

**T.C.  
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI  
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**GENEL İŞLEM KOŞULLARI VE BENZER KURUMLAR**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**HAZIRLAYAN**

**GİZEM KAYA ÖZGÜR**

**TEZ DANIŞMANI**

**DOÇ. DR. ZEYNEP İPEK YÜCER AKTÜRK**

**ANKARA 2018**



BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS / DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

Tarih: 15.10.2018

Öğrencinin Adı, Soyadı : Gizem Kaya Özgür  
Öğrencinin Numarası : 21510272  
Anabilim Dalı : Özel Hukuk ABD  
Programı : Özel Hukuk Tezli, Yüksek Lisans  
Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı : Doç. Dr. İpek Yücer Aktürk  
Tez Başlığı : Genel İstenen Koşulları ve Benzer Kurumlar

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans/Doktora tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 102 sayfalık kısmına ilişkin, 13.11.2017 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin.... adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 16....'dır.

Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

"Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını" inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:.....

Onay

15.10.2018

Öğrenci Danışmanı Unvan, Ad, Soyad,

Doç. Dr. İpek Yücer Aktürk

## KABUL VE ONAY SAYFASI

Gizem Kaya Özgür tarafından hazırlanan Genel İşlem Koşulları ve Benzer Kurumlar adlı bu çalışma jürimizce Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Kabul Tarihi: 15/02/2018

### Jüri Üyesinin Unvanı, Adı-Soyadı ve Kurumu:

Jüri Üyesi: Prof. Dr. Mehmet ÜNAL - Bartın <sup>Üni</sup>

Jüri Üyesi: Doç. Dr. Süleyman YILMAZ - Ankara <sup>Üni</sup>

Jüri Üyesi: Doç. Dr. Z. İpek AKER - Bartın <sup>Üni</sup>

İmzası

Onay

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

23...02/2018

Prof. Dr. İpek Kalemci Tüzün

Enstitü Müdürü

## ÖZET

Yüksek lisans tezi olarak hazırlanan bu çalışmada, genel işlem koşulları incelenmiştir. Genel işlem koşulları, günümüzde bankacılık, sigortacılık, seyahat ve taşıma işleri gibi birçok alanda kullanılan sözleşmelerde yer almaktadır. Ancak, Türk Hukukunda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundan önce genel işlem koşulları hakkında herhangi bir genel hüküm mevcut değildi. Bu eksiklik, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile giderilmiştir. Buna göre, genel işlem koşulları, Türk Borçlar Kanununun 20 ila 25. maddeleri arasında ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve sınırlandırılmıştır.

Bu kapsamda, öncelikle sözleşme özgürlüğü incelenmiş, daha sonra Türk Borçlar Kanunu kapsamında genel işlem koşullarını düzenleyen yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimini de kapsayan hükümlere yer verilmiştir. Çalışmamızın devamında genel işlem koşullarına benzer veya bu koşulları içerebilen haksız şart, dürüstlük kuralına aykırılık neticesinde ortaya çıkan haksız rekabet hali ile genel iş koşulları ele alınmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Türk Borçlar Kanunu, Genel İşlem Koşulları, Dürüstlük Kuralı, Haksız Şart, Haksız Rekabet.

## ABSTRACT

In this work prepared as a master thesis, the issue analyzed is the general transaction conditions. Nowadays the general transaction conditions take place in agreements which are used in many areas such as banking, insurance, travelling and carriage. However, there wasn't any general legal provision relating to the general transaction conditions before The Turkish Code of Obligations no 6098. The Turkish Code of Obligations no 6098 made up for the deficiency. Accordingly, the general transaction conditions are put in order and lined off elaborately between Article 20 and 25 of The Turkish Code of Obligations.

In this context, first of all, the freedom of contract and then provisions under The Turkish Code of Obligations, including enforcement, review and content supervision have been examined. In the course of our work, the aspects similar with or containing the general transaction conditions, such as unfair contract terms, unfair competition arising from the contradiction of good faith and general business conditions.

**Keywords:** The Turkish Law of Obligations, The General Transaction Conditions, Good Faith, Unfair Contract Terms, Unfair Competition

## İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	III
ABSTRACT .....	IV
İÇİNDEKİLER.....	V
KISALTMALAR.....	IX
KAYNAKÇA.....	XI
GİRİŞ.....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### GENEL İŞLEM KOŞULLARI TANIMI, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE YARAR VE SAKINCALARI

§ 1. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ TANIMI, UNSURLARI VE GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YARAR VE SAKINCALARI.....	5
I. GENEL OLARAK .....	5
II. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ TANIMI .....	7
III. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ HUSUSİ ANLAŞMAYA DÖNÜŞMESİ.....	9
IV. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ UNSURLARI .....	10
A. BİR SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİ OLUŞTURMALARI .....	10
B. SÖZLEŞMENİN KURULMASINDAN ÖNCE DÜZENLENMELERİ.....	12
C. TEK TARAFLI OLARAK BELİRLENMESİ.....	13
D. SÖZLEŞMENİN BİR TARAFININ (KULLANANIN) DİĞER TARAFINA, SÖZLEŞMENİN KURULUŞU SIRASINDA SUNMASI.....	14
E. BİR DEN FAZLA SÖZLEŞME İLİŞKİSİNDE KULLANILMAK ÜZERE DÜZENLENMELERİ.....	14
V. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YARARLARI VE SAKINCALARI.....	16
A. YARARLARI .....	16
B. SAKINCALARI.....	17
§ 2. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE UYGULAMA ALANI 20	
I. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ .....	20
A. GENEL OLARAK .....	20
B. NORM TEORİSİ.....	20

C. SÖZLEŞME TEORİSİ.....	22
II. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ UYGULAMA ALANI.....	22
A. MADDİ ANLAMDA UYGULAMA ALANI.....	22
B. KİŞİ BAKIMINDAN UYGULANMA ALANI.....	23
C. ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMA ALANI.....	25

## İKİNCİ BÖLÜM

### GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YÜRÜRLÜK VE İÇERİK DENETİMİ VE GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YORUMLANMASI

§ 3. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ.....	27
I. GENEL OLARAK.....	27
II. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YÜRÜRLÜK DENETİMİ.....	28
A. GENEL OLARAK.....	28
B. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ SÖZLEŞME İLE İLİŞKİLENDİRİLMESİ.....	29
1. İlişkilendirme Anlaşması.....	29
2. İlişkilendirme Anlaşması Açısından Bazı Özel Durumlar.....	38
3. İlişkilendirme Anlaşmasına Rağmen Bazı Koşulların Yürürlük Kazanamaması ..	45
C. YÜRÜRLÜK DENETİMİNİN SONUÇLARI (YAZILMAMIŞ SAYILMA).....	48
1. Genel Olarak.....	48
2. Yazılmamış Sayılmanın Hukuki Niteliği.....	57
§ 4. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İÇERİK DENETİMİ.....	58
I. GENEL OLARAK.....	58
II. İÇERİK DENETİMİNDE YARARLANILAN HUKUKİ YOLLAR.....	60
A. DÜRÜSTLÜK KURALI.....	61
B. AHLAKA AYKIRILIK.....	63
C. AŞIRI YARARLANMA.....	64
D. EDİMİ TEK TARAFLI BELİRLEME YETKİSİ.....	65
III. İÇERİK DENETİMİNİN HUKUKÎ SONUÇLARI.....	66
A. KISMÎ HÜKÜMSÜZLÜK.....	66
1. Genel Olarak Kısmî Hükümsüzlük.....	66
2. İçerik Denetiminin Hukuki Sonucu Olarak Kısmî Hükümsüzlük.....	67
B. SÖZLEŞME BOŞLUĞUNUN DOLDURULMASI.....	68
§ 5. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ USUL HUKUKU İLE İLİŞKİLENDİRİLMESİ.....	70

I. YETKİLİ MAHKEME TAYİNİ.....	70
II. YETKİ SÖZLEŞMESİ .....	71
III. DELİL SÖZLEŞMELERİ .....	72
IV. İSPAT YÜKÜNÜN YER DEĞİŞTİRMESİ.....	72
§ 6. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YORUMLANMASI.....	74
I. GENEL OLARAK .....	74
II. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YORUMUNDA İZLENECEK YÖNTEM .....	75
A. BELİRSİZLİK HALİNDE YORUM İLKESİ .....	75
B. SUBJEKTİF VE OBJEKTİF YÖNTEMLER .....	77
III. DARALTICI YORUM İLKESİ .....	78

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### GENEL İŞLEM KOŞULLARININ BENZERİ KURUMLARDAN AYIRT EDİLMESİ

§ 7. HAKSIZ ŞARTLAR VE GENEL İŞLEM KOŞULLARI .....	79
I. HAKSIZ ŞART KAVRAMI.....	79
II. HAKSIZ ŞARTLARIN UNSURLARI .....	80
A. TÜKETİCİ İLE MÜZAKERE EDİLMEMESİ .....	80
B. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI OLARAK TÜKETİCİ ALEYHİNE DENGESİZLİK OLUŞTURMASI .....	81
III. HAKSIZ ŞART SAYILAN DURUMLAR .....	83
§ 8. BİR HAKSIZ REKABET HALİ OLARAK GENEL İŞLEM KOŞULLARI.....	86
I. GENEL OLARAK .....	86
II. BİR HAKSIZ REKABET HALİ OLARAK GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DÜZENLENME AMACI.....	86
III. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI GENEL İŞLEM ŞARTI KULLANMA .....	87
A. TTK m. 55/I-f BENDİNDE SAYILAN DÜRÜSTLÜĞE AYKIRI GENEL İŞLEM ŞARTLARI .....	87
B. KANUNİ DÜZENLEMEDEN ÖNEMLİ ÖLÇÜDE AYRILAN GENEL İŞLEM ŞARTI KULLANMA .....	89
1. Doğrudan Veya Yorum Yoluyla Uygulanacak Kanuni Düzenleme .....	89
2. Önemli Ölçüde Ayrılma.....	90



C. SÖZLEŞMENİN NİTELİĞİNE ÖNEMLİ ÖLÇÜDE AYKIRI HAKLAR VE BORÇLAR DAĞILIMINI ÖNGÖREN GENEL İŞLEM ŞARTI KULLANMA.....	90
D. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI GENEL İŞLEM ŞARTI KULLANMANIN HUKUKİ SONUCU .....	91
§ 9. GENEL İŞ KOŞULLARI VE GENEL İŞLEM KOŞULLARI .....	91
I. GENEL İŞ KOŞULU KAVRAMI.....	91
II. GENEL İŞ KOŞULU TANIMI VE TÜRLERİ .....	92
A. GENEL İŞ KOŞULLARININ TANIMI.....	92
B. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ UNSURLARI AÇISINDAN GENEL İŞ KOŞULLARI .....	93
C. GENEL İŞ KOŞULLARININ TÜRLERİ.....	98
1. Tip İş Sözleşmeleri.....	98
2. İç Yönetmelikler.....	99
3. İşyeri Uygulaması .....	100
D. GENEL İŞ KOŞULLARININ DENETİMİ .....	102
<b>SONUÇ .....</b>	<b>104</b>

## KISALTMALAR

**Art.:** Artikel

**ABD:** Ankara Barosu Dergisi

**AGB:** Allgemeinen Geschäftsbedingungen

**AÜHFD:** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

**B.:** Baskı

**BATİDER:** Bankacılık ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Dergisi

**BGB:** Bürgerliches Gesetzbuch

**BGH:** Bundesgerichtshof

**BK:** 818 sayılı Borçlar Kanunu

**Bkz.:**Bakınız

**C.:** Cilt

**Dn.:** Dipnot

**E.:** Esas

**Haksız Şartlar Yönetmeliği:** Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliği

**HD:** Hukuk Dairesi

**HGK:** Hukuk Genel Kurulu

**HMK:** 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

**İK:** İş Kanunu

**İÜHFM:** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

**K.:** Karar

**m.:** madde

**N:** Nummer

**RG:** Resmi Gazete

**Rn.:** Randnummer

**s.:** Sayfa

**S.:** Sayı

**TBK:** 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

**TKHK:** Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

**TMK:** Türk Medeni Kanunu

**TTK:** Türk Ticaret Kanunu

**TTK Uygulama Kanunu:** 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun

**vb.:** ve benzeri

**vd.:** ve devamı

**Y.:** Yıl

**YKD:** Yargıtay Kararları Dergisi

**Yönerge:** 5 Nisan 1993 tarih, 93/13 sayılı Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Kayıtlar Hakkında Yönerge

**ZIP:** Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

## KAYNAKÇA\*

- AÇIKGÖZ, Osman** : Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, İstanbul 2013.
- AKMAN, Sermet** : Genel İşlem Şartları (GİŞ), İstanbul, 1979.
- AKMAN, Sermet** : Sorumsuzluk Anlaşması (Sorumsuzluk), Doktora Tezi, İstanbul, 1976.
- AKİPEK, Şebnem** : Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999.
- AKSOY DURSUN, Sanem** : Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul 2008.
- AKYOL, Şener** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, İstanbul 1995.
- AKYOL, Şener** : Medeni Hukuka Giriş (Medeni), İstanbul 2006.
- AKÜNAL, Teoman** : Avusturya’ da ve Türkiye’de Tüketicinin Korunması, İstanbul 1983.
- ANTALYA, Gökhan** : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Borçlar Genel) C. 1, 2. B., İstanbul 2013.
- ANTALYA, Gökhan** : Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, I. Oturum: Genel Görüşme (Sempozyum), İstanbul, Ocak 2012.
- ALTOP, Atilla** : “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi” (Armağan), Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007.
- ALTOP, Atilla** : “Genel İşlem Koşulları” (Sempozyum), TBK Sempozyumu, İstanbul 2011.
- ALP, Mustafa** : İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005.
- ARIKAN, Mustafa** : TBK’da Genel İşlem Koşulları, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel hukuk Sempozyumu Özel sayısı, Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2011.

\*Dipnotlarda geçen eserler, yazarlarının soyadlarıyla gösterilmiştir. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılması halinde, atıf yapılan eser, kısaltılmış şekli ile ayrıca belirtilmiştir. Dipnotlarda virgülden sonra kullanılan ve önünde herhangi bir kelime veya işaret bulunmayan rakamlar, sayfa numaralarını göstermektedir.

- ARKAN, Sabih** : Ticari işletme Hukuku, Ankara 2016.
- ARSLAN, Ramazan** : Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara, 1989.
- ASLAN, İ.Yılmaz/ERGÜN, Mevci:** Ticaret Hukuku, İstanbul 2005.
- ASLAN, İ. Yılmaz** : Tüketici Hukuku Dersleri, Bursa 2016.
- ATALAY, Oğuz** : Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001.
- ATAMER, Yeşim M.** :“Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması” (Tacir), İstanbul Ticaret Odası, Yayın no:2001-08, İstanbul 2001.
- ATAMER, Yeşim M.** : Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi (Denetleme), İstanbul 2001.
- ATAMER, Yeşim M.** : “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”(TBK), Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 2005/4, İstanbul 2005.
- ATAMER, M. Yeşim** : “Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurabilecek Değerlendirme Kriterleri” (Tartışmalar), Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2013..
- ATAMER, Yeşim M.** : “Tüketici Hukukunun Gelişimi: Dünü, Bugünü Ve Yarını”, (Karşılaştırma), Tüketicinin Korunması Semineri, Ankara 2007.
- ATAMER, Yeşim M.** : “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m.6 ve TTK m.55, f.1 (f) ile Karşılaştırılmalı Olarak” (Sempozyum), Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler, Tartışmalar, BATİDER, Ankara 2012.
- ATEŞ, Derya** : Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık (Ahlaka Aykırılık), Ankara 2007.

- ATEŞ Derya** : İrade Özerkliği Kapsamında MK. m. 23/II Hükmü ve Karar Özgürlüğü (İrade Özgürlüğü), ABD, Y. 65, S. 2, Bahar 2007.
- ATEŞ, Mustafa** : “Hukuk Muhakemeleri Usulünde Delil Sözleşmeleri”, Yargıtay Dergisi, Y. 1995/3.
- AYDOĞDU, Murat** : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı (GİŞ Kişi), <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/15-Murat-AYDO%C4%9EDU.pdf> .
- AYDOĞDU, Murat** : Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi (Tüketici), Ankara 2014.
- AYHAN, Rıza/ÖZDAMAR, Mehmet/**
- ÇAĞLAR, Hayrettin** : Ticari İşletme Hukuku-Genel Esaslar, Ankara 2012.
- BAŞALP, Nilgün** : Sorumsuzluk Anlaşmaları (Sorumsuzluk), İstanbul 2011.
- BAŞALP, Nilgün** : “Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler”(Değerlendirme), Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul 2011.
- BAŞPINAR, Veysel** : Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara, 1998.
- BAHTİYAR, Mehmet** : “Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması”, Yargıtay Dergisi, S.1-2,
- BARLAS, Nami** : “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmenin Özellikleri”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65.Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999.
- BATTAL, Ahmet** : Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2001.
- BAUDENBACHER, Carl** : Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel/Genf/München 2001.

