

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

GENEL İŞLEM KOŞULLARINDA İÇERİK DENETİMİ

Yüksek Lisans Tezi

HAZIRLAYAN

Sıddıka Büşra ÖZKAN

Ankara, 2022

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

GENEL İŞLEM KOŞULLARINDA İÇERİK DENETİMİ

Yüksek Lisans Tezi

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Süleyman YILMAZ

HAZIRLAYAN

Sıddıka Büşra ÖZKAN

Ankara, 2022

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENİ HUKUK BİLİM DALI**

GENEL İŞLEM KOŞULLARINDA İÇERİK DENETİMİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Süleyman YILMAZ**

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

- 1- Prof. Dr. Süleyman YILMAZ
- 2- Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR
- 3- Dr. Öğr. Üyesi Vehbi Umut ERKAN

Tez Savunması Tarihi

19.01.2022

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Prof. Dr. Süleyman YILMAZ danışmanlığında hazırladığım “GENEL İŞLEM KOŞULLARINDA İÇERİK DENETİMİ (Ankara, 2022)” adlı yüksek lisans ☒ doktora/bütünleşik doktora ☐ tezindeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih: 19/01/2022

Sıddıka Büşra ÖZKAN

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR CETVELİ.....	VII
GİRİŞ	1
1. BÖLÜM	3
GENEL ANLAMDA GENEL İŞLEM KOŞULLARI.....	3
A. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ TARİHİ GELİŞİMİ	3
i. Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları	3
ii. Karşılaştırmalı Hukukta Genel İşlem Koşulları	4
B. GENEL İŞLEM KOŞULLARI KAVRAMI VE TANIMI	6
C. GENEL İŞLEM KOŞULLARI TERMİNOLOJİSİ	9
D. HUKUKİ NİTELİK AÇISINDAN	10
E. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ UNSURLARI	12
i. Sözleşmenin Hükümlerinden Olması	13
ii. Önceden Tek yanlı Olarak Hazırlanması	17
iii. Birden Çok Benzer Sözleşmede Kullanılmak Amacıyla Hazırlanması	19
iv. Sözleşmenin Bir Tarafının Diğer Tarafına Sözleşmenin Kuruluşu Esnasında Sunması	22
F. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YARARLARI VE SAKINCALARI	23
i. Genel İşlem Koşullarının Yararları	23
ii. Genel İşlem Koşullarının Sakıncaları.....	24
G. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ ÇATIŞMASI.....	25
H. GENEL İŞLEM KOŞULLARI VE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİNE ETKİLERİ	26
İ. YASAL MEVZUATTA YER ALAN GENEL İŞLEM KOŞULU BENZERİ KAVRAMLAR.....	28
i. Haksız Şart	28
ii. Genel İş Koşulları.....	32
iii. Haksız Rekabet.....	34
J. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ KİŞİ, KONU VE ZAMAN BAKIMINDAN UYGULAMASI.....	37
i. Kişi Bakımından Genel İşlem Koşullarının Hükümlerinin Uygulanması.....	37
ii. Konu Bakımından Genel İşlem Koşullarının Uygulanması	40
iii. Zaman Bakımından Genel İşlem Koşullarının Uygulanması.....	42
2. BÖLÜM	45
GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ.....	45
A. GENEL ANLAMDA	45
i. Şeffaflık (Saydamlık) İlkesi	46

ii. TBK Öncesi Denetim	47
B. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ SÖZLEŞME İÇERİĞİNE DÂHİL OLMASI- YÜRÜRLÜK DENETİMİ	49
i. Yürürlük Denetimi ve Unsurları	49
ii. Yazılmamış Sayılma	54
C. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YORUMLANMASI- YORUM DENETİMİ.....	61
i. Genel Olarak	61
ii. Açık ve Anlaşılır Olmama.....	62
iii. Birden Çok Anlama Gelme	63
iv. Yorumda İzlenecek Yöntemler.....	63
3. BÖLÜM	65
GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İÇERİK DENETİMİ	65
A. GENEL ANLAMDA	65
B. İÇERİK DENETİMİNİN UNSURLARI	67
i. Denetlenen Koşullar Sözleşmeye Dâhil Hüküm Olması Gereklidir	67
ii. Denetlenen Koşullar Karşı Tarafın Aleyhine Veya Onun Durumunu Ağırlaştırıcı Nitelikte Olmalıdır	67
C. İÇERİK DENETİMİNİN ÖLÇÜTÜ OLARAK DÜRÜSTLÜK KURALI	67
D. İÇERİK DENETİMİNİN YAPTIRIMI VE SONUÇLARI	70
Hâkimin Boşluğu Doldurması (Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi)	71
E. İÇERİK DENETİMİNİN SINIRLARI	72
F. TBK 24. MADDE UYARINCA İÇERİK DENETİMİ.....	73
G. İDARİ SÖZLEŞMELERDE GENEL İŞLEM KOŞULLARI VE İÇERİK DENETİMİ 76	
i. İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri-İdari Sözleşme Ayrımı	76
ii. Sözleşme Öncesi Ve Sözleşme Sonrası Genel İşlem Koşulu Uygulamaları.....	79
iii. İdarenin Özel Hukuk Sözleşmelerinde İçerik Denetimi	80
H. İÇERİK DENETİMİNE KONU OLABİLECEK ÖRNEK DURUMLAR VE YARGITAY KARARLARI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ.....	85
i. Hâkime Takdir Yetkisi Tanıyan Koşullar	85
ii. Hâkime Takdir Yetkisi Tanımayan Koşullar	90
iii. Yetki Kaydının Sözleşmeye Eklenebilirlik Durumu	101
iv. Tahkim Kaydının Değerlendirilmesi	102
SONUÇ	104
KAYNAKÇA.....	107
ÖZET.....	127
ABSTRACT.....	127

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
AYM	: Anayasa Mahkemesi
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
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
İT�SBD.	: İstanbul Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İÜHFD.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KBİBB.	: Kazancı Biliřim İçtihat Bilgi Bankası
m.	: madde
MK.	: Medenî Kanun
M�HFHAD.	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
M�KoBGB.	: Münchener Kommentar zum BGB
No.	: Numara
RG.	: Resm� 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

TSHŞHY. : 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



GİRİŞ

Sanayi Devrimiyle birlikte sosyal ve ekonomik yaşamda büyük değişikler olmuş ve mal ve hizmet üretiminde kitleselleşme ihtiyacı ortaya çıkmıştır¹. Bu durumun sonucu olarak, yüzlerce kişiyle sözleşme yapılarak mal ve hizmet temin edilmesi sorunu gündeme gelmiştir. Kişilerle birebir anlaşmanın imkânsız hale gelmesi yeni bir hukuki kurumu meydana getirerek, sözleşmelerin standartlaştırılmasını, forma bağlanmasını zorunlu tutmuştur². Böylece genel işlem koşullarını kullanan girişimci karşısında müşterinin sözleşme özgürlüğü “ya al ya bırak” (take it or leave it) özgürlüğüne indirgenmiştir³.

¹ HAVUTÇU, Ayşe: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, (Güncel Yayınevi), İzmir 2003, s. 2.

² REHBINDER, Manfred, Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması, (Çev: TEOMAN, Ömer) Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan, İÜHFM. Özel Sayısı, C. XIII, S. 1-4, İstanbul 1977, s. 641; TEKİNALP, Ünal, Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları, Prof. Dr. Ernst E.HİRSCH’in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 125; BAHTİYAR, Mehmet, Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması, Yargı Dergisi, C. 22, Ocak Nisan 1996, S. 1-2, s.98; HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi 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.

³ SİRMEN, Lale, Genel İşlem Şartları Kavramı, İzmir Barosu Dergisi, Y: Eylül 2015 Sayı: 3, s. 212 vd. KONURALP, Haluk, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, 2. Bası, Ankara: Yetkin, 2009, s.63.

Günümüzde yaşanan sosyal ve ekonomik değişimler, kitlesel bir üretim zorunluluğu doğurmuştur. Bu durum sonucunda ferdi sözleşme modeliyle birlikte, “kitle sözleşmesi” veya “formüler sözleşme” olarak adlandırılan, yeni bir sözleşme biçimi oluşmuştur.⁴ Genel işlem koşullarını içeren özel hükümler yürürlüğe girmeden önce MK ve BK hükümleri uyarınca boşluk doldurulmuştur. Ayrıca genel işlem koşulları, iltihaki (katılmalı) sözleşmeler⁵ kapsamında değerlendirilip denetimi yapılmaktaydı⁶.

⁴ TBK Gerekçesi

⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05/04/1944 tarihli 4/12 sayılı içtihadı birleştirme kararında “iltihaki sözleşme idarece önceden birtakım şartlarla hazırlanan ve umuma yöneltilen icabın karşı taraf kabulüyle kurulan sözleşmelerdir. Özel hukukta karşılaşılan taşıma ve sigorta sözleşmeleri de aynı türden sözleşmelerdir.” şeklinde ifade edilmiş. Yine Yargıtay 4. HD. 1980/1671 E., 1980/3675 K., T. 20.03.1980 tarihli kararında “İdarenin objektif şartlarla ilan ettiği hizmetlerin yapılması için kendine düşeni yerene getiren kişi, bu hizmetlerden yeterince yararlanma hakkına haizdir. Belirli bir bedel karşılığında ve bazı şartlar altında yararlanan hizmetlerin genellik vasfı olmayıp, akdi bir niteliği vardır. Yukarıda da belirtildiği gibi kişilerin belirli şartlara uymak (intibak etmek) ve bir bedel vermek suretiyle faydalandığı bu tür sözleşmeler iltihaki sözleşmelerdir.” denilmiştir. bkz. HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi s. 14, ANTALYA, O. Gökhan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012, s.291-298.

⁶ Yargıtay 13. HD. 1996/1734E. , 1996/2495 K. sayılı ve T. 18.03.1996 tarihli kararında “ sözleşmenin 24. maddesi ile fiyat belirlemeye yönelik yetkinin davalıya bırakılması sözü edilen yasanın amir hükümlerine aykırı olduğu için, BK.nun 19. maddesi gereğince hükümsüzdür. O nedenle, sözleşmenin bu koşulu davacıyı hukuken bağlamaz ve onu doğalgaz satış fiyatları yönünden bir edim yükümü altına sokmaz. Yine Hukuk Devletinde; bir kurumun, yasaların emredici hükümlerini ihmal ederek, iltihaki sözleşmelere özgü avantajlardan yararlanmak suretiyle kendi yararına sözleşmeye hüküm koyması, yetki gasbı niteliğinde olup, MK.nun 2. maddesine aykırıdır. Bu tip girişimler hukuk düzenin ve genel hukuk duygusunun ağır şekilde zedelenmesine yol açar ve hukuki güven sarsılır.”

Bu sebeplerle de özel bir kanunun bulunmaması ülkemiz açısından önemli bir eksiklik ya da boşluk olarak değerlendirilmemiştir⁷.

Bu çalışmamızda genel işlem koşulları konusunda hukuki teşhis konulmaya çalışılacak devamında esaslı bir hukuki tahlil yapılarak, hukuki sonuca varılmaya çalışılacaktır⁸. Yöntem olarak Türk Borçlar Kanunu ile getirilen yenilikler ilgili mevzuat hükümleri ile beraber incelenecektir. Çalışmamız içerik denetimi ağırlıklı olacak ve idare hukuku kapsamında idarenin özel hukuk sözleşmelerine değinilecektir. Günümüzde genel işlem koşulları içermeyen sözleşme yapılmadığı da göz önüne alınarak tezimiz kapsamında detaylı inceleme yapılacaktır.

⁷ İŞGÜZAR, Hasan, Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara: Yetkin,2003, s.186.

⁸ HİRŞ Ernst E., Pratik Hukukta Metot, Ankara,2021, s. 63.

1. BÖLÜM

GENEL ANLAMDA GENEL İŞLEM KOŞULLARI

A. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ TARİHİ GELİŞİMİ

i. Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları

Genel işlem koşulları ilk olarak 14.03.2003 tarihli ve 4822 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrası 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6'ncı maddesinde yerini almış ve devamında 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 5'inci maddesinde de benzer bir düzenleme yapılmıştır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a dayanılarak çıkartılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkındaki Yönetmelik ile hukuki boşluklar doldurulmaya çalışılmıştır. 93/13 No'lu AB yönergesine paralel olarak gerçekleştirilen bu düzenlemeler daha çok tüketici hukukuyla sınırlı kalmıştır.

Bu nedenle, 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu ile "genel işlem koşulları" başlığı altında kanunun 20.- 25. maddelerinde altı madde halinde bu konu düzenlenmektedir. 6098 sayılı TBK öncesinde ise Yargı kararları ve doktrin görüşleri uyarınca genel işlem koşulları denetimi yapılmıştır.

Bahsi geçen yasal düzenlemelerde esasta aynı konuya yer vermekle beraber kavramsal olarak ayrıma gidilmiş ve bu durum terimsel farklılıklara sebebiyet vermiştir.

ii. Karşılaştırmalı Hukukta Genel İşlem Koşulları

Almanya’da; genel işlem koşulları, ilk olarak 01.04.1977 yürürlük tarihli Genel İşlem Şartlarının Düzenlenmesi Hakkında Yasa ile pozitif hukukta yerini bulmuştur. Alman hukukunda (genel işlem şartları) Allgemeine Geschäftsbedingungen ifadesi kullanılmaktadır. AB Direktifleri sonrası mevcut düzenlemelerde birtakım değişiklikler yapılmış, 31.12.2001 tarihinde ise bu düzenlemeler kaldırılmış ve genel işlem koşulları 01.01.2002 yürürlük tarihli yeni Alman Medeni Kanunu⁹ bünyesinde § 305 ve devamında düzenlenmiştir.

BGB. §. 305/(1)’de Allgemeine Geschäftsbedingungen ifadesinin tanımı yapılmıştır. Özel durumlarda ilişkilendirme koşulları 305 a paragrafında ve bireysel anlaşmaların önceliği 305 b paragrafında, şaşırtıcı ve birden çok anlama gelen şartlar 305 c paragrafında, genel işlem koşullarının sözleşmeye alınmaması ve geçersizliğin hukuki sonuçları 306’ncı paragrafında, kanuna karşı hile yasağı 306 a paragrafında içerik denetimi 307’nci paragrafında, yasak şartlar iki ayrı kategori olarak 308 ve 309’ncü paragraflarda, anılan hükümlerin uygulama alanı ise 310’ncü paragrafında düzenlenmiştir¹⁰.

İsviçre’de; genel işlem koşullarına ilişkin yasal düzenleme 19.12.1986 tarihli Haksız Rekabete Karşı Federal Kanunu’nun (UWG) 8. maddesinde düzenlenmiş olup, 1993 tarihli AB Direktifleri sonrasında 8.madde revize edilerek açık içerik denetim yolu

⁹ BGB: Bürgerliches Gesetzbuch

¹⁰ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 59.

da 8. maddeye eklenmiştir. UWG’de açık içerik denetimi sadece genel işlem koşulları niteliğindeki koşullar bakımından uygulama bulacaktır¹¹.

Hollanda’da; genel işlem koşulları için Algemene voorwaarden tabiri kullanılmış ve 01.01.1992 yılında yürürlüğe giren Hollanda Medeni Kanunu’nun (Burgerlijk Wetboek -BW - Stb. 1991, 600) m. 6:231-237 arasında detaylıca düzenlenmiştir. Kara liste ve gri liste şeklinde ikili bir ayrıma gidilerek külfetli, dayanılması zor, haksız şartları içeren durumlara değinilmiştir. Tacir ve tacir olmayanlar için farklı korumalar öngörülmüş, hâkim kararıyla iptal edilme hususuna yer verilmiştir¹².

Portekiz’de; Alman Hukukunda olduğu gibi kapsamlı bir yasa hazırlanmış ve 1986 yılında yürürlüğe girmiştir.

AB Hukukunda; 1980 yılında, Avrupa Komisyonunun desteği ile Danimarkalı bir hukukçu olan Ole LANDO başkanlığında bir Komisyon tarafından ¹³hazırlanan Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin “*Kuruluş Başlıklı Bölüm 2’de, 2:104, 2:209, 5: 103 ve 5:104*” maddelerinde “*Ayrı Müzakere Edilmeyen Koşullar*” denilerek genel işlem koşulları tanımlanmış, genel işlem koşullarının çelişkili olduğu durumuna ve genel işlem koşulları denetimine yer verilmiştir.

5 Nisan 1993 tarihli ve 93/13/EWG sayılı “Tüketici Sözleşmelerindeki Kötüye Kullanılabilecek Şartlara İlişkin Direktif”i ve Avrupa Konseyi tarafından Avrupa Parlamentosuna sunulan Avrupa sözleşme hukukuna yönelik “2003/C 63/01 sayılı eylem

¹¹ YAĞCIOĞLU, Ali Haydar, “Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8)”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER’e Armağan, 2013, s. 3067.

¹² <https://wetten.overheid.nl/BWBR0005289>.

¹³ DAYINDARLI, Kemal, “Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole LANDO İlkeleri”, Prof. Dr. Fikret EREN’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s.335 vd.

planının 4.2 maddesi” Türk Hukukundaki genel işlem koşulları düzenlemesinde etkili olmuştur.

Roma’da bulunan ve özel hukuk alanında milli hukuk sistemlerin birliğini sağlamaya yönelik çalışmaları olan “Unidroit (International Institute for the Unification of Private Law)” enstitüsü, 1994 yılında Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Genel İlkelerini¹⁴ yayınlamıştır. 2.1.19 ila 2.1.22 arasındaki hükümler genel işlem koşullarını içermektedir.¹⁵

B. GENEL İŞLEM KOŞULLARI KAVRAMI VE TANIMI

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 20. maddesinde “*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.*” denilerek genel işlem koşullarının tanımı yapılmıştır. Kanun gerekçesinde genel işlem koşulları çağımızın ihtiyaçları sebebiyle ortaya çıkmış bir hukuki müessese olarak görülmüştür. Ayrıca gerekçede genel işlem koşullarının kullanıldığı sözleşmelere de yer verilmektedir. Bu tip sözleşmeler “kitle sözleşme”, “katılmalı sözleşme” ya da “formüler sözleşme” olarak adlandırılmaktadır¹⁶. Genel işlem koşulları bir sözleşme türü olmayıp, sözleşme hükümleridir.

¹⁴ Principles of International Commercial Contracts

¹⁵ Maddelerin Türkçe çevirisi için ayrıca bkz. AYOĞLU, Tolga; Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, s.242-243

¹⁶ TBK Gerekçesi

Yukarıda yer alan “kitle sözleşmeleri”, “katılmalı sözleşmeler”, “formüler sözleşme” kavramları da doktrinde detaylıca açıklanmıştır.

Genel işlem koşulları terimi hukuk sistemimize çok sonradan girse de ekonomik ve sosyal hayatta yoğun bir şekilde kullanılmaktaydı. Bu sebeple; TBK 20. maddedeki tanımdan çok önce genel işlem koşulları doktrinde tanımlanmaktaydı. “Genel kayıtlar (umumî şartlar-Alman Medeni Kanunundaki Haliyle – Allgemeine Geschäftsbedingungen) adı verilen bu kayıtlar, akdin bir tarafının üçüncü kişilerle yapmayı tasarladığı aynı nevide ve çok sayıdaki akitlerin konusunu teşkil etmek üzere, önceden tespit ettiği birtakım kayıtlar”¹⁷; “gelecekte belirsiz sayıdaki kişilerle belirsiz sayıda yapılacak sözleşmelere temel olmak amacıyla müteşebbisin tek başına veya diğer müteşebbislerle beraber önceden hazırladığı genel ve soyut nitelikli bir takım kurallardır”¹⁸ ; “sözleşme taraflarından birinin, ileride kuracağı sözleşmelerde karşı akidine değiştirilmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle, önceden tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşulları”¹⁹; “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

¹⁷ TUNÇOMAĞ, Kenan; 1962 Yılında Yayınlanmış Borçlar Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları Üzerine Kısa İncelemeler, BATİDER, Y. 1964, C. II, s. 443.

¹⁸ SOYER, Polat; Genel İş Koşulları, İzmir, 1987,s.27.

¹⁹ ATAMER, Yeşim: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi , İstanbul 2001. Aynı yönde tanım için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 26.02.2016 tarihli 2014/13-855 E., 2016/187 K.” *Genel işlem şartları, sözleşme taraflarından birinin, ileride kuracağı sözleşmelerde karşı âkidine değiştirmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle, önceden, tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşullarıdır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, genel işlem şartlarının varlığını kabul edebilmek için bazı unsurların gerçekleşmiş olması aranır. “*

sözleşmenin içeriğine dâhil olmasını istediği sözleşme koşulları”²⁰ yapılan tanımlardan birkaçıdır.

BGB. §. 305 'de ise 09.12.1976 tarihli yasadaki madde aynen alınarak; *“sözleşmenin bir tarafının diğer tarafına, sözleşmenin kuruluşu sırasında sunduğu, çok sayıda sözleşme için önceden formüle edilmiş sözleşme şartlarıdır.”* şeklinde tanımlanmıştır²¹. TBK hükmündeki tanımın Alman Medeni Kanunu’ndan etkilenmekte olduğu görülmektedir.

Unidroit Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Genel İlkelerinin 2.1.19 (2) hükmünde genel işlem koşulları *“bir tarafça, sözleşmenin kurulmasından önce, o tür işlemler için süreklilik arz edecek genel bir kullanım amacıyla hazırlanan ve diğer taraf ile müzakere edilmeksizin sözleşmeye dâhil edilen hükümler”* olarak tanımlanmıştır.

Doktrindeki ve Alman Medeni Kanunundaki tanımlarla TBK 20. madde her ne kadar benzer görünse de madde lafzı incelendiğinde farklılıklar ortaya çıkmaktadır.

Bütün tanımlardan yola çıkarak genel işlem koşullarına *“sözleşme taraflarından birinin, karşı tarafa sunduğu, gelecekte yapılacak çok sayıda sözleşmede kullanma niyetiyle sözleşmeden önce hazırlanmış ve tartışmaya açık olmayan sözleşme koşullarıdır.”* demek mümkündür.

²⁰ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 74.

²¹ 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.”

C. GENEL İŞLEM KOŞULLARI TERİNOLOJİSİ

Genel işlem koşulları doktrinde “*genel işlem şartları*” olarak incelenmiş ve TBK yürürlüğe girdikten sonra dahi “*koşul*” kavramı kabul görmeyerek “*şart*” terimi kullanılmaya devam etmiştir²². TBK metni incelendiğinde kanun koyucunun “*şart*” ve “*koşul*” terimlerini beraber kullanıldığını görmekteyiz. Genel işlem koşulları, karar metinlerinde bile genel işlem şartı olarak geçebilmektedir²³.

TBK maddelerinde yer yer²⁴ “*şart*” terimine yer verilse de bu maddelerde bulunan “*şart*” kavramından sözleşmenin hükmü olacak madde anlaşılmamaktadır. TBK koşul kavramını kullanırken, TTK²⁵ da şart kavramı kullanılmaktadır.

²² YELMEN, Adem, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları, 2014, Ankara, s.39; HAVUTÇU, Ayşe, İzmir Barosu Dergisi Yıl: Eylül 2015 Sayı: 3, Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İle İlişkilendirilmesinde Düzenleyen (GİŞ Kullanan) İçin Getirilen Külfetler s.241.

²³ Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 26.02.2016 tarihli 2014/13-855 E., 2016/187 K. sayılı kararı : “*Genel işlem şartları, sözleşme taraflarından birinin, ileride kuracağı sözleşmelerde karşı âkidine değiştirmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle, önceden, tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşullarıdır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, genel işlem şartlarının varlığını kabul edebilmek için bazı unsurların gerçekleşmiş olması aranır. Genel işlem şartları kural olarak bir sözleşmenin içeriğini düzenlemek üzere hazırlanırlar ve bu faaliyet tek taraflı olarak sözleşmenin kurulmasından önce gerçekleşir. Amaç, birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılacak şartları saptamak ve bunları karşı âkidin müdahalesine imkan tanımadan bir kül olarak sözleşmeye dahil etmektir. Bu şartların nasıl hazırlandığı, kağıda dökülüp dökülmediği, yazı türü, metnin sözleşme metnine dahil olup olmadığı gibi hususlar genel işlem şartı nitelendirmesi açısından önem taşımaz. Genel işlem şartlarının varlığını kabul edebilmek için karşı âkidin bunların içeriğine etki edememiş olması gerekir.*”

²⁴ TBK 117/II, 237/II, 263/II, 405/I, 406/III, 420/II, 583/I, 584/I ve 637/I maddeleri.

²⁵ Örneğin; TTK 55. ve TTK 854.madde.

Bu durum kuşkusuz ki kavram karmaşasına sebebiyet vermekte olup, her ne kadar doktrinde *genel işlem şartları* olarak yer alsada bu çalışmamızda kanun lafzından yola çıkarak *genel işlem koşulları* terimi kullanılarak devam edilecektir.

D. HUKUKİ NİTELİK AÇISINDAN

Doktrinde genel işlem koşullarının hukuki niteliği hakkında genel bir görüş birliği bulunduğu savunulabilir. Yine de 3 teörinin tanımı ve kısaca açıklanması konuyu aydınlatmak açısından önem arz etmektedir.

Norm teorisi; genel işlem koşullarının uygulanmaya başlandığı ilk zamanlar Alman Mahkeme kararı uyarınca kabul görmüş olan teoridir. Genel işlem koşulları bazı yazarlarca; “Ekonominin yarattığı hukuk”²⁶ olarak tanımlanmış ve tarafların anlaşması çoğu zaman mevcut hukuk kapsamında ele alınabildiğinden²⁷ bahisle genel işlem koşulları adeta norm niteliğinde görölmüştür. Bu teoriye getirilen en yoğun eleştiri girişimcinin kendi menfaatini gözeterek, hakkaniyete uygun ve objektif değerlerden yoksun olma ihtimalidir²⁸. Ayrıca bu hükümler sadece tarafları bağlar, bir üçüncü kişiyi

²⁶ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi s.95 dipnotu GROSSMAN-DOERT, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, Freiburg 1933, s.6 vd.

²⁷ 30 Ocak 1941 tarihli Alman İmparatorluk Mahkemesi kararı, metinler için bkz., ATAMER, Denetleme, s.77-78., HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s.95-96

²⁸ AKMAN, G. Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, s. 89; BAHTİYAR, Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması, s. 87., TEKİNAY, Selâhattin, Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla Borçlar Hukuku, Cilt I, Beşinci Baskı, İstanbul 1985, s.157.

bağlamadığından norm teorisini kabul etmek zordur²⁹. Nitekim bu görüş İsviçre-Türk hukukunda eleştirilmiştir.

Örf adet teamül teorisi; İsviçre hukukunda, genel işlem koşullarının bağlayıcılığını açıklarken bazı durumlarda örf ve adet görüşüne yer verilmiştir. Fakat genel işlem koşullarının bağlayıcılığı için örf ve adet -teamül görüşüyle açıklanamamaktadır. Zira uzun zamandan beri kullanılır olma, aynı inancın herkeste yerleşmiş olması, herkesin bu koşullara uyma yükümlülüğünün olması durumları genel işlem koşullarında mevcut değildir. Ayrıca sadece uygulamanın varlığı ve bunun bilinmesi, uygulamaya bağlayıcılık kazandırmaz³⁰.

Sözleşme teorisi; günümüzde neredeyse oybirliğince kabul gören görüştür³¹. Kanaatimizce de genel işlem koşullarının bağlayıcılık kazanması tarafların anlaşması ve

²⁹ REHBINDER/TEOMAN, s.648. EREN, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012, s.218.

³⁰ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s.102.

³¹ ATAMER, Karşılaştırma, s. 26-30, s.104; KUNTALP, Erden, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 8 Nisan 2011,s.94-95; SİRMEN, Lale “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, (Ankara, 8 Nisan, 2011), Ankara s.115; AKİPEK ÖCAL, Şebnem, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Konu Bakımından Uygulama Alanı”, İzmir Barosu Dergisi, S. 3, 2015, s.196; ANTALYA, s. 303; AÇIKGÖZ, Osman, Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, (Yayımlanmış Doktora Tezi), İstanbul 2012, s. 217.;AYDOĞDU, Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, Ankara 2014, s.88-89; ZAPATA, Tan Tahsin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s.104; TOPÇUOĞLU, Metin, “Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlali ve Sonuçları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Y. 2015, Sayı 4, s. 21; EREN, s.218.

bu hükümlerin sözleşmeye dâhil olmasıyla gerçekleşmektedir. Sözleşmeye dâhil olmayan genel işlem koşulları taraflar için bir anlam ifade etmemektedir. Bu görüşün sonucu olarak genel işlem koşullarının ilişkilendirme anlaşması ile sözleşmenin içeriğine dâhil olduğundan bahsedilebilir³².

E. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ UNSURLARI

TBK 20. maddedeki tanımda ve doktrinde yer alan diğer tanımlarla TBK gerekçesi birlikte incelendiğinde genel işlem koşullarını oluşturan unsurlar görülmektedir. Fakat unsurların içeriği doktrindeki görüşler uyarınca farklılık ihtiva etmektedir. Atamer’e göre bu ayrım; “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 dâhil edilmek niyetiyle karşı akide sunulmaları” olarak yapılırken³³ ;

Havutçu’ya göre “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”³⁴ olarak;

Eren’ göre “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

³² YELMEN, s. 83-85.

³³ ATAMER, Denetleme, s. 62vd.

³⁴ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 74 vd.

kurulan sözleşmenin kapsamı içinde yer alan genel hükümler arasında bulunurlar.”³⁵
Olarak dört ana başlık içinde belirtilmiş.

Başka bir görüşe göre ise 5 unsurdan bahsedilerek; “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 unsurlara ayrılmıştır³⁶.

Bizim de katıldığımız görüş uyarınca; TBK 20/1 ‘e göre, Genel işlem koşullarının dört ana unsurdan oluştuğunu belirtmek mümkündür.³⁷

i. Sözleşmenin Hükümlerinden Olması

Genel işlem koşulları sözleşmenin içeriğine dâhil olmalarıyla beraber bağlayıcılık kazanırlar. Bu sözleşmenin hangi tür bir sözleşme olduğu önem arz etmemektedir³⁸. Bu

³⁵ EREN, s. 218 vd.

³⁶ YAVUZ, Selçuk, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Şartlar, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2007, s. 35 vd.

³⁷ YELMEN, s.51 vd.

³⁸ ATAMER, Denetleme, s. 55vd.

sözleşme formüler sözleşme³⁹, kitle sözleşme⁴⁰, tip sözleşme⁴¹ standart sözleşme⁴² veya bir çerçeve sözleşme⁴³ de olabilmektedir. Bu sözleşme kavramları gerekçede aynı anlamda kullanılsa da özünde çeşitli farklılıklar ihtiva edebilmektedir⁴⁴. Genel işlem

³⁹ AYRANCI, s. 276; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 203; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem, Sözleşme, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 232; EREN, s. 218; ANTALYA, s. 286.

⁴⁰ AYRANCI, s. 276; EREN, s. 218; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ve Diğerleri, s. 232; HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 13; KOÇ, Nevzat; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Legal Yayıncılık, 2011, s. 80; ÖZEL, Tasarı, s. 155

⁴¹ EREN, s. 218; ANTALYA, 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; 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.

⁴² SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s. 208; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ve Diğerleri, s. 232; ANTALYA, s. 285. Bkz Yargıtay kararlarındaki tanım *“Standard sözleşmeler, içeriğini kısmen veya tamamen genel işlem şartlarının oluşturduğu, tarafların karşılıklı müzakereleri sonucu değil, aksine, taraflardan biri veya üçüncü kişi tarafından önceden hazırlanmış hükümlerin kullanıldığı sözleşme tipidir.”* (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 02/09/2013 tarihli ve 2013/ 22232 E. 2013 / 20552 K.sayılı 03/12/2013 tarihli ve 2013/ 28578 E. 2013 / 30187 K. Sayılı, 26/05/2014 tarihli ve 2014/ 16149 E. 2014 / 16413 K. Sayılı kararları)

⁴³ AYRANCI, s. 132; AYDIN, Sema; Alım Satım Aracılık Çerçeve Sözleşmelerinde Yer Alan Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, YÜHFD., C. V, S. 1, Y. 2008, s. 101.

⁴⁴ Bkz.TBK Gerekçesi ” *İşte, önceden hazırlanan tipik sözleşme koşulları için genel işlem koşulları terimi kullanılmakta; bu tip sözleşmelere “kitle sözleşme”, “katılmalı sözleşme” ya da “formüler sözleşme” denilmektedir. Kitlelere, yığınlara yönelik bu sözleşmelerde,*

koşulları içeren sözleşme birden çok hükümden oluşabileceği gibi tek hükümden de oluşabilir. Örneğin; alışveriş yapılan yerlerde kasa arkasında yer alan iade kabul edilemez yazısı, bazı ürünlerin değişiminin yapılamayacağına dair kayıtlar ve vestiyerlerde⁴⁵ yer alan hırsızlık durumunda sorumlu olunamayacağına dair yazılar da genel işlem koşulları sayılmalıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki; otoparklarda yer alan hırsızlık durumlarında sorumlu olunmayacağına dair yazılar ise TBK 579. maddede ve TBK öncesinde de Yargıtay kararlarınca hukuka uygun bulunmamıştır⁴⁶.

sözleşmenin kurulması ile ilgili görüşmeler ve pazarlıklar yapılması söz konusu değildir. Hatta çoğu zaman fiyat konusu bile, tarifelerle belirlenmekte ve pazarlık dışı bırakılmaktadır. Girişimci karşısında diğer sözleşen, ya karşı tarafın koşulları içinde sözleşmeyi kuracak ya da söz konusu sözleşmenin içerdiği edim ya da hizmetten yararlanmayacaktır. Başka bir ifadeyle, sözleşmenin diğer tarafını oluşturan birey, önüne hazır getirilen metin karşısında “evet” ya da “hayır” diyebilecek, “evet, ama” seçeneğinden yoksun olacaktır.” Bkz. HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s.14-15.

⁴⁵ ATAMER, Denetleme, s. 73, OĞUZ, Cemal, Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 1993, s.13.

⁴⁶ Yargıtay 7.HD., 20.11.2007, 2007/4601E. 2007/4310K. Sayılı kararında “Aracın çalındığı otopark yerinin alışveriş merkezini işleten davalı şirket tarafından “C. Açık Otoparkı” olarak levhalarla gösterildiği, araçların park edeceği yerlerin çizgilerle işaretlendiği, güvenlik kameraları ile de izlenen otoparkın güvenliğinin davalı şirket tarafından sağlandığı, idaresinin de davalı şirkete ait olduğu dikkate alındığında davalı şirketin alışveriş için alışveriş merkezine gelecek müşterilerine yapacakları alışveriş karşılığında ek bir hizmet olarak otopark hizmeti de vereceği ve otoparka park edilecek araçları koruyacağı konusunda güven verdiği, bu yolla müşteri potansiyelini artırmayı amaçladığı kuşkusuzdur. Bu olgu dikkate alındığında alışveriş merkezine gelen ve aracını alışveriş Merkezinin eklentisi durumundaki otoparka park ederek alışveriş yapan müşterilerle davalı şirket arasında alım satım ve saklama sözleşmelerinin karmaşığı bir karma sözleşme ilişkisi kurulduğunun, davalı şirketin bu sözleşme gereğince alışveriş merkezine gelerek aracını otoparka parkeden müşterilerinin çıkarlarını koruma yükümünü de üstlendiğinin kabul edilmesi gerekir. Otopark hizmetinin

Genel işlem koşulları sözleşmenin içeriğinde olabileceği gibi ek olarak da yer alabilir. Örneğin; Kredi sözleşmelerinde genel işlem koşulları ekseriyetle sözleşme eki olarak yer almaktadır. Bu durumun koşulların niteliğini değiştirmede TBK 20. madde de “*Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirilmede önem taşımaz.*” denilerek açıkça belirtilmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki; genel işlem koşullarının yazılı olması bir geçerlilik şartı olmayıp, nadiren de olsa sözlü olarak yer alması söz konusu edilebilir. Bahsi geçen koşulların temsilcilere ezberletilip müşterilere karşı sözleşme yaparken kullanılması ve şart olarak öne sürülmesi halinde genel işlem koşullarının var olduğu değerlendirilebilir ⁴⁷.

Ayrıca sözleşme hükümlerinde genel işlem koşullarının tartışıldığına dair ibarenin yer alması tek başına bu hükümlerin genel işlem koşulu olmadığına bir delil sayılmamaktadır. Bu durum TBK 20/3 uyarınca “*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.*” denilmek suretiyle kötüye kullanım durumları engellenmiştir.

alışveriş merkezine gelecek müşterilere yapacakları alışveriş karşılığı sağlanan ek bir hizmet olduğu gözetildiğinde davalı şirketin otoparkı ayrıca bir ücret olarak işletmemesinin, otoparkın kapalı olmamasının, ya da otoparka müşteriler dışında başka kişilerin de girmesine göz yummasının davada sonucu etkisi bulunmamaktadır. Kaldı ki fiil ve davranışları ile alışveriş merkezine gelecek müşterilerine yapacakları alışveriş karşılığında ek bir hizmet olarak otopark hizmeti de vereceği ve otoparka park edilecek araçları koruyacağı konusunda izlenim yaratan ve güven veren davalı şirketin otoparkı işletmediğini, otoparkın güvenliğinden de sorumlu olmadığını öne sürmesinin Türk Medenî Kanunu’nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kurallarına aykırı olacağı da kuşkusuzdur.” Benzer yönde bkz. 13.HD.,17.10.2005, 2005/8367E. 2005/15280K.; 13.HD., 27.2.2004, 2003/ 1130 E., 2004/2306 K.

⁴⁷ (SİRMEN, s.216 dip notu) BASEDOW, § 305, N. 32, not: 109; WOLF/NEUNER, § 47, N. 10, 11; YAVUZ, s. 73, ATAMER, Denetleme,s. 65.

Hangi konularda, genel işlem koşullarının düzenlenebileceği konusu tartışmaya açık olmakla beraber, TBK 27. maddede yer alan “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” hükmü uyarınca genel işlem koşullarının emredici hükümlere aykırı olamayacağı barızdır. Bu sebeple emredici hüküm alanı dışındaki tamamlayıcı hükümler ve yorumlayıcı hükümleri içeren alanda düzenlemeler yapılacaktır.

ii. Önceden Tek yanlı Olarak Hazırlanması

Genel işlem koşulları; bir tarafça önceden, tek yanlı olarak belirlenir ve karşı tarafa sadece bu koşulları ihtiva eden sözleşmeyi kabul edip etmeme yönünde bir özgürlük tanınır. Bu sebeple bu sözleşmeler “Take it or leave it”⁴⁸ (ya al ya bırak) olarak belirtilir. Müzakere edilmemiş olma durumunun ispatı ancak emare yoluyla yapılabilecektir⁴⁹.

Çok sayıda kişi için önceden hazırlanması kullanan/düzenleyen taraf açısından zaman bakımından avantaj sağlamakta olup, bu durum genel işlem koşullarının temel misyonlarından biridir.

Kanun metninde her ne kadar “*tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu*” denilse de genel işlem koşullarını sunan tarafın, bu koşulları kendisince kaleme alınması zorunluluğu anlaşılmamalıdır. Hatta muhakkak bu metni düzenleyen kişi dahi olması

⁴⁸ GÜNGÖR, Gülin, Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, s.40; bkz.TBK Gerekçesi; ayrıca Amerikan Hukukunda; genel işlem koşullarını ihtiva eden sözleşmeler için “take it or leave it” kavramıyla beraber “ standard form contracts (SFCs)” kalıbı da kullanılmaktadır. Bkz. Becher, Asymmetric Information in Consumer Contracts: The Challenge That Is Yet to be Met, s.2vd.

⁴⁹ ATALAY, Oğuz, “Genel İşlem Şartlarında İspat Hukukuna İlişkin Meseleler” İzmir Barosu Dergisi, S. 3, 2015, s.490.

gerekmez⁵⁰. Bu koşulları bir avukatın hazırlaması durumunda da genel işlem koşulu olma niteliğini kaybetmeyecektir. Fakat tarafların birlikte davranarak, bir avukata hazırlatması durumunda elbette ki sözleşme koşullarının niteliği genel işlem koşulu olmaktan çıkabilecektir. Yine tarafların anlaşarak üçüncü kurumlarca hazırlanan şartları kullanması halinde sözleşme hükümleri genel işlem koşulu olmaktan çıkacaktır. Çünkü taraflar üçüncü bir kişi huzurunda sözleşmeye etki bağlamında eşit durumdadır⁵¹. Ancak bazı durumlarda avukatların ve noterlerin rol dışı davranarak taraflardan birinin temsilcisi gibi davranabileceği de göz önünde bulundurularak somut olayın özellikleri dikkate alınarak hüküm verilmesi gerekmektedir.

Yine bu koşullar üçüncü bir kişi tarafından (örneğin bir birlik⁵² tarafından ya da formüler kitaplarında) tavsiye edilseler ve birden fazla olay için düşünülmüş olsalar bile, kullanılmaları genel işlem koşulları hükümlerine tabi olacaktır⁵³. Nitekim 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu 11/1 maddesi hükmünde sigorta genel koşullarının Hazine Müsteşarlığı tarafından hazırlanması ve bunların bütün sigorta şirketleri tarafından

⁵⁰ ATAMER, Karşılaştırma, s.15; OĞUZMAN, M. Kemal, /ÖZ, Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2013, s. 162; ULUSAN Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi, http://www.iku.edu.tr/TR/iku_gunce/GuncHukuk_Yeni_Sayilar/HukukC3_Sayi_1_2/HukukC3Sayi12_27.pdf, s. 28; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ve Diğerleri, s. 233; ALTOP, Atilla, Genel İşlem Koşulları, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler Tebliğler, İstanbul 2012, s. 36. ; SUNGURBEY, İsmet, Türkiye’de Bankaların İçyüzü, Çorlu 1994, s. 15.

⁵¹ ATAMER, Karşılaştırma, s.18.

⁵² Örneğin; bazı baroların internet sitelerinde yayınlanan Avukatlık Sözleşmeleri gibi.

⁵³ REHBINDER, s. 647.

kullanımının zorunlu olması bu hükümlerin daha sonra genel işlem koşulları hükümlerince denetimini engellememektedir⁵⁴.

TBK 20/4 maddesine göre “*genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.*” denilerek 5684 sayılı yasa hükmü ile paralellik sağlanmıştır. TBK 20/IV hükmünde hiçbir istisnaya yer verilmezken Alman Medeni Kanunu BGB. §. 310/ II de kamu kurumlarının görmüş oldukları hizmetler dolayısıyla hazırladıkları sözleşmelerde yer alan kayıtların, genel işlem koşulları niteliğinde kabul edilebilmesi için, bunlara ilişkin olarak Yönetmelik hükümlerinden sapan kayıtlar içermesi şartı aranmıştır.

Olaydaki durumun özelliği, tamamlayıcı kanun hükümlerinin iki tarafın serbestçe görüşüp anlaşması değil, içlerinden birinin bir taraflı iradesi ile değiştirilmesi ve diğer tarafın da bu değişiklikleri ister istemez blok halinde kabul etmek mecburiyetinde kalmasıdır⁵⁵. Bu sebeple genel işlem koşulları denetimi önem arz etmektedir.

iii. Birden Çok Benzer Sözleşmede Kullanılmak Amacıyla Hazırlanması

TBK metninde “*ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla*” denilerek genel işlem koşullarını içeren sözleşmelerin birden çok kullanımı niyetinin olması yeterli görülmüştür⁵⁶. Mevzu alınan Alman Medeni Kanununun BGB. §. 310/III-b.2 maddesinde ise tüketici sözleşmelerindeki genel işlem koşulları için bir defalık kullanım yeterli görülürken, diğer genel işlem koşullarının en az üç defa kullanılmış olması gerektiği belirtilmiştir.

⁵⁴ KENDER, Rayegan, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2017, s.180 vd.

⁵⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ve Diğerleri., s. 227.

⁵⁶ KOÇ, s.90, AÇIKGÖZ, s.198.

AB Direktifinde ise birden çok kez kullanma fiili de birden çok kez kullanma gayesi de zorunlu unsur olarak görülmemiştir; bu koşulların tek yanlı belirlenmesi ve kaşı tarafça pazarlık yapılmaması genel işlem koşulları kriteri için yeterli görülmüştür. Yine TKHK da birden çok kullanma gayesi zorunlu bir unsur olarak görülmemiştir. Doktrinde bazı yazarlarca da ileride çok sayıda kullanma amacının olmasının Alman doktrinine sonradan dâhil olduğu belirtilmiş⁵⁷, hatta bir görüşe göre ileride çok sayıda kullanma amacı zorunlu unsur olarak kabul edilmemiştir⁵⁸.

Gerçekten de genel işlem koşullarının tarihsel gelişimi ve hukuk dünyasına giriş amacı değerlendirildiğinde, genel işlem koşullarının en azından çok sayıda kullanılması amacını taşımasının zorunlu olduğu kanaatindeyiz.

Örneğin; hazır sözleşme üzerinden tek evini kiralayan ev sahibi, bu durumda matbu olan sözleşme genel işlem koşulları çerçevesinde değerlendirilmesi konusunda hâkim görüş vardır⁵⁹. Matbu olarak sunulan bu sözleşmelerin koşullarının genel işlem koşulu olmasıyla beraber; kanaatimizce, ev sahibinin başka kiracılarla da aynı sözleşmeyi imzalama niyetinin olup, olmadığı hususunun araştırılması ve ileride çok sayıda sözleşmede kullanma niyeti varsa genel işlem koşulları hükmünün uygulanması gerekmektedir. Aksi halde TBK genel hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündeki kanaate katılmaktayız⁶⁰.

⁵⁷ SUNGURBEY, s. 15.

⁵⁸ KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış 6. Bası, Ankara 2012, s. 113.

⁵⁹ Basedow, § 305, (SİRMEN dip notu s. 219) N. 19; ATAMER, Denetleme, s.67; HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 82. Aksi yönde görüş için bkz. AKMAN, Sorumsuzluk, s. 87, 88; BAHTİYAR, Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması, s. 102.

⁶⁰ ATAMER, Denetleme, s. 68- 69.

İleride birden çok sözleşmede kullanma amacının olması genel işlem koşullarının genel ve soyut nitelikte olması sonucunu doğurmaktadır. Her ne kadar TBK gerekçesinde genel işlem koşullarının niteliği olarak belirtilse de soyut ve genel olma TBK madde hükümlerinde yer almamaktadır⁶¹. Alman Hukukunda da genel ve soyut olma madde metninde açıkça yer almamaktadır⁶².

Maddenin genel olması, taraf bilgisine sahip olmadan sözleşmenin hazırlanması olarak ifade edilmektedir. Sözleşmede zaman ve mekân açısından belirsizlik bulunması durumu ise sözleşmenin soyut olması olarak tanımlanmaktadır⁶³.

TBK m.20/2 de “*Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metnlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.*” denilmek suretiyle ileride çok sayıda kullanılan genel işlem koşulları metninin birebir aynı olması gerekmediği belirtilmiş ve böylece kanunu dolanma gibi kötü niyetli uygulamaların önüne geçilmiştir⁶⁴.

⁶¹ TBK 20-25.madde gerekçesi” *Bankalar, sigorta şirketleri, seyahat ve taşıma işletmeleri, dayanıklı tüketim malları üretimi ve pazarlaması yapan teşebbüsler, bireysel sözleşmelerin kurulmasından önce, soyut olarak tek yanlı kaleme alınmış sözleşme koşulları hazırlamakta ve bunlarla gelecekte kurulacak belirsiz sayıda, fakat aynı şekil ve tipteki hukukî işlemleri düzenlemektedirler.*”

⁶² 1.1.2002 tarihli Alman Medeni Kanununun 305. maddesine göre, “*Genel işlem şartları, bir sözleşmenin (bunları kullananın) diğer sözleşene sözleşmenin kuruluşunda sunduğu, çok sayıdaki sözleşmeler için önceden formüle edilmiş sözleşme şartlarıdır.*”

⁶³ SOYER, s. 10; OĞUZ, s. 12; BAHTİYAR, Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması, s. 81., HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi s. 80., Atamer, Denetleme, s.65.

⁶⁴ ULUSAN, İlhan; Türk Borçlar Kanunu’ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler, Prof. Dr. Mustafa DURAL’a Armağan, İstanbul 2013, s. 1223.

iv. Sözleşmenin Bir Tarafının Diğer Tarafına Sözleşmenin Kuruluşu Esnasında Sunması

TBK 20. maddede genel işlem koşulları tanımı yapılırken “*sözleşme yapılırken*” sunulması esas alınmıştır. TBK uyarınca, “*sözleşme yapılırken*” ifadesinin sözleşmenin kuruluşu sırasında olarak anlaşılmalıdır⁶⁵. Bu nedenle sözleşmeden sonra eklenen koşullar sözleşme içeriğine dâhil olamayacaktır. Bu durumda sözleşme sonrası verilen makbuz, fiş, bilet ve otobüs biletlerinde⁶⁶ yazan kayıtların sözleşmeye dâhil olmadığından bahsedilebilmektedir⁶⁷. Bu koşulların yeni bir öneri sayılması gerektiği kanaatindeyiz.

Sözleşme maddelerinin hazırlanma koşulları ve tarafların mesleki durumları, sözleşmenin genel işlem koşulu niteliğini etkilemez⁶⁸. Alman Medeni Kanunu §305 paragrafı ile aynı hükümleri ihtiva eden TBK 20. maddesinde “*Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.*” denilerek kanunun dolanılması ihtimalinin önüne geçilmiştir.

TBK 20. maddede genel işlem koşulları yapılırken sözleşmeyi sunan taraf için “*düzenleyen*” ifadesi kullanılmış ve devamında “*hazırlayarak*” ifadesine yer verilmiştir. Bu durum sözleşmenin sunan tarafça bizzat hazırlanması zorunluluğu gibi görülmesi sorununa yol açmıştır. Bu durum doktrinde de eleştirilmiş ve kanundaki ifade yerine

⁶⁵ YELMEN, s.59.

⁶⁶ Taşıma işlerinde TTK 854.maddede özel bir hüküm öngörülmüştür: “*Kanunun taşıyıcıya, taşıma işleri komisyoncusuna ve faaliyetleri Devlet iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği sorumlulukların önceden hafifletilmesi veya kaldırılması sonucunu doğuran tüm sözleşme hükümleri geçersizdir. Bu hükümlerin işletme tüzüklerinde genel işlem şartlarında, biletlerde, tarifelerde veya benzer diğer belgelerde öngörülmüş olmaları halinde de hüküm aynıdır.*”

⁶⁷ ATAMER, Denetleme, s. 90-91, HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 125-127.

⁶⁸ ATAMER, Karşılaştırma, s. 12; BAŞ, s. 280

“kullanan” ifadesinin kullanılması uygun görülmüştür⁶⁹. Her ne kadar haklı bir eleştiri olsa da, kanunla anlam bütünlüğü sağlanması açısından, bu çalışmamızın devamında genel işlem koşullarını “kullanan” taraf için “düzenleyen” ifadesi kullanılacaktır. “düzenleyen” ifadesi yerine “uygulayıcı” ifadesinin kullanılması yönündeki eleştiriye katılmak ise mümkün değildir.⁷⁰ Zira “uygulayıcı” teriminin daha çok hâkim ve yargıçları anımsatmakta olduğu kanaatindeyiz.

F. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YARARLARI VE SAKINCALARI

i. Genel İşlem Koşullarının Yararları

Genel işlem koşulları standardizasyon ve rasyonalizasyon⁷¹ sağlamaktadır. Tek tek anlaşma yapmaktansa aynı hükümleri içeren hazır sözleşmeleri kullanmak elbette ki zaman kazancı da sağlamaktadır⁷². Ayrıca tüm koşullar uzmanlarca değerlendirilip

⁶⁹ Bkz. Arıkan, Mustafa, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, İstanbul 2011, s. 64 vd., HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 76; ALTOP, Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Reyegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 255; OĞUZMAN/ÖZ, s. 163; ANTALYA, s. 300.

⁷⁰ CAMCI, Sinem; Genel İşlem Koşulları Yüksek Lisans Tezi İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2014, s.8.

⁷¹ BAHTİYAR, Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması s.82-83; BAYKAN, Yorum-Eleştiri-Öneri s.166; AKMAN Sorumsuzluk, s.90-91.

⁷² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ve Diğerleri, s. 228; EREN, s. 215; HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi. s. 5-6; ÖZEL, Tasarı, s. 155.

sözleşme hükümlerine eklenmesi ve boşlukların giderilmesi uzmanlaşmayı sağlamaktadır⁷³.

Her ne kadar genel işlem koşulları bir tarafı güçsüz duruma düşürse de karşı taraf için, temelde yatan yararları da bulunmaktadır. İlk olarak karşı taraf, görüşme aşamasının kısa sürmesi nedeniyle, aynı düzenleyen taraf gibi zamandan tasarruf yapmaktadır. İkinci olarak; önüne konulan genel işlem koşullarını ihtiva eden sözleşmenin, herkese uygulanan koşulları içerdiğinden emin olması sebebiyle kendini hukuki olarak güvende hisseder. Genel işlem koşullarının uzmanlarca hazırlanarak kanundaki boşlukların doldurulması⁷⁴ da hukuki belirliliği ve öngörülebilirliği sağlamaktadır. Ayrıca karşı taraf, genel işlem koşulları içeren sözleşmeleri karşılaştırma ve kendine en uygununu seçme imkânına da sahip olur.

ii. Genel İşlem Koşullarının Sakıncaları

Sözleşmeyi sunan taraf açısından -kendi aleyhine şartlar koymayacağını kabul edersek- sakıncaları TBK hükümlerinde yer alan hususlardır. TBK 21. ve 24. maddelerde yazılmamış sayılma hususu yer alırken TBK 22. maddede yazılmamış olsa bile sözleşmenin diğer hükümlerinin uygulanmaya devam edileceği ve yazılmamış sayılan hususların olması sebebiyle sözleşmeden dönülemeyeceği yer almaktadır. TBK 23. maddede ise düzenleyen aleyhine yorum hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca TBK 25. maddede yer alan içerik denetimi de emredici niteliktedir. Bu hususlar düzenleyen açısından sakıncaları oluşturmaktadır.

Sözleşmenin karşı tarafı açısından ise durum daha sakıncalıdır. Karşı taraf hiçbir pazarlık etme veya görüş bildirme hakkına sahip değildir. TBK gerekçesinde de

⁷³ Bkz. Uzmanlaştırma fonksiyonu. KILIÇOĞLU, s. 123-128.

⁷⁴ REHBINDER, s. 642; TEKİNALP, s. 126; AKİPEK ÖCAL, GİK,s.199-200,

değildir, üzere *evet ama* deme hakkı yoktur. Ayrıca; “a) Tüketici zaman baskısı altındadır, sözleşmeyi genelde okumaz, b) Sözleşmeler çok defa teknik dille yazıldıklarından, tüketici okusa da bir şey anlayamaz, c) Matbu sözleşme metinlerini tüketici uyulması zorunlu şartlarmış gibi algılar, ç) Tüketici için çoğu kez farklı bir alternatif bulunmamaktadır, d) Tüketici zayıf durumdadır o mal veya hizmete ihtiyacı vardır,”⁷⁵ bu sebeplerle karşı taraf açısından sakıncalar daha fazla olup, genel işlem koşullarının denetlenmesi daha büyük önem arz eder.

G. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ ÇATIŞMASI

Tarafların e mail gibi yollarla icap ve kabul iradelerini belirtmesi durumunda iki genel işlem koşulunun çatışması söz konusu olabilir. Tarafların esaslı noktalarda anlaşması halinde sözleşmenin kurulacağını kabul edilmekle beraber, esaslı noktalarda anlaşılmaması halinde sözleşmede ifaya başlanmamışsa sözleşme kurulmamış sayılmalıdır.⁷⁶

Bu durumda “formların çatışması” (battle of the forms)⁷⁷ meydana gelecek ve hangi koşulun uygulama alanı bulacağı tartışma konusu olacaktır. Bu durum Unidroit Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Genel İlkelerinin “Formlar arasında çatışma” başlıklı 2.1.22. maddesinde; “*Her iki taraf da kendi standart [genel işlem] şartlarını kullanırsa ve bu şartlar hariç olmak üzere anlaşmaya varılırsa, sözleşme üzerinde anlaşılan*

⁷⁵ KARTAL Doğan, Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2008, s.80-81.

⁷⁶ ANTALYA, C. V/1,1, s. 487; ATAMER, Denetleme, s. 118; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ve Diğerleri, s. 228.

⁷⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ve Diğerleri s. 228:

hükümler ve içeriği bakımından ortak olan standart şartlara göre kurulmuş olur; meğerki bir taraf önceden ya da daha sonra ve gecikmeksizin, açıkça böyle bir sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirmiş olsun.” şeklinde yer almaktadır.

Formların çatışma halinde “son söz teorisi” (last shot kuralı) uygulama alanı bularak diğer tarafın susma iradesini kabul beyanı saymak daha doğru olacağı kanaatindeyiz⁷⁸.

