında kullananın karşı tarafa, genel işlem şartlarının varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına bağlıdır. “*Açıkça bilgi verme*”, karşı tarafın ne surette olursa olsun genel işlem şartlarının varlığını öğrenmesidir. Karşı tarafa genel işlem şartlarının içeriğini öğrenme imkânının sağlanması da, bunlara ilişkin hükümlerin basılı, görsel, işitsel vb. bir surette karşı tarafın hâkimiyet alanına girmesidir. Karşı tarafın bu imkâna kavuşması, sadece genel işlem şartlarının kendi hâkimiyet alanına girmesi ile mümkün olur. Söz konusu aşamanın ardından karşı taraf da, genel işlem şartlarını kabul etmelidir. Karşı tarafın kabulü, açık ve örtülü olabileceği gibi, global kabul yoluyla da yapılabilir. Böylece genel işlem şartları, taraflar arasındaki sözleşmenin muhtevasına dâhil olur.

“*Yazılmamış sayılma*”, genel işlem şartlarının sözleşmenin kapsamına girmesinde bir yaptırım olarak düzenlenmiştir. Doktrinde yazılmamış sayılmanın hukukî niteliğine ilişkin, kısmî kesin hükümsüzlük (kısmî butlan), yokluk, kısmî yokluk olmak üzere çeşitli görüşler vardır. Benzer yönleri olmakla birlikte, kanaatimizce yazılmamış sayılma, söz konusu yaptırım türleri ile tam olarak örtüşmemektedir. Bu itibarla yazılmamış sayılma, kendine özgü bir yaptırım türüdür.

Yazılmamış sayılan genel işlem şartları, başlangıçtan itibaren sözleşmenin muhtevasına dâhil olmaz. Bu sebeple bunlar, taraflar arasında hiçbir hüküm ve hukukî sonuç doğurmaz.

TBK. m. 22, c. 2 hükmüne göre, kullanan, yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. Bununla birlikte, yazılmamış sayılan bir hüküm, sözleşmenin esaslı noktasını teşkil ediyorsa, genel işlem şartlarını ihtiva eden sözleşme kurulmaz.

Genel işlem şartlarının yorumunda, somut sözleşme çerçevesinde tarafların farazî iradeleri göz önünde tutularak, açık ve anlaşılır olmayan veya birden fazla anlama gelen bir hükmün tam olarak ne anlama geldiği tespit edilir. Bu tespit sırasında, kullanan aleyhine ve karşı taraf lehine değerlendirme yapılır. Burada, mevcut sözleşmenin niteliği ve amacı, tarafların farazî iradeleri, somut durumun hal ve şartları büyük öneme sahiptir. Yorum, tarafların arzu etmedikleri, hatta hiç düşünmedikleri yeni bir hukukî durum veya sonuç çıkarma faaliyeti değildir. Aksine yorum, mevcudun anlamlandırılması, esasının ortaya çıkarılmasıdır. Mevcut bir şeyin anlamlandırılması ise, ondan bağımsız ve soyutlanmış bir şekilde yapılamaz.

Bir sözleşmede içerik denetimi yapılabilmesi için öncelikle karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı bir genel işlem şartı olmalıdır. Bu şart ayrıca dürüstlük kurallarına aykırı nitelik taşımamalıdır.

TBK. m. 25'de, genel işlem şartlarının içerik denetimi için tek ölçüsü (kıstası), dürüstlük kuralı olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte, hâkimin içerik denetimi yaparken, tek kıstasının dürüstlük kuralı olduğunu kabul etmek de

mümkün değildir. Nitekim hâkim, sözleşme özgürlüğünün sınırlarından olan emredici hükümlere, kamu düzenine, kişilik haklarına ve ahlâka aykırılık ile imkânsızlık ve aşırı yararlanmayı da göz önünde tutar.

Yapılan incelemeler ve değerlendirmeler sonucunda TBK. m. 25’i aşağıdaki şekilde algılamak isabetli bir seçim olur. Buna göre; “(1) Genel işlem şartlarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.(2) Şüphe halinde bir genel işlem şartı, a)kanunî düzenlemenin temel düşüncesinden farklılaşmış, bununla uyuşmuyor ise, b)sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve yükümlülükleri, onun amacına ulaşılmasını tehlikeye sokacak derecede sınırlıyorsa; onun, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde karşı tarafın mağduriyetine sebebiyet verdiği kabul edilir.”

ÖZET

Günümüzde, sözleşmelere her zaman geçerli olacak şekilde hazırlanan genel işlem şartları eklenmeye başlanmıştır. Böylelikle şahsî nitelikte olan sözleşmeler, giderek standart sözleşmelere dönüşmeye başlamıştır. Bu önemine rağmen genel işlem şartları, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almış değildi. Genel işlem şartlarının Borçlar Kanunu'nda yer alması, ilk olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile gerçekleşmiştir. İşbu çalışma da, esas olarak Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan hükümlere hasredilmiştir.

Çalışmanın birinci bölümünde, genel işlem şartları ile ilgili temel bilgilere yer verilmiştir. İkinci bölümün konusu, genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girmesi ve yorumlanmasıdır. Nihayet çalışmanın üçüncü bölümünde, genel işlem şartlarının içerik denetimine yer verilmiştir. İncelemelerimiz sırasında vardığımız kanaatler ise, toplu bir şekilde "Sonuç" kısmında yer almaktadır.

ABSTRACT

Nowadays, general transaction conditions which are prepared to be valid permanently have begun to be added to the contracts. In this manner, individual contracts gradually have begun to transform into standart contracts. Despite its importance, these general transaction conditions did not take place in the Code of Obligations No. 818. General transaction conditions took its place in the Code of Obligations for the first time with the Turkish Code of Obligations No. 6098. This study is mainly devoted to the rules of the Turkish Code of Obligations.

In the first section of the study, basic information about the general transaction conditions is provided. Topic of the second section is to come within the scope of contracts and to be interpreted for general transaction conditions. Finally, the third section of the study, content auditing of the general transaction conditions has been examined. Conclusions we have reached throughout our thesis are reviewed collectively in the “Results” section.