- BAYCIK, Gaye** : İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2011.
- BUCHER, Eugen** : “Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankenverkehr?”, Recht 1997.
- BAYSAL, Başak** : Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü (Armağan), Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004.
- BAYSAL, Başak** : Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü (Yürürlük), [www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/10230](http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/10230) 16800.
- BROX, Hans/**
- WALKER, Wolf Dietrich** : Allgemeine Geschäftsbedingungen, Basel 2011.
- BRUNNER, Alexander** : Allgemeine Geschäftsbedingungen, Schweizerisches Privatrecht, Band X, Konsumentenschutz im Privatrecht, Basel 2008.
- CANARIS, Claus-Wilhelm** : “Gesamtunwirksamkeit und Teilungültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen”, Festschrift für Ernst Steindorf zum 70. Geburtstag, Berlin 1990.
- ÇINAR, Ömer** : Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, B. I, İstanbul 2009.
- DİZDAR, Ali Murat** : Genel İşlem Şartları, Bankacılar Dergisi, S. 72, İstanbul 2010.
- DOĞANAY, İsmail** : Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.1, İstanbul 1994.
- EMMERICH, Volker** : ”Die Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen”, Jus, 1972.
- ENGİN, Baki İlkay** : “Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması”, Türk-İsviçre Hukuk Günleri Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, 1. B., İstanbul 2010.
- EKONOMİ, Münir** : Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve Sona Ermesi, Yargıtay’ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1984, İstanbul 1986.
- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016.
- ERİŞ, Gönen** : Açıklamalı-İçtihatlı En Açıklamalı-İçtihatlı 6335-6552-6728 Sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK

- Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler, C.1, Ankara 2017.
- ERMAN, Hasan** : Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları, İÜHFM, C. XXXVIII.
- ERTEN, Ali** : Sorumsuzluk Şartları, Ankara 1977.
- ERTÜRK, Şükran** : Genel İş Koşulları Ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013.
- FEYZİOĞLU, Feyzi N.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul, 1976.
- GEZDER, Ümit** : Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul 1998.
- GÜNGÖR, Hayriye Gonca** : “Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşullarına Bakış ve Öneriler (I)”, Legal Hukuk Dergisi, Y. 3, S.30, Haziran 2005.
- GÜRİZ, Adnan** : Hukuk Felsefesi, Ankara 2014.
- GÜZEL, Ali/**
- UGAN ÇATALKAYA, Deniz** : “İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, C.20, S.1, Y.2014.
- HATEMİ, Hüseyin** : “Borçlar Hukuku’nun Genel İlkeler Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Borç İlişkileri (Borç Kaynakları) Bölümünün Değerlendirilmesi” (Değerlendirme), Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006, s.225;
- HATEMİ, Hüseyin** : “Borçlar Kanunu Tasarısı”, Güncel Hukuk Dergisi (Dergi), Şubat 2009.
- HATEMİ, Hüseyin** : Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK m.65 Kuralı) (Ahlak), İstanbul, 1976.
- HATEMİ, Hüseyin** : İntikal (Geçiş) Dönemi Hukuku (Zaman Yönünden Yürürlük Hukuku) (Yürürlük), İstanbul 2004.
- HATEMİ, Hüseyin** : Medeni Hukuka Giriş (Medeni), İstanbul 2013.



- HATEMİ**, Hüseyin/  
**GÖKYAYLA**, Emre : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2015,  
**HAVUTÇU**, Ayşe : Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması (Açık İçerik Denetimi), İzmir 2003.
- HAVUTÇU**, Ayşe : “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu” (Sempozyum), Legal Hukuk Dergisi, Y. 3, S.34.
- HELVACI**, Serap/  
**ERLÜLE**, Fulya : Medeni Hukuk, İstanbul 2016.  
**HİRŞ**, Ernst : Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dersleri, Ankara 2001.  
**İŞIKTAÇ**, Yasemin : Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku, İstanbul 2004.
- İMREGÜN**, Oğuz : Kara Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul 2005.  
**İNAN**, Ali Naim : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1971.
- JUNG**, Peter/**SPITZ**, Philippe  
(PROBST, Thomas) : Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Stämpflis Handkommentare), Bern 2010.
- KAPLAN**, İbrahim : “Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları” (Banka GİŞ), Ankara 1991, C.XVI, S.2.  
**KAPLAN**, İbrahim : Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987.  
**KARAHAN**, Sami : Ticari İşletme Hukuku, Konya 2015.  
**KARA**, İlhan : Tüketici Hukuku, Ankara 2015.  
**KARA**, Mustafa Sencer : Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2.
- KARAGÖZ**, Veli : ‘Tıp İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi’, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S. 1-2, 2004.
- KENDER**, Rayegan : Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku I, İstanbul 1995..  
**KIENDL**, Doris : Unfaire Klauseln in Verbraucherverträgen, Wien 1997.

- KILIÇOĞLU, Ahmet M.** :Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2016.
- KIRCA, Çiğdem** : “Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teologische Reduktion)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2001, C. 50, N. 1.
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan** : Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük. İstanbul 2011.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip** : Borçlar Hukuku, Genel Bölüm (Borçlar Genel), C.I. 5.B. İstanbul 2010.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip** : “Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmî Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler” (Kısmi Hükümsüzlük), Selim Kaneti’ye Armağan, İstanbul, 1996.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip** : “Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı” (Güven Nazariyesi), İstanbul 1968.
- KOCAMAN, Arif** : “Bankaların Tacir ve Sanayiciler ile Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukukî Açından Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri”, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 2, İstanbul 2003.
- KONURALP, Haluk/**
- TERCAN, Erdal** : Türk Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri ile Kişiler Hukuku Hükümlerinin Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-I: Yeni Türk Medeni Kanununun Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Eskişehir 2003.
- KÖTZ, Hein** : “Zur Wirksamkeit von Freizeichnungs-klauseln”, NJW 2.Hb., 1984.

- KULUÇLU, Erdal** : “Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri”, Sayıştay Dergisi, S. 71.
- KUNTALP, Erden** : “ Bankalar ve Genel İşlem Koşulları” (Sempozyum), Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2012.
- KUNTALP, Erden** : Türk Boçlar Kanunu Tasarısı’na ilişkin Değerlendirmeler, TBK m. 20-25 (TBK), Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul 2005.
- MEYER-CORDING, Ulrich** : Die Rechtsnormen, Tübingen 1971.
- OĞUZ, Cemal** : Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları, Doktora Tezi, Ankara 1994.
- OĞUZMAN, Kemal/**
- BARLAS, Nami** : Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 19. B. , İstanbul 2013.
- OĞUZMAN, M. Kemal/**
- ÖZ, M. Turgut** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, B. 10. İstanbul 2012.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/**
- ÖZEKES, Muhammet** : Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2016.
- PFLUG, Hans Joachim** : Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, München 1986.
- POROY, Reha/**
- YASAMAN, Hamdi** : Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015.
- REHBİNDER, Manfred** : Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması (Çev. Teoman, Ömer), Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan, İÜHFM Özel Sayısı, C. 13, S. 1-4, İstanbul 1977.
- REICH, Norbert O.** : “Kreditbürgschaft und Transparenz”, NJW 1995.
- REİSOĞLU, Seza** : Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi, Türkiye Bankalar Birliği, 13.04.2011 tarihli Konferans Sunumu, [http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Konferans\\_Sunumlari/S](http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Konferans_Sunumlari/S)

- R\_Borclar\_Kanunu\_Genel\_Islem\_Sartlari.doc, (Son Erişim Tarihi 17.12.2016).
- REİSOĞLU, Safa** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Borçlar), 22. B., İstanbul 2011.
- ROTH, Herbert** : “Allgemeine Geschäftsbedingungen und Individualvereinbarungen”, Regensburg 1992.
- SCHMIDT, Eike** : ”Grundlagen und Grundzüge der Inzidentkontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem AGB-Gesetz”, Jus 1987.
- SCHMIDT-SALZER, Joachim** : “Leistungsbeschreibungen insbesondere in Versicherung svertragen und Schranken der Inhaltskontrolle”, Festschrift Brandner 1996.
- SELÇUK, Yavuz** : Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından Haksız Şartlar (Tez), Doktora Tezi, Ankara, 2007.
- SEROZAN, Rana** : Sözleşmeden Dönme (Dönme), İstanbul 2007.
- SOERGEL, Hans Theodor** : Bürgerliches Gesetzbuch, Band, II. Schuldrecht I. Stuttgart/Berlin/Köln, 1990.
- SOMUNCUOĞLU, Ünal** : “Teyit Mektubu İle İlgili Bazı Sorunlar”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. VIII, S. 2, Ankara 1975.
- SİRMEN, Lale** : ”Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartları”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2012.
- SOYER, Polat** : Genel İş Koşulları, İzmir 1987.
- SUNGURBEY, İsmet** : Türkiye’de Bankaların İçyüzü, Çorlu 1994.
- SÜZEK, Sarper** : İş Hukuku (İş), İstanbul 2017.
- SÜZEK, Sarper** : “İş Hukukunda İç Yönetmelikler” (İç Yönetmelikler), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), Cilt:44, Sayı:1-4, 1995.
- SÜZEK, Sarper** : “İşyeri Uygulamaları” (İş Yeri Uygulamaları), Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara 1997.

- SÜZEK, Sarper** : “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları” (Genel İş Koşulları), Sicil – İş Hukuku Dergisi, Y. 6, S. 24, Aralık 2011.
- ŞEKER, Muzaffer** : “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması”, 10.Yıl’a Armağan, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 11, S. 22, Güz 2012/2.
- TANDOĞAN, Haluk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Borçlar Özel), C.1, 4. B., Ankara, 1985.
- TANDOĞAN, Haluk** : “Otelcilerin Mesuliyeti” (Mesuliyet), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, 1955.
- TANDOĞAN, Haluk** : Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması (Tüketici), Ankara 1977.
- TEKİNALP, Ünal** : “Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları”, Ernst E. Hirsch’e Armağan, Ankara, 1986.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/**
- BURCUOĞLU, Haluk/**
- ALTOP, Atilla** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. B., İstanbul, 1993. **THÜSİNG, Gregor** : AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2007.
- UFFMANN, Katharina** : Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- ULMER, Peter/HENSEN, Horst-Dieter/**
- CHRISTENSEN, Guido/**
- FUCHS, Andreas** : AGB-Recht Kommentar zu den §§ 305-310 BGB und zum Unterlassungsklagengesetz, Köln 2006.
- ULMER, Peter/ BRANDNER, Hans Erich/**
- HENSEN, Horst-Dieter** : Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 8 Auflage, Köln 1997.
- ULUSAN, İlhan** : ”Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi”, İKU Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 1-2, Aralık 2004.

- UZUNALLI**, Sevilay : “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi”, *İÜHF Mecmuası*, C. 71, S.2. İstanbul 2013.
- VEZİROĞLU**, Cem : Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları, İstanbul Barosu Dergisi, C. 84, S. 5, 2010.
- WOLF**, Manfred/ **HORN**, Norbert/  
**LINDACHER**, Walfer F. : AGB-Gesetz Kommentar, München 1999.
- YALMAN**, Süleyman/**BOSTANCI**, Yalçın/  
**KİZİR**, Mahmut : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Genel İşlem ve Koşulları İle İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi, KBD., Y. 40, S. 23.
- YAVUZ**, Nihat : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, 3. B., Ankara 2012.
- YELMEN**, Adem : Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014.
- YENİOCAK**, Umut : Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-107-1288>
- YILDIRIM**, Mehmet Kamil : Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.
- ZEVKLİLER**, Aydın/  
**AYDOĞDU**, Murat : Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2004.

### Yararlanılan İnternet Siteleri

legalbank.net  
www.basbakanlik.gov.tr  
www.kazanci.com  
www.sinerjimevzuat.com.tr  
www.tbmm.gov.tr

## GİRİŞ

Borçlar hukukunun en önemli ilkelerinden biri sözleşme özgürlüğü ilkesidir. Bu ilke kural olarak, taraflara diledikleri kişilerle, diledikleri sözleşmeyi kurma ve bu sözleşmenin içeriğini belirleme hakkı ile sözleşmenin içeriğini değiştirme ve sözleşmeyi sona erdirme özgürlüğünü vermektedir. Bu şekliyle sözleşme özgürlüğü, menfaatleri farklı olan, sözleşme yoluyla ortak bir paydada bir araya getirmektedir.

Özgürlük kavramı, temelini tabii hukuk doktrininden almakta olup, felsefi, toplumsal, siyasal ve hukuksal olarak anlamı günümüzde dahi tartışılan genel olarak iki anlamda kullanılmaktadır. Olumlu anlamda özgürlük, belirli bir emrin, baskının, engelin ya da kuralın yokluğunu yani “*bağımsızlığı*”; olumsuz anlamda özgürlük ise bireyin davranışlarını kendi kişisel iradesiyle belirleyebilmesini yani “*seçebilme iktidarını*” ifade eder<sup>1</sup>. Bu bağlamda, özgür olan her bireyin hukuki ilişkilerini ve özellikle de borç ilişkilerini, dilediği gibi düzenleyebilmesi ise irade özerkliği kavramı ile ifade bulur<sup>2</sup>.

İrade özerkliği, görüldüğü üzere, üzerinde fikir yürütülen felsefi, ekonomik ve ahlâkî anlamda bir deyim olup, sözleşme özgürlüğü, irade özerkliğinin bir görünümü olarak, pek çok hukuk sistemi bakımından pozitif düzenlemeye kavuşmuş gerçek anlamda bir özel hukuk meselesi olup<sup>3</sup>, Türk borçlar hukukuna hâkim olan temel ilkelerin başında gelir<sup>4</sup>.

İrade özerkliğinin özel hukuktaki en önemli görünümünü oluşturan sözleşme, bireylerin, hukuki ilişkilerini, karşılıklı anlaşma yoluyla serbestçe düzenlemeleridir. Sözleşme, özel hukuk alanında haklar edinilmesinde ve borç altına girilmesinde önemli bir hukuki kurumdur<sup>5</sup>.

Sözleşme özgürlüğünde esas olan, tarafların sözleşme konusu üzerinde serbestçe müzakere etmeleri ve hükümlerini buna göre oluşturmalarıdır. Bu husus, sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir görünümüdür, fakat sözleşme özgürlüğünün tamamını oluşturmamaktadır. Sözleşme özgürlüğü kavramı, çeşitli anlamlarda kullanılır. Bunlar, sözleşme yapma, sözleşmenin diğer tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme,

---

<sup>1</sup> Eren, 15.

<sup>2</sup> Hırş, 129 vd.

<sup>3</sup> Erman, 602.

<sup>4</sup> Eren, 16.

<sup>5</sup> Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 25-26; Ateş, Ahlaka Aykırılık, 32; Ateş, İrade Özgürlüğü, 136.

sözleşmenin şeklini seçme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma veya sözleşmenin içeriğini değiştirme özgürlükleridir<sup>6</sup>.

Türk hukukunda temel bir ilke olarak kabul edilen sözleşme özgürlüğü, 1982 Anayasası ile teminat altına alınmış bulunmaktadır. 1982 Anayasasının “*Sosyal Haklar ve Ödevler*” başlıklı 3. bölümünde ve “*Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti*” başlığını taşıyan m. 48’de “*Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.*” demek suretiyle sözleşme özgürlüğü ilkesi anayasal bir zeminde hüküm altına alınmıştır<sup>7</sup>. Sözleşme özgürlüğü bu hükümlerle birlikte herkes için bir hak olarak düzenlenirken devlet de, ekonomik gelişimin sağlıklı işlemesi ve zayıfların korunması için, gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü altına girmiştir<sup>8</sup>.

Genel olarak kişilerin borçlar hukuku alanındaki hak ve yükümlülüklerini ve akdi ilişkilerini özgür iradeleriyle belirleyebilmeleri olarak tanımlanan<sup>9</sup> sözleşme özgürlüğü, mutlak ve sınırsız bir özgürlük değildir. Nitekim TBK m. 26 kapsamında “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*” demek suretiyle bu özgürlüğün kanunda öngörülen sınırlarının olabileceği kabul edilmiştir. Sınırları belirlenmiş olan bu özgürlük, sözleşme özgürlüğünün günümüzde taşıdığı anlamı karşılamaktadır. Sosyal adalet düşüncesi ile paralel olan bu anlam, irade özgürlüğüne diğer bir ifadeyle sözleşme özgürlüğüne aykırı düştüğü oranda sözleşmeye müdahale imkânını getirmektedir.

Türk Borçlar Kanununun temelinde, tarafların sözleşme şartları konusunda müzakere edebildikleri, bir tarafın diğer taraftan daha güçlü olmadığı, her iki tarafın da kendi menfaatlerini en iyi şekilde koruduğu “*klasik sözleşme modeli*” yer almaktadır. Bu sözleşme modeli, günümüzde yerini “*genel işlem koşulları*” olarak adlandırılan matbu sözleşme kayıtlarına bırakmış bulunmaktadır. Genel işlem koşulları, tarafların sözleşmeyi kurarken özgür iradeleriyle kararlaştırdıkları asli edim yükümlülükleri hariç, sözleşmenin kurulması, devamı ve sona ermesinden sonra aralarındaki ilişkiye uygulanacak olan kuralların belirlenmesine yöneliktir.

---

<sup>6</sup> Tekinay/Sermet/Burcuoğlu /Altop, 362 vd; Tandoğan, Borçlar Özel, 9 vd.

<sup>7</sup> Alman Hukukunda sözleşme özgürlüğünün Anayasal temeli, Alman Anayasası’nın “kişiliğin serbestçe geliştirilmesi” hakkını öngören 2.maddesinin 1.fikrasına dayandırılmaktadır.

<sup>8</sup> 1961 Anayasasında sözleşme özgürlüğüne ilişkin düzenleme, “Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler” başlığı altında değil, “Temel Haklar ve Özgürlükler” başlığı altında yer almıştı.

<sup>9</sup> Sözleşme özgürlüğü ilkesinin değişik tanımlamaları için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 26 vd; Tandoğan, Borçlar Özel, 9; Atamer, Denetleme, 26 vd.; Atamer, TBK, 12 vd.; Başpınar, 16.



Genel işlem koşullarının, tarihsel süreci dikkate alındığında, genel işlem koşullarının sanayi devrimi sonucu karşımıza çıktıkları, insan gücünün yerini fabrikalardaki üretimin aldığı ve kişilere yönelik hizmet arzının kitlelere yönelik hizmet arzına dönüştüğü bir dönemde bireysel sözleşmelerin yerini almaya başladığı görülmektedir<sup>10</sup>. Esasında, gerek hukuki ilişkilerde zamandan tasarruf sağlanması, gerekse de aynı konuda farklı sözleşmeler yapmanın yol açacağı çok sayıda farklı davaya muhatap olma riskini en aza indirilmesi amaçlarına hizmet eden genel işlem koşulları ile sözleşme içeriği standart hale getirilmekte ve herhangi bir uyuşmazlığa neden olmamak için sözleşmenin tüm noktaları önceden tespit edilmektedir.