H. GENEL İŞLEM KOŞULLARI VE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİNE ETKİLERİ

TBK gerekçesinde de yer aldığı üzere; Borçlar Hukuku, bireysel sözleşme modeline dayanmaktadır. Bireysel sözleşme denilince, Borçlar Kanunu’nun 1 inci ve devamı maddeleri anlamında öneri, öneriye karşı öneri ve kabul gibi aşamaların sonunda, irade açıklamalarının uygunluğu ve uyuşması sağlanıncaya kadar, sözleşmenin her hükmünün tartışma ve pazarlık konusu yapıldığı sözleşmeler anlaşılır.

Sözleşme özgürlüğü ise temelde farklı gruplardan oluşmaktadır. Bunlar şu şekilde sıralanabilir: Sözleşme yapma özgürlüğü, sözleşmenin diğer tarafını seçme özgürlüğü, dilediği içerikte sözleşme yapma özgürlüğü, sözleşmenin şeklini seçme özgürlüğü, sözleşmenin içeriğini değiştirme ve sözleşmeye son verme özgürlüğü.

Genel işlem koşulları içeren sözleşme hükümleri ise tek taraflı hazırlanır ve genel işlem koşulları içeren hükümlerde pazarlık payı yoktur. Bu sebeple sözleşme özgürlüğü (AY. m. 48, TBK. m. 26), düzenleyenin koşul koyma özgürlüğüne, karşı tarafın da

⁷⁸ ANTALYA, s. 487; ARSLAN Ramazan, Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 481.

sözleşme yapmaya mecbur olma durumuna geçmiştir⁷⁹. Doktrinde bazı yazarlar bu durumun ileri uygulamasına ekonomik özgürlüğün aşırı derece sınırlandırılması sebebiyle, kelepçeleme sözleşmeleri terimini uygun görmüştür⁸⁰. Sosyolojik gerçeklerin daha yakından incelenmesi halinde, ferdin zaaf halinin geniş bir alana yayıldığı anlaşılmıştır. Zira kişiler, ekonomik anlamda zayıf oldukları gibi, girişecekleri işleme dair mesleki açıdan bilgisiz olmalarından ötürü zayıftırlar⁸¹. Elbette ki bu durumda genel işlem koşulları ihtiva eden sözleşmelerin denetimi zorunluluğu oluşmuştur. Zira herhangi bir sınır getirilmeyen sözleşme özgürlüğü kendi kendini yok etmeye başlamıştır⁸².

Nitekim genel işlem koşullarının denetimi de zorunlu bir hal almıştır. Sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olarak sözleşme yapma özgürlüğünün Anayasal ilkelerce denetlenmesi ve müşterilerin çıkarlarını ağır bir biçimde bozan genel koşulların hâkim tarafından denetlenmesi gerekliliği kabul görmüştür⁸³. Bu durum sözleşme özgürlüğünün yasal sınırı olarak görünmekte olsa da amaç sözleşme adaletinin sağlanmasıdır.

Sözleşme özgürlüğüne getirilen bir diğer sınır olarak, kamu hukuku kurallarınca ve Yargıtay kararı uyarınca “kamu hizmeti görmekte olan kamu idareleri veya müesseseleri veya bunlara bağlı teşekküller ya da imtiyaz yolu ile bu hizmetleri yürüten işletmelerin şartlarına uygun şekilde müracaat eden her kişi” ile kamu hizmetinden yararlanmaya dönük sözleşme yapmakla yükümlü olmasıdır⁸⁴.

⁷⁹ REHBINDER, s. 643; TEKİNALP, 126.

⁸⁰ ÜNAL, Akın; Kelepçeleme Sözleşmeleri, Sözleşmedeki Hükümler Sebebiyle Ekonomik Özgürlüğün Aşırı Derecede Sınırlanması, Ankara 2012, s. 1 vd.; BAŞPINAR, Veyse; Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri, ABD., Y. 1999, S.1, s.21-22..

⁸¹ AYRANCI, s.273-274.

⁸² ATAMER, Denetleme, s.259.

⁸³ HIRSCH, Ernst, Anayasanın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri; Birinci Türk Kongresine Sunulan Tebliğler, Ankara 1972, s.11-12.

⁸⁴ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 137

İ. YASAL MEVZUATTA YER ALAN GENEL İŞLEM KOŞULU BENZERİ KAVRAMLAR

Genel işlem koşulları niteliği itibariyle günümüzde çoğu alanda kullanılmakta ve yasal mevzuatta da türlü maddelerde yer almaktadır. Başta TBK olmak üzere TKHK, TTK, BKKK, ETDHK (Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun) vb. kanunlarda açık hükümlere yer verilmiş ve genel işlem koşulları düzenlenmiştir. Başlıca genel işlem koşullarına benzeyen kavramlar ise şunlardır:

i. Haksız Şart

a. Haksız Şart Tanımı, Unsurları ve Hukukumuzdaki Yeri

1993 tarihli AB Yönergesi kapsamında düzenlenen maddelerin hukukumuzdaki yansımaları olan bu kavram 6502 sayılı TKHK 5. madde ile düzenlenmiştir⁸⁵ ve tanımı

⁸⁵ *Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar*

MADDE 5- (1) Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.

(2) Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.

(3) Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden standart

yapılmıştır: “Tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.” şeklinde tanımlanmıştır.

Haksız Şartlar Yönetmeliği 4/c maddesinde ise haksız şartlar “Tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarını” şeklinde tanımlanmıştır.

sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez.

(4) Sözleşme şartlarının yazılı olması hâlinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır.

(5) Faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın bu madde hükümleri uygulanır.

(6) Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir.

(7) Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.

(8) Bakanlık, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşmelerde yer alan haksız şartların, sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alır.

(9) Haksız şartların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile sınırlayıcı olmamak üzere haksız şart olduğu kabul edilen sözleşme şartları yönetmelikle belirlenir.

Tanımlardan da görüleceği üzere haksız şart iki ana unsurdan oluşmaktadır: “tüketici ile müzakere etmeden tek taraflı olarak sözleşmeye eklenmiş şartlar olmalı” ve “ tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan şartlar mevcut olmalı”. İki unsur birbirine bağlı olup, haksız şart müessesesi için kurucu şart niteliğindedir. Nitekim Yargıtay kararlarında da iki unsurun birlikte yer alması gerekliliğine aksi halde haksız şarttan bahsedilmeyeceğine değinilmiştir⁸⁶. Dürüstlük kuralına aykırılık için Türk hukukunun aksine AB mevzuatında tüketici aleyhine “önemli oransızlık” şart olarak yer almıştır⁸⁷.

⁸⁶ “Davacı eldeki dava ile, davalı banka ile imzaladığı kredi sözleşmesi nedeni ile kendisinden farklı isimler altında tahsil edilen bedellerin iadesini istemekte olup, dairemizin yerleşik içtihatlarında da vurgulandığı üzere, davalı bankanın tacir olup, yaptığı masrafları tüketiciden isteme hakkı bulunduğu anlaşılmakta ise de, somut uyuşmazlığın tüketici hukukundan kaynaklandığı da gözetildiğinde, bankanın ancak davaya konu kredinin verilmesi için zorunlu, makul ve belgeli dosya masraflarını tüketiciden isteyebileceğinin kabulü gerekir. Hemen belirtmek gerekir ki, bankaların kredi borçlusuna hayat sigortası yaptırmasındaki asıl amacının, kredi borcunu teminat altına almak olduğu ve hayat sigortası nedeni ile kredi borçlusunun belli bir prim ödeme borcu altına girdiği anlaşılmakla birlikte, hayat sigortası kapsamına alınmasında kredi borçlusu tüketicilerin de bir menfaatinin olduğu açıktır. Hal böyle olunca, sözleşme kapsamında tahsil edilen hayat sigorta primlerine ilişkin kayıtların haksız şart niteliğinde olduğunun kabulüne olanak bulunmamaktadır.” (Yargıtay 13.HD 2014/22473 E. 2014/23099 K. 08.07.2014 T.)

⁸⁷ AYDOĞDU, Tüketici, s.191; ÇINAR, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009, s.24.

b. Haksız Şart Ve Genel İşlem Koşulları Arasındaki Benzerlikler ve Farklılıklar

İki kurum birçok yönden *benzer* nitelik taşımaktadır. Genel işlem koşulları ve haksız şartlar karşı tarafın rızası alınmadan, tek taraflı oluşturulmuş şartlardan oluşmaktadır. Yine Genel işlem koşullarında “take it or leave it” (ya al ya bırak) şeklindeki sözleşme özgürlüğü mevcutken haksız şartlarda da aynı özgürlük mevzu bahistir. İhtiyaç duyan taraf olan tüketicinin, sözleşme maddelerini tartışmaya açma konusunda isteksiz olan girişimciye karşı, elinde sözleşmeyi olduğu haliyle kabul etmek veya sözleşme yapmaktan imtina etmek gibi mantıksal olmaktan uzak iki seçeneği vardır⁸⁸.

Dürüstlük kuralına aykırılık iki kurum için de önem arz etmektedir.

İki kurum birbiri ile benzer yönleri olsa da temelde *farklılıklar* içermektedir. Sözleşme özgürlüğü prensibi uyarınca, sözleşmenin tarafına bakılmaksızın, satıcı ve sağlayıcı ile karşılıklı müzakere edilerek düzenlenen sözleşme şartlarının, emredici hukuk kurallarına aykırı olmadıkça, haksızlığı ve geçersizliğini ileri süremez. Şartların haksızlığı bu bakımdan, ancak tüketici ile müzakere edilmeden tek taraflı olarak konulan genel işlem koşullarında söz konusu olabilir⁸⁹. Fakat tek yanlı düzenlenme durumu tek başına ölçüt sayılmamalı ve TKHK m.5 de belirtilen diğer ölçütlerin olması durumunda haksız şartın varlığından söz edilmelidir⁹⁰. TKHK m. 5 uygulama alanı itibariyle sadece tüketicilere karşı kullanılan genel işlem koşullarının denetlenmesi imkânı getirmiş, buna karşılık tüketici olmayanlar özellikle tacirler arasında kullanılan genel işlem koşullarının

⁸⁸ YAVUZ, Selçuk, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Şartlar, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2007, s. 20.

⁸⁹ KARA, İlhan, Tüketici Hukuku, Ankara 2012, s.104.

⁹⁰ ÖZEL Çağlar, “Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Kavramı” Bilkent Üniversitesi Tüketici Hukuku Konferansı 5-6 Aralık 2015, s.73.

denetimi düzenleme alanı dışında bırakılmıştır⁹¹. Örneğin; Yargıtay kararında, Bankanın davacıdan tahsis ücreti ve dosya masrafı adı altında alınan masraflar dürüstlük kuralına aykırı bulmuş fakat tüketici işlemi olması sebebiyle de haksız şart denetimi kapsamında değerlendirilmiştir.⁹² Haksız şart olan durumlar AB Yönergesinde açıkça belirtilmiş ve Haksız Şartlar Yönetmeliğine de örnek olarak EK 1 maddesi ile eklenmiştir. Genel işlem koşullarının örnek durumları ise kanunda yer almamakta ve doktrince oluşturulmuştur⁹³. Ayrıca genel işlem koşulları kanuni tanımında “ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla” ifadesi yer almaktayken haksız şartta birden çok sayıda kullanma amacı kanuni tanımında yer almamaktadır. TKHK da yaptırım olarak kesin hükümsüzlük belirtilmişken TBK da yazılmamış sayılma belirtilmiştir. (TKHK 5/2) Yaptırım sonucu ise TBK ile aynı olup, sözleşme varlığını korumaktadır. Bunun yanında değinmek gerekir ki; TKHK, TBK’ya göre özel kanun olması dolayısıyla öncelikle uygulanması esastır (lex specialis derogat legi generali)⁹⁴.

ii. Genel İş Koşulları

a. Genel İş Koşulları Tanımı, Unsurları ve Hukukumuzdaki Yeri

Genel iş koşulları işverence önceden tek yanlı bir şekilde hazırlanan genel ve soyut kurallardır⁹⁵. Genel iş koşullarının türleri standart (tip) iş sözleşmeleri, iç yönetmelikler, işverenin genel vaatleri ve işyeri uygulamaları şeklinde sınıflandırılabilir.

⁹¹ ATAMER, Karşılaştırma, s.10.

⁹² Yr. 13.HD, T. 20.11.2017, 2017/8641 E.2017/11342 K.

⁹³ Bkz.4.BÖLÜM

⁹⁴ lex specialis derogat legi generali : özel kanun genel kanunu kovar. (Lex-specialis ilkesi)

⁹⁵ SÜZEK, Sarper ; İş Hukuku ,İstanbul 2017, s.59; SOYER, 27.

İşyerindeki tekrar eden eylem ve davranışlara işyeri uygulamaları denir⁹⁶. İç yönetmelikler; işveren tarafından tek yanlı bir şekilde hazırlanan, tekdüze ve kişilere özgü olmayan çalışma şartlarını ilişkin düzenlemelerdir⁹⁷. Tip iş sözleşmeleri, ise önceden hazırlanan örnek iş akitlerinin, işçilere sunulması ve işçilerinin kabul beyanı ile oluşur⁹⁸.

b. Genel İş Koşulları Ve Genel İşlem Koşulları Arasındaki Benzerlikler ve Farklılıklar

İki kavramın tanımında da genel ve soyut olma ile tek taraflı düzenlenme yer alır. Ve kural olarak genel iş koşullarının, ileride birden çok sayıda olacak işçilerle akdedileceği de anlaşılmaktadır. Sözleşme hükümlerinin belirli meslek gruplarına sunulmak üzere tek yanlı olarak hazırlanmış olması birden çok miktarda kullanılma şartı için örnek teşkil edebilir⁹⁹. Genel işlem koşulları gibi genel iş koşulları da kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir. Yargıtay kararlarında¹⁰⁰ - muhalefet şerhi olarak yer alsa da- “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz(Mad. 25)

İş Sözleşmesinde fazla çalışmalar karşılığı ücretin, kararlaştırılan ücret içinde olduğunda dair hükmün genel işlem koşul olduğu ve bunun işçi aleyhine ve işveren menfaatine olduğu da açıktır. Bu şekildeki hüküm iş sözleşmesinin niteliğine ve işin özelliğine de yabancı ve işçinin durumunu ağırlaştırıcı bir hükümdür. Genel olarak iş

⁹⁶ SOYER, s.41 vd.

⁹⁷ SÜZEK, İç Yönetmelikler, s.183, SÜZEK, İş, s.15.

⁹⁸ ERTÜRK, Şükran, Genel İş Koşulları Ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013, s. 91.

⁹⁹ SOYER, 39.

¹⁰⁰ Yr.9.HD. 20.10.2015 T. ve 2014/ 15794 E. 2015 / 29062 K. Sayılı kararı.

sözleşmesinde fazla çalışmanın ücretin içinde olduğunda dair hükümler açıkça TBK. 'un 20 ve devamı maddelerine aykırı olduğundan, geçersizdir.” denilerek iş akitlerinde genel işlem koşullarına değinilmiştir.

Fark olarak değinmek gerekirse; genel işlem koşulları değişik taraflarca kullanılabilen şartlardır. Genel iş koşullarında ise işveren ve işçi arasında düzenlenen bir sözleşme söz konusu olup, TBK'nın hangi durumlarda uygulama alanı bulabileceği konusu doktrinde tartışmalıdır¹⁰¹.

iii. Haksız Rekabet

a. Haksız Rekabet Kavramının Tanımı, Unsurları ve Hukukumuzdaki Yeri

Eski TTK m.56'ya göre¹⁰², bir fiilin haksız rekabet halini gündeme getirmesi için sadece dürüstlük kuralına aykırılık yeterli görülmeyip, iktisadi rekabetin kötüye kullanılması da gerekli görülmüş. Fakat yeni TTK 54. maddede bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması ve dürüst davranma kuralı esas

¹⁰¹ BAYCIK, yeni BK uyarınca, tip sözleşmesi niteliği taşımayan bireysel iş sözleşmesi hükümlerinin içerik denetimine tabi tutulamayacağını savunmaktadır. Bkz. BAYCIK, Gaye, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2011, s.214, ALP ise yeni BK yürürlüğe girmesi halinde dahi iç yönetmelik ve iş sözleşmelerindeki değişiklik kayıtlarının içerik denetimine tabi tutulmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Bkz. ALP, Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, s.326 vd.

¹⁰² Mülga TTK Madde 56 – Haksız rekabet, aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimalidir.

alınmıştır¹⁰³. TTK 55/1-f “özellikle” diyerek dürüstlük kuralına aykırılık durumları örneklerine yer vermiş ve bu durumların rekabet ortamını bozması gerektiğine değinmiştir.

TTK 55/1-f madde metninde “... *kullanma*...” denilerek bir kavram sorunu ortaya çıkarmıştır. Dar yorumda kullanım için; sözleşmenin kurulması gerekirken, geniş yorumda sözleşmenin karşı tarafa sunulması aranmaktadır. Sadece ifadeye bakarsak genel işlem koşullarının girişimci tarafından, meydana getirilmesi, yazılı hale getirilmesi, saklanması ve kaydedilmesi haksız rekabet kapsamında değerlendirilmeyebilir diyebiliriz¹⁰⁴.

İsviçre Haksız Rekabet Kanunu ise genel işlem koşullarının denetimine ilişkin hükme yer verilmişken, Alman Haksız Rekabet Kanunu’nda bu yönde bir hüküm yer almamaktadır.

b. Haksız Rekabet Ve Genel İşlem Koşulları Arasındaki Benzerlikler ve Farklılıklar

Genel işlem koşullarında sözleşmenin karşı tarafını korumak amacıyla hareket edilirken “haksız rekabet” kurumunda tarafların çıkarları gözetilerek, “dürüst ve bozulmamış rekabetin” sağlanması amaç edinilmiştir.

¹⁰³ 6102 sayılı TTK’nın Gerekçesi m. 54 “*Yeni hüküm, tüm haksız rekabete ilişkin kuralların üzerine yapılandırıldığı iki taşıyıcı kolon içermektedir. Birinci kolon, bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması gerekliliğini ifade etmektedir. İkinci kolon, dürüst davranış kuralını tek başına temsil eder.*”.

¹⁰⁴ YILMAZ, Abdüssamet, Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanım, Ankara, 2015, s. 76

Ticari sözleşmede düzenlenen tek taraflı ağır yükümlülükler getiren genel işlem koşullarının TBK 20-25 maddeleri uyarınca geçersizliğini ileri sürülmesi, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne aykırılık olarak görülebilirken; TTK 55/1-f hükmü açıkça dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşullarına aykırı hükümlerin denetime tabi olduğunu belirtmiştir¹⁰⁵.

Madde içeriğinde taraf ayrımı yapılmamış ve bütün taraflar maddeye dâhil edilmiştir¹⁰⁶. Fakat maddede genel işlem koşullarının tanımına veya dürüstlük kuralına aykırılığa dair nasıl denetim yapılacağına değinilmemiştir. Haksız rekabet maddelerinde bulunan bu eksiklik uygun olduğu ölçüde, TBK hükümlerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiş genel işlem koşulları maddeleriyle tamamlanacaktır¹⁰⁷.

Haksız rekabet kavramı için sözleşme öncesi bir denetim mevcutken genel işlem koşulunda ağırlıklı olarak sözleşme sonrası bir denetim mekanizması mevcuttur¹⁰⁸.

TTK m.1/2 uyarınca TTK m.55/1-f hükmü ile genel işlem koşullarının haksız rekabet kurumu kapsamında değerlendirilebilen genel işlem koşullarına dair ticari konularda hükümler yer alan TTK maddelerinin uygulama önceliği vardır. Baskın

¹⁰⁵ “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 dürüstlüğü aykırı davranmış olur.”

¹⁰⁶ UZUNALLI, Sevilay : “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi”, İÜHF Mecmuası, C. 71, S.2. İstanbul 2013, s. 405.

¹⁰⁷ KARA, Mustafa Sencer, “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri,” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, s. 728.

¹⁰⁸ AYDOĞDU, s.214.

görüŖ¹⁰⁹ tacirlerin TBK maddelerindeki genel iŖlem koŖullarından yararlanabileceği iken; kabul ve yayım tarihi TBK dan sonra olan TTK hükmünde, bilerek TBK genel iŖlem koŖulları hükmüne yer verilmediği yönündeki görüŖ de mevcuttur¹¹⁰. TBK m.57/2 hükmünde de ticari nitelikteki haksız rekabet hallerinde TTK'nın uygulanacağı belirtilmektedir.

J. GENEL İŖLEM KOŖULLARININ KİŖİ, KONU VE ZAMAN BAKIMINDAN UYGULAMASI

i. KiŖi Bakımından Genel İŖlem KoŖullarının Hükümlerinin Uygulanması

a. Düzenleyen İçin:

Genel İŖlem KoŖullarının Unsurları bölümünde de değindiğimiz üzere doktrinde baskın görüŖ, kullanan terimini tercih etse de kanun maddesinde düzenleyen terimi yer almaktadır. Kavram karışıklığına sebebiyet vermemek açısından, çalışmamızın devamında düzenleyen terimi kullanılacaktır.

Düzenleyen kiŖi bakımından TBK uyarınca bir sınır getirilmemiŖtir. Fakat TKHK uyarınca koruma sağlanması için tüketicinin düzenleyen olmaması gerekmektedir. Aksi halde TKHK maddelerinde yer alan koruyucu hükümler uygulanamayacaktır. Zira TKHK

¹⁰⁹ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 70; YOKET, Yasemin/GÜLER, Selin: Genel İŖlem Ŗartlarının Yorum Yoluyla Denetimi, İzmir Barosu Dergisi Borçlar Kanunu Özel Sayısı, Y: 77, S. 2, Mayıs 2012, s. 231; ATAMER, YeŖim, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İŖlem Ŗartlarının Denetlenmesi”. Hukuki Perspektifler Dergisi. 2005, s. 109; OĞUZMAN/ÖZ, s. 162

¹¹⁰ bkz: ANTALYA, s. 294 vd.

5/1 maddesi uyarınca da haksız şart tanımında karşı taraf için tüketici kavramı belirtilmiştir.

TBK da, Düzenleyen kişi için özel bir nitelik aranmamıştır. Gerçek kişi veya tüzel kişi düzenleyen olabilir. Özel hukuk tüzel kişisi olabileceği gibi kamu hukuku tüzel kişisi de düzenleyen olabilir. Örneğin; Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu çerçevesinde gerçekleştirilen şartnamelerin ve ihaleler sonucu imzalanan sözleşmelerin maddeleri genel işlem koşullarından oluşmaktadır. TBK 20/4 maddesinde de açıkça bu duruma yer verilmiştir¹¹¹.

b. Karşı Taraf İçin:

Banka Kartları Ve Kredi Kartları Kanunu (BKKK) 24/4 maddesi uyarınca kart hamili olan karşı taraf için koruma mevcut olsa da hüküm kapsamına girmeyen durumlarda TBK hükümleri uygulama alanı bulabilmektedir¹¹².

Hem karşı tarafın hem de düzenleyenin tacir olduğu işlemlere ilişkin de TBK hükümlerinin uygulanabileceği yönündeki görüşe¹¹³ katılmaktayız¹¹⁴. Yargıtay kararlarında da bu görüş desteklenmiştir¹¹⁵. Örneğin Yargıtay 19.Hukuk Dairesinin

¹¹¹ 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.

¹¹² BKKK 24/4 hükmünde “Sözleşmede kart hamilinin haklarını zedeleyici ve kart çıkaran kuruluş lehine tek taraflı haksız şartlar sağlayan hükümlere yer verilemez.” yer almaktadır.

¹¹³ ATAMER, Denetleme, s.137; YELMEN, s.72; YILMAZ, s.142.

¹¹⁴ Aksi yönde görüş için bkz. ANTALYA, s.410-411; CANSEL Erol /ÖZEL Çağlar, Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu, <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/19-E.CANSEL-%C3%87.-%C3%96ZEL.pdf>, 25.05.2019., s.126; CEYLAN, s.176.

¹¹⁵ “...6098 sayılı TBK'nun uygulanması ile ilgili olarak kişi açısından bir sınırlama yapılmamıştır. Yani genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler tacirler yanında tacir olmayanlar (tüketiciler,

2016/2835 E. 2017/1582 K. sayılı kararında; “Öte yandan taraflar tacir olup 6102 sayılı TTK’nun 18/2 maddesi uyarınca her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Her ne kadar 6098 sayılı TBK’nun 20 ila 25. maddeleri arasında düzenlenmiş olan genel işlem koşullarına ilişkin hükümler tacirler yönünden de uygulanabilirse de TTK’nun 18/2 maddesi hükmü karşısında tacirler bakımından genel işlem koşullarının uygulanıp değerlendirilmesinde her somut olayın özelliğine göre daha dikkatli davranılması gerekmektedir” denilerek tacirler bakımından uygulama alanı bulabileceği belirtilmiştir.

TBK ve TTK hükümleri karşılaştığı zaman öncelikli olarak Ticaret Kanunu’nun haksız rekabete ilişkin hükümlerinin uygulanması esastır. Fakat TTK maddelerindeki haksız rekabet hükümlerinde eksiklik bulunması halinde Türk Borçlar Kanunu’nun genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Elbette ki tacirlerin korunması belirlenirken tacir sıfatı ve ticari hayatın gerektirdiği kurumlar göz önüne alınmalıdır ¹¹⁶.

Karşı taraf tüketici ise TKHK öncelikli uygulama alanı bulur. Bu durum *lex specialis derogat legi generales* ilkesinden (Özel Kanun Genel Kanunları İlga Eder) ileri gelmekte olup, ayrıca TKHK nın sonraki tarihli kanun olması da uygulama önceliği tanımaktadır (*Lex posterior derogat legi priori*). Karşı taraf tüketici değilse TBK

alıcılar, müşteriler) içinde uygulanabilecektir...” (Yarg., 3. HD., 18. 12. 2014 tarihli, 2014 / 13539 E., 2014 / 16751 K.) ; “...Taraflar arasında 30/12/2013 tarihinde düzenlenen Genel Kredi Sözleşmesine gelince, sözleşme tarihi itibarıyla Yeni Borçlar Kanunu’nun yürürlükte bulunduğundan, bu Kanun’un 20. vd. maddeleri uyarınca genel işlem şartları değerlendirmesi yapılarak, öncelikle bu komisyon oranının sözleşmeye yazılmamış sayılmasının gerekip gerekmediği değerlendirilip, yazılmamış sayılmasına karar verildiği taktirde tamamlayıcı iç hukuk kuralları, örf ve adetler gözönüne alınarak oranın belirlenmesi...”(Yr.,11. HD., 15. 02. 2018 tarihli, 2016 / 13244 E., 2018 / 1134 K.)

¹¹⁶ ANTALYA, s. 410.

hükümlerinden yararlanır. Tarafların ikisinin de tüketici olduğu işlemlerde ise TBK hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

ii. Konu Bakımından Genel İşlem Koşullarının Uygulanması

TBK hükümleri genel işlem koşulları denetiminde kişi sınırlaması yapmamakla birlikte konu bakımından da herhangi bir sınırlama yapmamıştır. Temel olarak genel işlem koşulları içeren bütün sözleşmelerin TBK uyarınca denetime tabi olacağını söylemek mümkün olsa da ilgili mevzuatlardaki koruyucu hükümler ve kanunların uygulama alanı konularının irdelenmesi gerekliliği kuşkusuzdur.

Genel işlem koşulları söz konusu olduğunda, her ne kadar TBK 1. maddede yer alan tanımıyla sözleşmeler akla gelse de doktrindeki baskın görüş uyarınca tek taraflı hukuki işlemler de genel işlem koşulları kapsamında değerlendirilmeli ve denetime tabi tutulmalıdır¹¹⁷. Örneğin; tedavi sırasında hastaya sunulan onamlar ve aydınlatma metinleri hukuki bir işlem olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹⁸. Genel işlem koşullarının uygulama alanının daraltılıp, Kurum ve kuruluşlarca hazırlanan şartnameler, internet sitelerindeki çerezleri kabul et seçeneği, işyerlerine asılan iade edilmez ilanları ve konaklama belgesindeki sorumsuzluk kayıtları gibi tek taraflı hukuki işlemleri uygulama alanı dışında bırakmanın kanun maddesinin özüne ve TBK gerekçesine aykırı olacağı kuşkusuzdur¹¹⁹. Elbette ki örneklerdeki durumlarda, tüketici söz konusu olduğunda TKHK maddelerinin uygulama önceliğinin olması esastır. Bu duruma genel işlem koşullarının kişi bakımından uygulanması konusunda ayrıntılı olarak değinilmiştir.

¹¹⁷ AYDOĞDU, s. 9.

¹¹⁸ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi s. 16.

¹¹⁹ Benzer yöndeki örnekler için bkz. ATAMER, Karşılaştırma, Ankara 2011, s. 13.

Örneğin; Elektronik ortamda gerçekleştirilen sözleşmelerle ilgili detaylı hukuki düzenleme olmaması sebebiyle uygulamada boşlukların TBK hükümlerindeki genel esaslarla doldurulacağı kanaatindeyiz. Nitekim Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun 3/1-5 maddesinde Elektronik ortamda akdedilen genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin alıcı tarafından saklanması yükümlülüğü getirilerek bu sözleşmelerde genel işlem koşulu bulunduğu kabul edilmiştir.

Genel işlem koşulları uygulama alanı esas olarak, tip, kitlesel, seri, formüler veya çerçeve sözleşmelerdir.

Genel işlem koşullarının denetlenmesinde bazı görüşlerce asli edim ve yan edim ayrımı yapılsa da bazı durumlarda asli edimlerin de denetime tabi tutulması gerekliliği doktrince¹²⁰ de benimsenmiştir. Örneğin; internet satışlarında, stok tükenmesi halinde satıcının alıcıya istediği ürünü teslim edebilme yetkisi veren hüküm asli edimi etkileyen bir hükümdür. TKHK¹²¹ ve AB Yönergesi maddelerinde açık bir şekilde asli edim ve bedel dengesi ile ilgili denetim yapılamayacağı belirtilmiştir.

¹²⁰ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 91. ATAMER, Denetleme, s.220-221, ANTALYA, s.314, AÇIKGÖZ, s.184 ve s.201.

¹²¹ TKHK 5/7 : “Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.”

5.04. 1993 tarihli 93/13 Nolu Avrupa Konseyi Yönergesi 4/2: “ Genel İşlem Koşulları açık ve anlaşılır bir şekilde yazıldığı sürece, bunların kötüye kullanılabilirliğinin değerlendirilmesi, ne sözleşmenin asli konusuna ne de mal veya hizmet edimi ile bu edimin karşılığı olan bedelin, uygunluğuna/ölçülülüğüne ilişkin olamaz.”

iii. Zaman Bakımından Genel İşlem Koşullarının Uygulanması

6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun maddelerinde TBK hükümlerinin uygulaması konusuna yer verilmiş ve kamu düzeni ile genel ahlaka ilişkin durumlarda geriye yürümeme kuralının istisnaları olarak belirtilmiştir¹²².

Bu durumda genel işlem koşullarının, kamu düzenine ilişkin olup olmadığı konusu gündeme gelecektir. Yargıtay kararlarında da bazı davalarda kamu düzeninden sayılmışken¹²³ bazı davalarda kamu düzeni olmadığından¹²⁴ bahisle TBK hükümlerinin

¹²² MADDE 2- (1) *Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanır.*

¹²³ Yargıtay 13. HD. T. 29.04.2014, 2014/13315 E., 2014/13503 K., 6. HD., 05.03.2013, 2013/691 E., 2013/3827 K., "...*taahhütler arasındaki sözleşme tip sözleşme olarak kabul görüp bu sözleşmede, davacı yan aleyhine konulan ve bilirkişi raporu ile tespit edilen muhtelif masraflar, erken kapama komisyonu ücreti, ipotek fek ücreti yazılmamış sayılmalıdır. Dolayısıyla bu yazılmamış sayılan kalemlerin davalı bankaca tahsil edilmiş olması genel işlem şartına açıkça aykırı kabul edilerek iadesi gerekeceği kanaatine varılmıştır.*"

Yargıtay 13. HD. T. 24.02.2015, 2014/9710, E., 2015/2867 K. "6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 1. maddesi, Türk Borçlar Kanununun zaman bakımından uygulanmasında genel kural olarak, geçmişe etkili olmama kriterini benimsemekle birlikte, anılan yasanın 2. maddesinde ise bu kuralın istisnalarına yer vererek, *gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın "Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kurallarının, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanacağı" belirtilmektedir. Genel İşlem Koşullarının içerik denetimine yönelik olarak, TBK'nun 25.madde hükümlerinin de kamu düzenini ilgilendiren hükümler olduğu kabul edilmelidir. Zira bu kural hâkime doğrudan sözleşme içeriğine müdahale etme imkânı veren kuraldır.*"

¹²⁴ Yargıtay 19. HD. 13.02.2013, 2012/14777 E., 2013/2711 K., "...6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 21/son maddesine göre sözleşmenin niteliğine ve özelliğine yabancı olan genel

yürürlük tarihinden önceki olaylara TBK 20-25 madde hükümleri uygulanmamıştır. Özel hukukta kamu düzeni, belli bir toplumun güvenliği ve menfaatleri doğrultusunda düzenlenen ve toplumun temelini teşkil eden hukuk normları düzenidir diyebiliriz¹²⁵.

işlem koşulları yazılmamış sayılır. İpotek akit tablosunda ipotek verenin ayrıca müteselsil kefil olduğuna ilişkin kayıt ipotek sözleşmesinin niteliğine ve özelliğine uygun değildir. Ancak ipotek 26.03.2008 tarihinde tesis edilmiş olup tesis edildiği tarih itibarıyla 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlükte değildir. 6101 sayılı Yürürlük Kanununun 1. maddesi ve 7. maddesinin olayda uygulanma yeri bulunmadığından davacı bankanın ipotek akit tablosunda ipotek limiti kadar müteselsil kefil olduğu belirtilen davalı aleyhine takip tarihinde yürürlükte bulunan hükümlere göre takip yapılabilir.”

Yargıtay 11. HD., 12.02.2014 T., 2013 / 15438 E., 2014 / 2405 K.; Yarg., 11. HD., 11. 09. 2017 T., 2016 / 5624 E., 2017 / 4182 K., “...TBK’nın 20. maddesi anlamında genel işlem şartı olduğu ve anılan Yasa’da genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemenin kamu düzeni ile ilgili bulunduğu bu nedenle, 6103 sayılı Kanunu’nun 2. ve 7. maddeleri gereğince, somut olaya 6098 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin gerekçesi, 6098 sayılı Yasa’nın yürürlük tarihinden önce yapılan sözleşmelere, anılan Yasa hükümlerinin uygulanması mümkün olmadığından yerinde görülme de...” veya “...Mahkemece, kredi sözleşmesinin genel işlem şartları içerdiği gerekçesiyle davanın kabulü yönünde karar verilmiş ise de; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlük tarihinin 01.07.2012 olduğu, bu durumda kredi sözleşmesinin düzenlendiği tarih itibarıyla henüz yürürlüğe girmemiş olan 6098 Sayılı Kanun’un genel işlem şartlarına dair hükümlerinin somut olaya uygulanma kabiliyeti bulunmadığı gözetilmeksizin yazılı gerekçelerle davanın kabulü doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” ; aynı yönde karar için bkz. Yargıtay 11. HD., 23.02.2021 tarihli, 2020/1220 E. 2021/1570 K sayılı kararı.

¹²⁵ HATEMİ, Hüseyin, İntikal (Geçiş) Dönemi Hukuku, Zaman Yönünden Yürürlük Hukuku, İstanbul, 2004, s. 20; ÖZSUNAY, Ergun, Borçlar Hukuku I, Giriş-Hukukî Muamaleden Doğan Borçlar-Nedensiz Zenginleşmeler, İkinci Bası, İstanbul 1983, s. 182.

TBK 20.-25. maddeleri açısından bakıldığında, içerik denetimi maddesinin kamu düzeninden olması gerektiği görüşüne¹²⁶ katılmakla beraber diğer maddelerinde TBK gerekçesi uyarınca emredici nitelikte olduğu ve ekonomik kamu düzeninden sayılması gerektiği kanaatindeyiz. Yargı kararlarında da zikredilen ¹²⁷ekonomik kamu düzeni kavramı; girişim ve sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamaları ifade etmektedir. ¹²⁸

Kamu düzenini geniş anlamıyla yorumlayan yazarlara göre, kamu düzeni dar anlamındaki gibi hükümlerin emredici niteliklerini tespiti yarayan bir yorum ölçütü olmakla beraber yedek hukuk kuralları ile değer yargılarına atıfta bulunan ve sözleşmenin içerik denetiminde tek başına kullanılabilen bir terimdir ¹²⁹. Kamu düzeni yalnız kamu hukukunda yer alan çıkarları değil aynı zamanda toplumun genel çıkarlarına değinen tüm özel hukuk hükümlerini de içerdüğinden bahisle genel işlem koşullarının içerik denetiminin kamu düzeninden olması gerektiği görüşündeyiz.

¹²⁶ ATAMER, Denetleme, s. 168 vd.; ÇINAR, s. 132 vd

¹²⁷ Yarg. HGK, 05.07.1995 tarihli ve E.1995/9-474, K.1995/722 sayılı; Yarg. HGK, 31.01.1996 tarihli ve E.1995/9-960, K.1996/4 sayılı kararları

¹²⁸ OKAY Özge, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2009, s. 102

¹²⁹ ATAMER, Denetleme, s. 184, dipn.233.

2. BÖLÜM

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

A. GENEL ANLAMDA

Genel işlem koşulları denetimini esasen iki başlık altında incelemek gerekmektedir: Ex ante, genel işlem koşullarının sözleşme öncesi idari mercilerce denetimi iken; Ex post, sözleşme aşamasında hâkimin uyguladığı denetimdir. İdari denetim önleyici bir denetim türüdür.

Genel işlem koşullarının idari makamların denetiminden geçmesi, bu koşulun hâkimler tarafından gerçekleştirilen diğer denetimlere de tabi olmasına engel değildir¹³⁰. İdari denetimin yargısal denetimden temel farkı mevzuatta öngörülen durumlarda kullanılmasıdır. İdari denetim örneklerini 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu¹³¹ ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu¹³² maddelerinde ve ayrıca Telekomünikasyon Kurumu Tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezaları İle Diğer Müeyyide Ve

¹³⁰ ATAMER, Karşılaştırma, s. 7.

¹³¹ 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu 11/1: “sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir. Ancak sigorta sözleşmelerinde işin özelliğine uygun olarak özel şartlar tesis edilebilir. Bu hususlar, sigorta sözleşmesi üzerinde ve özel şartlar başlığı altında her hangi bir yanılgıya neden olmayacak şekilde açık olarak belirtilir.”

¹³² 5411 sayılı Bankacılık Kanunu 76.madde: “Bu kanunun 4. maddesinde yer alan, faaliyetler konularına ilişki olarak bankalar ile bireysel müşterileri arasından akdedilebilecek sözleşmelerin şekil ve içeriğinde yer alması gereken asgari hususlar ile tip sözleşmelerin uygulanacağı işlemler, Kurulun uygun görüşü alınarak kuruluş birlikleri tarafından belirlenir.”

Tedbirler Hakkında Yönetmeliğinde¹³³ bulunmaktadır. İdari denetim sonucunda idari makam maddelerin düzeltilmesini, kaldırılmasını isteyebileceği gibi para cezası da uygulayabilmektedir. Bu çalışmamızda ise ağırlıklı olarak yargısal denetim olan TBK uyarınca denetime değinilecektir.

i. Şeffaflık (Saydamlık) İlkesi

Mevzuatta şeffaflık ilkesi “*açık ve anlaşılabilir olma*” şeklinde yer almaktadır. TBK 23. maddede yorum denetimi olarak yer alsa da madde metinleri incelendiğinde bütün denetim aşamalarında yer alması gerekliliği açıktır. Şeffaflık ilkesinin saydamlık kavramı ile örtüştüğü kanaatine katılmaktayız. Örneğin; sözleşmede herhangi bir ibare yer alması da faize dair hükümlerin sadece tacirlere uygulanması şeffaflık kuralına aykırılıktır.

Bir görüşe göre¹³⁴ şeffaflık ilkesi içerik denetimi başlığı altında yer almalıdır. Bu görüşe katılmakla birlikte mevzuatta ayrı bir denetim türü olarak görülmeyen şeffaflık ilkesi esasen dürüstlük kuralı gibi genel işlem koşullarının her aşamasında vardır diyebiliriz. Fakat dürüstlük kuralı içerik denetimi konusunun içinde detaylı olarak değinileceği için bu başlık altında sadece şeffaflık ilkesi incelenecektir TBK da açıkça

¹³³ Yönetmelik 11/b: “*İşletmecinin, abonelerle Kurum tarafından onaylanmayan “abonelik sözleşmesi” imzalaması veya abonelik sözleşmesinde Kurum tarafından istenen değişikliği yapmaması,*”

¹³⁴ HAVUTÇU, İzmir Barosu Dergisi Yıl: 2011 Nisan Sayı: 2, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, s. 3623.

yer almayan şeffaflık ilkesi AB Direktifi¹³⁵ ve TKHK¹³⁶ da yer almıştır. Alman Yargı Kararlarında şeffaflık ilkesi, dürüstlük kavramı ile sıkı bir bağ kurmuş¹³⁷ ve BGB. maddesinde içerik denetimi başlığı altında yer almaktadır. EHK 49. madde başlığında ve hükümde¹³⁸ de şeffaflık ilkesi yer almıştır.

Genel işlem koşulları açısından şeffaflık ilkesi için, sözleşme hükümlerinin makul, orta zekâlı ve dürüst bir müşteri için müşteri için açık ve anlaşılır olması gerekliliği¹³⁹ diyebiliriz.

ii. TBK Öncesi Denetim

Borçlar Hukuku açısından “bireysel sözleşme ile kararlaştırılan her zaman adildir” (qui dit contractuel, dit juste) ilkesi hâkimken, zamanla gelişen ekonomik ve hukuki ihtiyaçlar sonucu tek taraflı hazırlanan genel işlem koşulları içeren sözleşmelerde denkleştirici adalet (iustitia commutativa) ve dağıtıcı adalet (iustitia distributiva) ilkesi hâkimdir. Bu sebeple de sözleşmenin zayıf tarafını koruma mecburiyeti doğmuştur.

¹³⁵ AB Direktifi 5.madde: “Tüketiciye sözleşme ile sunulan kayıtların hepsi veya bir kısmı yazıya geçirilmiş ise, bunların daima açık ve anlaşılabilir şekilde kaleme alınmış olması gerekir...”

¹³⁶ TKHK 5/4 :” Sözleşme şartlarının yazılı olması hâlinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır.”

¹³⁷ Alman Federal Mahkemesi başka bir kararında şu şekilde yapmaktadır: “Dürüstlük kuralı gereği genel işlem koşulları kullanıcısı sözleşmenin karşı tarafının haklarını ve sorumluluklarını mümkün olduğunca açık ve şeffaf bir şekilde ortaya koymalıdır”. BGH, Urt. v. 17.01.1989, Az.: XI ZR 54/88, N. 21 https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1989-01-17/XI-ZR-54_88.

¹³⁸ Şeffaflığın sağlanması ve bilgilendirme “Kurum, son kullanıcı ve tüketicilerin azami faydayı elde edebilmeleri ve hizmetlerin şeffaflık ilkesine uygun olarak sunulabilmesi için...”

¹³⁹ YAVUZ, s. 243.

Genel işlem koşulları hakkındaki ilk kanuni düzenleme 2003 yılında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun (TKHK) 6. maddesi ile yapılmış olsa da hakime sözleşmeye müdahale yetkisi 1998 yılında Sermaye Piyasası Kurulu'nun Mülga Seri:V, No:19 sayılı Tebliğinin 47. maddesinin 3. fıkrasında değişiklik yapan ve geçici 3. madde hükmünü ekleyen "Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Seri:V, No:38 sayılı Tebliğ"¹⁴⁰ ile getirilmiştir.

6098 sayılı TBK öncesinde, Yargı kararları ile hukuki düzenleme eksikliği doldurulmuştur¹⁴¹. Söz konusu kararlarda iyiniyet, hakkaniyet, kamu düzeni ve dürüstlük kuralı ilkelerine atıf yapılmıştır.

¹⁴⁰ 08.10.1998 tarih ve 23847 sayılı Resmi Gazete: "Geçici Madde 3- Aracı kuruluşlar ve portföy yönetim şirketleri, müşterileri ile düzenledikleri sözleşmelerde müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici ve kendi lehlerine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayan hükümler ile emirlerin ispatının müşteriye yüklenmesine ilişkin hükümleri, bu Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 3 ay içinde değiştirmek zorundadırlar."

¹⁴¹ Yargıtay HGK. 2004/3-203 E., 2004/213 K. ve 07/04/2004 tarihli kararında " Somut olayda, objektif iyiniyet ve hakkaniyet kuralları, uygulanarak, sözleşmenin içeriğinin sözleşmenin taraflarından biri tarafından tek taraflı olarak belirlendiği durumlarda, söz konusu belirlemenin iyiniyet ve hakkaniyete uygun olması gerekir." Yargıtay 13. HD. E. 1981/1045, K. 1981/2514, T.07.04.1981 tarihli kararında ".... açıkça sözleşmenin bu maddesinde, satıcıya somut olarak teslim süresini uzatma yetkisi tanınmıştır... tanınan yetkinin sınırsız, davalının keyfince kullanılabileceği düşünülemez. Gerçekte davalı doğruluk ve dürüstlük kurallarına, eş deyişle güven ilkesine uymakla yükümlüdür (MK m.2)... Davalının, asıl yapımcının ürettiği araçların pazarlanmasını üstlenen bir yan kuruluş olduğunda ve eylemli olarak tekel oluşturan belli ve sınırlı sayıdaki kuruluşlar arasında bulunduğu duraksama söz konusu değildir. Somut olayda, davacının tüketici niteliği ile davalı karşısında ekonomik yönden güçsüz olduğu da asla göz ardı edilemez... Davalının teslim yetkisini saklı tutmayı içeren koşulu kötüye ve davacı tüketici aleyhinde kullanıp kullanmadığı MK m. 2'deki dürüstlük ve doğruluk kuralına, eş deyişle, güven ilkesine dayanıp dayanmadığı saptanmalı ve uyuşmazlık böylece çözüme bağlanmalıdır"

B. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ SÖZLEŞME İÇERİĞİNE DÂHİL OLMASI-YÜRÜRLÜK DENETİMİ

i. Yürürlük Denetimi ve Unsurları

a. Genel Olarak

Genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girebilmesi doktrinde yürürlük denetimi olarak değerlendirilmekte ¹⁴² ve denetimin ilk aşaması sayılmaktadır. Sözleşme kapsamına girmesi denetimi teriminden, genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dâhil olup, olmadığının tespit edilmesi anlaşılmaktadır. TBK 21. madde metninde “ *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*” denilerek sözleşme kapsamına girmenin iki unsuru belirtilmektedir:

b. Düzenleyenin Koşulların Varlığı Hakkında Açıkça Bilgi Verip, Bunların İçeriğini Öğrenme İmkânı Sağlaması

TBK 21/1 maddesinde açıkça bilgi verilmesi ve öğrenme imkânının sağlanmasına dair şekil şartı koyulmamış olması, düzenleyenin istediği yöntemle bildirim

¹⁴² ATAMER, Yeni Açılımlar, s. 324; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ve Diğerleri, s. 232; ULUSAN, İçerik Denetimi, s. 30; SİRMEN, Sempozyum, s. 112

yapabileceğini belirtir. Burada düzenleyen taraf için tek sorun ispat külfetinin düzenleyen üzerinde kalmasıdır.

Alman Medeni Kanunu BGB. §. 305/(2)' de *“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”* ilan yoluyla bildirimin bazı durumlar için yeterli olduğuna değinilmiştir. TBK hükümlerinde bu yönde madde olmamasına rağmen 21/1 de bildirim şekli için kısıtlama olmaması ilan yoluyla bildirim yapılabileceğini gösterir.

Genel işlem koşullarının ilan edilmesi durumu genelde ekonomik değer taşımayan, taraflar arasında kişisel temas olmadan gerçekleştirilen ve günlük yaşam ihtiyacını karşılamak için yapılan işlemlerde mümkün görülmüştür¹⁴³. Örneğin; kasa arkalarında yazan *“belirli ürünlerde iade yoktur”* yazısı da ilan yoluyla bildirimdir. Tabi ki karşı tarafın bildirim yapılmadığını beyan ettiği durumda, düzenleyen müşterilerin bu yazıyı gördüğünün ispatlaması gerekmektedir. İade yoktur yazısının kasalarda olması müşterilerin bu durumdan satım işleminden önce haberdar olduğunu gösterir nitelikte sayılsa da satılan bilet arkasında yazan genel işlem koşullarının yeni bir öneri olma sorunu oluşturabileceğine yukarıda değinmiştik¹⁴⁴. Ayrıca değinmek gerekir ki ilan edilen her koşulun sözleşme kapsamına girmemekte olup, TMK m.2 uyarınca somut olaya göre ilan yoluyla bildirimin geçerliliğinin tartışılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz¹⁴⁵.

¹⁴³ Havutçu, Ayşe, “Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İle İlişkilendirilmesi, İçeriklerinin Denetlenmesi, Bilkent Üniversitesi Tüketici Hukuku Konferansı 5-6 Aralık 2015, s.82.

¹⁴⁴ Bkz. 1.Bölüm E)Genel İşlem Koşullarının Unsurları

¹⁴⁵ Örnekler için bkz. ANTALYA, s.308.

Her ne kadar açıkça bilgi verilmesi madde metninde yer alsa da; Düzenleyenin koşullar hakkında tek tek bilgi vermesinin imkânsız olduğu ve genel işlem koşullarının varlık amacına aykırı olduğu açıktır. Kaldı ki; bilgi verme yükümlülüğü, karşı tarafa sözleşmenin hükümlerini değiştirme yetkisini vermemektedir¹⁴⁶.

Koşullarının içeriğini öğrenme imkânı sağlanması kavramı ise karşı tarafın hâkimiyet alanına girmesi olarak değerlendirilmektedir. Yine genel işlem koşullarının okunabilir ve anlaşılabilir olması bu unsur altında değerlendirilmelidir. Ayrıca değinmek gerekir ki TBK 20. maddenin 3. fıkrasında yer alan “*Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz*” hükmü uyarınca karşı tarafa gerekli bilgilendirmenin yapıldığı anlamına gelen ifadelerin bulunduğu metinlerin imzalatılması ile düzenleyenin ispat yükünden kurtulmaması esastır. Fakat Yargıtay verdiği kararında¹⁴⁷ bilgilendirme yazısı ile sözleşme içeriğinin

¹⁴⁶ KREIENBAUM, Birgit: Transparenz und AGB-Gesetz, Berlin 1998, s. 222, 223.

¹⁴⁷ “*Dava, genel kredi sözleşmesi sebebiyle yapılan; erken ödeme komisyonu, masraf ve iç piyasa komisyon ücretinin tahsili istemine ilişkindir. Taraflar arasında bağitlanan 07/01/2013 tarihli Genel Kredi Sözleşmesi'nden önce, davalı Banka tarafından davacıya 04/01/2013 tarihinde sözleşme öncesi bilgilendirme yazısı ve Genel Kredi Sözleşmesi'nin verildiği, sözleşme içeriğindeki genel işlem koşullarının içeriğinin öğrenilmesinin sağlandığı, davacının imzasına havi kabul yazısı ile anlaşılmıştır. Bu durum karşısında davacının genel işlem koşulları hakkında bilgilendirildiğinin kabulü gerekir. Böylece, sözleşme kapsamındaki genel işlem koşullarının yazılmamış sayılmasını kabul etme olanağı yoktur. Mahkemece, TBK madde 25 uyarınca genel işlem koşulları bakımından içerik denetimi yaparak, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamış bozmayı gerektirmiştir.*” (Yargıtay 11. H.D. 19.4.2017 T. 2015/12725 E. 2017/2270 K.)

öğrenilme imkânının sağlandığının ispatlandığına ve TBK m. 25 uyarınca içerik denetimi yapılabileceğine değinilmiştir.

Örneğin; elektronik ortamlarda alışveriş yapmak için mecburi olarak tıklama şeklinde yapılan Ön Bilgilendirme ve Aydınlatma Yapıldığına Dair internet sözleşmeleriyle karşı tarafın açıkça bilgilendirildiğinin ve öğrenme imkânı sağlandığının ispatının mümkün olmadığı kanaatindeyiz. İnternet ortamındaki kutucuk doldurma şeklinde yer alan genel işlem koşulları içeren sözleşme metnlerinin öneri ve kabul aşamasının ne zaman gerçekleştiği konusunda tartışmalar mevcut olup genel hukuk düzenlemeleriyle çözüm bulunmuştur. Tarafların kimlik tespiti açısından elektronik ortamda yer alan sözleşmelerin elektronik imza ile akdedilmesinin daha uygun olacağı kuşkusuzdur.

c. Karşı Tarafın Bu Koşulları Kabul Etmesi

Sözleşme hükümleri olan genel işlem koşullarında sözleşmenin kurucu unsuru olan kabulün mevcut olması şarttır¹⁴⁸. Madde metninde kabulün şekli belirtilmediği için karşı tarafın kabulünün açık veya örtülü kabul olabileceği düşünülebilir. Açık kabul, tereddüde

¹⁴⁸ EREN,s.217; ATAMER, Denetleme, s.79-80; REHBINDER,s.648.

veya yoruma yer verilmeyecek şekilde olan açık irade beyanı iken¹⁴⁹; örtülü kabul, aktif bir fiil ya da susma iradesi ile gerçekleştirilen kabulü ifade der¹⁵⁰.

Her ne kadar “*Sakite bir söz isnat olunmaz. Lakin maraz-ı hacette sükût beyandır*”¹⁵¹ uyarınca susma bir irade beyanı niteliği taşımasa da Yargıtay 30.11.1955 tarihli ve 14/20 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla “*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...*” diyerek susmanın neticeye bağlanabileceğine işaret etmiştir.

Global kabul ise 3. bir kabul türü olup karşı tarafın, sözleşme koşullarını okusa da anlama yeterliliğinin olmadığından veya koşulları değiştirme imkânının olmadığından sözleşmeyi okumadan kabul etmesi durumudur¹⁵².

Global kabulün bağlayıcılığı düzenleyen TMK 2. maddesindeki dürüstlük kuralı çerçevesinde sözleşmeyi hazırladığı güvenine dayanmaktadır.

¹⁴⁹ EREN, s. 254; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ve Diğerleri, s. 203; AKINTÜRK,

Turgut/KARAMAN, Derya Ateş; Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2013, s. 27; REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, İstanbul 2012, s. 70; AKINCI, Şahin; Borçlar Hukuku Bilgisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış 6. Baskı, Konya 2012, s. 71.

¹⁵⁰ EREN, s. 255-256; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ve Diğerleri, s. 205; KARAHASAN Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Öğreti-Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, Birinci Cilt, Ankara 2003, s. 108; ANTALYA, s. 67.

¹⁵¹ Mecelle 67.madde.

¹⁵² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ve Diğerleri, s. 236; ATAMER, Denetleme, s. 102; HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 112; AYRANCI, s. 295, Tüketici, s. 114.

TBK öncesi Yargıtay kararlarında da TMK m. 2 genel işlem koşullarının denetlenmesinde bir ölçüt olarak kullanılmıştır.

Global kabul yoluyla sözleşmeyi imzalayan karşı tarafın hata hükümlerinden yararlanamayacağı açıktır. Zira bilinçli olarak gerçeği öğrenmekten imtina etme ve bilmeme hata sayılmaz¹⁵³. TBK 21/2 maddesindeki “*Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.*” hüküm ise açıkça global kabul durumunda karşı tarafı korumaktadır.

ii. Yazılmamış Sayılma

a. Genel Olarak

TBK 21. ve TBK 22. madde hükümlerinde yer alan yazılmamış sayılma terimi yürürlük denetiminin yaptırımını olarak görülmektedir. Yazılmamış sayılma sadece TBK da değil TTK hükümlerinde de yer almaktadır. Yargıtay kararında da karşı tarafa bildirilmemiş hükümlerin genel işlem koşulları denetimine tabi tutulması gerektiği, çünkü bu hükümlerin sözleşme hükümlerinden olmadığı yönünde karar verilmiştir¹⁵⁴.

TBK 21/1 hükmünde karşı tarafın menfaatine aykırı hükümler için yazılmamış sayılma yaptırımını öngörülmüştür. Kanunun lafzından hareketle tek taraflı değişikliğin

¹⁵³ EREN, s.351.

¹⁵⁴ Yargıtay 11. HD. T. 26.6.2018, 2016/10425 E. 2018/4812 K.

karşı taraf lehine olması halinde sözleşme kapsamına girebilmesi için TBK 21/1 hükmündeki şartlar aranmamaktadır¹⁵⁵.