Sözleşme özgürlüğünün ruhuna aykırı bir durum olarak ortaya çıkan genel işlem koşullarının bir sözleşmede kullanılması, bazı hallerde o sözleşmeyi bireysel sözleşme olmaktan çıkararak standart sözleşme haline getirmektedir. Genel işlem koşullarının kullanıldığı sözleşmelerde taraflar arasında ekonomik, kültürel veya sosyal bakımdan bir denge yoktur ve sözleşme içeriğinin belirlenmesi esnasında karşılıklı anlaşma ve müzakere olanağı bulunmamaktadır. Dolayısıyla kendi menfaatini koruyamayan taraf, söz konusu mala veya hizmete ulaşmak için kendi aleyhine olan sözleşme içeriğini kayıtsız, şartsız kabul etmek zorunda kalmakta ve adeta kabul veya ret beyanını bildirmekten başka bir işlem yapamamaktadır<sup>11</sup>.

Genel işlem koşullarının denetlenmesi konusunda Türk hukukunda mevcut olan düzenleme boşluğu, ilk defa 2003 tarihinde yapılan bir değişiklik ile 4077 sayılı TKHK m. 6'da ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan "*Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik*" ile kısmen doldurulmuştur; ancak 4077 sayılı TKHK kısmi bir koruma sağlamaktadır. 4077 sayılı TKHK m. 6, uygulama alanı itibariyle sadece tüketicilere karşı kullanılan genel işlem koşullarının denetlenmesi imkânını getirmiştir. Tüketici sıfatı taşımayanlar ve özellikle tacirler arasında kullanılan genel işlem koşullarının denetimi, düzenleme alanının dışında kalmaktadır<sup>12</sup>. Bununla birlikte, 4077 sayılı TKHK kapsamındaki düzenleme Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Kötüye Kullanılabilir Kayıtlara İlişkin 1993 tarihli AB Yönergesi doğrultusunda, tüketici sözleşmelerinde kullanılan, genel işlem koşulu niteliği taşımayan ancak pazarlık konusu yapılmamış olan bütün "*haksız*" sözleşme koşullarını denetlemeye yönelik hükümler içermektedir. Diğer

---

<sup>10</sup> Eren, 281.

<sup>11</sup> Eren, 17.

<sup>12</sup> Atamer, Denetleme, 15 vd.

bir ifadeyle 4077 sayılı TKHK'daki düzenleme sadece genel işlem koşulları ile sınırlı değildir<sup>13</sup>.

Sözleşmenin ekonomik ve sosyal bakımdan zayıf ve korunmaya muhtaç olan tarafı, genel işlem koşulları içeren bir sözleşmeyi kendisine sunulan edime ulaşmak için imzalamak zorunda kalabilmektedir. Genel işlem koşulları, 11 Ocak 2011 tarihinde kabul edilen ve 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren TBK m. 20-25'te ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu hükümlerde tüketici/tüketici olmayan sözleşme tarafı ayrımı yapılmamış ve genel işlem koşulları kullanılan bütün sözleşmelerin denetlenmesine imkân verilmiştir.

---

<sup>13</sup> Atamer, Denetleme, 16.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### GENEL İŞLEM KOŞULLARI TANIMI, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE YARAR VE SAKINICALARI

#### § 1. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ TANIMI, UNSURLARI VE GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YARAR VE SAKINICALARI

##### I. GENEL OLARAK

Sanayi devrimi ile birlikte sosyal ve ekonomik ilişkiler hızla gelişmiş olup, bu durum sözleşme taraflarının bir araya gelerek sözleşme koşullarını müzakere etmesini zaman zaman imkânsız hale getirmeye başlamıştır. Bunun sonucu olarak sözleşme, taraflardan birinin önceden hazırladığı buna karşılık diğer tarafın, bunları tartışma ve değiştirme olanağının bulunmadığı bir hal almıştır<sup>14</sup>. Bu sözleşme türleri ekonomik ilişkilerin karmaşıklığı ve seyri içinde hiç de adil olmayan ve gerçek anlamda bir irade özerkliğinden bahsedilemeyecek sonuçların ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

Günümüzde başta bankacılık, ulaşım, iletişim, elektrik, doğalgaz, su, telefon, internet veya dayanıklı tüketim malına ilişkin taksitli satışlar ve sigortacılık alanında<sup>15</sup> olmak üzere kitlelere mal ve hizmet sunulmasına yönelik sözleşmelerin içeriğini taraflar müzakere ederek değil; standart ve genel nitelikli hükümler koymak suretiyle tayin etmeye başlamışlardır.

İşletmelerin sunduğu mal ve hizmetlerin birbirine benzemesi sonucunda, sunulan bu mal ve hizmetlerin unsurlarında standart düzenlemeler yapma ihtiyacının temelini, bu durumun bazı yararlarının olacağı düşüncesi oluşturmaktadır. Söz konusu yararlar çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıca ele alınacaktır.

Yukarıda yer aldığı şekilde, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, taraflardan sadece birinin hazırladığı bir sözleşmeyi, diğer tarafın tartışma ve değiştirme olanağı bulunmaması ve bu sözleşmeyi “katılma” suretiyle akdetme zorunluluğu bulunmamaktadır. Zira sözleşmenin bir tarafı sözleşmeyi dilediği gibi ve hatta kendi lehine olacak şekilde hazırlarken diğer taraf önceden matbu olarak hazırlanmış sözleşme koşullarını okumak ve değiştirme olanağından çoğu zaman yoksun bulunmaktadır. İşte bu

<sup>14</sup> Havutçu, Açık İçerik Denetimi, s.76.

<sup>15</sup> Eren, 218-219; Yelmen, 53.

şekilde tek taraflı olarak hazırlanan ve karşı tarafa değiştirme olanağının verilmediği koşullar “*genel işlem koşulları*” olarak adlandırılmaktadır<sup>16</sup>.

İki taraflı hukuki bir işlem olan sözleşme temelde, hukuken eşit konumda olan taraflar arasında gerçekleşmektedir. Oysaki genel işlem koşullarının kullanıldığı sözleşmelerde, bir taraf diğerine göre korunmaya daha muhtaç konumdadır ve dolayısıyla bozulan eşitliğin yeniden tesisi için genel işlem koşullarına müdahale edilmeli ve bu koşullar denetlenmelidir<sup>17</sup>.

AB Yönergesi kapsamında tüketici bireysel sözleşmelerinde müzakere edilmeyen şartların bulunması halinde, bunların tüketicileri korumak için genel işlem koşulu sayılmasını kabul etmiştir.

Genel işlem koşullarının sözleşme içeriğini tayin özgürlüğünün kapsamı dışında kalması dolayısıyla hangi koşullarda geçerli sayılacağı ya da sınırlandırılacağı problemi karşısında bazı ülkelerde, tüketicileri genel işlem koşullarına karşı korumak amacıyla özel yasalar çıkartılmıştır. Örneğin, Almanya’da Genel İşlem Koşulları Kanunu<sup>18</sup> yürürlüğe girmiş, tüketicilerin önceden hazırlanmış genel işlem koşulları niteliğindeki bazı sözleşme hükümlerine karşı koyma, bunların geçersizliğini ileri sürebilme, genel işlem koşullarının normal bir tüketici tarafından bile zahmetsizce okunabilmesi, taraflardan biri tarafından tek başına konulan genel işlem koşullarını diğer tarafça dikkatini çekme zorunluluğu ve bunların önceden sözleşmeye konulmasının geçersiz sayılması olanakları getirilmiştir. BGB’de yapılan önemli değişiklikler sırasında genel işlem koşulları “*Genel İşlem Koşulları ile Hukuksal İşleme Dayanan Borç İlişkilerinin Oluşumu*” fasıl başlığı altında § 305-310 kapsamında on asıl dört mükerrer madde halinde düzenlenmiş; bu konunun Genel İşlem Koşulları Kanunu gibi bir özel kanunla düzenlenmesi yerine temel bir kanun olan Medeni Kanun’da düzenlenmesi tercih edilmiştir.

Türk Hukukunda ise BK yürürlükte iken genel işlem koşullarına ilişkin genel bir koruma getiren düzenleme bulunmaması nedeniyle öğreti ve yargı kararlarına çözümü bırakılan bu koşullar, TBK’nın yürürlüğe girmesiyle yasal bir dayanağa kavuşmuştur. TBK m. 20-25’te genel işlem koşullarının hangi şartlar altında geçerli ve bağlayıcı olacağına ilişkin genel bir düzenleme yer almaktadır. Bununla birlikte, Türk Hukukunda genel işlem

---

<sup>16</sup> Atamer, Denetleme, 15.

<sup>17</sup> Atamer, Denetleme, 17; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 14.

<sup>18</sup> Alman Genel İşlem Şartları Kanunu 9 Aralık 1976 tarihinde kabul edilmiş ve 1 Nisan 1977 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu yasa 31.12.2001’de yürürlükten kaldırılmıştır. Alman Hukukunda Borçlar Hukukunun modernleştirilmesi amacıyla yapılan büyük reform hareketi sonucunda, genel işlem şartları, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren BGB bünyesine alınmıştır.

koşullarına ait ilk düzenleme olan 4077 sayılı TKHK m. 6 ile devamında şu an yürürlükte olan 6502 sayılı TKHK m.5, taraflardan birinin tüketici olduğu sözleşmeler için başvuru kaynak düzenlemedir. Bunlar dışında belirli hukuksal kurumlara ait genel işlem koşullarına karşı koruyucu bazı özel düzenlemeler de mevcuttur. TTK m. 854<sup>19</sup>, TTK m. 1425<sup>20</sup> ile HMK m. 15/II<sup>21</sup> adı geçen bu düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir. Bununla birlikte, genel işlem koşullarına ilişkin gerçek anlamda bir koruma getiren düzenleme Sermaye Piyasası Kurulu'nun 1998 yılında çıkardığı “*Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği*”nde de yer almaktadır<sup>22</sup>. Bu Tebliğ hükmü<sup>23</sup>, sermaye piyasası aracılık çerçeve sözleşmesinde genel işlem koşullarının kullanılması halinde, hâkimi, sözleşme içeriğine müdahale etme konusunda yetkilendiren ilk hükümdür<sup>24</sup>.

## II. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ TANIMI

BGB § 305/I'e göre “*Genel işlem koşulları, sözleşmenin bir tarafının diğer tarafına, sözleşmenin kuruluşu sırasında sunduğu, çok sayıda sözleşme için önceden formüle edilmiş sözleşme şartlarıdır.*”<sup>25</sup>. Genel işlem koşulları, TBK m. 20/1'de de tanımlanmış olup, buna göre “*bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri*”dir. Bu kanuni tanımın genel itibariyle BGB § 305/I'de yer alan genel işlem koşulları tanımı ile uyumlu olduğu görülmektedir. Bu kanuni tanımlamalar karşısında, genel işlem koşulları, taraflardan birinin çok sayıda hukuki ilişkide kullanmak üzere önceden, tek yanlı olarak oluşturduğu ve hukuki ilişkinin diğer tarafının sözleşmenin içeriğine etki edemediği sözleşme hükümleri olarak tanımlanabilir<sup>26</sup>.

<sup>19</sup> TTK m. 854: “*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*”.

<sup>20</sup> TTK m. 1425: “*Sigorta poliçesi, tarafların haklarını, temerrüde ilişkin hükümler ile genel ve varsa özel şartları içerir, rahat ve kolay okunabilecek biçimde düzenlenir.*”

<sup>21</sup> HMK m. 15/2 “*can sigortalarında, sigorta ettirenin sigortalının veya lehdarın leh veya aleyhine açılacak davalarda onların yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkilidir.*”

<sup>22</sup> Resmi Gazete, 8.10.1998 S.23487.

<sup>23</sup> Atamer, Denetleme, 48; Kara, 243.

<sup>24</sup> 13.06.2003 tarih ve 25137 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>25</sup> 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.*”

<sup>26</sup> Atamer, TBK, 61; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 71-72; Havutçu, Sempozyum, 3616; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 156-157.

Öğretide, TBK m. 20’de tanımlanan genel işlem koşullarının, bu tanımda yer alan bazı kelimeler itibariyle tereddütlere yol açabileceği, yine tanımda yer alan bazı kelimelerin ise gereksiz olduğu ileri sürülmüş; bu kapsamda, TBK m. 20’nin, genel işlem koşullarını kullanan tarafın, bunları “*tek başına*” düzenlemesi gereğinin aranmış olması ve metnin devamında “*düzenleyenden*” bahsedilmiş olması nedeniyle, bu tür hükümlerin TBK m. 20 anlamında genel işlem koşulu olarak kabul edilmelerinde sıkıntı yaratabileceği ileri sürülmüştür. Nitekim genel işlem koşullarının çoğu kez bizzat kullanan tarafından hazırlanmadığı, uygulamada çok sık karşılaşılan bir durumdur. Bu hallerde “*düzenleyen*” ile “*kullanan*” ayrı kişiler olup, TBK hükümlerinin uygulanmaması tehlikesi ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla bu sorunun giderilmesi için “*düzenleyen*” yerine “*kullanan*” kelimesinin kullanılması ve “*tek başına*” ifadesinin de metinden çıkarılması önerilmiştir<sup>27</sup>. Gerçekten de genel işlem koşulları, bizzat kullanan tarafından hazırlanabileceği gibi işinin uzmanı olan hukukçulardan oluşmuş profesyonel bir ekip tarafından da hazırlanabilir. Nitekim bu durum, hazırlanan sözleşme şartlarının genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesi açısından önem taşımamaktadır. Üzerinde durulması gereken nokta, genel işlem koşullarının düzenlenmesinden ziyade kullanılması olmakla birlikte, ayrıca madde metninde yer alan “*tek başına*” kavramı yerine, genel işlem koşullarının tanımını daha anlaşılır hale getirmek için “*tek taraflı*” ifadesinin kullanılması daha yerinde bir düzenleme ortaya çıkarabilirdi. Böylece, “*genel işlem koşullarının karşı tarafla görüşülmeden hazırlandığı*” sonucu vurgulanırdı.

TBK m. 20’ye yöneltilecek diğer bir eleştiri ise, genel işlem koşullarının tanımında yer alan “*önceden*” kelimesinin asıl anlatılmak istenenini tam olarak karşıladığı ve madde metninde yer alan “*ileride*” kelimesinin kullanılmasına gerek bulunmadığı ile bu kelimenin metinden çıkarılmasına yöneliktir<sup>28</sup>. Gerçekten de, genel işlem koşullarının tanımında “*çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak*” amacı bulunmakta olup, bu amaca “*ileriye*” yönelik bir zaman diliminde ulaşılabileceği açıktır.

Tüm bu değindiğimiz noktalar dikkate alındığında, genel işlem koşullarının, “*çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden düzenlenmiş olan ve düzenleyenin diğer tarafa sözleşme kurulurken sunduğu sözleşme hükümleri*” olarak tanımlanması mümkündür.

---

<sup>27</sup> Atamer, Denetleme, 324,330; Güngör, 2100-2101.

<sup>28</sup> Güngör, 2101.

Öte yandan doktrinde genel işlem koşulları, standart sözleşme<sup>29</sup>, iltihaki sözleşme<sup>30</sup>, çerçeve sözleşme<sup>31</sup>, formüler sözleşme<sup>32</sup>, kitle sözleşme<sup>33</sup> gibi terimlerle aynı anlamda kullanılmaktadır<sup>34</sup>. Ancak bu anılanlar ile genel işlem koşulları ile aynı anlamda değildir. Zira yukarıda sayılanlar, birer “sözleşme türü” olarak karşımıza çıkmakta ve bu sözleşmelerin içeriğini kısmen veya tamamen genel işlem koşulları oluştururken, genel işlem koşulları, bu sözleşmenin içeriğini oluşturan “sözleşme hükümleri”dir. Genel işlem koşullarının ancak bir sözleşmenin muhteviyatına dâhil olduktan sonra hukuki bakımdan bir değer kazanması ve anlam ifade etmesi dolayısıyla, genel işlem koşullarının yerine bu sözleşme türlerinden birinin adını kullanma imkânı bulunmamaktadır<sup>35</sup>.

### III. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ HUSUSİ ANLAŞMAYA DÖNÜŞMESİ

Genel işlem koşullarının hususi anlaşmaya dönüşmesi, tarafların, koşulları ayrı ayrı ele alması ve tartışma konusu yapması halinde söz konusu olmaktadır<sup>36</sup>.

BGB §305/1’in 3. cümlesi “Sözleşme şartları tek tek müzakere edilmişse, genel işlem şartlarının varlığından söz edilemez.” iken, TBK’da ise bu hususa ilişkin açıkça bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, TBK m. 20/3’ten de aynı sonuca varmak mümkündür<sup>37</sup>. Gerçekten de TBK m. 20/3’e göre, “Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.”. Bu kapsamda, sadece bahsi geçen şekilde oluşturulan kayıtlar, ilgili hükmün genel işlem koşulu niteliğini ortadan kaldırmamakta olup, öğretide kabul edildiği üzere, bu kayıtların kendisi genel işlem koşullarına yönelik uygulama kapsamı dışında tutulmaktadır<sup>38</sup>.

<sup>29</sup> Akman, GİŞ, 13; Akman, Sorumsuzluk, 86; Serozan, Dönme, s. 208; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, 232; Antalya, Borçlar Genel, 285; Sirmen, 205.

<sup>30</sup> Akipek, 224.

<sup>31</sup> Barlas, 805-807; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 13.

<sup>32</sup> Akman, GİŞ, 13; Akman, Sorumsuzluk, 86; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, 232; Eren, 218.

<sup>33</sup> Akman, Sorumsuzluk, 86; Serozan, Dönme, 208; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 13; Eren, 218; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, 232.

<sup>34</sup> Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 12-13.

<sup>35</sup> Yelmen, 50; Sungurbey, 20.

<sup>36</sup> Akman, GİŞ, 14; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 87 vd.; Yelmen, 59.

<sup>37</sup> Antalya, Borçlar Genel, 141-142, 311; Arıkan, 71-72; Atamer, Karşılaştırma, 38-39; Havutçu, Açık İçerik Denetimi 151; Soyer, 130-131; Kaplan, Banka GİŞ, 58; Yelmen, 60.