TBK 21/2 de yer alan yazılmamış sayılma ise yukarıda da değinildiği üzere global kabulün bir sonucu olarak görülmektedir. Global kabulde, karşı tarafın düzenleyene duyduğu güven sonucu sözleşme maddelerini yeterince incelemeksizin ya da okumaksızın gerçekleşen bir kabul söz konusu olduğu için kanun koyucunun TBK 21/2 maddesi isabetlidir. Bu durumda düzenleyen tarafın sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarını karşı tarafa özellikle bildirip dikkatini çekmesi ve bu maddeleri kabul etmesi halinde, karşı tarafın TBK 21/2 korumasından yararlanamayacağı şeklinde görüş¹⁵⁶ mevcut olsa da TBK Gereğesinde sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşullarının, düzenleyen tarafından, bunlar hakkında açıkça bilgi verilip, içeriğini öğrenme olanağının sağlanması ve diğer tarafın da bunu kabul etmesi, yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanmasını engellemediği belirtilmiştir. Karşı tarafın dikkatinin çekildiği ve artık koşulların beklenilemez olmadığının ispatı kuşkusuz düzenleyen üzerindedir. Fakat bu durum dikkat çekilen koşulun denetimine engel değildir. Çünkü sözleşmedeki koşulun sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olma kavramı ile haksız olma kavramı farklıdır¹⁵⁷. Bu sebeple de TBK 21. maddeye uygun bir koşul TBK 25. maddeye aykırı olabileceği

¹⁵⁵ EREN, s.221; ANTALYA, s.319; GÜLERCİ, Altan Fahri /KILINÇ Ayşe 6098 Sayılı Yeni TBK İle Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s. 104; CANSEL/ÖZEL, s. 132.

¹⁵⁶ ATAMER, Denetleme, s. 112; HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 139-140; Bucher, Eugen/(Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Helbing&Lichtenhahn Basel Genf München 2003, 3. Auflage § 23 N 42.

¹⁵⁷ ATAMER, Denetleme, s. 110; HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 140; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ve Diğerleri, § 23 N 21.

gibi tersi de mümkündür. Esasen TBK 21. madde denetimi, karşı tarafa duyulan güven ve TMK 2. maddedeki dürüstlük kuralı temellerine dayanmakta olup, TMK 25. madde uyarınca içerik denetiminin de bir parçası olarak görülebileceği kanaatindeyiz.

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliği doktrinde şaşırtıcı koşul olarak da yer almaktadır¹⁵⁸. Sözleşmenin içeriğine ve işin niteliğine yabancı hükümleri genel anlamda, karşı tarafın asli edim yükümünü ağır bir şekilde genişleten, kısıtlayan veya düzenleyen tarafın kanundan doğan yükümlülüklerini alışılanın dışında kaldıran koşullar olarak tanımlayabiliriz¹⁵⁹. Örneğin; satım konusu malın bakımı ve tamiri için zincirleme sözleşmeyi zorunlu tutan sözleşmeler gibi¹⁶⁰. Beklenilemez olması sadece koşulların içeriği değil koşulların sözleşmede yer aldığı maddeler bakımından da uygulanabilir¹⁶¹. Örneğin; tanımların yer aldığı ilk kısımda cayma koşullarının belirtilmesi beklenmedik bir durumdur.

İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında (BGE); yetkili mahkemeyi belirleyen hükümler, kiralayanın hafif ihmali ile meydana gelecek zararın dahi sigorta kapsamı dışında kalacağına ilişkin hükümler beklenemez nitelikte sayılmıştır¹⁶².

Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Genel İlkeleri 2.1.20 maddesinde şaşırtıcı şartlar başlığı altında “(1) Standart şartlarda [genel işlem şartlarında] yer alan, diğer tarafın sözleşmede bulunmasını makul olarak beklemeyeceği nitelikteki hiçbir şart hüküm ifade etmez; meğerki karşı taraf bunları açıkça kabul etmiş olsun.

¹⁵⁸ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 41; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ve Diğerleri, s. 237.

¹⁵⁹ 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. 423.

¹⁶⁰ İŞGÜZAR, S.183; REHBINDER, SJZ 73 s.39

¹⁶¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ve Diğerleri, , § 23 N.20

¹⁶² BGE 49 I 50; 52 I 267; 91 I 11, 93 I 323, Detaylı inceleme için bkz. Atamer, Denetleme, s. 112-113.

(2) Bir hükmün bu nitelikte olup olmadığı içeriğine, diline ve sunum şekline bakılarak belirlenir.” hükmüne yer verilmiştir.

TBK Gerekçesinde ise şaşırtıcı haller örneklendirilmiştir. Gerekçeye göre “döviz hesabını belli bir yabancı para cinsinden açtıran kişiye, hesabın bulunduğu kurumca farklı bir yabancı para ya da Türk Lirası ile ödeme yapılması, kredi işleminde, ipoteğe ilişkin metnin içine örtülü olarak konulmuş olan bir kefalet yükleniminin olağan dışı bulunması ya da kredi sözleşmelerinde, neredeyse ayrıksız olarak yer verilen kredi kurumunun dilediği anda hiçbir gerekçe göstermeksizin hesabı kat edeceği¹⁶³, ilişkiye son vereceğine ilişkin düzenlemeler olağan dışı sayılacağı için,” bu yöndeki koşulun yazılmamış sayılması gerekmektedir.

Örneğin; TBK 346. madde¹⁶⁴ hükmü olmasaydı kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getiren koşul TBK 21. madde uyarınca geçersiz sayılacaktır.

Başka bir örnek olarak idarenin özel hukuk sözleşmesi şeklinde olan sözleşmelerinde kesin teminat mektuplarının bir başka bankadan alınacak kesin teminat mektupları ile değiştirilmesini talep etme hakkına sahip olmasına dair koşul somut olaya göre değerlendirildiğinde şaşırtıcı kayıt özelliği taşıyabilecektir.

Delillerin belirlenmesi, yetkili mahkeme tayin edilmesi ve tahkim yolu belirlenmesine dair koşulların somut olaya göre şaşırtıcı beyan niteliği de taşıyabileceği

¹⁶³ TBK Gerekçesinde yer alan “kredi kurumunun dilediği anda hiçbir gerekçe göstermeksizin hesabı kat edeceği” yönündeki şaşırtıcı örnek bazı görüşlerce TBK 25.maddenin uygulama alanı sayılmıştır. bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 167; KUNTALP, s. 102.

¹⁶⁴ “Kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir.”

kanaatinde olmakla birlikte konu bütünlüğünün bölünmemesi açısından, bu başlıklar içerik denetimi örnekleri arasında incelenecektir.

b. Yazılmamış Sayılmanın Doğurduğu Sonuçlar

Yazılmamış sayılma yaptırımını anlamak için öncelikle hukuki niteliğini anlamak gerekmektedir. Yazılmamış sayılma kavramının hukuki niteliği doktrinde tartışmalı bir husus olup, birden çok görüş bulunmaktadır. Bu görüşleri “*eksiklik*”, “*yokluk*”¹⁶⁵, “*kesin hükümsüzlük*”¹⁶⁶, “*kısmi yokluk*”¹⁶⁷, “*kısmi hükümsüzlük*”¹⁶⁸ olarak sıralayabiliriz.

Doktrindeki baskın görüş yazılmamış sayılmanın *yokluk* yaptırımı ile örtüştüğü¹⁶⁹ olsa da iki kavram tam olarak birbirini karşılamamaktadır. Zira yoklukta sözleşme kurucu unsurları içermediğinden bahisle hiç kurulmaz, meydana gelmez; fakat yazılmamış sayılan genel işlem koşulları sözleşme değil sözleşme hükmüdür. Yürürlük denetiminde genel işlem koşullarının sözleşme muhtevasına dâhil olup olmadığı tartışılır.¹⁷⁰ Bu sebeple yoklukla yazılmamış sayılma kavramı tam olarak örtüşmemektedir.

¹⁶⁵ AÇIKGÖZ, s. 240; EREN, s. 221 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 168.

¹⁶⁶ AKİPEK ÖCAL, GİK, s. 187-207; HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 6098 Sayılı TBK Esas Alınarak Hazırlanan 2. Bası, İstanbul 2012, s. 665-66; TEKİNAY/AKMAN /BURCUOĞLU/ALTOP, s. 153-154; DAĞDELEN, Ahmet Hakan, “Genel İşlem Şartları ve Teşmil ile Yürürlük Denetiminin Esasları,” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (2019): s. 649.

¹⁶⁷ EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 221.

¹⁶⁸ OĞUZ, s. 113-114; KIRKBEŞOĞLU Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011, s. 286; HATEMİ /GÖKYAYLA, s. 62.

¹⁶⁹ EREN, s.221, OĞUZMAN/ÖZ, s.168.

¹⁷⁰ YELMEN, s.104-106.

Hükümsüzlük açısından bakıldığında hiç var olmamış bir sözleşme koşullarının, hükümsüzlüğünden söz edilebilmesi mümkün olmadığından¹⁷¹ bir örtüşme olmadığı kanaatindeyiz.

Bir diğer görüş *eksiklik* olup, *eksiklik* durumunda sözleşme kurulmuş fakat kanundaki hususlardan bazıları eksiktir.¹⁷² Eksiklik durumunda askıda bir durum söz konusu olup sonradan tamamlanma olmasına karşın, yazılmamış sayılmada tamamlanması söz konusu değildir. Bu yönüyle iki kavram örtüşmemektedir.

Yazılmamış sayılmayı kendine özgü bir yaptırım olarak değerlendirmenin daha doğru olacağı kanaatine katılıyoruz. Zira yazılmamış sayılma sözleşmeler için öngörülen bir yaptırım değildir. Esnek hükümsüzlük denilen görüşe göre sözleşmenin kurucu unsurlarının varlığı incelenmemekte, genel işlem koşullarının sözleşme muhtevasına dâhil olup olmadığı tartışılmaktadır¹⁷³.

TBK 22.maddede bulunan “*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 uyarınca yazılmamış sayılan hükümler dışındaki hükümlerle sözleşme varlığını korumaya devam edecektir. TBK gerekçesinde de bu hususa değinilmiş ve TBK 27/2¹⁷⁴

¹⁷¹ EREN, s. 222; ATAMER, Karşılaştırma, s. 31; KILIÇOĞLU, s. 169-170; NOMER, H. N. (2020), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yayıncılık, 17. Baskı, s. 84-85.

¹⁷² EREN, s. 333; OĞUZMAN/ÖZ, s. 184; GÜRAL (AKİPEK), Jale, Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medenî Kanununun Sistemi, Ankara 1953 s. 216; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 593.

¹⁷³ YELMEN, s. 104-106

¹⁷⁴ “*Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.*”

hükümünün uygulanmayacağı açıkça ifade edilmiştir¹⁷⁵. Yine TBK Gerekçesinde belirtildiği üzere yazılmamış sayılma durumunda ortaya çıkan boşluklar Alman Medeni Kanunu (BGB. §. 306) maddesinde belirtildiği gibi kanunla doldurulacaktır. Eğer kanuni bir düzenleme yoksa taraf iradelerine bakılması¹⁷⁶ veya somut olayın özelliğinin irdelenmesi¹⁷⁷ görüşleri mevcuttur. Kanımızca kanuni düzenleme yoksa TMK hükümlerinin¹⁷⁸ uygulanarak boşluğun doldurulması esastır. Bu durumda yine dürüstlük kuralı gündeme geleceği kuşkusuzdur.

Alman Medeni Kanunu BGB. §. 306/3 hükmünde “2. fıkra da öngörüldüğü biçimde sözleşmenin içeriğinin belirlenmesiyle sözleşmede meydana gelen değişiklik sözleşmenin taraflarından bir için beklenemeyecek sonuçlar yaratıyorsa sözleşme bütünüyle geçersiz hale gelir.” şeklinde yazılmamış sayılmanın istisnası yer almaktayken TBK hükümlerinde bu istisnaya yer verilmesinin uygulamada zorluk oluşturması kaçınılmazdır. Zira yazılmamış sayılan hükümlerin esaslı noktaları içermesi durumunda nasıl bir yol izleneceği hususu tartışmalıdır. Zira TBK 2. madde tarafların esaslı

¹⁷⁵ Bkz. TBK Gerekçesi; “Bu düzenlemeyle, Alman Medenî Kanununun (BGB) 306 ncı maddesinin üçüncü fıkrasından ayrılmıştır. Böylece sözleşmeyi düzenleyenın Tasarının 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmünden kıyas yoluyla yararlanması önlenmiş bulunmaktadır. Sözleşmenin diğer tarafının ise, söz konusu hükümden yararlanabileceğinde duraksama yoktur.”

¹⁷⁶ AKBULUT, Pakize Ezgi, Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı. s. 393

¹⁷⁷ ŞEKER, Muzzaffer, Yazılmamış Sayılma, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2015. s. 219; ATAMER, Denetleme, s. 120-121

¹⁷⁸ “Madde 2 - Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Madde 4 - Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.”

noktalarda anlaşmasını sözleşmenin kurulması için zorunlu saymaktadır. Esaslı noktalarda genel işlem koşulları şeklinde yer alamayacağı yönünde görüşler¹⁷⁹ olsa da TBK Gerekçesinde “ çoğu zaman fiyat konusu bile tarifelerle belirlenmekte ve pazarlık dışı bırakılmaktadır.” denilerek esaslı noktalara dair genel işlem koşulları olabileceği belirtilmektedir. Hayatın olağan akışı çerçevesinde bakıldığı zaman tarifelerin ve banka kredi sözleşmelerinin fiyat ve ödeme bilgisi gibi esaslı noktaları da ihtiva ettiği görülecektir.

Bir görüşe göre TBK 24. maddede bulunan “*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.*” hükmü TBK 21/2 maddesinin bir örneğidir¹⁸⁰. Fakat kanaatimizce TBK 24. maddenin içerik denetimi bölümünde incelenmesi gerekmektedir.

C. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YORUMLANMASI- YORUM DENETİMİ

i. Genel Olarak

Hukuken bir belgede yer alan bir ifadenin açıklanması, belirlenmesi olarak tanımlanan yorum TBK 19. maddede sözleşmenin yorumlanması olarak yer almaktadır. Sözleşmenin yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.

¹⁷⁹ ŞEKER, s. 189-190; EREN, s. 225

¹⁸⁰ ŞEKER, s. 46-48

Genel işlem koşullarında yorum ise TBK 23. maddede yer almaktadır:

“Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.”

Madde hükmünde yer aldığı üzere yorumun kullanılabilmesi için açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi gerekmektedir. TBK 23. madde gerekçesinde bu maddenin dürüstlük kuralının uygulamasının özel bir örneği olduğu yer almaktadır¹⁸¹. Zira çelişkili davranma yasağına (*nemo audiatur propriam turpitudinem allegans*) aykırılık durumu söz konusudur. Bu durumda düzenleyen tarafın dürüstlük kuralına aykırı olarak hazırladığı söylenebilir. Bu durumda ise TBK 25. maddede yer alan içerik denetiminin ölçütü ve TBK 25. madde denetimi söz konusu olabilecektir.

İkinci denetim aşaması olarak görülen TBK 23. maddede “açık ve anlaşılır olmama” ve “birden çok anlama gelme” şeklinde iki unsur yer almaktadır.

ii. Açık ve Anlaşılır Olmama

Genel işlem koşullarını içeren hüküm kesin ve kuşkuyla yer vermeyecek bir anlam ifade etmeyebilir. Bu durumda hükmün açık ve anlaşılır olmamaktadır. TBK 23. maddede ise genel işlem koşulu ihtiva eden hükmü düzenleyen tarafın, açık ve anlaşılır olmayan koşulun sonucuna katlanması gerekliliği düşüncesinden hareket etmektedir.

¹⁸¹ “Bu esaslar, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 2 nci maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarının, genel işlem koşullarının yorumlanması bakımından özel bir uygulama alanı oluşturur. Gerçekten, düzenleyenden, sözleşme koşullarını dürüstlük kurallarının gerektirdiği önemi vererek hazırlaması beklenir. Sözleşmede açık olmayan veya duraksamaya sebep olan noktalar, düzenleyen aleyhine yorumlanacaktır.”

Bu unsur Alman Medeni Kanunu BGB. §. 307/1 sayılı maddenin ikinci cümlesinde¹⁸² yer alan saydamlık denetiminin de unsurlarından olup, TBK da saydamlık denetimine açıkça yer verilmesi de Alman Medeni Kanununda yer aldığı üzere içerik denetiminin konusunu oluşturabileceği görüşündeyiz.

iii. Birden Çok Anlama Gelme

Koşulların lafzından kesin olarak bir şeyin anlaşılmaması ve birden çok anlama gelmesi durumudur. Genel ve soyut olarak hazırlanan genel işlem koşullarının; belirli ilişkileri kapsamaması ve birden çok kişiyle sözleşme kurulmasını amaç edinmesi sebepleriyle, birden çok anlama gelmesi kaçınılmazdır.

iv. Yorumda İzlenecek Yöntemler

Sözleşme, şüphe hâlinde düzenleyen aleyhine yorumlanır ilkesi Roma Hukukunda yer alan *"in dubio contra stipulatorem"* ilkesiyle örtüşmektedir. TBK 23. maddede yer alan hüküm Alman Medeni Kanunu BGB. §. 305c/II ile örtüşmektedir¹⁸³.

Örneğin; Alman Sigorta Şirketi tarafından yerleşik Türklerin arabaları için yapılan sigorta sözleşmesi maddesindeki genel işlem koşulları hükümlerinde Avrupa için geçerli olduğu ifade edilmesine rağmen sadece Trakya sınırının sözleşmeye dâhil edilip Anadolu

¹⁸² *"Bir koşulun açık ve anlaşılabilir biçimde kaleme alınmamış olmasından da ölçüsüz bir mağduriyetin varlığı sonucuna varabilir"*

¹⁸³ *"Genel işlem koşullarının yorumunda, tereddüt halinde kullanan aleyhine olan anlam dikkate alınır."*

kısımındaki kazalar için sigorta ödemesi yapılmaması müşteri lehine yorumlanması gereklidir¹⁸⁴.

Soyer'e göre objektif yorum ilkesi benimsenerek, genel işlem koşulları genel ve soyut olduğu için somut olaya göre yorum yapılmaması gerekmektedir. Gerçekten de genel işlem koşullarının genel ve soyut olması kurucu unsurlarındandır. Tabi ki bu görüşün katı bir şekilde uygulanmasının doğru olmayacağı kuşkusuzdur. Bazı durumlarda doğruluk ve güven ilkesi gereği somut olayın özelliklerine ve kişi iradesine bakılması da gerekmektedir¹⁸⁵.

Taraflar arasında imzalanan bireysel sözleşmenin önceliği ilkesinin aşılmaması görüşündeyiz¹⁸⁶. Ayrıca değinmek gerekir ki; yorum emredici hukuk kurallarına aykırılık ihtiva etmemelidir. Aksi durumda TBK 27/1¹⁸⁷ maddesi uygulama alanı bulacak ve koşul kesin hükümsüz olacaktır.

Yorum sonucu hiçbir anlam çıkmaması halinde sözleşme hükmü geçersiz olacağı yönündeki görüşe¹⁸⁸ katılmaktayız. Zira hiçbir anlam çıkmazsa hâkimin denetleyeceği bir koşul da var olmayacaktır.

¹⁸⁴ YAVUZ, s.37; OĞUZ,s.87.

¹⁸⁵ SOYER, s.130-131; HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s.150-151.

¹⁸⁶ ATAMER, Tacirin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunma Yolları, İstanbul Ticaret Odası Yayını, No: 2001-8, İstanbul 2001, s. 53; Atamer, Denetleme, s. 102; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ve Diğerleri, s. 236; YENİOCAK, Umut; Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, TBB Dergisi 2013, sayı 107, s. 84.

¹⁸⁷ *“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”*

¹⁸⁸ KAPLAN, İbrahim; Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3. Baskı, Ankara 2013, s.81.

3. BÖLÜM

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İÇERİK DENETİMİ

A. GENEL ANLAMDA

Yürürlük ve yorum denetimi özü itibariyle incelendiğinde, her iki denetim türünün de TBK m.25 ölçütü olan dürüstlük kuralına dayandığı görülecektir. Fakat uygulamada denetim türleri ayrı başlık altında incelenmiş yürürlük ve yorum denetiminden geçmiş genel işlem koşullarında son denetim olarak içerik denetimi öngörülmüştür. Yargıtay kararlarında “*Genel işlem koşullarının denetim ise üçe ayrılmıştır. Yürürlük denetimi (TBK'nın 21 ve 22. maddesi), yorum denetimi (TBK'nın 23. maddesi) ve içerik denetimi (TBK'nın 24 ve 25. maddesi)'dir. TBK'nın 21. maddesinde genel işlem şartının yazılmamış sayılması, 22. maddesinde yazılmamış sayılmasının sözleşmeye etkisi, 23. maddesinde ise genel işlem koşulunun yorumlanması hükmü düzenlenmiştir. Bu durumda mahkemece, genel işlem koşulu olduğu kabul edilen cezai şarta ilişkin hükmün öncelikle TBK'nın 21, 22 ve 23. maddeleri çerçevesinde değerlendirilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yanılığlı değerlendirme ile TBK'nın 25. maddesine göre değerlendirilmesi de doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.*” denilmek suretiyle öncelikle yürürlük ve yorum denetimi yapılması öngörülmüştür¹⁸⁹.

TBK öncesi içerik denetimi TMK genel ilkelerine dayanılarak yapıldığı yukarıda detaylı olarak değerlendirilmiştir. İçerik denetiminde öngörülen taraflar arası menfaat

¹⁸⁹ Yargıtay 11. HD. 28.04.2016 T. , 2015/9764 E, 2016/4814

dengesinin korunmasıdır. Genel hukuk ve adalet anlayışına göre, hukuk sadece doğru ya da haklı olanla yetinmemeli “*daha adilini*”¹⁹⁰ aramalıdır.

İçerik denetimi TBK 25. maddede ve ilgili mevzuatlarda yer almaktadır¹⁹¹. TKHK da yer alan haksız şart kavramı aslında içerik denetiminin Tüketici Hukukundaki halidir.

TBK 25. maddede “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*” hükmünde içerik denetiminin ölçütüne yer verilmiştir. Madde metninde TMK 2. maddeye atıf yapılarak dürüstlük kuralı ölçütü kullanmış fakat dürüstlük kuralı tanımına veya örneklerine yer verilmemiştir. Alman Medeni Kanun’unda ise örneklemelere yer verilerek uygulama kolaylığı oluşturulmuştur.

İçerik denetimi ile ilgili hususların TBK yürürlük tarihinden önceki sözleşmelere uygulanabilirliği tartışılmıştır. TBK 25. maddede yer alan içerik denetiminin kamu düzeninden sayılması ve TBK yürürlük tarihinden önceki genel işlem koşullarına da uygulanması gerekliliği Yargıtay kararlarına da konu olmuştur. Yargıtay kararlarında görüş birliği olmasa da Yargıtay’ın TBK 25. maddeyi kamu düzeninden kabul ettiği yönündeki görüşüne¹⁹² katılmaktayız.

Bazı görüşlerce¹⁹³ yargı tarafından gerçekleştirilen içerik denetimi “açık içerik denetimi” şeklinde ifade edilmiştir. Fakat biz bu çalışmamızda kanun lafzından yola çıkarak içerik denetimi ifadesini kullanacağız.

¹⁹⁰ AKYOL, Şener; Medeni Hukuka Giriş, Prof. Dr. Bülent Köprülü’nün Anısına Armağan, 2.baskı, İstanbul 2006, s.2.

¹⁹¹ Örn: Elektronik Haberleşme Kanunu 50.maddede “(3) *Abonelik sözleşmelerinde yer alan ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde, dürüstlük ilkesine aykırı düşecek biçimde abone aleyhine dengesizliğe neden olan hükümler geçersizdir.*” hükmüyle içerik denetimine yer verilmiştir.

¹⁹² Yargıtay 3. HD. T.02/06/2015, 2014/15651 E. 2015/100K; YELMEN, s.79-80.

¹⁹³ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 42; ANTALYA, s. 312.

B. İÇERİK DENETİMİNİN UNSURLARI

TBK 25.maddede genel işlem koşullarında içerik denetimi için öngörülen unsurlar belirlenmiştir.

i. Denetlenen Koşullar Sözleşmeye Dâhil Hüküm Olması Gereklidir

TBK 25.maddede yer alan içerik denetiminin uygulanacağı hükmün diğer denetimler geçmesi gerekmektedir. Yürürlük denetiminden geçemeyen bir koşula zaten sözleşmede yer almaması sebebiyle içerik denetimi uygulanmayacaktır.

ii. Denetlenen Koşullar Karşı Tarafın Aleyhine Veya Onun Durumunu Ağırlaştırıcı Nitelikte Olmalıdır

TBK 25. madde denetimi için koşulun karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olmalıdır. Benzer şekilde koruma unsuru TBK 21. ve 24.maddede yer almaktadır. Kanun maddesinin lafzından yola çıkarak karşı tarafın lehine olan değişikliklerin denetime tabi olmayacağı kanısına varılabilir.

C. İÇERİK DENETİMİNİN ÖLÇÜTÜ OLARAK DÜRÜSTLÜK KURALI

Farsça kökenli olan “*dürüstlük*” kavramı TDK sözlüğünde “*doğruluk*” anlamındadır. Dürüstlük kuralı, TMK 2. maddede “*I. Dürüst davranma - Madde 2 -*

Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.” şeklinde yer alır.

Doktrinde¹⁹⁴ 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” olarak tanımlanır ve güven ilkesi ile yakından ilişkilendirilir¹⁹⁵.

Dürüstlük kuralı esasen objektif¹⁹⁶ olup, kişisel görüşlerden uzaktır. Bu sebeple de objektif iyiniyet kavramı olarak da karşımıza gelmektedir. Sözleşme hukukunda dürüstlük kuralının uygulama alanı, sözleşmede tamamlayıcı ve yorumlayıcı hukuk kurallarından ayrı düzenleme yapabilme hakkının kötüye kullanılması esnasında ortaya çıkar¹⁹⁷. Dürüstlük kuralı emredici hükümlerden¹⁹⁸ olduğu ve bu sebeple de hâkimin re’sen incelemesi gerektiği yönündeki görüşe katılmaktayız.

¹⁹⁴ EDİS, Seyfullah, Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukukî Niteliği, Prof. Dr. Mahmut KOLOĞLU'na 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 449; Aynı Yazar, Başlangıç, s. 291; DURAL, Mustafa/SARI, Suat; Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun 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.

¹⁹⁵ EDİS, Doğruluk ve Güven, s. 447; Aynı Yazar, Başlangıç Hükümleri, s. 290; AKYOL, Şener; Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, İstanbul 2006, s.5-6.

¹⁹⁶ EDİS, Doğruluk ve Güven, s.449, Hıfzı VELDET, Türk Medeni Hukuku, Cilt 1, Başlangıç ve Şahsın Hukuku, İstanbul Matbaacılık, İstanbul, 1948, s.20.

¹⁹⁷ AKINTÜRK, Turgut/ KARAMAN, Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, İstanbul 2012, s. 167 vd

¹⁹⁸ EDİS, Doğruluk ve Güven, s.450.

Dürüstlük kuralının hukuk dünyasında etkisi dört temel işlev çerçevesindedir. Bunlar “somutlaştırma fonksiyonu”, “tamamlama fonksiyonu”, “düzeltme fonksiyonu” ve “sınırlama fonksiyonu”¹⁹⁹ olarak sıralanabilir.

Hem TBK maddelerinde bulunana genel işlem koşullarında hem de benzer kurumlarda²⁰⁰ (örneğin haksız rekabet, haksız şart) kurumlarında dürüstlük kuralı ölçüt olarak yer almış ve koşulların denetiminde ana ölçüt sayılmıştır. Yukarıda değinilen diğer yorum aşamalarında da yer yer dürüstlük kuralına yer verilmek suretiyle adeta bütün denetim aşamalarında içerik denetimi yapıldığı görülmüştür. Alman Medeni Kanun’unda da “*Treu und Glauben*” terimi kullanılarak dürüstlük kuralı ana ölçüt olarak yer almıştır.

TBK 25. madde metninde genel işlem koşullarının içerik denetimi için aleyhe veya ağırlaştırıcı şartın dürüstlük kuralına aykırı olması şartı ile içerik denetimine tabi tutulacağına yer verilmiştir. Maddenin lafzından yola çıkarak dürüstlük kuralına aykırı bir durum ihtiva etmeyen genel işlem koşulu karşı tarafın aleyhine veya durumunu ağırlaştırıcı koşulun içerik denetiminden geçmeyeceğinden²⁰¹ söz edilebilecek ve kuşkusuz uygulamada sıkıntılara sebebiyet verecektir. Bu sıkıntıları bertaraf etmek için kuşkusuz dürüstlük kuralını örneklendirme yoluyla somutlaştırmak gerekecektir. Dürüstlük kuralının somutlaştırılmaması sebebiyle TBK 25. maddede hüküm içi boşluk oluşacağı yönünde görüş²⁰² mevcuttur.

Genel işlem koşulları denetiminde dürüstlük kuralına dair örnek durumlar Alman Medeni Kanunu, Ticaret Kanunu ve TSHŞHY maddelerinde yer alsa da bu maddeler tam olarak TBK hükümlerinin uygulama alanını karşılamamaktadır. Hâkimin dürüstlük

¹⁹⁹ OĞUZMAN/BARLAS, s. 204-221; EDİS, s. 304-316

²⁰⁰ TTK m.55 ve TSHŞHY m. Ek-1

²⁰¹ YELMEN, S.157.

²⁰² Havutçu, Ayşe, “Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İle İlişkilendirilmesi, İçeriklerinin Denetlenmesi, Bilkent Üniversitesi Tüketici Hukuku Konferansı 5-6 Aralık 2015, s.100.

kuralını nasıl somutlaştıracağını ve ne şekilde somut olaya uygulayacağını açık olmaması durumunun büyük bir eksiklik olduğu kanaatindeyiz.

D. İÇERİK DENETİMİNİN YAPTIRIMI VE SONUÇLARI

İçerik denetiminin yaptırımını kısmi kesin hükümsüzlüktür. Fakat TBK 25.maddede yaptırım hükümlerine yer verilmemiş, TBK 25.maddenin gerekçesinde ise “... yaptırım, 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 dâhil 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.” denilerek içerik denetimine dair yaptırıma yer verilmiştir. Kanaatimizce yaptırımın Alman Medeni Kanun’u BGB. §. 307.maddede²⁰³ ve TKHK 5/2 maddede²⁰⁴ olduğu gibi madde metninde yer alması daha uygun düşecektir.

BGB. §. 306 da kesin hükümsüzlüğün hukuki sonuçları yer almaktadır. TSHŞHY de 7.madde²⁰⁵ ve TBK da bu hükmü 27.madde karşılamaktadır. Fakat daha önce de

²⁰³ “(1) Genel işlem koşulları içerisinde yer alan ve kullananın karşısındaki sözleşme tarafını dürüstlük kuralının gereklerine aykırı olarak ölçsüz şekilde mağdur eden kayıtlar geçersizdir.”

²⁰⁴ “Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür.”

²⁰⁵ “Tüketiciyle kurulan sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Ancak sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.”

değinildiği üzere TBK Gerekçesi uyarınca; 24.ve 25.maddeler göz önüne alınarak yapılan genel işlem koşulu denetimlerinde “*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 durumda 27/2- c. 2 de yer alan “*Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.*” hükmü uygulama alanı bulamayacak ve Türk Hukuku ve Alman Hukuku uygulamaları ayrılacaktır. Bu durum sözleşmeyi yani işlemi koruyan yaklaşımı (favor negoti, favor contractus) gündeme getirecektir.

Yine BGB. §. 306.maddesinin aksine²⁰⁶; hükümsüz olan koşulların, sözleşmede nasıl düzenleneceği de TBK da yer almamaktadır.

Hâkimin Boşluğu Doldurması (Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi)

BGB. §. 306/2 de boşluğun yasal hükümlerle doldurulacağı belirtilmiştir. TBK hükümlerinde yer almasa da boşluğun yasal düzenlemelerle doldurulması gerekliliği açık olup TMK 1.maddeden yararlanılması da esastır:

“Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır.

²⁰⁶ “(1) Genel işlem koşulları kısmen veya tamamen sözleşmeye dâhil olmamışsa veya hükümsüz ise, sözleşme kalan muhtevası ile geçerli olarak devam eder. (2) Genel işlem koşullarının hükümsüzlüğü veya sözleşmeye dâhil olmaması halinde, sözleşmenin içeriği yasal düzenlemelere göre tayin edilir. (3) İkinci fıkrada öngörüldüğü biçimde sözleşmenin içeriğinin belirlenmesiyle sözleşmede meydana gelen değişiklik, sözleşmenin taraflarından biri için beklenemeyecek sonuçlar yaratıyorsa, sözleşme bütünüyle hükümsüz hale gelir.”

Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.

Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.”

Yargıtay kararlarında²⁰⁷ “Genel işlem koşulu sebebiyle yazılmamış veya kesin hükümsüz sayılan sözleşme hükmünün, sözleşmenin uygulanmasında boşluk doğurması halinde, ortaya çıkan sözleşme içi boşluğun, hâkim tarafından öncelikle yedek hukuk, bu yoksa MK m. 1 uyarınca örf ve adet hukukuyla, bu da yoksa hâkimin hukuk yaratması yöntemiyle doldurulması gerekir.” denilmek suretiyle TBK 25. maddenin yaptırımı ve sonuçları detaylı olarak yer almıştır.

E. İÇERİK DENETİMİNİN SINIRLARI

TBK Gerekçesinde içerik denetimindeki dürüstlük kuralı ölçütünün ahlaka aykırılık seviyesinde bir aykırılık olmadığı ve TBK 27. madde uyarınca bir hükümsüzlük olduğunu fakat TBK 21. madde uyarınca yürürlük denetiminde olduğu gibi sözleşmenin bağlayıcılığını koruduğu belirtilmiştir. Ayrıca TBK 21. ve TBK 25. maddelerin farklı denetim yolu olduğuna açıkça değinilmiştir.

Bu açıdan bakıldığında TBK 25. maddede yer alan içerik denetiminin ahlaka aykırılık seviyesinde bir denetim olmadığı ve TBK 27. maddede yer alan “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler*” hususlarını denetlemeyeceği açıktır.

²⁰⁷ Yr 11. HD 2016/4676 E. 2017/3160 K. sayılı 29.05.2017 tarihli kararı.

Doktrindeki bazı görüşlere göre²⁰⁸ TBK 24. maddede yer alan denetim içerik denetimi kapsamında iken diğer görüşe²⁰⁹ göre TBK 24. madde yürürlük denetimi başlığı altında incelemiştir. TBK m.24 her ne kadar içerik denetimi konusunda dâhil olduğu görüşünde olsak da yaptırım türü olarak yazılmamış sayılmanın içerik denetiminin yaptırımı olan kısmi kesin hükümsüzlüğü karşılamadığı²¹⁰ görüşündeyiz. Bu sebeple TBK 24. madde içerik denetimi altında fakat ayrı bir başlık altında incelenmesi görüşündeyiz.

F. TBK 24. MADDE UYARINCA İÇERİK DENETİMİ

TBK 24. maddede “*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.*” denilerek ayrı bir denetim yolu öngörülmüştür. 5464 Sayılı BKKKK 25., TKHK 6., 6/A ve 10.maddelerinde, TBK 24. maddesini karşılayan hükümler yer almaktadır. Ahde vefa ilkesi (*pacta sunt servanda*) uyarınca tarafların sözleşmeyle bağlı olup tarafların sözleşme hükümlerini değiştirilmemesi gerekir²¹¹. Fakat bu ilkenin dürüstlük kuralı ile sınırlanması da esastır. Örneğin; genel

²⁰⁸ AYDOĞDU, Tüketici, s. 110; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU, /ALTOP, s. 155;

²⁰⁹ ŞEKER, s. 46-48

²¹⁰ YELMEN, Adem, “Değiştirme Yasağı”, İzmir Barosu Dergisi, S. 3, 2015, s. 373.

²¹¹ KAPLAN, s. 117; BAYSAL, Başak; Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009, s. 5; TOPUZ, Seçkin; Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Ankara 2009, s. 64, 65.

işlem koşullarında, internet sağlayan firmanın internet paketi içeriklerinin değiştirilme yetkisi olması durumunda ahde vefa ilkesinden bahsedilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Madde metninde “yazılmamış sayılma” yaptırımına yer verilerek bu koşulların başka bir incelemeye gerek duyulmaksızın yazılmamış sayılması öngörülmüştür. İki maddede öngörülen yaptırımın farklı olması ise tartışmalıdır²¹². Değişiklik kaydına ilişkin incelemede dürüstlük kuralına aykırılık da varsa TBK 24. maddeye göre yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanacağına dair görüş²¹³ bulunmaktadır. Bir görüş²¹⁴ ise tek taraflı değişiklik yapma yetkisi veren genel işlem koşullarını geçersiz saymıştır. Bu durumun TBK 24. madde hükmüne aykırı olacağı kanaatindeyiz.

TBK 24. maddede, Alman Medeni Kanununun aksine²¹⁵ karşı tarafın aleyhine olma durumunun makul ya da ağır bir biçimde olması şeklinde bir ayrıma gidilmemiş ve düzenleyen – karşı taraf menfaat dengesi, karşı taraf lehine tek taraflı korunmuştur. Yine TKHK Yönetmelik Ek 1/h-1 “*haklı bir sebep olmaksızın*” şeklinde²¹⁶ bir ölçüt öngörülmüştür. Doktrinde²¹⁷ TBK 24. maddenin “*değiştirme hakkının saklı tutulması*”

²¹² YELMEN, s.139.

²¹³ ENGİN, Baki İlğay, Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Yargıtay Kararları Işığında Faktoring Sempozyumu, 2012, s. 58-82, ERTAN, Füsün Nomer, Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul 2016, s. 363.

²¹⁴ AYDOĞDU, Tüketici, s.141, İNAN, Ali Naim / YÜCEL Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 304, TEKİNAY vd., s. 208

²¹⁵ “*Kullanana, vaad ettiği edimi değiştirme veya saptırma hakkı veren hükümler, kendi menfaati dikkate alındığında karşı taraf için makûl ölçüde değilse, geçersizdir.*”

²¹⁶ “*h) Sözleşmeyi düzenleyenin sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı olarak değiştirmesine imkan veren şartlar, ı) Sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar,*”

²¹⁷ YELMEN,s.107.

şeklinde yer almasının TBK m. 24'ün bir içerik denetimi maddesi olduğunun kanıtı niteliğindedir.

TBK öncesinde, Yargıtay tek taraflı değişiklik yapma hakkının saklı tutulması durumunda TMK 2. ve 3. maddelere dayanılarak inceleme yapmakta ve yasal boşluk doldurulmaktaydı²¹⁸. Örneğin; Yargıtay 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...”²¹⁹ denilerek dürüstlük kuralı ölçütüne²²⁰ yer verilmiştir. TBK öncesi Yargıtay kararlarında TMK 2.

²¹⁸ “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 korunmasında bulunduğu kabulü gerekir.”(19. HD., T. 25.11.1994, E. 1994/6472 ve K. 1994/11467)

²¹⁹ KAPLAN, s. 60.

²²⁰ Yargıtay 19. HD., T. 23.10.1997, 1997/5982 E. ve 1997/9028 K. sayılı kararı: “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.”

madde çerçevesinde karar verilmesi TBK 24. maddenin, TBK 25. maddede olduğu gibi dürüstlük kuralı ölçütünde olduğunu kanıtladığı kanaatindeyiz.

G. İDARİ SÖZLEŞMELERDE GENEL İŞLEM KOŞULLARI VE İÇERİK DENETİMİ

i. İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri-İdari Sözleşme Ayrımı

İdarenin sözleşmeleri yargı türü ve uygulanan hukuk kuralları çerçevesinde ikiye ayrılır. Kural olarak idarenin özel hukuk sözleşmelerine özel hukuk uygulanır ve adli yargı görevlidir. İdari sözleşmelere ise kural olarak, idare hukuku uygulanır ve idari yargı görevlidir²²¹. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde taraflar arası eşitlik varken, idari sözleşmelerde özel hukuku aşan durumlar bulunur²²².

Doktrinde idarenin akdettiği sözleşmeleri birbirinde ayırmak için belli kriterler vardır:

-Kanunla Nitelendirilme: Kanun maddesinde doğrudan sözleşmenin niteliği belirtilebilir, tabi olacağı hukuk rejimi belirtilebilir ya da yargı türü belirtilebilir.

-İçtihatla Nitelendirme: Sözleşmenin taraflarında kamunun yer alıp almadığına bakılır, maddelerinde özel hukuku aşan hüküm(tek taraflı fesih yetkisi, ceza maddesi vb.) var mı bakılır, sözleşme konusunun kamu hizmeti içerip içermediğine bakılır. Fakat İdare özel hukuk sözleşmeleri ile de kamu hizmetini yerine getirmek için araç gereç temin edebilir, işler yapabilir.

²²¹ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, 21. Bası, Bursa, 2019, s.422.

²²² TAN, Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara,2018, s.300.

Buz²²³ ise idari sözleşme ve idarenin özel hukuk sözleşmeleri ayrımının uygulamada kesin ve belirleyici olmadığını belirtirken, “*idari sözleşme biçiminin vazgeçilmez olmadığı, benzer sonuçlara özel hukuk kavram ve kurumları ile de ulaşmanın mümkün olduğu*”²²⁴ na da değinmiştir.

Anayasa Mahkemesi Kararında²²⁵ da “*Öğretide de kabul edildiği gibi bir sözleşmenin idarî sözleşme sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime, özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması koşullarının varlığı gereklidir.*

...

Bu nedenlerle ek 5. madde kapsamında bulunan ve "özel hukuk hükümlerine" bağlı olduğu belirtilen sözleşmelerin "idarî sözleşmeler" olduğu kuşkusuzdur. Dolayısıyla, bu tür sözleşmelerin yargısal denetimi Anayasa uyarınca idarî yargının görev alanına girmektedir. Ek 5. maddede ise, bu sözleşmeler idarî yargının görev alanından çıkarılmakta, böylece ek 5. madde Anayasa'ya aykırı düşmektedir. Çünkü, niteliği gereği idarî olan sözleşmelerin yasa kuralıyla özel hukuk hükümlerine bağlı tutulması olanaksızdır” denilerek özel hukuk sözleşmeleri ve idari sözleşmeler ayrımına yer verilmiştir. Fakat bu kararla özel hukuk sözleşmelerinin uygulama alanı daraltılmıştır. Bu durum üzerine 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile Anayasa’nın 47. maddesine;

“Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” fıkrası eklenerek

²²³ BUZ, Vedat, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s.60-63.

²²⁴ BUZ s.61

²²⁵ AYM, 09.12.1994 tarih ve E.1994/43, K.1994/42-2, R.G. 24.01.1995.

uygulamada da, artık bu tarz ihtilaflar engellenmiştir. Danıştay ²²⁶ ise “*uyuşmazlığa neden olan sözleşmede, idarenin gerektiğinde kullanılmak üzere üstün yetkilerle donatıldığını gösteren bir hüküm bulunmadığı ve aksine olarak hak ve yükümlülükler bakımından da eşitliğin öngörüldüğünün anlaşıldığı, bu bakımdan anılan sözleşmenin idari sözleşme sayılmasına olanak bulunmadığı, bu niteliği itibariyle taraflar arasında akdedilmiş bulunan sözleşmenin idarenin özel sözleşmesi olduğu, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlığın da özel hukuk alanına girdiği ve çözümünün adli yargı yerlerine ait bulunduğu*” demek suretiyle iki taraf kamu tüzel kişisi olsa da özel hukuk sözleşmeleri söz konusu ise adli yargı yerinde incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Bu kapsamda; imtiyaz sözleşmeleri, iltizam sözleşmeleri, istikraz sözleşmeleri, idari hizmet sözleşmeleri idari sözleşme türü sayılırken kamu ihale sözleşmeleri, yap-işlet-devret sözleşmeleri, kamu-özel işbirliği sözleşmeleri ve abonman sözleşmeleri ise özel hukuk sözleşmesi çeşidi sayılır.

TBK 20/4 maddesinde yer alan “*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.*” hüküm uyarınca idare tarafından gerçekleştirilen özel hukuk sözleşmeleri de genel işlem koşullarına tabi tutulması amaçlanmıştır. Nitekim Yargıtay kararları²²⁷ da bu yöndedir.

²²⁶ Danıştay Sekizinci Dairesi, 16.01.1985 tarih ve 1984 / 495 E., 1985 / 46 K. sayılı Kararı.

²²⁷ Yargıtay 3. HD , 25.02.2015 T., 2014/9710 E. ve 2015/2867 K. Sayılı, 07.04.2015 T., 2014/13086 E. ve 2015/5767 K. Sayılı ve 18.12.2014 T., 2014/13539 E. ve 2014/16751 K. Sayılı kararları: “*Yine 6098 Sayılı TBK'nun 20. maddesinin 4. fıkrasıyla da; kamu tüzel kişileri tarafından sunulan hizmetlere ilişkin sözleşmeler de, TBK'nun sağladığı genel işlem koşulları denetimine tabi hale getirilmiştir.*”

ii. Sözleşme Öncesi Ve Sözleşme Sonrası Genel İşlem Koşulu Uygulamaları

Her ne kadar İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde özel hukuk hükümleri uygulansa da sözleşme akdedilinceye kadar çıkan uyuşmazlıklar idari yargıya tabi olması esastır. Örneğin; idarenin ihale usulünde sözleşmelerin, şartname ve sözleşme olarak iki aşamadan oluştuğu görülmektedir²²⁸. Şartnameler idarenin, sözleşme aşamasından önce tek taraflı olarak oluşturduğu ve sözleşmeye dair uyulması gereken maddeleri içeren belgelerdir. Danıştay bir kararında²²⁹ “*Şartnameler tamamen düzenleyici bir tasarruf niteliğindedir, hizmeti düzenleyen sözleşmeyi objektif hukuk kuralı saymak gerekir. Bu nedenle tarifelerdeki değişiklikleri, objektif hukuk kuralında yapılan değişiklik saymak gerekir*” demek suretiyle şartnameyi sözleşmeden ayırmıştır. Bu sebeplerle şartnameler düzenleyici işlem niteliğinde sayılıp iptal davasına konu kabul edilmiştir²³⁰.

Sözleşmeler ise artık özel hukuk kapsamında değerlendirilir ve sözleşme aşamasındaki uyuşmazlık hallerinde davalar adli yargıda görülmesi esastır. Fakat şartname maddelerinin sözleşmeye birebir aktarılması halinde dolaylı olarak şartnamenin de incelenmesi söz konusu olacaktır.

Kaldı ki; 4735 sayılı Kanunun 4 üncü maddesindeki “*Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez*” kesin hükmü karşısında ihale dokümanında yer alan hükümlerin öncelik arz edeceği, bir diğer ifadeyle yüklenici ile imzalanan sözleşmenin ihale dokümanına aykırılık teşkil eden hükümleri yerine ihale dokümanında yer alan hükümlerin uygulanacağı anlaşılmaktadır.

²²⁸ GÖZLER, Kemal, İdare Hukukuna Giriş, Ekin Yayınevi, 25. Bası, Bursa, 2019, s.256

²²⁹ Danıştay 8.D., 23.06.1997 tarih ve 997/18 E., 997/2229 K., DD, S.95, 1998, s.536.

²³⁰ KUTLU, Meltem, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1997, s.219

Bu kapsamda “*ayrılabilir işlem kuramı*”²³¹ uyarınca sözleşme öncesi dönem için idari yargı hükümleri uygulanırken sözleşme döneminde adli yargı hükümlerinin ve özel hukuk hükümleri olan genel işlem koşullarının uygulanmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

iii. İdarenin Özel Hukuk Sözleşmelerinde İçerik Denetimi

İdare özel hukuk sözleşmelerinde dahi tamamen serbestlik içerisinde değildir. Mevzuatta öngörülen usullerde ihale yapılması ve sözleşme hazırlanması zorunludur. İhale sürecini kısaca; hazırlık aşaması, ilan, ihale doküman alımı, teklif sunumu, teklif değerlendirme, ihale sonuçlandırma, sözleşme olarak ²³² ayırabiliriz.

İdarenin özel hukuk sözleşmeleri, idare tarafından tek yanlı hazırlanan ve karşı tarafa pazarlık imkânı sağlamayan sözleşmelerden olması sebebiyle genel işlem koşulu içermektedir. Fakat bu durum TBK 20/4 lafzında daha açık belirlenmesi²³³ gerekmektedir.

TBK 20/4 maddesi lafzından yola çıkarak ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacı aranmadığı yönünde görüş mevcuttur. TBK 20/1 maddede “*ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla*” ifadesi yer aldığı için, TBK m. 20/4

²³¹ Detaylı bilgi için bkz. GENÇOĞLU Şerife, Türk İdare Hukukunda Yap İşlet Devret Modeli (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008 s.80 vd.

²³² Bkz. Kamu İhale Kanunu 24.-47.maddeler.

²³³ YAVUZ, Nihat, Öğretide ve Uygulamada Sözleşmedeki Haksız Şartlar, Ankara, 2012, s.70.

ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacı aranmadığı yönündeki görüşe²³⁴ katılmıyoruz. BGB. §. 310/ II de kamu kurumlarının görmüş oldukları hizmetler dolayısıyla hazırladıkları sözleşmelerinin genel işlem koşulları niteliğinde kabul edilebilmesi için, “ *Yönetmelik hükümlerinden sapan kayıtlar içermesi*” şartı aranırken TBK 20/4 maddesinde herhangi bir şart öngörülmemiştir.

İçerik denetiminin temel ölçütü olan dürüstlük kuralı kamu hukukunda da yer almış ve TBK öncesi Yargıtay kararlarında²³⁵ kamu hukuku tüzel kişilerinin de genel işlem koşulu ihtiva eden özel hukuk sözleşmelerinde, dürüstlük kuralıyla bağlı olduğuna değinilmiştir.

a. Abonman Sözleşmeleri

Abonman sözleşmelerine genel olarak; taraflardan birine hizmeti yerine getirme yükümlülüğü, diğerine ise ücret ödeme yükümlülüğü yükleyen sözleşmeler diyebiliriz. Her iki tarafın kamu tüzel kişisi olması durumunda dahi elektrik, su, doğal gaz alımı konusunda diğer bir kamu tüzel kişisi ile yaptığı abonman sözleşmeleri bir özel hukuk sözleşmesi kabul edilmelidir.²³⁶ TBK öncesinde Yargıtay kararında²³⁷ “*Bu itibarla teşebbüs, icabı kabul eden bir özel ya da tüzel kişi ile (eğer o kişi gerekli şartları haiz ise) sözleşme yapmaktan kaçınamaz ve hele tekel durumunun kötü niyetle istismarı niteliğinde şartlar ileri süremez (Dr. H Becker-İsviçre Medeni Kanunu Şerhi-VI. Cilt Borçlar*

²³⁴ Yelmen, s.57.

²³⁵ YR. 10.HD. T. 07.06.1974, E.3221/3959 K.

²³⁶ GÖZLER, s.23.

²³⁷ Yargıtay 4. HD.’nin T. 20.03.1980, E. 1980/1671, K. 1980/3675 sayılı Kararı. Ayrıca bkz. Yr. 4. HD T. 16.06.1975, 1975/3743 E., 1975/7667 K. sayılı Kararı.

Kanunu-1. Kısım Genel Hükümler-Fasikül 1-Dr. Bülent Olcay çevirisi- Ankara 1967-Sayfa 25, N.44/4).

Nitekim fertle anılan idareler (demiryolları, telefon, gaz, elektrik, su gibi) arasındaki ilişkinin kural ve hükümleri, akdedilen ve ‘abonman mukavelesi’ denilen bir mukavelename ile mümkün olduğundan ve bu mukavele özel hukuk mukavelesi niteliğinde bulunduğundan, bu yüzden çıkan uyuşmazlıkların dahi özel hukuk kurallarıyla çözümlenmesi gerekecektir. Buraya kadar yazılanlardan çıkan sonuç şudur; gerek bu tür sözleşmelerin kurulması ve gerekse kurulmuş olan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların özel hukuk hükümlerince genel mahkemelerde çözümlenmesi gerekir.” denilmek suretiyle abonman sözleşmelerinin genel işlem koşulu içerdiğine ve özel hukuk hükümlerine tabi olması gerekliliğine değinilmiştir.

Niteliği itibariyle pazarlık payı olmayan ve karşı tarafın imzalamazsa elektrik gibi mecburi bir ihtiyacı karşılayamayacağı bu sebeple de imzalamak mecburiyeti olduğu sözleşmelerdendir. Yargıtay²³⁸ kararlarında kayıp-kaçak bedelinin dağıtım şirketleri tarafından elektrik abonelerinden alınamayacağını belirtirken abonelerle akdedilen sözleşmelerin TBK 25. madde uyarınca denetimini öngörmesi isabetli olmuştur.

²³⁸ Yargıtay 3. HD , 25.02.2015 T., 2014/9710 E. ve 2015/2867 K. Sayılı kararında :” 25. maddede amaçlanan husus, karşı taraf açıkça bilgilendirilmiş, içeriğini öğrenme imkânı sağlanmış olsa bile hükmün dürüstlük kuralına aykırı şekilde konulamayacağı amaçlanmıştır. TBK’nun 25. maddesi, karşı taraf sözleşmeyi rızası ile imzalasa da, özellikle sözleşmeyi reddetme imkânının olmadığı bir başka deyişle alternatif sözleşme hükümleriyle ihtiyacın giderilemeyeceği durumlarda, elektrik abonelik sözleşmesini başka bir dağıtım şirketiyle yapma olanağının bulunmadığı hâllerde TBK’nunun 25. maddesi devreye girecektir. Açıklanan nedenlerle, davalı tarafın verdiği hizmetin tekel niteliğinde olması karşısında TBK. 20. Ve 25. maddeleri de nazara alındığında sözleşme özgürlüğünde bulunması gerekli güç dengesinin bir taraf aleyhine bozulduğu, sözleşme özgürlüğüne müdahale ile sözleşme adaletinin sağlanması gerektiği kanısına varılmıştır.”

b. Kamu İhale Sözleşmeleri

Yukarıda da değinildiği üzere idare ve karşı tarafla akdedilen sözleşmeler artık özel hukuk kurallarına tabi olmakla birlikte, bu sözleşmeler şartname maddesini içeriyorsa idare hukukuna tabi şartnamelerin denetimi söz konusu olacaktır. Örneğin; şartname de idarenin ayıptan doğan sorumluluğu kaldırılmışsa ve bu madde sözleşmeye de eklenirse TBK Denetiminden geçebilecektir. Bu durumda idarenin düzenleyici işlem niteliğindeki şartnamesinin denetlenmesi durumu mevzu bahis olacaktır.

Sözleşmelerde idarenin ayrıcalıklı imkânlar tanınması bize özel hukuku aşan nitelikteki idari sözleşmeleri anımsatsa da idareyle gerçekleştirilen ihale sonucu akdedilen sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olması kanaatindeyiz. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi bir kararında ²³⁹, Bağ – Kur ile eczane arasında indirimli ilaç satımına dair sözleşme özel hukuk sözleşmesi olduğu, fesih yetkilerinin fazlalığının idari sözleşme nitelendirmesi için yeterli olmadığına karar verilmiştir.

Fakat yukarıda da değinildiği üzere İdare sözleşmelerini imzalama aşamasında dahi bir kanunla bağlı olup, bu kanunun yükümlülüklerinin yerine getirmektedir. Bu sebeple de idarenin özel hukuk sözleşmelerinde içerik denetiminin, İdarenin kamu özelliğinden tamamen sıyrılarak gerçekleştirilemeyeceği kanaatindeyiz.

²³⁹ UYŞM, 08.07.1991 tarih ve E. 1991 / 15, K. 1991 / 16 sayılı Karar :” *Bağ – Kur’un bu sözleşmedeki fesih yetkilerinin karşı taraftan fazla oluşu, sözleşmenin kamu hizmetine ilişkin bulunduğu bir gerçek olmakla birlikte, idarenin üstün yetkilerle donatıldığı sonucuna varılamamaktadır*”

c. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri

Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla²⁴⁰ “*idare ile bir özel hukuk kişisi arasında uzun süreliğine akdedilen, özel hukuk kişisi tarafından bir kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan tesisin inşası, bakımı, onarımı ve hizmete elverişli halde bulundurulmasını konu edinen ve bunun karşılığında kamu tüzel kişisinin sözleşme süresince özel kişiye her yıl kira karşılığı belli bir miktar paranın ödenmesi taahhüdünü içeren bir sözleşmeyi ifade etmektedir*” şeklinde tanımlanan bu sözleşme özel hukuk sözleşmelerinden sayılmıştır. Yap İşlet, Yap Kirala devret²⁴¹ ve Yap İşlet Devret gibi çeşitleri vardır. Günümüzde en çok karşılaşılan türü ise Yap İşlet Devret türüdür.

d. Yap İşlet Devret Sözleşmeleri

Bir kamu özel işbirliği türü olan yap işlet devret modeli 3996 sayılı Kanunun 3. maddesinde “*İleri teknoloji veya yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi*” olarak tanımlanmıştır. Yine 3996 sayılı Kanunun 5. maddesi uyarınca da özel hukuk sözleşmesi olduğu ve özel hukuk hükümlerine tabi olduğu belirtilmiştir.²⁴²

²⁴⁰ AYM 01.04.2015 tarihli 2013/50 E. ve 2015/38 K. sayılı kararı.