<sup>38</sup> Atamer, Karşılaştırma, 21; Yelmen, 60.

## IV. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ UNSURLARI

### A. BİR SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİ OLUŞTURMALARI

Bir sözleşmenin içeriğini oluşturmak için hazırlanan genel işlem koşulları, kural olarak sözleşmede yer alan koşulları ifade etmektedir. Bunlar, bir sözleşmenin içeriğini oluşturmak üzere hazırlanırlar<sup>39</sup>. Sözleşme, somut olay açısından bir eşya hukuku sözleşmesi olabileceği gibi bir borçlandırıcı sözleşme veya usul hukuku sözleşmesi de olabilir. Diğer bir ifadeyle sözleşmenin ne tür bir sözleşme olduğu herhangi bir önem arz etmemektedir.

Genel işlem koşullarının bir sözleşmenin içeriğini oluşturmaları durumunda, bunları kullanan taraf, karşı tarafın sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünü tek taraflı ve kendi lehine olacak şekilde sınırlamaktadır. Dolayısıyla sözleşmenin içeriğinde bağlayıcı olarak yer alacak koşullar, sözleşmenin karşı tarafının etki edemediği, sözleşmenin şekillendirilmesinde herhangi bir katkının olmadığı düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>40</sup>.

Üçüncü kişinin tavsiyesi üzerine bu koşullara yer verilmişse, bu unsur gerçekleşmiş sayılmayacaktır. Çünkü sadece tavsiye niteliğindeki koşullar, taraflardan birine dayatılmış olamayacağı için, bu sözleşme kayıtları, genel işlem koşulu olarak kabul edilemeyecektir<sup>41</sup>. Örneğin, noterlerin veya avukatların kendi inisiyatifleri üzerine hazırladığı matbu sözleşme metinleri, her ne kadar önceden kaleme alınmış olsalar da, kural olarak genel işlem koşulu olarak nitelendirilemezler<sup>42</sup>. Zira iki taraf da üçüncü kişi önünde sözleşmeye müdahale açısından eşit konumdadır ve noterin veya avukatın kendi şartlarının değişmeden kabul edilmesi konusunda herhangi bir menfaati bulunmamaktadır<sup>43</sup>. Ancak bazı durumlarda gerek noterlerin gerekse avukatların bu tarafsız rol dışında sözleşmede yer almaları mümkündür. Bu gibi durumlarda artık üçüncü bir kişinin varlığından söz edilemez.

<sup>39</sup> Yelmen, 52; Atamer, Denetleme, 62; Atamer, Tartışmalar, 13.

<sup>40</sup> Alman Genel İşlem Koşulları Kanunu m.23 bazı sözleşmeleri yasanın uygulama alanı dışında bırakmıştır. Bunlar aile, miras, ortaklıklar ve iş hukukuna ilişkin olan sözleşmelerdir. Bunun nedeni bir yandan bu alanlarda özel yasal düzenlemelerin var olması (iş hukuku) diğer yandan da taraflardan birinin tek taraflı olarak sözleşme özgürlüğü kurumunu kötüye kullanması tehlikesinin sınırlı olmasıdır (aile, miras ve ortaklıklar hukuku). Ancak bu alanlarda BGB § 242 uyarınca bir içerik denetimi yapma imkânının halen var olduğu yasama sürecinde ifade edilmiştir. BGB § 242'ye dayalı mahkeme kararı ile ilgili bkz. Atamer, Denetleme, 98 ,dn 85.

<sup>41</sup> Çınar, 52; Ulmer/Brandner/Hensen, Art.1, Rn.31; Wolf/Horn/Lindacher, Art.1, Rn. 28.

<sup>42</sup> Atamer, Denetleme, 70'den Alfred Köller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Bern 1996, N.1549; Bucher, Eugen: "Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankenverkehr?", Recht 1997, Art.1 N.49.; Roth, Herbert: "Allgemeine Geschäftsbedingungen und Individualvereinbarungen", Regensburg 1992 Beilage 4, s. 1, 8.

<sup>43</sup> Atamer, Denetleme, 70.



Özellikle taraflardan birinin menfaatlerini korumak amacıyla hazırlanan ve sözleşme içeriği haline getirilmek istenen genel işlem koşullarını kullanan kişiler böyle durumlarda ya temsilci ya da çalışan olarak karşımıza çıkmaktadır. Temsilci ya da çalışan, sözleşme tarafı adına hareket eden kişiler olduğundan onların kullandığı koşullar, genel işlem koşulu olarak nitelendirilecektir.

Öğretide, TBK yürürlüğe girmeden önce yapılan eleştirilerde iltihaki sözleşmelerde kullanılan sözleşme kayıtlarının kamusal nitelik taşıyan kurum ve kuruluşlar tarafından önceden düzenlendiği, hizmetten yararlanmak isteyen kişilerin iradesine bakılmaksızın uygulandığı ve bu sözleşmelerin “*niteliklerine uygun düştüğü ölçüde*” genel işlem koşulları için öngörülen hükümlere tabi olduğu yönünde görüş bildirilmiştir<sup>44</sup>.

Yargıtay ise iltihâki sözleşmelerin tarafını oluşturan kurumların kamusal niteliklerini göz önünde bulundurmaksızın, bu sözleşmelerde yer alan bütün sözleşme koşullarını genel işlem koşulu olarak kabul etmiştir<sup>45</sup>.

TBK m. 20'nin son fıkrasında ise genel işlem koşulları ile ilgili hükümlerin, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere “*niteliklerine bakılmaksızın*” uygulanacağı belirtilmiş ve bu konudaki tartışmalara son verilmiştir.

BGB § 310'da, genel işlem koşullarının sözleşme metnine dâhil edilmesine ilişkin bir karine benimsenmiş<sup>46</sup> olup, sözleşmede tüketici tarafından genel işlem koşullarına yer verilmemişse, kural olarak girişimci yani düzenleyen tarafından yer verildiği kabul edilmektedir. Girişimci, genel işlem koşullarının tüketici tarafından kullanıldığını ispat ederse, bu koşullar bağlayıcılık kazanmakta ve denetim konusu dışında tutulmaktadır. Aksi halin kabulü halinde ise, girişimcinin bu koşullara dayandığı kabul edilmekte ve denetim konusu yapılmaktadır. Görüldüğü üzere, genel işlem koşullarına sözleşmede yer verilirken, bu koşullara, sözleşmenin diğer tarafı ile müzakere konusu yapılmadan, bağlayıcılık kazandırılması isteği ana noktayı oluşturmaktadır. Nitekim karşı tarafla müzakere edilen koşullar artık bireysel bir anlaşmanın hükümleridir. Bu durum BGB § 305'te, “*karşılıklı*

---

<sup>44</sup> Atamer, Denetleme, 62-63

<sup>45</sup> Yargıtay HGK, 1996/3-717 E., 1996/850 K., 04.12.1996 T., Yasa Hukuk Dergisi, 1998, 50; Yargıtay 3.HD. 1998/4263 E., 1998/6098 K., 02.06.1998 T., YKD, 1998, s.1140.

<sup>46</sup> BGB §310/3-1'de öngörülen düzenleme adi karine niteliğinde olup, tüketiciye ispat kolaylığı getirmektedir. Adi karineden yararlanan kişi, artık söz konusu olguyu veya olayı ispat etmek zorunda olmayıp, söz konusu olayın aksi, karşı tarafça ispat edilmelidir. Buna göre, genel işlem koşullarını sözleşmeye tüketicinin koymadığı girişimci ispat etmek zorundadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, 53.

olarak müzakere edilmiş sözleşme koşulları genel işlem koşulu sayılmaz”<sup>47</sup> şeklinde ifade edilmiştir.

TBK m. 21/1’de ise, genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dâhil olması için düzenleyenin, bu koşullar konusunda sözleşmenin karşı tarafını uyarması, karşı tarafın bu koşulların içeriğini öğrenmesine imkân tanınması ve bu koşulların sözleşmenin içeriğine dâhil olması hususunda bir kabul iradesinin varlığı aranmaktadır. 6052 sayılı TKHK’ da ve AB Yönergesinde, sözleşmenin içeriğine dâhil edilmek istenen sözleşme kayıtlarının hangi şartlar altında sözleşmenin içeriğine dâhil edileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla TBK m. 21 ve BGB’de öngörülen düzenlemeler tüketici sözleşmeleri açısından örnek niteliğindedir.

Burada şu hususu da belirtmek gerekir ki, sözleşmenin hangi hükümlerinin genel işlem koşulları ile düzenlendiği önemli değildir. Dolayısıyla bir sözleşmenin asli hükümlerinin genel işlem koşulları ile düzenlenebileceği gibi tali hükümleri de düzenlenebilir. Bununla birlikte, bir özel hukuk kişisi tarafından düzenlenmekle birlikte, daha sonra kamusal nitelikte bir makamın onayından geçen işlemler de genel işlem koşulları olarak kabul edilebilir<sup>48</sup>. Örneğin, sigorta genel şartları açısından bu tür bir denetim öngörülmüş olmakla beraber, bu şartların her zaman ayrıca hâkimin denetiminden geçmesi de mümkündür<sup>49</sup>.

## **B. SÖZLEŞMENİN KURULMASINDAN ÖNCE DÜZENLENMELERİ**

Sözleşmenin kurulmasından önce düzenlenmiş olma, sözleşmenin ileride kurulma ihtimali olan birden fazla sözleşme için düzenleniyor olmasının bir göstergesidir. Diğer bir ifadeyle, sözleşme koşulları somut bir sözleşme için düzenlenmemiştir. Bu koşullar farklı kişilerle kurulacak olan aynı türden çok sayıda sözleşmenin sınırlarının belirlenmesi amacıyla düzenlenmiş bulunmaktadır. Somut bir sözleşme için bir sözleşme taslağı hazırlamak söz konusu değildir. Zira bir sözleşme taslağının amacı taraflara, üzerinde tartışılacak bir metin hazırlamaktır<sup>50</sup>. Oysa genel işlem koşulları genel ve soyut olarak düzenlenirler ve bu anlamda tartışmaya açık sözleşme koşulları değildirler.

Genel işlem koşulları, sözleşmenin kuruluşunda bunlara dayanan tarafça düzenlenmiş olabileceği gibi, bir üçüncü kişi tarafından da, sözleşme öncesinde

---

<sup>47</sup> BGB §305/1: “Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.”

<sup>48</sup> Atamer, Denetleme, 63.

<sup>49</sup> Kender, 113.

<sup>50</sup> Atamer, Denetleme, 65; Ulmer/Brandner/Hensen: Art.1, Rn.22.

hazırlanmış olabilir. Burada önemli olan husus, sözleşme koşullarının önceden düzenlenmesinde karşı tarafın herhangi bir müdahalesinin olmamasıdır<sup>51</sup>. Bununla birlikte, sözleşmede bazı unsurlara yer verilmesi, yasal bir zorunluluk ise, bu koşullar genel işlem koşulu olarak nitelendirilemez. Örneğin, TBK m. 253'te taksitle satış sözleşmelerinde bulunması gereken hususlara yer verilmiştir. Satıcı, söz konusu koşullara yer verdiği takdirde, genel işlem koşulları kullanmış sayılmayacaktır. Fakat kanunda belirtilen bu unsurların dışında önceden genel işlem koşulları niteliği arz edecek başka hükümler hazırlanmış ve sözleşme tarafları arasında müzakere edilmeden bunlara yer verilmişse, bu durumda da genel işlem koşullarının varlığından kuşku duyulmayacaktır.

Yedek hukuk kurallarının da aynen genel işlem koşulları içinde tekrarlanması halinde bunların da genel işlem koşulu hükmü olduğu kabul edilmelidir<sup>52</sup>.

Kanaatimizce de, yedek hukuk kurallarının aynen genel işlem koşulu olarak tekrarlanması halinde bunlar genel işlem koşulu olarak nitelendirilmelidir. Zira yedek hukuk kuralları, emredici hukuk kurallarının aksine yasa koyucunun alternatif bir düzenleme olarak getirdiği kurallardır. Nitekim bu kuralları sözleşmeye dâhil etmek sözleşmeyi düzenleyen iradesine bağlıdır.

### **C. TEK TARAFLI OLARAK BELİRLENMESİ**

Genel işlem koşulları tek taraflı olarak belirlenmiş kurallardır. Genel işlem koşullarını hazırlayan onu, ileride yapılacak birçok sözleşmede kullanmak üzere ve bu sözleşmenin içeriğinin farklılık arz etmeyecek derecede düzenlenmesi amacıyla hareket etmektedir<sup>53</sup>.

Genel işlem koşulları tek taraflı olarak belirlenmekte ve aynı zamanda tartışma ve pazarlık konusu yapılmamaktadır. Sözleşmenin diğer tarafına, sözleşmenin içeriğini değiştirmeden, koşulları olduğu gibi kabul etmekten başka bir seçenek kalmamaktadır. Böylece düzenleyen, bilgi yönünden avantajları ve ekonomik üstünlüğü sayesinde, yasanın tamamlayıcı hükümlerini ortadan kaldırarak kendi yararına uygun düzenlemeler getirebilmektedir<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> Atamer, Denetleme, 66.

<sup>52</sup> Atamer, Denetleme, 63'ten naklen Corinna Dylla-Krebs, Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Eine systematische Abgrenzung kontrollfreier von kontrollunterworfenen Klauseln, Baden-Baden 1990, 59.

<sup>53</sup> Tandoğan, Tüketici, 25; Aslan/Ergün, 281.

<sup>54</sup> Bahtiyar, 9 vd.

Genel işlem koşullarının mutlaka yazılı olarak hazır bulundurulması gerekmez; tüketici sözleşmelerinde girişimci, TBK bakımından düzenleyen tarafından sözleşme yapıldığı sırada, onun aklında bulunan koşulların yazıya dökülmesi ya da bilgisayar ve benzeri araçlardan yararlanmak suretiyle de sözleşme hükümleri oluşturulabilir<sup>55</sup>.

#### **D. SÖZLEŞMENİN BİR TARAFININ (KULLANANIN) DİĞER TARAFINA, SÖZLEŞMENİN KURULUŞU SIRASINDA SUNMASI**

Genel işlem koşullarının bir diğer unsuru ise, sözleşmenin bir tarafının (kullananın), genel işlem koşullarını karşı tarafa en geç sözleşmenin kuruluşu sırasında sunmasıdır. TBK m. 20/1’de, bu hususa ilişkin “*sözleşme yapılırken*” ifadesi yer almakla birlikte, kastedilen TBK’nın başlangıç hükümlerinde de yer alan “*sözleşmenin kurulması*” olup, sözleşmenin kuruluşu sırasında sunulmayan genel işlem koşulları, o sözleşmenin içeriğini oluşturamaz. Gerçekten de sözleşmenin kurulmasından sonra, daha önce hiç söz konusu edilmeyen şartlara sözleşme içerisinde yer verme ve bunlara dayanma, sözleşmenin sonradan tek taraflı olarak değiştirilmesi demektir<sup>56</sup>. Bu tür bir değişiklik hukuken geçerli olmamakla birlikte, teknik anlamda sözleşme kurulduktan sonra karşı tarafın bilgisine sunulan şartlar, o sözleşme bakımından hüküm ifade etmez<sup>57</sup>.

#### **E. BİRDEN FAZLA SÖZLEŞME İLİŞKİSİNDE KULLANILMAK ÜZERE DÜZENLENMELERİ**

Genel işlem koşullarının bir sözleşme için değil, birçok sözleşmede kullanılmak üzere düzenlenmeleri, o koşulların çok sayıda sözleşmede kullanılması amacına hizmet etmektedir. Dolayısıyla bu koşulların fiilen kullanılmış olması gerekli değildir<sup>58</sup>.

Genel işlem koşulları, kanun maddelerine benzer bir şekilde, genel ve soyut nitelikte ve gelecekte kimliği önceden bilinmeyen birçok kişiyle aynı türden sözleşmeler kurulmasını sağlamak üzere hazırlanır<sup>59</sup>.

Genel işlem koşullarının fiilen kullanılması gerekli olmamasına rağmen, Alman doktrin ve uygulaması genelde en az üç kez kullanılmak için düzenlenmiş olmayı

---

<sup>55</sup> Çınar, 55.

<sup>56</sup> Akman, GİŞ, 15; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, 232,233; Çınar, 79; Engin, 80; Yelmen, 59.

<sup>57</sup> Akman, GİŞ, 145; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 87 vd.; Yelmen, 59.

<sup>58</sup> Alman Federal Mahkemesinin 1996 yılında verdiği bir karara göre, bir inşaat sözleşmesi akdetmek üzere iş sahibinin sözleşme koşullarını düzenlemesi ve bunları birden fazla müşteriye yollaması halinde Genel İşlem Koşulları söz konusu değildir, zira burada amaç sadece bir sözleşme akdedilmesine ön ayak (icap/öneri) olmaktır. Karar için bkz., Atamer, Denetleme,67.

<sup>59</sup> Oğuz, 12-13; Soyer, 32.

aramaktadır. Alman Federal Mahkemesi de aynı görüşte olmakla birlikte, bazı istinaf mahkemelerinin eski tarihli kararlarında, önceden düzenlenmiş sözleşme koşullarının genel işlem koşulları niteliğinde görülmesi için, dört veya beş kez kullanılması zorunluluğu aranmıştır<sup>60</sup>. TBK'ya göre ise bu şekilde bir kullanım şartı söz konusu değildir.

Genel işlem koşullarının bir sözleşmede kullanılması ile amaçlanan, gelecekte düzenlenecek çeşitli sözleşme tiplerinin tali noktalarının, genel ve kapsamlı bir şekilde hazırlanmasıdır<sup>61</sup>. Hangi tip sözleşmeler için hazırlandığı önem taşımayan genel işlem koşullarını içeren sözleşmeler bir kredi sözleşmesi olabileceği gibi bir satış sözleşmesi de olabilir ve bu sözleşmelerde kullanılmak üzere hazırlanmış şartlar, genel işlem koşulları niteliğinde kabul edilir<sup>62</sup>.

Doktrinde, kira sözleşmelerinde yer alan koşulların genel işlem koşulu olup olmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe<sup>63</sup> göre, kira sözleşmesinde yer alan koşulların genel işlem koşulları olarak kabulü için, sözleşmeyi hazırlayan veya kullanan kişinin, bu sözleşmeyi hazırlama amacı önemli değildir. Önemli olan, kira sözleşmesinin birden çok kişi ile yapılmış olup olmadığıdır. Dolayısıyla, kiracı ile müzakere edilmeden hazırlanmış sözleşme koşulları da genel işlem koşulları niteliğinde kabul edilmelidir.

İkinci bir görüşe<sup>64</sup> göre ise, kira sözleşmesinde yer alan kayıtlar, taraflardan birince önceden hazırlanmadığı ve gelecekte birden çok kişi ile sözleşme yapılması amaçlanmadığı için, bu sözleşmede yer alan kayıtlar, genel işlem koşulları olarak nitelendirilemez.

Diğer bir görüşe<sup>65</sup> göre de, düzenleyen, gelecekte, belirsiz sayıdaki birçok müşteri yani sözleşmenin karşı tarafı ile kuracağı aynı yöndeki somut ve yalın sözleşmelerin şartlarını ve kapsamını, önceden yazılı ve basılı bir şekilde hazırlar ve genel işlem koşullarını meydana getirir. Ancak, yazılı ve basılı olmasına karşın bir kira sözleşmesi formüllerinde bulunan kayıtlar, ne kiralayanın ne de kiracının genel işlem koşulları olarak nitelenemez. Çünkü kira sözleşmesi formüllerini satın alan kiralayanın gelecekte, bu formüllerdeki şartları kullanarak çok sayıda kira sözleşmesi kurma niyetleri yoktur. Diğer

---

<sup>60</sup> BGH, ZIP, 2001,s.2288, Karar için bkz. Çınar, 57.

<sup>61</sup> Oğuz, 10; Bahtiyar, 82; Soyer, 31-32.

<sup>62</sup> Atamer, Denetleme, 67.

<sup>63</sup> Atamer, Denetleme, 67-68; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 76; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 156; Selçuk, 37.

<sup>64</sup> Akipek, 224; Bahtiyar, 79; Akman, Sorumsuzluk, 87-88.

<sup>65</sup> Tekinay, 205.

tarafından burada, genel işlem koşullarının, sözleşenlerden biri tarafından önceden yazılıp hazırlanması unsuru da eksiktir.

BGB §305'e göre, "Genel işlem şartları, bir sözleşmenin(bunları kullananın) diğer sözleşene sözleşmenin kuruluşunda sunduğu, çok sayıdaki sözleşmeler için önceden formüle edilmiş sözleşme şartlarıdır."<sup>66</sup>. Böylece genel işlem koşullarının birden fazla sözleşme için konulmuş olması yeterli görülmekte, ayrıca birden fazla olaya uygulanması gerekmemektedir.

Karşı tarafın korunması gereği karşısında, genel işlem koşullarının belirsiz sayıdaki sözleşmeler açısından konulmuş bulunmasını öngören zorunluluktan vazgeçilmiştir<sup>67</sup>.

Kanaatimizce, kira sözleşmesi, birden fazla kişi ile aynı sözleşme koşulları kullanılarak yapılırsa, bu takdirde, bu sözleşmede yer alan koşulların çok sayıda sözleşmede kullanıldığı kabul edilmeli ve bu sözleşme koşulları genel işlem koşulu olarak nitelendirilmelidir. Doktrinde savunulan ilk görüşte belirtildiği gibi bakılması gereken husus, sözleşmenin hazırlanma amacı değil, sözleşmenin birden çok kişi ile yapılmış olup olmadığıdır<sup>68</sup>.

## V. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YARARLARI VE SAKINCALARI

### A. YARARLARI

Modern iş hayatında mal ve hizmetler artık seri halde üretilip, kitlelere de yine aynı hızda ulaştırılmaktadır. Bu mal ve hizmetleri üretilip satan, müşterilere sunan kişiler, her sözleşmeyi, her müşteri ile birebir yatıkları takdirde sözleşmeler arasında içerik olarak büyük farklılıklar ortaya çıkabilmekte ve birtakım hükümlerin unutulması söz konusu olabilmektedir<sup>69</sup>; bu sebeple genel işlem koşulları bu noktada karşımıza düzenleyen bakımından bir fayda olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira genel işlem koşullarının kullanımı suretiyle, standart sözleşme tipleri meydana getirilmektedir<sup>70</sup>.

Bu şekilde genel işlem koşullarının kullanımı ile birlikte, ticari ve hukuki iş ve işlemlerin yürütülmesi basitleştirilmiş ve rizikoların geniş ölçüde hesaplanabilmesi

---

<sup>66</sup> Almanya'da 1 Nisan 1977 tarihinde yürürlüğe giren "Genel İşlem Koşulları Hukukunun Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun"un birinci paragrafında yer alan tanım, hiçbir değişikliğe uğramadan BGB §305'e alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz., Yavuz, TBK, 71.

<sup>67</sup> Yavuz, TBK, 81.

<sup>68</sup> Çınar, 58-59; Atamer, Karşılaştırma, 21.

<sup>69</sup> Akman, Sorumsuzluk, 86; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, 228.

<sup>70</sup> Oğuz, 5; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 5; Eren, 215; Açıköz, 192; Yelmen, 62.

sağlanmıştır<sup>71</sup>. Zira genel işlem koşulları, prensip olarak iş hayatında bu tür iş ve işlemlerde elde edilen birikim ve tecrübelerle dayanılarak hazırlanmakta olup, bunun sonucunda da kullanan, bilgi ve tecrübelerini genel işlem koşullarına yansıtmaktadır<sup>72</sup>.

Ayrıca bazı sözleşmelerde düzenlenen hususlara ilişkin kanuni düzenleme bulunmayabilmekte ve bu da hukuki belirsizlik ve güvensizliğe yol açmaktadır. Bunun önüne geçilmesi ve giderilmesi amacıyla, konunun uzmanları tarafından hazırlanan genel işlem koşulları ile hukuki belirlilik ve güvenlik sağlanmış olur<sup>73</sup>.

İlaveten, genel işlem koşulları sözleşmelerin daha hızlı yapılmasını sağlayarak zaman tasarruf edilmesine yardımcı olmaktadır. Aksi halde, her bir sözleşmenin karşı taraf ile müzakere edilmesi, oldukça fazla zaman alabilmekte ve fazla zaman harcanmasına neden olmaktadır<sup>74</sup>.

Öte yandan, genel işlem koşulları ile sözleşme detaylarının açıklığa kavuşturulması, kullananın olduğu kadar, bazı durumlarda karşı tarafın da menfaatine uygun düşer. Her ne kadar genel işlem koşulları kapsamında yer alan hükümlerin büyük bir kısmı kullanan lehine ise de, böyle bir sonuç, durumun tamamen karşı taraf aleyhine olduğu anlamına gelmez. Sözleşme ilişkisinin içerisinde yer alan hükümlerin açık bir şekilde düzenlenmesi, kullananın olduğu kadar karşı tarafında da hukuki güvenliğini sağlar. Yine sözleşme ilişkisinin taraflara yüklediği edimlerin nasıl ve ne şartlarda yerine getirileceğinin belirlenmiş olması, sözleşme ilişkisini daha açık ve belirgin kılar<sup>75</sup>. Ayrıca, kanunlarda, mümkün olduğu kadar çok olayı kapsayabilmek için genel ve soyut kurallar yer almaktadır. Dolayısıyla, kanunlarda taraflar arasındaki ilişkiyi kapsayan hükümler her zaman yer almamaktadır. Bunun yerine genel işlem koşulları oluşturularak, kanunlarda yer alan boşlukların güvensizlik ve belirsizlik doğuranlarının, belirli kurallarla doldurulması her iki taraf için de yararlı olmaktadır<sup>76</sup>.

## **B. SAKINCALARI**

Genel işlem koşullarının yararları olduğu kadar bazı sakıncaları da mevcuttur. Genel işlem koşullarını kullanan açısından bakıldığında, kullananın, genel işlem

---

<sup>71</sup> Rehbinder, 641; Tekinalp, 125; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, 228, Oğuz, 1; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 6.

<sup>72</sup> Eren, 215; Yelmen, 63.

<sup>73</sup> Yelmen, 63.

<sup>74</sup> Akman, Sorumsuzluk, 90.

<sup>75</sup> Yelmen, 63,64.

<sup>76</sup> Rehbinder, 642; Tekinalp, 126; Yelmen, 64.

koşullarını sunan ve dolayısıyla da genel işlem koşullarının içeriğini belirleyen, sınırlarını çizen taraf olduğu bilinmektedir. Bu kapsamda, genel işlem koşulları çerçevesinde sakıncaların kullanan nezdinde doğması pek mümkün görünmemektedir<sup>77</sup>. Ancak TBK kapsamında yer alan düzenlemeler dolayısıyla kullanan aleyhine bazı sonuçların doğması muhtemel olabilir. Gerçekten de TBK m. 21’de karşı tarafın menfaatine aykırı hükümlerin sözleşme kapsamına girmesi birtakım şartlara bağlanmış bulunmaktadır. Buna göre, sözleşmenin yapılması sırasında kullananın karşı tarafa, bu şartların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânının sağlanması zorunlu olup, karşı tarafın da bu şartları kabul etmesi gerekmektedir. Bu şartlar gerçekleşmediği takdirde, söz konusu hükümler yazılmamış sayılır. Ayrıca bu durumda kullanan, yazılmamış koşulları olmasaydı, diğer hükümler ile sözleşmeyi yapmayacak olduğunu iddia edememektedir. Kullanan, bu durumda TBK m. 27/2’de yer alan *“Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”* düzenlemesinden de ayrıca yararlanamayacaktır<sup>78</sup>. Yine hususi bir sözleşmeden yer alması halinde, geçerliliğine itiraz edilmeyecek olan hafif kusur halinde konulan sorumsuzluk kaydının, genel işlem koşullarında yer alması halinde denetlenmesi ve batıl sayılabilmesi mümkündür<sup>79</sup>. İlaveten TBK m. 23 genel işlem koşullarının yorumlanmasını düzenlemekle birlikte, buna göre *“Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.”* Bu kapsamda, karşı tarafın lehine ve kullanan aleyhine yorumlama da kullanan açısından bir sakınca olarak değerlendirilebilir.

Öte yandan, karşı taraf açısından, genel işlem koşullarını içeren sözleşmelerde, taraflar arasında sözleşmenin kapsamının karşılıklı olarak saptanmasına ilişkin görüşmeler ve pazarlıklar söz konusu olmamaktadır. Taraflar arasındaki uyuşma çoğu zaman, sözleşmede söz konusu iki temel edim olan eşya veya hizmet ile bedel edimleri ile sınırlı kalmaktadır<sup>80</sup>. Bu durumda karşı taraf, sözleşmeyi kabul edip etmeme seçenekleri haricinde başkaca bir yorumda bulunamamaktadır; bu da karşı taraf için bir sakınca ortaya çıkarmaktadır.

---

<sup>77</sup> Yelmen, 64.

<sup>78</sup> Yelmen, 65; Başpınar, 168; Kırkbeşoğlu, 223 vd.

<sup>79</sup> Yelmen, 65; Kırkbeşoğlu, 281.

<sup>80</sup> Akman, GİŞ, 13-14; Oğuz, 5-6; Bahtiyar, 77; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 7; Altop, Armağan, 30; Akman, Sorumsuzluk, 88.



Ayrıca kullanan tarafından hazırlanan veya hazırlatılan genel işlem koşullarını içeren sözleşmeler, genellikle oldukça uzun olmakla birlikte, karmaşık, soyut ve karşı tarafın anlamasına imkân vermeyecek şekilde düzenlenmiş olabilirler<sup>81</sup>. Dolayısıyla, karşı taraf, metinleri okusa dahi, anlam ve önemini kavrayabilecek durumda olamayabilirler ve dahi karşı taraf bu şartları yeterince değerlendirebilecek zamana da sahip olamayabilirler<sup>82</sup>.

Genel işlem koşulları, kullananın, her taraftan kendisini güvence ve garantiye alınmış olarak, sözleşmenin gelecekteki tarafına karşı çok güçlü bir hukuki duruma sahip olması amacıyla hazırlanmakta olmakla birlikte, önceden bütün ihtimaller düşünülerek hazırlanan bu hükümlerle kullanan, sadece kendi menfaatlerini kollamakta ve korumaktadır<sup>83</sup>. Böylece sözleşmenin içeriği tamamen kullanan iradesini uygun olarak düzenlenmektedir. Karşı taraf ise, kullananın iradesine tabi olmak zorunda kalmaktadır. Aksi halde karşı tarafın, sözleşme konusundan vazgeçmekten başka herhangi bir seçim hakkı söz konusu olmamaktadır<sup>84</sup>. Bu halde de bir irade özgürlüğünden söz edilemez.

Nihayet kullanan, genel işlem koşullarına objektif hukuk kurallarından sapan bir içerik vermekte olup, buradaki hükümler sözleşmelere ilişkin yedek hukuk kurallarının uygulanmasına imkân vermemektedir<sup>85</sup>. Taraflar arasında menfaat dengesini korumaya yönelik olarak yedek hukuk kuralları öngörülmüş olmakla birlikte, kullanan genel işlem koşullarını kendi menfaatine göre düzenlemek suretiyle, yedek hukuk kurallarını kullanım dışı bırakarak, menfaat dengesini ortadan kaldırabilmektedir<sup>86</sup>. Karşı tarafın bu şekilde düzenlenmiş genel işlem koşullarını ihtiva eden sözleşmeleri, sorgulamadan ve üzerinde tartışmadan imzalaması da, karşı taraf açısından bir sakınca oluşturmaktadır.

---

<sup>81</sup> Akman, GİŞ, 14-15; Yelmen, 66.

<sup>82</sup> Kocaman, 1087.

<sup>83</sup> Rehbinder, 642; Akman, GİŞ, 15; Akman, Sorumsuzluk, 89; Tandoğan, Tüketici, 24; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, 226; Altop, 30; Bahtiyar, Tüketici, 226; Altop, Armağan, 30; Arıkan, 594; Kara, 63.

<sup>84</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, 226; Akman, GİŞ, 15; Akman, Sorumsuzluk, 92; Bahtiyar, 78; Kocaman, 1086, 1087; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 7.

<sup>85</sup> Akman, GİŞ, 15; Akman, Sorumsuzluk, 92.

<sup>86</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, 227.

## § 2. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE UYGULAMA ALANI

### I. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

#### A. GENEL OLARAK

Bir işleme uygulanacak olan hükümlerin ve hukuki sonuçların tespit edilebilmesi için o işlemin hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Böylelikle, genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine nasıl dâhil olacağı ve ne gibi sonuçlar doğuracağı açıklığa kavuşacaktır. Diğer bir deyişle, genel işlem koşullarının hukuki niteliğinin tespiti, sözleşmedeki belirsiz durumlara netlik kazandıracaktır. Hukuki niteliğin tespit edilmesi oldukça önem arz etmekle birlikte, doktrinde genel işlem koşullarının hukuki niteliği konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır<sup>87</sup>.

#### B. NORM TEORİSİ

Alman Hukukunda uzun yıllar hâkim olan bu görüşe göre<sup>88</sup>, genel işlem koşulları hukukun bir parçası olup, yasa hükümleri gibi herkes için bağlayıcıdır<sup>89</sup>. Genel işlem koşulları altında yapılan sözleşmelerde, bu şartların sözleşme ilişkisinde bağlayıcılık kazanması için tarafların anlaşmalarına, iradelerinin bu konuda birbirine uygun düşmesine gerek bulunmamaktadır<sup>90</sup>. Genel işlem koşullarının ekonominin yarattığı hukuk olarak objektif normlar olduğu görüşünün yaygınlaşmasında, Alman İmparatorluk Mahkemesinin 30 Ocak 1941 tarihli kararının büyük katkısı vardır. İmparatorluk Mahkemesinin norm teorisini destekleyen kararında *“Çoğunlukla çok geniş kapsamlı olan genel işlem koşullarına dayanılarak yapılan sözleşmelerin, gerçek anlamda tarafların uyuşması, karşılıklı anlaşma ile meydana gelmediği, tarafların anlaşmasının daha çok mevcut hukuk düzenine tabi olma anlamında olduğu”*<sup>91</sup> söylenerek, genel işlem koşulları, mevcut hukuk

<sup>87</sup> Atamer, Denetleme, 77-78; Bahtiyar, 87; Oğuz, 24; Soyer, 54 vd.

<sup>88</sup> Çınar, 59; Emmerich, 362-363; Alman Hukukunda, günümüzde de norm teorisini savunan yazarlar için bkz. Schmidt, s.930-931; Meyer-Cording, 101; Pflug, 298 vd.

<sup>89</sup> Çınar, 59; Emmerich, 362-363; Schmidt, 931;

<sup>90</sup> Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 94.

<sup>91</sup> Mahkemenin 1941 yılında verdiği bir kararında *“...sık sık çok kapsamlı olabilen genel işlem koşulları çerçevesinde bir sözleşmenin akdedilmesi halinde, aslında sözleşme içeriği olan bu hükümlerin hepsi hakkında sözleşmesel bir uyuşma olduğundan bahsedilemez. Söz konusu olan daha çok hazır ve mevcut bir hukuk düzenine iltihak etmektir ve bu düzene(gönüllü olarak) iltihak edenin içeriği hakkında ne bildiği pek bir önem arz etmez”* ifadesi kullanılmıştır. Alman Federal Mahkemesi de önceleri *“mevcut bir hukuk düzeni”* yaratan genel işlem şartlarının *“normatif geçerliliği”* olduğu görüşünü savunmuş ancak 1955 yılında genel

düzeninin bir parçası olarak değerlendirilmiştir. Ancak sonraki yıllarda haklı olarak genel işlem koşullarının objektif ve herkesi bağlayıcı hukuk normları olmadığı gerekçesi ile bu görüş terk edilmiştir<sup>92</sup>.