²⁴¹ Detaylı bilgi için bkz. SARISU Ayhan, Türk Sağlık Sektöründe Yap-Kirala-Devret Projelerinin Muhasebeleştirilmesi.

²⁴² Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket

H. İÇERİK DENETİMİNE KONU OLABİLECEK ÖRNEK DURUMLAR VE YARGITAY KARARLARI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

TBK 25. madde içerik denetimi aracı olarak sadece dürüstlük kuralını öngörmüştür. Bu sebeple hâkimin somut olayı değerlendirmesi için TKHK, TTK, AB Direktifleri ve BGB gibi mevzuat maddeleri göz önüne alması gerekmektedir.

Alman Medeni Kanunu maddelerinde siyah ve gri liste olarak ikili ayrıma gidilmiş ve bazı durumlarda hâkime takdir yetkisi verilirken bazı durumlarda takdir yetkisi verilmemiştir. Genel olarak BGB. §. 308 hükümleri hâkime takdir yetkisi veren gri liste iken, BGB. §. 309 hükümleri hâkime takdir yetkisi vermeyen kara listedir. Alman mahkemeleri ilk olarak somut olayın kara listeye girip girmediğini incelemektedir. Daha sonra gri liste denetimi yapmakta ve en son BGB. §. 307 uyarınca denetim yapmaktadır. Türk hukukunda ise önce yürürlük denetimi daha sonra²⁴³ yorum denetimi ve en son içerik denetimi yapılmaktadır.

i. Hâkime Takdir Yetkisi Tanıyan Koşullar

a. İfaya, Ek Süreye ve Kabule İlişkin Kayıtlar

BGB. §. 308/1 hükmünde “*Kullananın, karşı tarafın kabul veya icabı reddi ya da §. 355/1-3 ile §. 356 hükümlerine göre dönme ve geri verme süresinin geçmesinden sonra ifayı öngören kayıtlar hariç olmak üzere, bir edimin ifasını aşırı derecede uzun veya*

arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir.”

²⁴³ LARENZ, Karl/ WOLF, Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004, s. 786, N. 54, s. 787, N. 59, s. 791, N. 75.

belirsiz olarak öngördüğü süreler geçersizdir.” denilerek ifa ve kabule ilişkin süreler için hâkimce geçersiz sayılacak koşula değinilmiştir.

TBK 90.maddede “ *İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur*” şeklinde belirtilmiş, Yargıtay kararlarında²⁴⁴ da bu yönde karar verilmiştir. Nitekim kanaatimizce uzun ve belirsiz süreleri, her olayda karşı taraf aleyhine bir durum kabul etmek de doğru olmayacaktır. Genel işlem koşulları TBK 25. madde uyarınca denetlenecek ve dürüstlük kuralı ölçütü kullanılacaktır. Yargıtay teslim süresinin saklı tutulmasına ilişkin²⁴⁵ kararında “*Yukarıda anılan 4. maddeye göre “işbu sipariş mektubunda belirtilen teslim tarihi imalatı firmanın ve MAİS'İN normal üretim ve pazarlama programına göre saptanmıştır. Bu program dâhilinde yetkili satıcıya tahsisi ve sevki öngörülen otomobillerin, süresi içinde verilmemesi halinde, yetkili satıcısı teslim tarihini uzatabilir...” İşte yerel mahkeme, bu maddenin 1. tümcesinin dışındaki açıklamaların soyutluğundan söz edip geçersiz bulunduğunu kabul etmiştir. Oysa, yanlar arasında sözleşme özgürlüğü çevresinde yapılan satım sözleşmesinin koşulları arasında yer alan bu madde, soyutluk nedeniyle geçersiz sayılamaz. Açıkçası bu maddede, satıcıya somut olarak teslim süresini uzatma yetkisi tanınmıştır. Böyle olmakla birlikte tanınan yetkinin sınırsız, davalının keyfince kullanılabileceği de asla düşünülemez. Gerçekte de davalı doğruluk ve dürüstlük kurallarına eş deyişle güven ilkesine uymakla yükümlüdür (MK. m. 2). Üstelik, bir sözleşmede bulunması gereken hak ve borçlar arasındaki dengeyi bozacak yolda konan bir koşulun kötüye kullanılmasına asla izin verilemez. Satıcı davalını son çözümde, teslim gününü uzatma yetkisini saklı tutmasının MK. m. 2 sınırlı olduğu çok belirgindir.”* demek suretiyle TBK öncesinde dahi dürüstlük kuralını ölçüt almış ve süreleri bu ölçütle denetime tabi tutmuştur.

²⁴⁴ YHGK, T. 05.03.2003, 2003/9-80 E. 2003/130 K.

²⁴⁵ Yr. 13. HD, T.07/04/1981, 1981/519 E. 1981/2513 K.

BGB. §. 308/2.paragrafında ise ek süreye ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, ‘*Kullananın lehine edimi yerine getirmede temerrüde düşmesi halinde BGB 326’ya aykırı olarak aşırı uzun ya da yeterince belli olmayan ek süreleri saklı tutmaya ilişkin şartlar*’ olarak öngördüğü süreler geçersizdir.

b. Sözleşmeden Dönmeye İlişkin Kayıtlar

BGB. §. 308/3’te, ‘‘*Sürekli sözleşmeler dışında, kullananın sözleşmede gösterilen fakat objektif olarak haklı olmayan bir sebeple, sözleşmeden dönme hakkını saklı tutan şartlar.*’’

Alman Medeni Kanunu kapsamında; TSHŞHY EK 1-e maddesinde ‘‘ *Sözleşmeyi düzenleyene, sözleşmeyi keyfi bir şekilde fesh etme hakkı tanıyan ancak tüketiciye aynı hakkı vermeyen şartlar ile sözleşmeyi düzenleyenin fesih hakkını kullanmasına rağmen, henüz ifa etmediği edimler karşılığında almış olduklarını muhafaza etme hakkı veren şartlar,*’’ hükmüne yer verilmiştir.

Örneğin; bankanın herhangi bir sebep göstermeksizin kredi sözleşmesinden dönme hakkının olması bu madde kapsamındadır.

BGB. §. 308/8’ uyarınca’’ *sözleşmedeki borcun yerine getirilmesinin mümkün olmadığı durumlarda,*

- *Borcun yerine getirilmesinin mümkün olmadığına derhal karşı tarafa bilgi verilmesi ve*
- *Karşı tarafın edimlerinin derhal tazmin edilmesi halinde,’’* düzenleyen ifa yükümlülüğünden kurtulma koşulu ekleyebilir. TSHŞHY Ek 2 ²⁴⁶maddesinde de

²⁴⁶ ‘‘(f), (h) ve (i) alt bentlerin uygulama alanı:

dönme hakkının saklı tutan koşulların olduğu haksız şart olarak nitelendirilmediği durumlar yer almaktadır.

Örneğin; İdarenin gerçekleştirilen ihaleden sonra yapılan sözleşmeden hiçbir sorumluluğu olmaksızın dönme hakkının bulunmasının somut olaya uygun olması halinde BGB. §. 308/3'ün örneği olacağı kanaatindeyiz. Nitekim 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, yaptırım niteliğinde fesih yetkisini öngörmüş, ama kamu yararına fesih yetkisini öngörmemiştir. Gözler ve Kaplan a göre de *“özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olan kamu ihale sözleşmesinin tek yanlı kamu yararına fesih yetkisine sahip olmaması normaldir. Çünkü bu sözleşmelerde tarafların eşitliği esastır. Ancak imtiyaz gibi idari sözleşmelerde idarenin kamu yararına tek yanlı fesih hakkı idare hukuku genel prensipleri uyarınca vardır.”*²⁴⁷

a) (f) alt bendi için, sözleşmede tüketicinin derhal haberdar edilmesi yükümlülüğünün bulunması şartıyla, finansal hizmet ifa edenler, önemli bir sebebin varlığı halinde, belirsiz süreli bir sözleşmeyi tek taraflı ve süre vermeksizin feshetme hakkını tanıyan şartlara sözleşmede yer verebilir. b) (i) alt bendi için, ilgili mevzuatta aksine bir hüküm bulunmaması ve fiyat değişikliği yönteminin sözleşmede açıkça belirlenmiş olması şartıyla sözleşmede fiyat endeksi hükümlerine yer verilebilir. c) (f), (h) ve (i) alt bentleri aşağıdaki işlemlere uygulanmazlar:

1) Fiyatı borsa kotasyonuna veya endeksine veya sermaye piyasasındaki kur oynamalarına bağlı olarak, sağlayıcının müdahalesi olmaksızın değişebilen menkul kıymet, finansal araç veya diğer mal ve hizmetlere ilişkin işlemlere ve 2) Yabancı para alımına veya satımına, 507.seyahat çeki veya yabancı para cinsinden belirlenen uluslararası para havalesine ilişkin sözleşmelere.”

²⁴⁷ GÖZLER Kemal / KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 11.Baskı, Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2011, s.507.

c. Varsayımsal Beyanlar

BGB. §. 308/5 “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.” hükmünün karşılığı TSHŞHY Ek 1-ğ²⁴⁸ de yer almaktadır.

d. Ulaşma Varsayımı

BGB. §. 308/6 hükmünde “Kullananın özel bir anlam taşıyan beyanının, karşı tarafa ulaştığını varsayan hükümler geçersizdir.” denilmiştir. Hukukumuzda genel hükümler uyarınca koşulların karşı tarafa ulaştığına, öğrenme imkânının sağlandığına dair ispat külfeti düzenleyen taraftadır. Yargıtay kararlarında²⁴⁹ “Davacı, tüketici aleyhine olan ve tüketiciyi kart kullanımı ücreti adı altında bir külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırıldığını iddia ve ispat edememiştir. Böyle olunca sözleşmedeki kredi kartı üyelik ücreti alınacağına dair hükmün açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir.” denilerek ispat külfetinin düzenleyen üzerine olduğu belirtilmiştir.

²⁴⁸ “Tüketicinin sözleşmeden önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, aksi ispat edilemeyecek şekilde kabul ettiğini gösteren şartlar, haksız şarttır.”

²⁴⁹ Yargıtay 13.HD. T. 20. 4. 2009; E. 2008/15042, K. 2009/5386 sayılı kararı.

e. Sözleşmenin Tasfiyesi

BGB. §. 308/7 maddesinde “*kullananın tarafların biri sözleşmeyi fesih veya dönme hakkını kullanması halinde; karşı tarafın, bir haktan veya ifa edilen edimden yararlanması karşılığı fahiş bir yararlanma bedeli talep etmesi ya da yaptığı masraflar için yüksek bir tazminat istemesine ilişkin konulmuş kayıtlar geçersizdir.*” denilerek dönme ve fesih durumunda ağır tazminatlar engellenmek istenmiştir. Örneğin; internet - telefon tarifelerinin iptalinde mevzuatta belirtilenden²⁵⁰ ağır yükümlülük yüklenmesi ve ücreti ödenen modem ve diğer cihazların abonelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra geri istenmesi hallerinde koşullar içerik denetimine tabi olacaktır. Tabi ki bu hususta emredici hükümlerin önceliği de söz konusu olacaktır.

ii. Hâkime Takdir Yetkisi Tanımayan Koşullar

a. Karşı Tarafın Kaçınma Hakkına İlişkin Kayıtlar

BGB. §. 309/2 uyarınca karşı tarafın “*ifadan kaçınma hakkını kaldıran veya sınırlayan, hapis hakkını kaldıran veya sınırlayan, hapis hakkını kullanırsa ayıby kabul*

²⁵⁰ Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği : “Taahhütlü aboneliğin süresinden önce feshi MADDE 16

– (1) Taahhütlü aboneliklerde tüketicinin süresinden önce taahhütlü aboneliğini sonlandırması halinde, satıcı veya sağlayıcının talep edeceği bedel, tüketicinin taahhüdüne son verdiği tarihe kadar tüketicieye sağlanan indirim, cihaz veya diğer faydaların bedellerinin tahsil edilmemiş kısmının toplamı ile sınırlı kalmak zorundadır.”

edeceğine ilişkin kayıtlar” geçersiz sayılmıştır²⁵¹. TSHŞHY. Ek 1-c,ç ve l bentler²⁵² bu hükümle aynı yöndedir.

Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tarafların genel hükümlere aykırı olmayacak şekilde bazı haklarından feragat edebileceği TBK hükümlerinde²⁵³ yer alsa da bu feragat hükümlerinin genel işlem koşulu şeklinde yapılması hâkim denetimini zorunlu kılmaktadır. Ayrıca somut olaya bakılarak bu durumun şaşırtıcı şart olması durumu da gündeme gelebilecektir.

b. Takas Yasası

BGB. §. 309/3 maddesinde *“Kullananın karşısındaki sözleşme tarafının, çekişmesiz veya kesinleşmiş bir alacak ile takas etme yetkisini ortadan kaldırmaya ilişkin koşullar,”* geçersiz sayılmıştır. TSHŞHY. Ek 1-b. Bentte de aynı yönde hükme²⁵⁴ yer verilmiştir. Fakat TBK 145. maddede *“takas hakkından önceden de feragat edebilir”*

²⁵¹ YELMEN, s. 143, ŞEKER, s. 280, AYDOĞDU, Tüketici, s.147-148.

²⁵² “c) Sözleşmeyi düzenleyenin, sadece kendisi tarafından belirlenen koşullarda edimini ifa edeceği, buna karşılık tüketicinin her halde ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar, ç) Tüketicinin sözleşmeyi kurmaktan veya ifa etmekten vazgeçmesi hallerinde sözleşmeyi düzenleyene tüketicinin kendisine ödediği bedeli muhafaza etme hakkı tanıyan, ancak sözleşmeyi düzenleyenin aynı türden davranışları için tüketiciye benzer bir tazminat hakkı tanımayan şartlar, l) Sözleşmeyi düzenleyenin yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmesini zorunlu kılan şartlar,”

²⁵³ “Zamanaşımından feragat MADDE 160-“, “b. Alıcının def’ileri MADDE 257”, “”

²⁵⁴ “... düzenleyene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil, sözleşmeyi düzenleyene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar,”

hükmü ile takastan feragate cevaz verilmiştir. Takastan feragat kaydının genel işlem koşulu şeklinde yer aldığı durumda kuşkusuz ki denetim hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Kira sözleşmelerinin matbu olarak hazırlanan bir formun doldurulması şeklinde hazırlandığı durumlarda genel işlem koşulları konusundan bahsedilmesi²⁵⁵ gerekmektedir. TBK 326. maddesinde ise kira sözleşmesi için²⁵⁶ takastan feragat için özel bir yasak öngörülmüştür.

c. İhtar, Mehil

BGB. §. 309/4 maddesinde “*Kullananı, diğer tarafta ihtarda bulunma veya ek mehil vermeye ilişkin yasal bir külfetten kurtarmaya ilişkin kayıtlar,*” geçersiz sayılmıştır. TBK maddelerinin çeşitli yerlerinde taraflara süre yükümlülüğü verilmiş ve sözleşmenin karşı tarafını korunmuştur. TBK 27. maddede uyarınca yasal hükümlere aykırı koşul konulamayacaktır. Fakat emredici nitelik taşımayan hükümler için genel işlem koşulu denetimi yapılması esastır.

d. Tazminat Taleplerinin Götürü Olarak Belirlenmesi

BGB. §. 309/5 uyarınca “*belirlenen miktar, hayatın olağan akışına göre doğması muhtemel olan zararı veya değer azalmasını aşıyorsa ya da karşı tarafın, herhangi bir zararın veya değer azalmasının meydana gelmediğini ya da götürü miktardan çok düşük*

²⁵⁵ BAHTİYAR, Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması, s.79.

²⁵⁶ “MADDE 326- Kiracı ve kiraya veren, kira sözleşmesinden doğan alacaklarını takas etme hakkından önceden feragat edemezler.”

olduğunu ispat etme imkânını ortadan kaldırıyorsa” düzenleyenin zararını gidermek için götürü olarak tazminat belirlenmesi uygun görülmemiştir.

Götürü tazminat (Pauschalierte Schadensersatzklauseln) bir tazminat türü olması sebebiyle zararı aşmamalı ve hiçbir şekilde zarara uğrayanın zenginleşmesine sebebiyet vermemelidir.²⁵⁷

Kira sözleşmelerinde götürü olarak belirlenen depozito istenmesi ve kiracı evden ayrılırken zararların bu miktardan karşılanması durumunda götürü tazminat örneği olduğu kanaatindeyiz.

e. Cezai Koşul

BGB. §. 309/6 maddesinde *“Karşı tarafın sözleşmeye konu edimi kabul etmemesi veya geç kabul etmesi ya da borcunu yerine getirmede temerrüde düşmesi veya sözleşmeden dönmesi halinde”* cezai koşulun yer alması hukuka aykırıdır. TSHŞHY. Ek 1-ç ve d²⁵⁸ bentlerinde benzer hüküm yer alsa da TSHŞHY. Ek 1-d bentte ise *“orantısız biçimde”* olan ceza şartları haksız şart kabul edilmiştir.

²⁵⁷ OZANOĞLU, Hasan Seçkin; İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları GÜHFD., Haziran-Aralık 1999, C. III, S. 1-2, s.60.

²⁵⁸ “ç) Tüketicinin sözleşmeyi kurmaktan veya ifa etmekten vazgeçmesi hallerinde sözleşmeyi düzenleyene tüketicinin kendisine ödediği bedeli muhafaza etme hakkı tanıyan, ancak sözleşmeyi düzenleyenin aynı türden davranışları için tüketiciye benzer bir tazminat hakkı tanımayan şartlar,

d) Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketicinin, orantısız biçimde yüksek bir tazminat ödemesini gerektiren şartlar”

Günümüzde cezai koşulun olmadığı bir sözleşme yok denecek kadar azdır. Nitekim bu durum yasa koyucu tarafından gözetilmiş ve TBK 179-182 maddelerinde cezai koşul düzenlenerek, cezai koşulun sözleşmede yer alabileceğine değinilmiştir. Fakat yasa koyucu cezai koşula temkinli yaklaşmıştır. Örneğin; TBK 182/3. maddede²⁵⁹ ise hâkimin re 'sen cezai koşul miktarını azaltacağı durum yer almıştır. Doktrinde²⁶⁰ de cezai koşul kaydının somut olaya göre incelenmesi esastır. TBK 346. maddede²⁶¹ ise kira sözleşmelerinde cezai koşul olamayacağı duruma yer verilmiştir.

Yargıtay yerleşik içtihatları uyarınca da cezai koşulda indirim yapılabilir. Karşı tarafın tacir olması durumunda bile Yargıtay ²⁶²“TBK m. 25 uyarınca ise genel işlem koşulu olarak dürüstlük kurallarına aykırı olacak şekilde karşı tarafın (eczacı) aleyhine ve onun durumunu oldukça ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağı dikkate alındığında ilaç temini bakımından kurum sigortalısının karşılanan ihtiyacına göre kararlaştırılan cezai şart eczacının ekonomik mahvına sebep olabilecek nitelikte ağır olduğu kabul edilmeli, buna göre TMK m.4 deki hakkaniyet ilkesine göre uygun bir

²⁵⁹ “Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir”

²⁶⁰ DEMİR, Mehmet; Cezai Şart Kaydına Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Verilmesi Sorunu, s. 446.

²⁶¹ “Kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına”

²⁶² bkz. Yr. 3. HD , 15.03.2021 T., 2020/8466 E. ve 2021/2665 K. Sayılı kararın devamı:

“Tacirler bakımından kararlaştırılan ceza tutarı borçlunun iktisaden sarsılmasını, çöküntüye uğramasını mucip olacak ise kaldırma veya indirim isteyebileceği Yargıtay Hukuk Genel kurulu (30.03.2016 T. 2014/19-743 E., 2016/437 K.), Yargıtay (kapatılan) 13 Hukuk Dairesi (26.11.2019 T. 2018/4070 E. 2019/11520 K., 05.12.2011 T. 2011/10558 E., 2011/18029 K., Y.13.HD 15.09.2011 T. 2011/2422 E., 2011/12693 K.) ve Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin (Y.3. HD 4.3.2020 T. 2019/6040 E., 2020/2033K., 05.12.2017 T. 2017/15056 E., 2017/17040 K. istikrarlı olarak uygulamasında da kabul edilmektedir.”

oranda indirim yapılmalıdır.” demek suretiyle TBK m. 25 ve dürüstlük kuralına atıf yaparak cezai koşulun bu ölçütlerle değerlendirilmesi gerekliliğine değinmiştir.

f. Sorumsuzluk Kaydı

BGB. §. 309/7 de *“Hayat, vücut bütünlüğü ve sağlık hakkının ağır kusurla ihlâl edilmesinde”* sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağı yer almış ve ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir.

BGB. §. 309/8 de *“diğer sorumsuzluk kayıtları”* başlığı altında sözleşmeden dönme, ayıba karşı tekeffül durumları incelenmiştir.

Türk Hukukunda ise TBK 115. maddesinde yer alan hükümde, bu yönde bir ayrıma gidilmemiş, hafif ve ağır kusur ayrımı yapılmış ve istisnalar yer almıştır:

“Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür”

Maddede geçen iki halde ağır- hafif kusur ayrımına girilmeksizin hükümsüz sayılmıştır. Örneğin; idarenin özel hukuk sözleşmelerinden olan, kamu hizmeti veren kuruluşla yapılan abonelik sözleşmelerinde uzmanlığı gerektiren bir hizmet olması sebebiyle yer alan sorumsuzluk ve ayıba karşı sorumlu olunmadığına ilişkin kayıtlar hükümsüz sayılmalıdır. Yine karşı tarafa satılan malın veya sunulan hizmetin eksik

olduğu ya da kullanım hakkının sınırlandırıldığı veya başka bir gerekçeyle herhangi bir hak talebinde bulunmayacağı şeklindeki sorumsuzluk kaydının TBK 25. madde denetiminden geçmesi gerekmektedir.

TSHŞHY. Ek 1-a ve b ²⁶³ bentlerinde de BGB maddelerindeki ayrıma gidilmiştir.

Yargıtay kararlarında²⁶⁴ *“ilgili çizelgede de yazılı belge ile ispat zorunluluğu getirilmekle ve ayrıca ayıplı hizmet yerine sunulan hizmetin tüketici tarafından kabulü hainde tüketicinin ayıplı hizmet iddiasından feragat etmiş sayılacağına ilişkin düzenleme tüketici davacının 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.”* demek suretiyle ayıplı malın teslim alınması ayıplı mala karşı olan haklarından feragat anlamına gelmemektedir.

Gerek gerçek kişinin gerek de TBK 20/4 kapsamındaki kurum ve kuruluşların, sözleşmelerde karşı tarafın daha sonra açık veya gizli ayıp iddiasıyla ayıba ve zapta karşı tekeffül hükümlerine dayanarak kanundan doğan haklarını talep etmeyeceği şeklinde yer alan koşul da kuşkusuz TBK 25. madde denetiminden geçmelidir.

Örneğin; AVM otoparklarında yer alan “taşıtların içindeki eşyaların kayıp ve çalıntı hallerinde AVM yönetimin sorumlu olmadığına” dair yazıların ilan yoluyla karşı tarafa sunulan genel işlem koşullarından sayılması halinde genel işlem koşulları denetiminden

²⁶³ “a) Sözleşmeyi düzenleyenin bir fiili veya ihmali nedeniyle, tüketicinin hayatını kaybetmesi, yaralanması veya maddi zarara uğraması halinde, sözleşmeyi düzenleyenin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar,

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

²⁶⁴ Yr. 13. HD , 20.01.2010 T., 2009/9084 E. ve 2010/235 K.

geçmesi gerekmektedir. Nitekim TBK öncesinde, Yargıtay kararında²⁶⁵ dürüstlük kuralı ölçütünde mağazanın sorumlu olacağı belirtilmiştir. TBK m. 579 da ise garaj, otopark ve benzeri yerleri işleyenlerin sorumluluğu yer almış ve sorumluluklarından kurtulamayacağı durumlara²⁶⁶ yer verilmiştir.

g. Yürürlük Süresine İlişkin Kayıtlar

BGB. §. 309/9 da” *bir malın teslimi veya bir hizmetin yerine getirilmesi ya da bir eser meydana getirilmesini konu alan sözleşmeler*” için iki yıldan fazla süreli olmayacağı,

²⁶⁵ Yr. 13. HD , 17.10.2005 T., 2005/8367 E. ve 2005/15280 K. : “M. gibi büyük alışveriş merkezlerinin alışverişe araçlarıyla gelen araç sahiplerinin park etmeleri için park yerlerinin bulunduğu, araç sahiplerinin beğendikleri ve güvendikleri bu tesislere araçları ile girerek araçlarını park yerine bırakıp ihtiyaçlarını giderdikleri, bu tesisler umuma açık ise de, kamu malı niteliğinde olmadığı gibi tesis sahip ve orada bulunan işyerlerinin hakimiyet ve tasarrufunda olduğu herkes tarafından bilinmektedir. Böyle bir tesise ve mağazaya, tesis ve mağaza sahibinin yarattığı güven duygusu ile giren ve aracını park yerine bırakarak ihtiyaçlarını gidermek üzere aracının başından ayrılan araç sahibinin güven duygusunu mağaza yönetiminin boşa çıkarmaması gerekir. Mağaza yönetiminin mağazaya gelen kişilerin mal ve canlarının güven içinde olmalarını, tehlikelerden korumalarını sağlamak için gerekli önlemleri almaması, sağladığı güven duygusunu boşa çıkarması hukuka ve MK.nun 2. maddesinde yerini bulan dürüstlük kurallarına aykırıdır. Bu nedenle mağaza yönetimi, aracı ile gelen kişilerin uğradığı zararlardan sorumludur. Bu sorumluluktan ancak, gerekli tüm tedbirleri aldıkları halde zararın meydana gelmesini önleyemediğini ispat ettikleri takdirde kurtulabilir.”

²⁶⁶ TBK m. 579/3:” *İşleten böyle bir sorumluluk üstlenmediğini veya sorumluluğu bu Kanunda gösterilmemiş olan bir koşula bağladığını, herhangi bir yolla ilan etse bile, sorumluluktan kurtulamaz.*”

zımnî yenileme yapılamayacağı ve sözleşme süresinin bitiminden üç aydan daha fazla bir süre öncesi olarak belirlenemeyeceği yer almaktadır.

TSHŞHY Ek 1-g²⁶⁷ maddesinde de bu yönde bir hüküm bulunsa da ayırım yapılmamış ve bütün belirli süreli sözleşmeler için haksız şart öngörülmüştür. TBK da ise belirli süreli kira sözleşmesi için bir yıllık zımnî yenileme²⁶⁸ öngörülmüştür.

h. Sözleşmenin Tarafını Değiştirme

BGB. §. 309/10 uyarınca satım, eser ve hizmet sözleşmelerinde karşı tarafa sözleşmeden dönme hakkı tanınmaksızın ve üçüncü kişinin ismi belirtilmeksizin sözleşmenin tarafının değişiklik yapılabileceği koşulu geçersizdir. TSHŞHY Ek 1-m²⁶⁹ de ise karşı tarafın onayı alınırse devir yapılabileceği belirtilmiştir. Kanaatimizce bu yanlış bir ifadedir zira tüketici konumunda olan kişinin bu maddeyi kabul etmeksizin sözleşme akdetmeyi teklif etme ihtimali yoktur. TBK 205. maddede ise sözleşmede kalan tarafın izni veya sonradan verdiği onayı yeterli görülmüştür. Yine TBK 310. maddede²⁷⁰

²⁶⁷ “Belirli süreli sözleşmelerde, sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin konulan şartlar,”

²⁶⁸ “MADDE 347- Konut ve çatılı işyeri kiralarda kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az onbeş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır.”

²⁶⁹ “Sözleşmeyi düzenleyene, tüketicinin sahip olduğu teminatların azaltılmasına neden olabilecek şekilde, sözleşme kapsamındaki hak ve yükümlülüklerini, tüketicinin onayı alınmaksızın devretme imkânı veren şartlar,”

²⁷⁰ “Sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur.”

kira sözleşmesinde kiraya verenin değişebileceği yer alır. TBK 323. maddede²⁷¹ ise kiracının sözleşmeyi devretmesi için yazılı izin şartı aranmasının sözleşme adaletini bozduğu kanısındayız. Sözleşmenin devrine ilişkin genel işlem koşulu maddesinin yer alması hâlinde, sözleşmenin TBK 25. madde uyarınca dürüstlük kuralı denetimi yapılabileceği kanaatindeyiz.