Genel işlem koşullarının objektif normlar olarak nitelendirilmesi doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Yapılan eleştirilerden ilki, objektif hukuk kurallarının insanlar arası ilişkileri hakkaniyete uygun biçimde, objektif değerlere göre düzenledikleri, buna karşılık müteşebbisin kendi çıkarlarını gözeterak hazırladığı genel işlem koşullarının objektif hukuk kurallarına özgü adalet değerlerinden yoksun olduğudur<sup>93</sup>. Diğer bir eleştiri ise genel işlem koşullarının objektif hukuk normları olarak nitelendirilmesinin, yasa yapma yetkisinin yetkili yasama organı dışında bireylere de tanınması anlamına gelmesidir. Yani, genel işlem koşullarının norm olarak nitelendirilmesi bunları kullanan tarafın yasa koyucu ile denk sayılması anlamına gelmektedir. Bu şekilde genel işlem koşullarını kullanan tarafın yasa koyucu ile aynı statüye gelmesi ve daha vahim bir şekilde bu koşulları kendi lehine olacak şekilde hazırlayıp, karşı tarafın önüne sunması hukukun koruduğu düzeninin ve adalet anlayışını sarsılmasına yol açacaktır. Genel işlem koşullarını kullanan tarafın, alanında yasama gücüne sahip olmasını savunan bu görüşe katılmak mümkün değildir. Nitekim Türk hukukunda norm teorisi genel işlem koşullarının hukuki niteliği ve bağlayıcılığı konusunda kabul görmemiştir.

Bu kapsamda belirtilmesi gereken diğer bir husus ise, prensipte norm teorisini savunanlar tarafından benimsenen bir görüş<sup>94</sup> olup, buna göre ise genel işlem koşulları, hukuksal normlara paralel nitelikte, objektif normlar olup, bu normlar örf ve adet niteliğinde olduğu için, kişiler tarafından, bu koşulların, yasal normlar gibi geçerliliğine ve uyulmasına inanılmaktadır. Bu teori norm teorisinin içerisinde ayrı bir teori olarak savunulmakta ve “*örf-adet teorisi*” olarak isimlendirilmektedir.

Neticesinde, Türk hukuk sisteminde de kabul görmemiş olan norm kuramı uyarınca, genel işlem koşullarının sözleşme içeriği olmasının temelinde, özel hukuk alanında norm koyma yetkisinin akitlerden biri tarafından kullanılması ve diğer tarafın da bunları objektif hukuk kuralları gibi benimsemesi yatar<sup>95</sup>.

---

işlem şartlarının objektif ve herkesi bağlayıcı hukuk normları olmadığı gerekçesi ile bu görüşünü terk etmiştir. Açıklama ve karar için bkz., Atamer, Denetleme, 77-78.

<sup>92</sup> Bahtiyar, 87; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 157.

<sup>93</sup> Akman, GİŞ, 89; Bahtiyar, 87; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 157.

<sup>94</sup> Çınar, 60’dan Pflug, 298 vd.; Schmidt, 931 vd.

<sup>95</sup> Atamer, Denetleme, 78.

## C. SÖZLEŞME TEORİSİ

Günümüzde hâkim anlayış, genel işlem koşullarının hukuki niteliğini sözleşme görüşü ile açıklamaktadır. Sözleşme görüşüne göre, genel işlem koşulları yukarıda Norm Teorisi başlığı altında açıklandığı üzere, ne objektif normlar olarak ne de örf ve adet yahut teamül olarak nitelendirilemez.

Bugün Alman Hukukunda da baskın olan bu görüşe<sup>96</sup> göre, bu koşullar, sözleşmenin içeriğine dâhil edilmeden önce hiçbir anlam ifade etmeyip, ancak, sözleşme ile değer kazanırlar. Diğer bir ifadeyle, genel işlem koşulları metninin önceden kaleme alınması başlı başına hukuki bir işlem olarak nitelendirilemez; sadece taraflardan birinin sözleşme için yaptığı hazırlık çalışmasının ürünü söz konusudur ve salt bu metnin hiçbir hukuki etki doğurması mümkün değildir. Dolayısıyla ancak sözleşmenin karşı tarafı, kendisine sunulan bu koşulları kabul ederse, bunlar hukuk alanında hüküm doğururlar. Sözleşmenin yapılması için irade beyanı niteliğinden öteye geçemeyen genel işlem koşulları tüm bu sebeplerle sözleşme niteliğindeki hükümlerden başka bir şey değildir<sup>97</sup>.

Sözleşmenin kurulması için şart olan tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları, genel işlem koşullarının bağlayıcılığı için gerekmektedir. Sözleşme taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla sözleşme ile ilişkilendirilmesinden önceki aşamada, genel işlem koşulları sadece, bir tarafın sözleşme yapma önerisine temel oluşturan bir taslak, tasarı niteliğindedir<sup>98</sup>.

## II. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ UYGULAMA ALANI

### A. MADDİ ANLAMDA UYGULAMA ALANI

Genel işlem koşullarının maddi anlamda uygulanma alanı ile ifade edilmek istenen TBK m. 20-25'te yer alan düzenlemelerin hangi hukuki ilişkilere ve özellikle de sözleşmelere uygulanacağını belirlemesi meselesidir<sup>99</sup>.

Genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin kaynağı BGB olmakla birlikte, BGB'nin aksine TBK'da genel işlem koşullarının uygulanma alanına ilişkin doğrudan hüküm bulunmamaktadır. Ancak ilgili TBK m. 20-25 kapsamında maddi anlamda uygulanma alanına ilişkin olarak doğrudan ve dolaylı bazı ibarelere rastlamak mümkündür.

---

<sup>96</sup> Gezder, 145.

<sup>97</sup> Akman, GİŞ, 89; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 93,102; Akünel, 12; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 157.

<sup>98</sup> Akman, GİŞ, 89; Bahtiyar, 87

<sup>99</sup> Yelmen, 69.

Bu kapsamda yapılabilecek ilk tespit, genel işlem koşullarının özellikle özel borç ilişkileri kapsamında öncelikle “sözleşmeler” hakkında uygulanmasıdır. Ayrıca, söz konusu sözleşmelerin, genel işlem koşulu içermesi gerekmektedir. Bu sebeple, genel işlem koşulu içermeyen bir sözleşmeye TBK m. 20-25 hükümlerinin uygulanma imkânı bulunmamaktadır<sup>100</sup>.

Görüldüğü gibi, TBK m. 20-25’te yer alan hükümler, kural olarak, genel işlem koşulu ihtiva eden her türlü sözleşme bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Kural bu olmakla birlikte, söz konusu bu hususun bazı istisnaları bulunmaktadır. Gerçekten de, genel işlem koşulları ile ilgili özel kanunlarda yer alan hükümleri uygulama alanı dışında bırakılabilmektedir<sup>101</sup>. Bu kapsamda, özel kanunların amaçları gereği sözleşme kapsamında bulunması gereken hususlar genel işlem koşulu olarak kabul edilmemektedir<sup>102</sup>.

Ayrıca, bazı özel durumlarda, sözleşme içeriğinde yer alması kamu gücü tarafından mecburi tutulan hükümler genel işlem koşulu niteliğinde değildir. Çünkü bunlar, düzenleyen tarafından tek taraflı önceden hazırlanan, düzenleyenin ileride birçok sözleşmede istifade etmeyi amaçladığı ve sözleşmenin muhtevasına isteyerek kattığı şartlar veya hükümler değildir<sup>103</sup>. Bu kapsamda, sözleşmede yer alması mecburi tutulan hükümler, TBK m. 20-25 yer alan hükümler anlamında, genel işlem koşullarının unsurlarını içermemektedir.

## **B. KİŞİ BAKIMINDAN UYGULANMA ALANI**

TBK kapsamında, genel işlem koşullarının uygulanmasına ilişkin olarak herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Dolayısıyla, TBK m. 20-25’de yer alan düzenlemeler, kural olarak özel hukuk borç ilişkilerinde sözleşmenin tarafı olan her türlü gerçek veya tüzel kişi için uygulama alanı bulmaktadır. Söz konusu gerçek veya tüzel kişilerin sıfatları ne olursa olsun, işçi, işveren, tacir, esnaf, tüketici vb. kural olarak önem arz etmez<sup>104</sup>.

Türkiye’deki durum bu şekilde değerlendirilirken, uluslararası alanda genel işlem koşulları ile ilgili düzenlemeler genelde tüketiciyi koruyan düzenlemeler şeklinde ele alınmış, bazı ülkeler ise tüketici yanında işletmeci veya tacir yahut esnafı da koruma altına

---

<sup>100</sup> Yelmen, 69-70.

<sup>101</sup> Kuluçlu, 8

<sup>102</sup> Kırcı, 98,99.

<sup>103</sup> Yelmen, 71.

<sup>104</sup> Yelmen, 72; Aydoğdu, GİŞ Kişi, 596.

almış, diğer bazı ülkeler ise genelde tüketiciyi korumayı esas almakla birlikte sınırlı bazı koruyucu düzenlemelerin işletmeci veya tacir yahut esnafa da uygulanmasını kabul etmiştir<sup>105</sup>. Genelde kabul edilen durum, tüketiciler bakımından hiçbir tartışma olmadan genel işlem koşulu denetimini yapmaktır. Ancak tacirlerin de bu korumadan yararlanması istisnai niteliktedir<sup>106</sup>; bu yöndeki düzenlemelerin gittikçe arttığı görülmektedir. Örneğin, Lüksemburg, Belçika, Danimarka, Finlandiya, İngiltere, Portekiz, İsveç, Hollanda, İspanya, Almanya, gibi ülkelerde tacirler de genel işlem koşulu denetimi korumasından yararlanmaktadır<sup>107</sup>. Bununla birlikte tacirler bakımından korumanın kapsamı her zaman aynı değildir. Örneğin, mehzaz teşkil eden Alman hukukunda genel işlem koşullarına ilişkin hükümler bakımından tacirlerin korunması sınırlıdır. Gerçekten de BGB § 310/1 hükmüne göre, genel işlem koşullarında yürürlük denetimine ilişkin BGB § 305/2, 3 ve § 308-309, işletmeci veya tacir yahut esnafa<sup>108</sup> uygulanmaz<sup>109</sup>. Ancak bunlara, aynı hükmün devamında yer aldığı üzere, § 308-309’da belirtilen yasak sonuçlara yol açan bir durum olması halinde içerik denetimine ilişkin § 307/1 ve 2 hükümleri, ticarî teamül ve uygulamalar da gözetilerek uygulanır<sup>110</sup>.

Mehzaz teşkil etmesine rağmen, belirtildiği üzere, TBK, Alman hukukundaki sınırlamayı dikkate almamış, sözleşmenin tarafları bakımından bir ayırım yapmadan, tüketici yanında işletmeci, tacir ve esnafı da koruma altına alma yolunu seçmiştir<sup>111</sup>. Ülkemizde tüketiciler yanında bunların da özellikle kendinden ekonomik anlamda daha güçlü olan bankalar, sigorta şirketleri, holdingler gibi oluşumlar karşısında korunmaya değer olduğu düşünülmektedir<sup>112</sup>.

<sup>105</sup> Brunner, 119-120; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 54.

<sup>106</sup> Brunner, 120-122.

<sup>107</sup> Atamer, Sempozyum, 10.; Altop, Armağan, 257; Altop, Sempozyum, 149; Dizdar, 88; Veziroğlu, 3078; Ulmer/Brandner/Hensen, Einleitung, Rn.111 vd.; Aydoğdu, GİŞ Kişi, 597.

<sup>108</sup> Buradaki “*işletmeci veya tacir yahut esnaf*” ibaresi ile BGB § 310/4 hükmünden yola çıkarak, genel işlem koşulu düzenleyen tarafın karşısında yer alan, “*tacirler, işletme sahipleri, miras şirketi, aile şirketi veya şirketler*” kastedilmektedir. Keza iş sözleşmelerine de kendi özel kuralları saklı kalmak kaydıyla § 305-310 hükümleri uygulanır. Ayrıca toplu iş sözleşmeleri ve işyeri hizmet anlaşmaları sadece BGB §307 anlamında içerik denetimine tâbidir.; Aydoğdu, GİŞ Kişi, 597; Yelmen, 73.

<sup>109</sup> Çınar, 69, Ulmer/Brandner/Hensen §310, Rn.50 vd.; Ulmer/Hensen/Christensen/Fuchs, Rn.49 vd.

<sup>110</sup> Atamer, Denetleme, 54-56; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 236, 241; Brox/Walker, §4, Rn. 67-68.

<sup>111</sup> Oğuzman, 169-170; Altop, Armağan, 254.,256-257; Altop, Sempozyum, 149; Kuntalp, Sempozyum, 82, 91-92; Çınar, 33-34; Ancak TBK. m. 20 gerekçesinin 4. Paragrafının son iki cümlesinde sözü edildiğinin tersine, yukarıda değindiğimiz gibi, Alman hukukunda tüm hükümlerin işletmeci veya tacir yahut esnafa uygulanması söz konusu değildir.

<sup>112</sup> Aydoğdu, GİŞ Kişi, 597,598; Yelmen, 72,73; Arkan, 137 vd; Ayhan/Özdamar/Çağlar, 152 vd.

### C. ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMA ALANI

Genel işlem koşullarının zaman bakımından uygulama alanı ile kastedilen, TBK m. 20-25’de yer alan hükümlerin yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşen olaylara uygulanıp uygulanmayacağı meselesidir. Kanunlar kural olarak yürürlüğe girdikleri tarih itibariyle gerçekleşen olay ve ilişkilere uygulanmaktadır<sup>113</sup>. Ancak zaman zaman, bazı kanunların, yürürlüğe girmesinden önceki ilişkilere de uygulanacağı yönünde bazı düzenlemelerin yapılması söz konusu olmaktadır<sup>114</sup>. TTK Uygulama Kanununda, genel işlem koşuluna ilişkin düzenlemelerin uygulama şekli ve zamanına ilişkin olarak herhangi bir düzenleme yer almamakla birlikte, uygulama kanunu m. 2 kapsamında TBK’da yer alan hükümlerden kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin olan kurallarının, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanacağını hükme bağlanmıştır.

Kamu düzeni ve genel ahlakın toplumun güvenliği ve menfaatinin göz önünde tutulması ile sıkı bir ilişki içerisinde olduğu açıktır. Bunların zayıfı korumayı ve zayıf olanın menfaatlerini korumaya hizmet ettiği de bilinmektedir. Bu nedenle de belirtildiği üzere, emredici nitelik arz etmektedirler. Bu kapsamda TBK m. 20-25’te düzenlenen hükümler genel işlem koşullarının da tabi olduğu üç aşamada ele alınmalıdır. Bu aşamalar da, genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesi, yorumlanması ve içerik denetimi olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>115</sup>.

Bu kapsamda, genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesinde kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin herhangi bir durum söz konusu olmamaktadır. Zira burada sözleşmenin içeriğine ilişkin bir faaliyet olmamakla birlikte, tespit edilen husus sözleşmenin içeriğinde genel işlem koşulunun bulunup bulunmadığının tespitinden ibarettir<sup>116</sup>. Genel işlem koşullarının yorumlanmasının ise kamu düzeni ve genel ahlaka doğrudan ilgisinin bulunduğunu söylemek her zaman mümkün olmamaktadır. Zira TBK m. 23’te açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen bir şartın, kullanan aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanacağı belirtilmiş olmakla birlikte, bu anlamda oluşturulan bir genel işlem koşulu içerik olarak kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı olmayabilir. Nihayet, genel işlem koşullarının içerik denetimi doğrudan genel ahlak ve kamu düzeni ile

---

<sup>113</sup> Baysal, 475; Hatemi, Yürürlük, 17; Oğuzman./Barlas, 77; Helvacı/Ertüle, 223.

<sup>114</sup> Akyol, 183-184, Hatemi, Yürürlük, 21.

<sup>115</sup> Yelmen, 78.

<sup>116</sup> Yelmen, 78-79.

bağlantılıdır<sup>117</sup>. Zira sözleşme ilişkilerinde zayıf tarafı korumayı amaçlayan emredici nitelikteki hükümlerin, sırf sözleşme bu hükümler yürürlüğe girmediği diye uygulanmayacağını kabul etmek, kamu menfaatini gözetmeyen ve eşitlik ilkesine aykırı bir yorum olur<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> Sirmen, 112-113; Yalman/Bostancı/Kızır, 22; Dizdar, 88. Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 40-41. Oğuzman/Öz, 171.

<sup>118</sup> Yelmen, 79-80.



## İKİNCİ BÖLÜM

### GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YÜRÜRLÜK VE İÇERİK DENETİMİ VE GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YORUMLANMASI

#### § 3. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

##### I. GENEL OLARAK

Sözleşme şartlarının, taraflar arasında karşılıklı müzakere edilerek oluşturulması Borçlar Hukukunun esasını oluşturmaktadır<sup>119</sup>. Tarafların kendi menfaatlerini en iyi şekilde koruduğu ve kendi çıkarlarına uygun olarak düzenledikleri kayıtlar açısından, sözleşme şartlarının karşılıklı müzakere edildiği kabul edilmektedir. Buna karşılık, taraflarca müzakere edilmeden, sözleşmeye konulan tek taraflı kayıtlar ve özellikle genel işlem koşulları içeren sözleşmeler açısından, böyle bir durum söz konusu olmamaktadır. Bundan sebeple, sözleşme ile menfaatleri ihlal edilen sözleşme tarafının korunması gerekmektedir. Bu koruma Borçlar Hukukunda yargısal<sup>120</sup> denetim yoluyla sağlanmaktadır.

Genel işlem koşullarının yargısal denetiminin farklı aşamaları vardır. Birinci aşamada, genel işlem koşullarının, sözleşmenin içeriği haline gelip gelmediği tespit edilir. Bu denetimden amaç, genel işlem koşullarının, geçerli olarak sözleşmeye dâhil olup olmadığının belirlenmesidir. Doktrinde bu denetime, “bağlayıcılık denetimi”, “örtülü içerik denetimi”, “yürürlük denetimi”, “kapsam denetimi”, “ilişkilendirme kontrolü”<sup>121</sup> gibi isimler verilmektedir<sup>122</sup>.

İkinci aşamada ise, sözleşmenin içeriğine dâhil olan sözleşme koşullarının belirli kriterleri taşıyıp taşımadığı belirlenir. Bu denetimde ise amaç, sözleşme içeriği haline gelmiş olan ancak karşı tarafın menfaatini ihlal eden kayıtların denetlenerek geçersiz

<sup>119</sup> İnan, 95 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 76 vd; Eren, 206 vd.

<sup>120</sup> İdari önlemler ile de genel işlem koşullarının denetlenmesi mümkündür. Bu denetimde amaç, genel işlem koşulu arz eden sözleşme hükümlerinin, önceden ilgili idari makamca denetlenerek, sözleşme tarafı için sakınca meydana getirecek sözleşme kayıtlarının genel işlem koşulları arasından çıkartılmasını sağlamaktır. Yargı yoluna başvurulmadan, tüketicilerin korunmasının amaçlandığı bu denetim, Türk Hukuku kapsamında sigorta sözleşmeleri açısından yapılmaktadır. Sigorta Murakabe Kanunu m. 28’e göre, sigorta şirketleri, ilk defa uygulamaya koyacakları sigorta teminatını, şart ve esaslarını uygulamaya başlamadan en geç on beş gün önce Hazine Müsteşarlığı’na göndermek, mevzuata ve sigortacılık esaslarına aykırı bulunan veya sigortalıların korunması açısından uygulanmalarında sakınca görülen sigorta teminat ve esaslarını, Hazine Müsteşarlığı’nın talebi halinde değiştirmek zorundadırlar. Sigorta alanında ilgili bakanlık izni alınmadan veya istenen değişiklik yapılmadan söz konusu genel işlem koşulları kullanılamaz. Yeniocak, 7.

<sup>121</sup> Atamer, Denetleme, 81 vd.; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 105 vd.; Çınar, 70 vd.

<sup>122</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, 232; Atamer, Denetleme, 81; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 105; Oğuz, 45.

sayılmasıdır. Doktrinde bu denetime, “içerik denetimi” denilmektedir<sup>123</sup>. İçerik denetimi kavramı için mevcut olan terminoloji birlikteliği, TBK ile birlikte hüküm altına alınmıştır. Gerek yürürlük denetimi gerekse içerik denetimi yapılırken, yorum kurallarından yararlanılmaktadır. Fakat söz konusu yorum kuralları daha çok yürürlük denetiminden geçerek sözleşmenin içeriğine dâhil olmuş sözleşme kayıtları açısından söz konusu olmaktadır<sup>124</sup>.

## II. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YÜRÜRLÜK DENETİMİ

### A. GENEL OLARAK

Genel işlem koşulları içeren bir sözleşmeden bahsedebilmek için, geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin varlığı gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin kuruluşu aşamasında bir hükümsüzlük söz konusu ise veya sözleşmedeki bir kayıt hüküm ifade etmiyorsa, artık o sözleşmenin içeriğinin denetimine gerek kalmaz. Geçerli olarak kurulan sözleşmenin, müzakere edilmeyen sözleşme hükümlerinin tamamının ya da bir bölümünün, sözleşmenin içeriğini oluşturup oluşturmadığının tespitine “yürürlük denetimi” denir<sup>125</sup>.

Sözleşmelerin meydana gelmesi için, tarafların karşılıklı olarak iradelerini açıklamaları yetmemekte, bu beyanların uyuşması da gerekmektedir. Bu durum, TBK m. 1’de “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, sözleşmenin kurulabilmesi için, iradelerin uyuşması yeterli kabul edilmiş, ayrıca tarafların gerçek iradelerinin araştırılması aranmamıştır<sup>126</sup>.

Bu husus internet üzerinden yapılan sözleşmeleri de kapsamaktadır. Zira diğer sözleşmelerde olduğu gibi internet sözleşmelerinde de sözleşme taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları, sözleşmenin kurulabilmesi için aranmaktadır<sup>127</sup>.

TBK m. 2’de ise tarafların objektif olarak esaslı noktalar üzerinde anlaşmış olması sözleşmenin meydana gelmesi için ön koşuldur. Ancak bunun dışında sözleşmeye dâhil

---

<sup>123</sup> Atamer, Denetleme, s.143 vd; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, s.153 vd.;Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, s.232, 239 vd.

<sup>124</sup> Çınar, s.66.

<sup>125</sup> Havutçu, Açık İçerik Denetimi, s.105.

<sup>126</sup> İnan, s.96; Eren, s.207 vd.

<sup>127</sup> Şeker, Muzaffer: “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması”, 10.Yıl’a Armağan, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 11, S. 22, Güz 2012/2, s.127-155, 130 vd.

olması istenen ve sübjektif olarak esaslı olan noktalar açısından uzlaşmanın sağlanabilmesi için ilgili olan tarafın bunları sözleşme görüşmelerine dâhil etmesi gerekir<sup>128</sup>. Bu noktada doktrinde tartışılan bir husus vardır. Buna göre, özellikle TBK m. 20 dikkate alındığında genel işlem koşullarının unsurları sayılırken bunların sözleşme hükmü olduğu belirtilmiştir. Burada yer alan “sözleşme hükümleri” kavramından, sözleşmede yer alan her türlü hükmün anlaşılması gerekmektedir<sup>129</sup>.

BGB’den farklı olarak, 6502 sayılı TKHK ve Yönerge’de, önceden düzenlenmiş sözleşme koşullarının yürürlük denetimine ilişkin bir düzenleme öngörülmemiş, sadece sözleşme kayıtlarının açık ve anlaşılabilir yazılması, yani şeffaf olması öngörülmüştür<sup>130</sup>. Şeffaflık ilkesinin ihlali durumunda ise hukuki sonucun ne olacağı konusunda bir düzenleme yapılmamış olup, sadece, söz konusu kayıtların anlamının açık olmaması durumunda tüketici lehine olan yorumun üstün tutulacağı belirtilmiştir. BGB § 306’da ise yürürlük denetiminin ihlali durumunda, söz konusu kayıtların sözleşmeye dâhil olmayacağı belirtilmiştir. TBK m. 21’de ise “yazılmamış sayılma” başlığı altında, yürürlük denetimine ilişkin bir düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemeye göre, sözleşme ile ilişkilendirilmeyen sözleşme kayıtları yazılmamış sayılacaktır. Yani, bu kayıtlar için hukuki bir yaptırım öngörülmüştür.

## **B. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ SÖZLEŞME İLE İLİŞKİLENDİRİLMESİ**

### **1. İlişkilendirme Anlaşması**

#### **a. Genel Olarak**

Genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dâhil edilmesi için, bunların, sözleşmenin içeriği haline gelmesi konusunda tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşması gerekir. Genel işlem koşullarının varlığı ve sözleşmenin içeriğini oluşturma iradesinin, düzenleyen tarafından ortaya konulması ve karşı tarafın da bunu kabul etmesi ile birlikte bu koşullar, sözleşme hükümleri haline gelirler. Genel işlem koşullarının sözleşmeye dâhil

---

<sup>128</sup> Atamer, Denetleme, 82; Kocayusufoğlu, Borçlar Genel, 174 vd: Sübjektif açıdan esaslı noktalarda sözleşmeye ilişkin öyle noktalar söz konusudur ki, bunlar objektif bakımdan ikinci derecede noktalar arasında yer aldıkları halde, taraflardan birinin, diğer tarafça bilinebilir biçimde, bunlarda anlaşma olmadığı takdirde sözleşmenin kurulmasına razı olmayacağı anlaşılmakta; yani o, bunlara ilişkin uyuşmaya sözleşmenin kurulması açısından bir *condicio sine qua non* nazarı ile bakmaktadır.

<sup>129</sup> Güngör, 2102.

<sup>130</sup> Çınar, 69.

edilmesi, yani ilişkilendirme anlaşmasının kurulması için, burada da ilişkilendirme anlaşması için yapılan icabın (öneri), gayet açık ve anlaşılabilir olmasının gerekip gerekmediği konusu Alman bilimsel öğretisinde tartışılmıştır<sup>131</sup>. Alman Genel İşlem Şartları Kanununun 2. maddesi ile irade açıklamasının, açık ve anlaşılabilir olması aranmış olduğundan, bu yasal düzenlemeden sonra, doktrindeki tartışmalar son bulmuştur (BGB § 305/2 ). TBK m. 21’de, genel işlem koşullarının sözleşmeye dâhil olması için, düzenleyenin, sözleşmenin karşı tarafını açıkça bilgilendirmesi, karşı tarafa içeriğini öğrenme imkânı tanınması ve karşı tarafın bu koşulları kabul etmesi öngörülmüştür.

Düzenleyenin, sözleşmeye dâhil etmek istediği kayıtlar konusunda, iradesini mutlaka yazılı olarak ortaya koyması gerekmez; onun, bu beyanını sözlü olarak ya da sözleşmenin yapılacağı yerde, açık ve görülebilecek şekilde, mesela, ilan vb. yollarla karşı tarafa iletmesi yeterlidir<sup>132</sup>.

Geçerli bir şekilde kurulmuş bir ilişkilendirme anlaşmasının varlığı için, düzenleyen tarafından açıklanan icaba (öneri) karşı, karşı tarafın kabul beyanında bulunması gerekmektedir. Buna karşılık, söz konusu kabul açıklamasının genel işlem koşullarının içeriğinin öğrenilerek açıklanmış olması gerekli değildir. Bu noktada karşı tarafın kabul beyanı, özel bilinçli ya da genel (global) bilinçli kabul şeklinde olabilmektedir<sup>133</sup>.

Genel işlem koşulları internet üzerinden kurulan sözleşmeler için de söz konusu olabilir. İnternet üzerinden kurulan sözleşmelerde de taraflar, ilişkilendirme anlaşması ile ilgili irade açıklamalarını yazı, görüntü, ses veya başka bir yolla internet üzerinden sözleşmenin karşı tarafına gönderir. Elektronik icap ve elektronik kabul şartlarının meydana gelmesi ile sözleşme kurulur<sup>134</sup>. Bu tür sözleşmelerde icap ve kabul, sözlü, yazıyla, kanaat verici bir davranışla veya internet iletişim araçları ile yapılabilir<sup>135</sup>.

6502 sayılı TKHK ve Yönerge’de, ilişkilendirme anlaşması ile sözleşmenin içeriğine dâhil edilmek istenen sözleşme kayıtlarının, hangi durumlar ve şartlar altında sözleşmenin içeriğine dâhil edileceği düzenlenmemiştir<sup>136</sup>. TBK m. 21 düzenlemesi ile birlikte bu konudaki eksiklik giderilmiştir.

---

<sup>131</sup> Yavuz, TBK, 89; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 119,121,122.

<sup>132</sup> Kocayusufoğlu, Borçlar Genel, 235; Çınar, 71

<sup>133</sup> Atamer, Denetleme, 100.

<sup>134</sup> Şeker, 134.

<sup>135</sup> Şeker, 134.

<sup>136</sup> Çınar, 72.

TBK m. 21'e göre, "Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır." TBK'daki düzenlemeye göre, genel işlem koşullarının, sözleşmenin içeriğine dâhil olması için, düzenleyenin, bu koşullar konusunda sözleşmenin karşı tarafını uyarması, karşı tarafın söz konusu koşulların içeriğini öğrenmesine izin vermesi ve karşı tarafın da bu koşulların sözleşmenin içeriğine dâhil olması konusunda, kabul iradesini açıklaması gerekmektedir. Bununla birlikte, sözleşmenin karşı tarafının genel işlem koşullarının içeriğini öğrenmesine düzenleyen tarafından imkân tanınması yeterlidir. Diğer bir ifadeyle, karşı tarafın söz konusu şartların içeriğini bilmesi gerekmemektedir<sup>137</sup>.

#### b. Düzenleyenin Açık İrade Beyanının Olması

Düzenleyenin irade beyanının açık olması, hukuki sonuç hakkındaki arzunun tereddüde yer vermeyecek tarzda ortaya konulmasıdır. Bu, sözle, yazıyla veya bir işaretle yapılabilir. Yeter ki, beyanın anlamını belirlemek için beyan dışındaki unsurlara başvurmaya ihtiyaç duyulmasın<sup>138</sup>. Düzenleyenin, karşı taraf ile müzakere etmeden sözleşmeye koyma isteğini açık bir şekilde icap niteliğindeki irade beyanı ile ortaya koyması, karşı tarafın da kabul niteliğindeki irade beyanının açık veya örtülü olarak açıklanması ile ilişkilendirme anlaşması meydana gelir. Düzenleyen tarafından, karşı taraf ile müzakere edilmeden sözleşmenin içeriği haline gelmesi istenen sözleşme kayıtlarına, sözleşme metni içerisinde veya arkasında ya da ayrı bir belgede yer verilmesi ile irade beyanı açık bir şekilde ortaya konulmuş olur (TBK m. 20/1)<sup>139</sup>.

TBK m. 21 ile BGB § 305, düzenleyenin, genel işlem koşullarını sözleşmeye dâhil etmesi için iradesini açıkça ortaya koymasını aramaktadır<sup>140</sup>. Diğer bir ifadeyle, düzenleyenin, önceden düzenlenmiş sözleşme koşullarını, örtülü irade açıklaması ile sözleşmeye dâhil etmesi mümkün değildir. Bununla birlikte TBK, BGB'ye göre daha ileri bir düzenleme getirmektedir. Buna göre, sözleşmenin karşı tarafının uyarılması yeterli

<sup>137</sup> Hatemi/Gökyayla: 51; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, 236.

<sup>138</sup> Oğuzman/ Barlas, 191 vd.

<sup>139</sup> Atamer, Denetleme, 182-183; Oğuz, 46; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, 232-233.

<sup>140</sup> Çınar, 73.

görülmemiş; genel işlem koşullarını düzenleyen karşı tarafı açıkça bilgilendirmesi aranmıştır.

#### aa. Karşı Tarafı Açıkça Bilgilendirme

TBK m. 21/1'e göre, genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, düzenleyen sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi, bunların içeriğini öğrenme olanağını sağlaması ve onun da söz konusu koşulları kabul etmesine bağlı kılınmıştır. Kanun herhangi bir bilgilendirmeyi değil, "*açıkça bilgilendirmeyi*" şart koşturmuştur. O halde sözleşmeyi düzenleyen genel işlem koşulları hakkında genel açıklamalar yapması yeterli olmamaktadır. Bilgilendirme samimi, açık, tereddüde yer vermeyecek biçimde gerçekleşmelidir<sup>141</sup>.

Karşı tarafın bilgilendirilme biçimi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin, düzenleyen, bu koşulları karşı tarafa teslim edebilir veya ilan yolu ile duyurabilir. "Karşı tarafın bilgilendirilmesi hukuksal niteliği itibarıyla bir tasavvur açıklaması olup, irade açıklaması değildir. Bu nedenle diğer tarafın bilgilendirildiği her türlü delille kanıtlanabilmelidir"<sup>142</sup>.

6502 sayılı TKHK'da ifadesini bulan tüketici sözleşmelerinde de, genel işlem koşullarını, sözleşme içeriğine dâhil etmek isteyen girişimcinin, sadece bu koşulları kullanmak isteğini tüketiciye bildirmesi yeterli olmamakta, aynı zamanda, söz konusu koşulların tüketici tarafından bilinmesine imkân tanınması da gerekmektedir. Bundan dolayı, girişimci tarafından, tüketiciye yapılacak irade açıklamasının en geç sözleşmenin kurulması aşamasında olması gerekir"<sup>143</sup>. Sözleşmenin kurulmasından sonra girişimci tarafından tüketiciye sunulan genel işlem koşulları ancak, sözleşmenin değiştirilmesi istemi anlamına gelecektir ki, bu durumda tüketicinin bu icabı kabul etmesi ile sözleşme koşulları değişmiş olacaktır<sup>144</sup>.

Sözleşmenin kurulması internet vasıtası ile de gerçekleşebilir. İnternet üzerinden kurulan sözleşmeler açısından bakıldığında genel işlem koşullarını kullanarak sözleşme kurmak istediğini karşı tarafa bildiren düzenleyen, bu koşulların içeriğini karşı tarafın öğrenmesine imkân vermesi gerekmektedir<sup>145</sup>.

---

<sup>141</sup> Eren, 216.

<sup>142</sup> Kılıçoğlu, 119.

<sup>143</sup> Çınar, 78-79.

<sup>144</sup> Oğuz, 67; Atamer, Denetleme, 91

<sup>145</sup> Şeker, 134.

bb. Genel İşlem Koşullarının Karşı Tarafa Teslimi veya Açıkça Bu Koşullara Yollama Yapılması

Düzenleyen, sözleşme içeriğine dâhil etmek istediği genel işlem koşullarını karşı tarafa teslim ederek, ona, bunlara sözleşmede yer vermek istediğini açıklar ve bu konuda onun rızasını alırsa, ilişkilendirme anlaşması yapılmış olur<sup>146</sup>. Her ne kadar yazılı olması zorunluluk arz etmese de, genel işlem koşullarının sözleşmeye dâhil olması için, düzenleyenin yazılı bir metin kullanması, sonradan ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar açısından ispat kolaylığı sağlayacaktır. Diğer bir ifadeyle, yazılı bir metin kullanmak zorunlu değildir.

Doktrindeki bir görüşe<sup>147</sup> göre, genel işlem koşulları, sözleşme metninde yer almamış; ayrı bir metin halinde düzenlenmiş veya sözleşmenin arkasına yazılmış ise, düzenleyenin açıkça karşı tarafı bilgilendirmiş sayılması için, sözleşme metninde bu koşullara yollama yapan bir hükmün bulunması veya söz konusu koşulların varlığına ilişkin, sözlü olarak bir uyarıda bulunulması gerekmektedir. Ancak TBK m.21'de açıkça bilgi verilmesi yeterli görülmüş ve ayrıca sözleşme metninde genel işlem koşullarına yollama yapan bir hüküm aranmamıştır.