Anglo Sakson Hukukunda “*step-in right*”²⁷² kavramı ile kredi veren kuruluşa; -karşı tarafın sözleşme gereklerini yerine getirmemesi halinde - taraf değiştirme yetkisi verilmiş ve böylece projenin korunması ve sürdürülmesi amaçlanmıştır. Türk Hukukunda “*step-in right*” kavramı kamunun proje içeren ihale sözleşmeleri kapsamında örneği yer almıştır. Fakat mevzuat hükümlerine aykırılık ihtiva etmemesi için kredi kuruluşunun taraf değiştirme yetkisi; İdarenin onayına ve seçilen tarafın ihale şartlarını taşıması sınırına tabi tutulmuştur.

i. Temsilciye İlişkin Kayıtlar

BGB. §. 309/11 maddesinde yetkisiz temsil halinde ağır yükümlülük yüklenmesi veya temsilcinin şahsen sorumlu olduğuna ilişkin hükümler geçersiz sayılmıştır. TBK hükümlerinde²⁷³ temsilcinin doğrudan sorumlu olmadığına açıkça yer verilmiştir.

²⁷¹ “Kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Kiraya veren, işyeri kiralarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınamaz.”

²⁷² Madykov, Murat, Step-In Right as a Lender Protection Mechanism in Project Financed Transactions, DePaul Business and Commercial Law Journal 2015, C. 13, S. 2, s. 277 ve 283.

²⁷³ 40.madde: “Yetkili bir temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunanı bağlar.”

j. İspat Külfetine İlişkin Kayıtlar

BGB. §. 309/12 uyarınca²⁷⁴ ispat yükünün öngörülenin tersine, karşı taraf aleyhine değiştirilmesi hukuka aykırı bulunmuştur. TSHŞHY Ek 1-m²⁷⁵ de benzer yönde hüküm yer almaktadır. TBK ve Türk Hukukundaki delil sözleşmeleri de bu başlık altında incelenebilir.

HMK 193. madde uyarınca delil sözleşmesinin yazılı şekille olması esastır. Delil sözleşmesinin genel işlem koşulu olarak sözleşme hükümlerine eklendiği bir durumda tarafların açık iradesi yoksa hak kaybına uğranmaması açısından münhasır olamayan delil sözleşmesi sayılması²⁷⁶ ve hakkın sınırlandırılmaması gerekmektedir. Ayrıca sözleşmelere delil kaydına ilişkin koşul eklenmesinin, TBK 21. madde kapsamında şartıcı şart olarak da nitelendirilebileceği kanaatindeyiz.

²⁷⁴ “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 tesellüm (alındı) belgelerinde öngörülen hükümler için uygulanmaz.”

²⁷⁵ “Tüketicinin özellikle, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek, gösterebileceği delilleri ölçsüz derecede sınırlandırmak veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar,”

²⁷⁶ KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt III, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 2922.

k. Beyanların Ve Bildirimlere İlişkin Kayıtlar

BGB. §. 309/13 uyarınca *“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”* geçersiz sayılmıştır.

TBK 17. maddede *“Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz.”* demek suretiyle iradi şekil olabileceği yer almıştır. Örneğin; kira sözleşmesinin şekil şartı yokken resmi şekilde yapılacağının öngörülmesi iradi şekil olsa da genel işlem koşulu niteliğindeyse TBK 25. madde uyarınca denetlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Örneğin; idarenin özel hukuk sözleşmelerinde ticari ortaklıkla yapılacak sözleşmelerde ticari ortakların kendi sözleşmelerini resmi şekille yapılmasının istenmesi şeklinde koşulun yer alması halinde, bu başlık altında değerlendirme yapılabilecek ve olaya uygun düşmesi halinde genel işlem koşulu denetiminden geçirilmesi söz konusu olacaktır.

iii. Yetki Kaydının Sözleşmeye Eklenebilirlik Durumu

Yetki sözleşmesi HMK 17. madde uyarınca *“ Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler.”* Yetki kaydını sözleşmeye dâhil edebilecek kişiler sınırlandırılmıştır. TKHK Yönetmeliği (Ek 1/1-n)²⁷⁷ uyarınca *“mahkemeye gitme*

²⁷⁷ “n) Tüketicinin özellikle, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek, gösterebileceği delilleri ölçsüz derecede sınırlandırmak veya mevcut hukuki

imkânını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar” doğrudan haksız şart olarak nitelendirilmiştir.

Bir görüşe göre²⁷⁸ yetki kaydı TBK uyarınca sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı şart olarak kabul edilmelidir. Fakat bizim de katıldığımız görüş²⁷⁹ uyarınca tacirler ve kamu tüzel kişilerinin düzenleme kabiliyeti olan yetki kaydı artık hayatın olağan akışı çerçevesinde olup bütün sözleşmelere eklenmekte ve şaşırtıcı şart sayılmaması gerekmektedir. Fakat bu durum TBK m.25 uyarınca içerik denetiminden geçmesine engel teşkil etmemektedir.

Örneğin; iki tarafın tacir olması fakat bir tarafın kişisel amaçla yetki kaydı bulunan sözleşme akdetmesi halinde artık bu hüküm genel işlem koşulları çerçevesinde denetime tabi olabilecektir.

iv. Tahkim Kaydının Değerlendirilmesi

Tahkim, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ve HMK uyarınca düzenlenen bir alternatif çözüm yoludur. Tahkim masraflı olan bir yargı yolu olması sebebiyle karşı

düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkânını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar,”

²⁷⁸ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 55.

²⁷⁹ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 40, 41; ATAMER, Karşılaştırma, s. 30; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ve Diğerleri, s. 237, 238; REİSOĞLU Seza, Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi, Bankacılar Dergisi, Sayı 77, 2011, s. 113; KUNTALP, s. 95, 96; ALTOP, Sempozyum, s. 40, 41; ANTALYA, s. 309.

taraf aleyhine olduğu açıktır. Yine tahkim kaydının da genel işlem koşulları kapsamında değerlendirilmesi ve olağandışı şart olup olmadığının değerlendirilmesi esastır. Yargıtay kararlarında²⁸⁰ da bu husus değerlendirilerek haksız şart kapsamına gireceği kararı verilmiştir.

TBK 262. maddede²⁸¹ de tahkim yapılamayacağına ilişkin hüküm bulunmaktadır.



²⁸⁰ Yargıtay'ın paket tur sözleşmesi akdeden şirket ve tüketicinin söz konusu sözleşmede yer alan tahkim şartı uyarınca yetkisiz mahkemede açıldığına ilişkin davalı şirket tarafından yapılan itirazı reddettiği karar için bkz. Yr. 13. HD. 25.09.2006 T. 2006/7789 E. 2006/12275 K. Söz konusu kararda Yargıtay, tahkim şartının sözleşmeye konulmasının da ayrı tahkim anlaşması yapmak gibi geçerli olduğunu ancak böyle bir şartın taraflarca müzakere edilmeden önceden hazırlanmış olduğu durumlarda eTKHK kapsamında haksız şart niteliğinde sayılması gerektiğini belirtmiştir.

²⁸¹ MADDE 262- “Yerleşim yeri Türkiye’de olan alıcı, tarafı olduğu taksitle satış sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar konusunda, yerleşim yerindeki mahkemenin yetkisinden önceden feragat edemeyeceği gibi, tahkim sözleşmesi de yapamaz.”

SONUÇ

Sürekli bir gelişim ve değişim içerisinde olan ekonomik düzende genel işlem koşullarının varlığı kaçınılmazdır. Günümüzde bireysel sözleşme istisna, genel işlem koşulları içeren sözleşme kural haline gelmiştir. Genel işlem koşulları temelde tek taraflı hazırlanan ve karşı tarafa pazarlık imkânı sağlamayan ve sözleşme adaleti dengesini açıkça bozan sözleşme hükümleridir. Bu sebeplerle genel işlem koşullarının denetimi önem arz etmektedir.

Genel işlem koşullarının kamu düzeninden olup olmadığına ilişkin yargı kararlarında bir birlik bulunmasa da niteliği gereği genel işlem koşullarının kamu düzeninden olması gerekmektedir.

TBK düzenlemesinde kavram karışıklığı oluşsa da maddeler özü esas alınarak uygulandığında bu karmaşanın giderildiği görülmektedir. Kavram karmaşasının ilki bu hükümlerin “koşul” mu “şart” mı olduğudur. Kanun lafzından yola çıkarak koşul kavramını kullanmış bulunmaktayız. Yine “düzenleyen” mi “kullanan” mı kavramının kullanılacağı da bir tartışma sebebidir. Her ne kadar tam karşılığı olmasa da kanun lafzından yola çıkarak “düzenleyen” terimi tarafımızca uygun bulunmuştur.

TBK 21. maddede yer alan yürürlük denetiminde belirtilen “yazılmamış sayılma” yaptırımının hukuki niteliğinin kendine özgü bir yaptırım olduğunu düşünmekle beraber kanun lafzında yaptırımın hukuki niteliğinin belirlenmesinin uygun olacağı görüşündeyiz.

Sadece özel kişiler değil kamu tüzel kişilerinin anlaşmalarında da genel işlem koşulları yer alabilmektedir. Bu durum TBK 20/4 maddesi ile desteklenmektedir. İdare hukuku uyarınca, idarenin ihale öncesi işlemlerine idare hukuku uygulanırken, sözleşme ve sonrası için TBK uygulama alanı bulacaktır. Şartname maddelerini içeren

sözleşmelerde ise şartnamelerin dolaylı denetimine sebebiyet verebilecektir. Düzenleyici maddelerin dolaylı olarak denetlenmesiyle mevzuata aykırı durumlar söz konusu olabilecektir. Bu kapsamda TBK maddelerine, Alman Medeni Kanununda bulunan sınırlar örnek alınarak, idarenin özel hukuk sözleşmelerine ilişkin daha açık hüküm eklenmesi ve İdare Hukuku esasları da gözetilerek, içerik denetimi yapılması gerekmektedir.

TBK 24. maddede yer alan aleyhe değiştirme yasağının “dürüstlük kuralı” ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği ve TBK 25. maddede yer alan içerik denetiminin bir örneği olduğu düşünülmektedir. Yine bütün denetim aşamalarında dürüstlük kuralının ölçüt olmasının TBK 25.maddenin uygulama alanını genişleteceğinden bahsedilebilir.

Diğer maddelerde yaptırıma açıkça yer verilirken TBK 25. maddede yaptırıma dair bir bilginin olmamasının ve yaptırımın gerekçede yer almasının yerinde değildir. TBK 25. maddede denetim aracı olarak sadece “dürüstlük kuralı”nın gösterilmesi hâkimlerin somut olayı değerlendirmesini zorlaştıracığı açıktır.

TBK m. 25 metninden yola çıkarak, dürüstlük kuralına uygun koşullar için içerik denetimi uygulanmayacağından bahsedilebilir. Bu durum dürüstlük kuralının somutlaştırma ihtiyacını doğurmaktadır. Her ne kadar Alman Medeni Kanun maddeleri örnek olsa da TBK maddeleriyle çelişen durumları da vardır. Yine Alman Medeni Kanun’unda yer alan bazı durumlara ilişkin TBK maddelerinde özel düzenlemelerin olduğu da görülmektedir. TBK hükümlerine dürüstlük kuralını somutlaştıran örneklemelere yer verilmesinin uygulayıcının işini kolaylaştıracağı ve taraflar için hukuki güvenlik sağlayacağı kuşkusuzdur.

Bunun yanında “kara liste” ve “gri liste” ayrımının hâkimin takdir yetkisini sınırlayacağından bahisle TBK hükümlerinde yer almaması isabetli olmuştur.

Yargı kararları ışığında yapılan incelemeler sonucu TBK öncesi dönemde genel işlem koşullarının daha detaylı incelenip, dürüstlük kuralı-iyiniyet ölçütünde daha tatmin

edici kararlar verilirken, TBK sonrası kararların bu seviyeye erişemediği görülmektedir. TBK hükümlerinde örneklendirmeye yer verilmesi halinde kararların hukuki tatmin yönünün artacağı şüphesizdir.



KAYNAKÇA

AÇIKGÖZ, Osman, **Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları**, (Yayımlanmış Doktora Tezi), İstanbul 2012.

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

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

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.

-----, **“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin
Konu Bakımından Uygulama Alanı”**, İzmir Barosu Dergisi, S. 3, 2015, 187-
207.(Kısaltılmışı: AKİPEK ÖCAL, GİK)

AKKANAT, Halil, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının MK. m. 2 Hükümü
Aracılığı İle Aşılması: Örnek Bir Yargıtay Kararı ve Değerlendirmesi**, Prof.
Dr. Hüseyin ÜLGEN’e Armağan, Cilt II, İstanbul 2007, s. 1655-1668.

AKMAN, G. Sermet, **Genel İşlem Şartları**, **Günümüzde Yargı Dergisi.**, Mart 1979, S.
35, s.13-18.(Kısaltılmışı: AKMAN, GİŞ)

-----, **Sorumsuzluk Anlaşması**, (Doktora Tezi) İstanbul 1976 (Kısaltılmışı: AKMAN,
Sorumsuzluk).

AKYOL, Şener, **Sözleşmenin Yorumu**, İstanbul 2010(Kısaltılmışı: AKYOL, Yorum).

-----, **Medenî Hukukta Çelişki Yasağı**, İstanbul 2007.

-----, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İstanbul 2006
(Kısaltılmışı: AKYOL, Dürüstlük).

-----, **Banka Sözleşmeleri**, İstanbul 2001 (Kısaltılmışı: AKYOL, Banka).

-----, **Medeni Hukuka Giriş**, Prof. Dr. Bülent Köprülü'nün Anısına Armağan, 2.baskı, İstanbul 2006.

ALP, Mustafa, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Ankara 2005.

ALTOP, Atilla, **Genel İşlem Koşulları, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu**, Makaleler Tebliğler, İstanbul 2012, s. 27-48.(Kısaltılmışı: ALTOP, Sempozyum)

-----, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi**, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Reyegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 254-260.

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

-----, **“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.

ATALAY, Oğuz, **“Genel İşlem Şartlarında İspat Hukukuna İlişkin Meseleler”** İzmir Barosu Dergisi, S. 3, 2015, s.488-497.

ATAMER, Yeşim M., **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 1. Bası, İstanbul 2001 (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).

-----, **“Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”**.

Hukuki Perspektifler Dergisi, 2005, s.109-115.

-----, **Tacirin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunma Yolları**, İstanbul Ticaret Odası

Yayını, No: 2001- 8, İstanbul 2001.

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 Satım 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.

-----, **Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda**

Haksız Şartların Denetimi, Ankara 2014.(AYDOĞDU, Tüketici)

AYOĞLU, Tolga, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, s.242-243.

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, Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması).

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

BARLAS, Nami, **Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri**, Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 807-828.

BASEDOW J., **Müncher Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2a: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-432,6. Auflage**, München 2012.

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, **Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri**, Ankara **Barosu Dergisi** , Y.1999, S.1, s. 17-34.

BAYCIK, Gaye, **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, 2011.

BAYSAL, Başak, **Sözleşmenin Uyarlanması**, İstanbul 2009

BERKİ, Şakir, **Borçlar Hukuku, Umumî Hükümler, Üçüncü Tab’ı**, Ankara 1962.

BUCHER Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl.**, Zürich, Schulthess, 1988.

BUZ Vedat, **“Gabin Hâlinde Edimler Arasında Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması”**, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XIX, Y. 1998, s.4, s.51-82.

-----, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.

CAMCI, Sinem; **Genel İşlem Koşulları** Yüksek Lisans Tezi İstanbul Ticaret Üniversitesi,2014.

CANSEL Erol /ÖZEL Çağlar, **Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu**,
<https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/19-E.CANSEL-%C3%87.-%C3%96ZEL.pdf>, 25.09.2021.

ÇINAR, Ömer, **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, İstanbul 2009.

DAĞDELEN, Ahmet H., “**Genel İşlem Şartları ve Teşmil ile Yürürlük Denetiminin Esasları**,” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (2019)

DAL, Çağatay, **Ticari İş Kavramı ve Sonuçları**, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2007.

DAYINDARLI, Kemal, **Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole LANDO İlkeleri**,
<http://www.dayinlarli.gen.tr/wp-content/uploads/2018/03/olelandoilkeleri.pdf>,
(Erişim Tarihi: 07.11.2021)

- DEMİR, Mehmet, **Cezai Şart Kaydına Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Verilmesi Sorunu**, Prof. Dr. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK'e Armağan, Ankara 2005, s. 437-447.
- , **"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.
- 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 ve Güven).
- , **Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Gözden Geçirilmiş Dördüncü Baskı, Ankara 1989.
- 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.
- , **Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Yargıtay Kararları Işığında Faktoring Sempozyumu**, 2012.

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

ERTAN, Füsün Nomer, **Haksız Rekabet Hukuku**, İstanbul 2016.

ERTÜRK, Şükran, “**Genel İş Koşulları Ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi**”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013.

GENÇOĞLU Şerife, **Türk İdare Hukukunda Yap İşlet Devret Modeli** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, 21. Bası, Bursa, 2019.

-----, **İdare Hukukuna Giriş**, Ekin Yayınevi, 25. Bası, Bursa, 2019.

GÖZLER Kemal / KAPLAN Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, 11.Baskı, Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2011.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

GÜNGÖR, Gülin, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması**, Ankara, 2000.

GÜLERCİ, Altan Fahri /KILINÇ Ayşe **6098 Sayılı Yeni TBK İle Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2011.

GÜRAL (AKİPEK), Jale, **Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medenî Kanununun Sistemi**, Ankara 1953.

HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 6098 Sayılı TBK Esas Alınarak Hazırlanan 2. Bası, İstanbul 2012.

HATEMİ, Hüseyin, **İntikal (Geçiş) Dönemi Hukuku, Zaman Yönünden Yürürlük Hukuku**, İstanbul, 2004.

HAVUTÇU, Ayşe, **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, İzmir 2003. (Kısaltılmışı: HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi).

-----, “İfa Engelleri ve Hukuki Sonuçları, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İzmir Barosu Dergisi, Sayı: 2011- 2, 2011, s. 29- 46.

-----, “Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İle İlişkilendirilmesinde Düzenleyen (GİŞ Kullanan) İçin Getirilen Külfetler”, İzmir Barosu Dergisi Yıl: 2015 Eylül Sayı: 3.

-----, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İzmir Barosu Dergisi Yıl: 2011 Nisan Sayı: 2. (Kısaltılmışı: Havutçu, Değerlendirme)

-----, “**Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İle İlişkilendirilmesi, İçeriklerinin Denetlenmesi**”, Bilkent Üniversitesi Tüketici Hukuku Konferansı 5-6 Aralık 2015, s.75-104.

HIRSCH, Ernst, **Anayasanın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri; Birinci Türk Kongresine Sunulan Tebliğler**, Ankara 1972,s.1-13.

HİRŞ, Ernst, **Pratik Hukukta Metot**, 8.Baskı Ankara 2021.

İLHAN, Cengiz, **Mecelle**, Ankara 2011.

İNAN, Ali Naim / YÜCEL Özge, **İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014

İŞGÜZAR, Hasan, **Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri**, Ankara 2003.

KAPLAN, İbrahim, **Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi**, 3. Baskı Ankara 2013

KARA, İlhan, **Tüketici Hukuku**, Ankara 2012.

KARA, Mustafa Sencer, “**Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri**,” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, s. 723-742.

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.

KENDER, Rayegan, **Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku**, 16. Bası, İstanbul 2017.

KILIÇOĞLU, Ahmet. M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış 6. Bası, Ankara 2012.

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, İstanbul 2011.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ ARPACI, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem, Sözleşme**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.

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.

KONURALP, Haluk, **İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, 2. Bası, Ankara, 2009.

KREIENBAUM, Birgit, **Transparenz und AGB-Gesetz**, Berlin 1998.

KUNTALP, Erden, **Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar**, Ankara 8 Nisan 2011, s. 79-102.

KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt III**, 6. Baskı, İstanbul 2001.

LARENZ, Karl/ WOLF, Manfred, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 9. Auflage, München 2004.

Madykov, Murat, **Step-In Right as a Lender Protection Mechanism in Project Financed Transactions**, DePaul Business and Commercial Law Journal 2015, C. 13, S. 2, s. 273-300.

NOMER, Halûk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Yenilenmiş 17. Bası, İstanbul 2020.

OĞUZ, Cemal, **Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 1993.

OĞUZMAN, M. Kemal, /ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2013.

OĞUZMAN, Kemal / BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk**, Arıkan Kitabevi, İstanbul 2006.

OKAY Özge, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2009.

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, **“İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan 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: 19.09.2021) (Kısaltılmışı: OZANOĞLU, İstisna).

ÖZ, Turgut, **Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları**, http://www.iku.edu.tr/TR/iku_gunce/HukukC1S1_2/HukukGunceC1S1_128.pdf, (Erişim tarihi: 19.09.2020).

ÖZEL, Çağlar , **“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).

-----, **“Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Kavramı”** Bilkent Üniversitesi Tüketici Hukuku Konferansı 5-6 Aralık 2015, s.51-73.

ÖZSUNAY, Ergun, **Borçlar Hukuku I, Giriş-Hukukî Muamaleden Doğan Borçlar-Nedensiz Zenginleşmeler**, İkinci Bası, İstanbul 1983.

ÖZTAN, Bilge, **Medenî Hukukun Temel Kavramları**, 35. Bası, Ankara 2011.

REHBINDER, Manfred, **Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması**, (Çev: TEOMAN, Ömer) Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, İÜHFM. Özel Sayısı, C. XIII, S. 1-4, İstanbul 1977, s. 641-653.

-----, **Allgemeine Geschaeftsbedingungen und Verbraucherschutz**, SJZ 73 (1977)
(Kısaltılmışı: REHBINDER, SJZ 73).

REİSOĞLU, Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, İstanbul 2012.

REİSOĞLU, Seza, “**Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi**”, Bankacılar Dergisi, Sayı 77, 2011
<https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Dergiler/Dokumanlar/Dergi77.pdf> (Erişim Tarihi: 07.10.2021).

SARAÇ, Şükrü, **Yargıtay Kararları Işığında Faktoring**, Ankara 2013.

SARISU Ayhan, **Türk Sağlık Sektöründe Yap-Kirala-Devret Projelerinin Muhasebeleştirilmesi**,
https://www.academia.edu/27808265/T%C3%9CRK_SA%C4%9ELIK_SEKT%C3%96R%C3%9CNDE_YAP_K%C4%B0RALA_DEVRET_PROJELER%C4%B0N%C4%B0N_MUHASEBELE%C5%9ET%C4%B0R%C4%B0LMES%C4%B0_ACCOUNTING_OF_BUILD_RENT_TRANSFER_PROJECTS_IN_TURKISH_HEALTH_SECTOR (Erişim Tarihi:12.10.2021).

SEROZAN, Rona, **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, Sempozyum)

-----, **Genel İşlem Şartları Kavramı**, İzmir Barosu Dergisi Yıl: Eylül 2015 Sayı: 3, s. 207-224.

SOYER, Polat, **Genel İş Koşulları**, İzmir 1987.

SUNGURBEY, İsmet, **Türkiye’de Bankaların İçyüzü**, Çorlu 1994.

SÜZEK, Sarper; **İş Hukuku**, İstanbul 2017. (Kısaltılmışı: SÜZEK, İş)

SÜZEK, Sarper; **“İş Hukukunda İç Yönetmelikler”** , Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:44, Sayı:1-4, 1995. (Kısaltılmışı: SÜZEK, İç Yönetmelikler)

ŞEKER, Muzaffer, **Yazılmamış Sayılma**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2015.

TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

TEKİNALP, Ünal, **Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları**, Prof. Dr.

Ernst E.HİRSCH'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 120-160.

TEKİNAY, Selâhattin, Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla

Borçlar Hukuku, Cilt I, Beşinci Baskı, İstanbul 1985.

TOPÇUOĞLU, Metin, **“Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlali ve Sonuçları”**, Gazi

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Y. 2015, s. 3-69.

TOPUZ, Seçkin, **Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa**

Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Ankara 2009.

TUNÇOMAĞ, Kenan, **“1962 Yılında Yayınlanmış Borçlar Hukuku İle İlgili Yargıtay**

Kararları Üzerine Kısa İncelemeler”, BATİDER, Y. 1964, C. II, s. 417-450.

ULUSAN, İlhan, **Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması**

Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik

Denetimi, http://www.iku.edu.tr/TR/iku_gunce/GuncHukuk_Yeni_Sayilar/Huku

[kC3_Sayi_1_2/HukukC3Sayi12_27.pdf](http://www.iku.edu.tr/TR/iku_gunce/GuncHukuk_Yeni_Sayilar/Huku), 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.

UZUNALLI, Sevilay, “**Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi**”, İÜHF Mecmuası, C. 71, S.2. İstanbul 2013, s.383-420.

ÜNAL, Akın, **Kelepçeleme Sözleşmeleri, Sözleşmedeki Hükümler Sebebiyle Ekonomik Özgürlüğün Aşırı Derecede Sınırlanması**, Ankara 2012.

ÜNAL, Akın/ KÖROĞLU, Emre, “**Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetiminin Sonuçları**” (Results of The Content Control of The Standard Terms) ,Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Yıl 7, Sayı 13, Haziran 2019.

VELDET, Hıfzı, **Türk Medenî Hukuku, Cilt I, Başlangıç ve Şahsın Hukuku**, Üçüncü Basım, İstanbul 1948.

YAĞCIOĞLU, Ali Haydar, “**Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8)**”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Prof. Dr. Aydın ZEVLİLİLER’e Armağan, 2013, s. 3067.

YAVUZ, Nihat, “**Genel İşlem Şartlarının Tanımı, Yorumu ve Denetlenmesi**”, Yargı Dergisi, C. 25,Ocak-Nisan 1999, S. 1-2, s. 570-603.

-----, **Öğretide ve Uygulamada Sözleşmedeki Haksız Şartlar**, Ankara, 2012.

YAVUZ, Selçuk, **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Şartlar**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2007 (Kısaltılmışı: YAVUZ, S)

YELMEN, Âdem, ‘**Değiştirme Yasağı**’, İzmir Barosu Dergisi, S. 3, 2015.

-----, **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları**, 2014, Ankara.

YENİOCAK, Umut, **Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi**, TBB Dergisi 2013, sayı 107, sf. 75-95.

YILMAZ, Abdüssamet, **Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanım**, Ankara, 2015.

YILMAZ, Süleyman, **Satım Sözleşmesinin Elektronik Posta (e-mail) Aracılığı ile Kurulması, Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’a Armağan**, Cilt: 2, Ankara 2010, s. 2333-2345.

YOKET, Yasemin/GÜLER, Selin, “**Genel İşlem Şartlarının Yorum Yoluyla Denetimi**”, İzmir Barosu Dergisi Borçlar Kanunu Özel Sayısı, Y: 77, S. 2, Mayıs 2012, s. 231-252.

ZAPATA, Tan Tahsin, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.

www.kazanci.com.tr

www.mevzuat.gov.tr

www.resmigazete.gov.tr

www.sinerjimevzuat.com.tr

www.unidroit.org

<https://wetten.overheid.nl/BWBR0005289>

ÖZET

Bu tezde, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu” nda altı madde halinde bulunan genel işlem koşulları ve içerik denetimine değinilmiş ve idari hukuk sözleşmelerindeki uygulama alanı belirtilmiştir.

Çalışmanın ilk bölümünde genel işlem koşulları hakkında genel bilgilere yer verilmiştir ve “genel işlem koşulu benzeri kavramlar” kısaca açıklanmıştır. Bu bölümde “genel işlem koşullarının kişi, konu ve zaman bakımından uygulaması” konusu da açıklanmıştır. İkinci bölümde “genel işlem koşullarının yürürlük ve yorum denetimi” açıklanmıştır. Üçüncü bölüm “genel işlem koşullarında içerik denetimi” ne ayrılmıştır ve bu son bölümde idari hukuk sözleşmeleri ve içerik denetim uygulaması konusuna değinilmiştir.

ABSTRACT

In this study we mentioned general transaction conditions and content auditing in “Turkish Code of Obligations No. 6098” and stated applications in administrative law.

“In the first section” a brief introduction about general transaction conditions are given and encapsulated concepts similar to general transaction conditions. Besides applications of general transaction conditions in terms of human, subject and time are demonstrated “in this part”. Furthermore, “in the second section” enforcement and interpretation auditing of general transaction conditions are explained. “The third part” is dedicated to content auditing of general transaction conditions and in this last section administrative law contracts and content auditing are mentioned.