Doktrindeki bir diğer görüş<sup>148</sup> ise, bu görüşün aksini savunmaktadır. Buna göre, eğer sözleşmenin arka yüzünde genel işlem koşulları olduğu fark edilebiliyorsa, karşı tarafın sözleşmeyi imzalaması ile arka sayfada yer alan şartların artık, sözleşmeye dâhil olmuş sayılacağı kabul edilmelidir.

Yabancılarla yapılan sözleşmeler açısından durum değerlendirilmesi yapıldığında, düzenleyen, sözleşmenin karşı tarafının, sözleşmenin yapıldığı dilin inceliklerine hâkim olması gerektiğini, dil bilmeme rizikosunun onun üzerinde olduğunu ileri sürerek, genel işlem koşullarını sözleşme metnine dâhil etmek için, onun anlamayacağı şekilde, uyarıyı kendi dili ile yaparak, genel işlem koşullarını sözleşmeye dâhil edemez. Bu durumda olan karşı taraf için, bir tercüman yardımı alınmalı veya bu mümkün olmaz ise, onun anlayabileceği şekilde, bu koşulların sözleşmeye dâhil edilme isteği açıklanmalıdır<sup>149</sup>.

---

<sup>146</sup> Erten, 95; Oğuz, 46.

<sup>147</sup> Atamer, Denetleme, 86-87.

<sup>148</sup> Oğuz, 46,63.

<sup>149</sup> Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 114; Oğuz, 60; Örnek olarak, sözleşme görüşmelerinin İngilizce yürütülmesinden sonra sözleşmenin arka sayfasına Almanca genel işlem koşulları yazılması durumunda, her ne kadar sözleşmenin ön yüzünde İngilizce yollama söz konusu olsa da, sözleşmenin arka sayfasında yazılı genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olmuş sayılmayacağını ileri sürülmüştür. Doktrinde, sözleşmenin yapıldığı ülkenin dili kullanılarak sözleşme koşulları hazırlanmış ise, artık, düzenleyenin, karşı tarafın

Bu konuda incelenmesi gereken bir diğere nokta ise, düzenleyenin karşı tarafa katalog veya sipariş araçları göndermiş olması durumunda, bu katalog veya sipariş dokümanları içerisinde yer alan genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dâhil olup olmayacağıdır.

TBK m. 8/2’de, katalog veya fiyat listesi yahut benzerlerinin gönderilmesinin, kural olarak, icaba davet değil, icap sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre, “*Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır*”.

Düzenleyen tarafından gönderilen katalog içerisinde yer alan genel işlem koşullarının, karşı taraf tarafından kabulü ile icap değil, kabul beyanı açıklanmış olacaktır ve sözleşme hüküm ifade edecektir. Katalogların icaba davet olduğunun düzenleyen tarafından katalogda belirtilmesi durumunda ise, sözleşmenin kurulması için gerekli olan ve sözleşmenin esaslı şartlarını taşıyan irade açıklaması yani icap, karşı tarafça yapılmış olduğundan, genel işlem koşullarının sözleşmeye dâhil olması kabul edilebilirse de, katalog ve cari fiyat irsaliyesinin icap sayılması durumunda, karşı tarafın ortaya koyacağı kabul anlamındaki irade beyanının, genel işlem koşullarını kapsamadığı kabul edilmelidir. Nitekim birinci durumda, karşı taraf, sözleşmenin hükümlerini ve edimi kendisi belirleme imkânına sahipken, ikinci durumda, yani katalog gönderilmesinin icap sayıldığı hallerde, karşı tarafın bu icabı değiştirmesi söz konusu değildir. Karşı tarafın söz konusu teklifi değiştirmesi durumunda ise, bir icap değil, icaba davet söz konusu olacaktır<sup>150</sup>.

Karşı tarafın, düzenleyen tarafından kendisine gönderilen sipariş metninin boş bırakılan kısmını dolduruyor ise, artık, genel işlem koşullarının sözleşmeye dâhil edilmesini kabul etmiş demektir<sup>151</sup>.

### cc. Genel İşlem Koşullarının İlan Edilmesi

Hayatın olağan akışı içinde çok sık karşılaşılan ve ekonomik bakımdan önemli bir değer taşımayan sözleşmelerin kurulmasında her bir sözleşmeye genel işlem koşulları metninin verilmesi, düzenleyen açısından büyük güçlük çıkaracaksa, istisnai olarak bu metnin sözleşmenin kurulacağı mekânda ilan edilmesi kabul edilebilir. Nitekim BGB § 305’te, genel işlem koşullarını düzenleyenin, bu koşulların sözleşmeye dâhil edilmesi konusunda karşı tarafı açıkça uyarması büyük bir güçlük arz ediyorsa, bunları ilan ederek,

---

anlayabileceği şekilde tercüman kullanma yükümlülüğünün olmadığı görüşü savunulmuştur. Ayrıntılı açıklama için bkz. Reich, 1857-1860.

<sup>150</sup> Çınar, 76

<sup>151</sup> Atamer, Denetleme, 87.



sözleşmeye dâhil etme isteğini ortaya koymasının yeterli olacağı şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Örneğin, otomat ile yapılan işlemlerde düzenleyen veya personeli bulunmadığından, düzenleyenin karşı tarafı genel işlem koşulları konusunda uyarması güç, hatta imkânsız olacağı için, düzenleyen, ilan yoluyla bu iradesini ortaya koyabilecektir. Ancak, genel işlem koşullarının bu yolla sözleşmeye dâhil olabilmesi için, bu ilan metninin, sözleşmenin yapıldığı yerde zahmetsizce görülebilir bir şekilde yapılması gereklidir<sup>152</sup>. Dolayısıyla, genel işlem koşulları, sözleşmenin yapıldığı yerde karşı taraf tarafından hemen fark edilebilecek şekilde ve uygun bir yere asılmamış ise, karşı tarafın bu koşulları sözleşmeye dâhil etmek istemediği sonucuna varılacaktır.

Bu anlamda, işlem yapılan mağaza veya dükkânda, genel işlem koşullarının mağazanın hemen girişine değil de, ödeme yaparken görülebilecek şekilde kasa arkasına veya önüne asılması durumunda, bu koşulların sözleşmeye dâhil olmadığı kabul edilmelidir<sup>153</sup>. Genel işlem koşullarının, gazete, dergi, çarşı ve sokak gibi yerlerde ilan edilmesi durumunda, karşı tarafın yapacak olduğu sözleşmelerde bu şartları hatırlaması ve içeriğini bilme imkânının sağlanmış olması kabul edilemeyeceğinden, bu koşullar, sözleşmenin içeriği haline gelmez<sup>154</sup>.

BGB § 305'te öngörülen bu düzenleme istisnaî bir nitelik taşımaktadır. Örneğin, sinema, tiyatro, otomat işlemleri vb. durumlarda, genel işlem koşullarının kullanımı uyarısı günlük arz edebileceği için, ilan yoluyla bu koşulların sözleşmeye dâhil edilmek isteğinin açıklanması kabul edilmekte ve ekonomik anlamda önem arz etmeyen işlemler yönünden bu yöntem kabul görmektedir<sup>155</sup>.

Ayrıca bu noktada belirtilmesi gereken bir diğer husus ise sorumsuzluk kayıtlarına ilişkin özellik arz eden bir durum olmakla birlikte; TBK m. 576'ya göre, otel, motel, pansiyon, tatil köyü gibi yerleri işletenler, konaklayanların getirdikleri eşyanın yok olması, zarara uğraması veya çalınmasından sorumludurlar. Bu düzenleme ile işletmecinin koyacağı sorumsuzluk şartının geçerli olması için, bunun konaklayan tarafından açık olarak kabul edilmiş olması gerekir; işletmecinin tek taraflı bildirim bu hususta yeterli görülmemektedir. Diğer bir ifadeyle, otel işleteni, kendi mekânındaki, örneğin otel girişinde astığı tek taraflı bildirim niteliğindeki ilanla bu sorumluluğu ne ortadan kaldırırlar, ne de azaltabilirler. TBK m. 579/3'e göre, garaj, otopark ve benzeri yerleri

<sup>152</sup> Çınar, 77; Atamer, Denetleme, 88-89; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 124.

<sup>153</sup> Çınar, 77.

<sup>154</sup> Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 123; Atamer, Denetleme, 89.

<sup>155</sup> Çınar, 77.

işleten böyle bir sorumluluk üstlenmediğini veya sorumluluğu TBK’da yer almayan bir koşula bağladığını, herhangi bir yolla ilan etse bile, sorumluluktan kurtulamayacaktır. Böylece, kanun koyucu, işletenler için, genel işlem koşulları niteliğinde bulunsun veya bulunmasın, ilan yoluyla sorumsuzluk kaydının karşı taraf tarafından kabul edilmesini, diğer bir ifadeyle, sözleşmeye dâhil edilmiş sayılmasını engellemiştir<sup>156</sup>.

### c. Karşı Tarafın Kabul Beyanı

#### aa. Genel Olarak

Düzenleyenin, genel işlem koşullarının sözleşmeye dâhil edilmesi için, iradesini ortaya koymasından sonra, karşı tarafın, kabul iradesini açıklaması ile ilişkilendirme anlaşması meydana gelir. Buna karşılık, sözleşmenin içeriğine dâhil olan genel işlem koşullarının, yürürlük denetimi bakımından gerekli şartları sağlaması, onun içerik denetimine tabi tutulmasına engel değildir. 6502 sayılı TKHK’da, BGB’de ve TBK’da, genel işlem koşullarının içeriğinin öğrenilebilmesi için, sözleşmenin karşı tarafına gerekli imkân tanınması yeterli görülmüş, ayrıca içeriğin öğrenilmesi zorunlu görülmemiştir<sup>157</sup>.

Doktrinde, karşı tarafın, söz konusu kayıtların içeriğini öğrenerek kabul etmesi ile içeriğini öğrenmeden ve incelemeyen doğrudan kabul iradesini ortaya koyması arasında ayırım yapılmıştır. Birinci durumda, karşı tarafın ortaya koyduğu kabul açıklamasına “tam bilinçli kabul” veya “açık kabul”, ikinci duruma ise, “genel bilinçli kabul” ya da “global kabul” denilmiştir<sup>158</sup>.

#### bb. Tam Bilinçli (Açık) Kabul

“*Tam(Açık) Bilinçli Kabul*”ün söz konusu olması için, karşı tarafın, düzenleyenin, genel işlem koşullarını sözleşme içeriğine dâhil etme isteğini, kendisine sunulan genel işlem koşullarının yazılı olduğu metni okuyup anlayarak ve sonrasında bu metni imzalayarak veya sözlü olarak rızasını yoruma mahal vermeyecek şekilde açıklaması gerekmektedir<sup>159</sup>.

Bilinçli kabulün bu türünde, iradenin açıklanma biçiminin açık ya da örtülü olması önemli değildir. Karşı taraf iradesini açık veya örtülü olarak ortaya koyabilir. Karşı tarafın

---

<sup>156</sup> “Umumi otoparkta bırakılan aracın çalınması olayında, garaj işleteni, muhafaza ve nezaret borcu dairesinde zararın tazmini ile yükümlüdür; müşteriye verilen makbuzda sorumluluk kabul edilemeyeceğine ilişkin kayıt geçersizdir.” Yargıtay 13.HD. 2003/5039 E. 2003/8870 K. 01.07.2003 T.

<sup>157</sup> Tandoğan, Mesuliyet, 201 vd.

<sup>158</sup> Atamer, Denetleme, 99,102; Akipek, 228; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 110-111; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, 236; Zevkliler/Aydoğdu, 168.

<sup>159</sup> Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 111-112.

düzenleyenin sunduğu genel işlem koşullarını ihtiva eden metni kabul ettiği, bir yoruma ve tartışmaya yer vermeyecek şekilde doğrudan doğruya beyanından anlaşılıyorsa, genel işlem koşullarının açık irade beyanıyla kabulü söz konusudur. Karşı taraf, genel işlem koşullarını kabul etme iradesini, susma hariç olmak üzere, iradesini gösteren davranışlarıyla örtülü kabul beyanı olarak da açıklayabilir<sup>160</sup>.

TBK m. 6'ya göre “Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır”. Buna göre bir sözleşmenin kurulabilmesi için açık bir kabule ihtiyaç duyulmuyorsa ve önerinin münasip süre içinde red edilmemiş bulunması gereken hallerde, sözleşme, karşı tarafın örtülü kabulüyle kurulacaktır. İsviçre Hukukunda, tacirler arasındaki işlemler dışında, kural olarak genel işlem koşullarının örtülü olarak benimsenemeyeceği görüşü hâkimdir<sup>161</sup>.

#### cc. Genel Bilinçli (Global) Kabul

Karşı taraf, düzenleyenin kendisine sunduğu ve sözleşmenin içeriğine dâhil etmek istediği genel işlem koşullarını öğrenme olanağı kendisine sağlandığı halde, bunları okumadan ve içeriğini anlamadan kabul iradesini açıklarsa, bu durumda, genel bilinçli (global) kabulden bahsedilir<sup>162</sup>.

Kendisi ile genel işlem koşulları müzakere edilmeyen ve bu koşulların içeriğini bilmeyen karşı taraf, söz konusu koşulların sözleşmenin içeriği haline gelmesini istediği için, onun bu iradesi, ilişkilendirme anlaşmasını meydana getiren “*kabul*” anlamında yorumlanır. Bu beyanın kabul olarak yorumlanmasında, kaynağını dürüstlük kurallarında (TMK m. 2/1) bulan “*güven teorisi*”nden hareket edilir.

Güven teorisi, irade beyanının anlamını tayinde, muhatabın dürüstlük kuralına göre, bildiği veya bilmesi gerekli bütün unsurları değerlendirerek beyana vermesi gereken anlama olan haklı güvenini koruyarak, irade beyanının yorumunda da önemli rol oynamaktadır<sup>163</sup>.

Güven teorisine göre, karşı tarafın açıklamış olduğu irade beyanının kabul anlamına gelmesi için, düzenleyenin, ödevini yerine getirmesi, genel işlem koşullarını sözleşmenin içeriğine dâhil etmek istediğini açıkça ortaya koyması ve karşı tarafça varlığı bilinen bu koşulların içeriğinin, bu olanak kendisine sağlandığı halde, öğrenilmeden “*kabul*” edilmesi

<sup>160</sup> Antalya, Borçlar Genel, 310.

<sup>161</sup> Antalya, Borçlar Genel, 311.

<sup>162</sup> Akipek, 228; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 112; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, 236; Soyer, 81.

<sup>163</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Güven Nazariyesi, 9; Kocayusufpaşaoğlu, 133-134; Eren, 139 vd.

gereklidir. Aksi takdirde, bu şekildeki genel işlem koşulları açısından, güven teorisi ile ilişkilendirme anlaşmasının meydana geldiği kabul edilemez<sup>164</sup>.

Tam bilinçli (açık) kabulde, karşı taraf, genel işlem koşullarını okuyarak, bilgi sahibi olup öğrendikten sonra anlamını tam olarak kavrar; genel bilinçli (global) kabul bu durumun tam karşısını oluşturmaktadır. Global kabul durumunda karşı taraf genel işlem koşullarının içeriği hakkında bilgi sahibi olmadan, anlamadan genel işlem koşullarının sözleşmeye dâhil olmasını kabul etmektedir. Karşı taraf açıkça bilgilendirilmediğinden dolayı, global kabul durumunda, örtülü irade açıklamasının varlığı halinde yürürlük şartının gerçekleşmesi mümkün olmaz<sup>165</sup>.

## 2. İlişkilendirme Anlaşması Açısından Bazı Özel Durumlar

### a. Genel Olarak

TBK m. 1/2’de, sözleşmenin kurulması için gerekli olan irade açıklamalarının açık veya örtülü olabileceği belirtilmiştir. Hukuki sonuç hakkındaki arzuyu tereddüde yer vermeyecek tarzda ortaya koyan irade beyanı açık (sarih) irade beyanıdır. Bu, sözle, yazıyla veya bir işaretle yapılabilir. Hukukî sonuç hakkındaki arzu, ancak arzuyu açıklamak için yapılan hareketten, bu hareketin yapıldığı hal ve şartlar göz önünde tutularak anlaşılabilirse, irade beyanı örtülü (zımnî) bir irade beyanıdır. Bu itibarla, örtülü beyan, ya aktif bir davranış sergilenerek veya pasif bir davranışla ya da susma ile olmaktadır<sup>166</sup>. İradenin varlığını gösteren hareket iradeyi başkalarına bildirmek için değil, sırf iradenin gerçekleştirilmesi için yapılmışsa, bu takdirde bir “*irade faaliyeti (irade icraatı)*” ile karşılaşılır. Bazı yazarlar tarafından irade faaliyeti sayılan hareketlerin “*örtülü irade beyanları*” kapsamında ele alınabileceği savunulmaktadır<sup>167</sup>.

6502 sayılı TKHK kapsamında örtülü anlaşma, girişimcinin açık irade beyanının tüketici tarafından örtülü olarak kabulü şeklinde olabileceği gibi, girişimcinin örtülü irade beyanının tüketici tarafından açıkça kabul edilmesi ya da her iki tarafın irade beyanının örtülü olması şeklinde de olabilmektedir.

---

<sup>164</sup> Havutçu, 113.

<sup>165</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya, Borçlar Genel, 311 vd.

<sup>166</sup> Atamer, Denetleme, 100.

<sup>167</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, 146.

Oysa BGB’de<sup>168</sup> ve TBK’ da düzenleyenin, genel işlem koşullarını sözleşmenin içeriğine dâhil etmesi için, iradesini açık bir şekilde ortaya koymuş olması arandığı için, düzenleyenin, irade beyanı örtülü olamayacaktır.

Bir pasif davranış şekli olan “*sükût*” diğer bir deyişle “*susma*” halinde, muhatabın bunu irade beyanı sayması gerekip gerekmediği sorunu, güven teorisine göre çözülmesi gereken bir sorundur. Aslında susma kural olarak irade beyanı sayılmamakla birlikte, istisnaen susma, güven teorisi çerçevesinde, irade karinesi yoluyla irade beyanı olarak sonuç doğurabilir<sup>169</sup>.

Susmanın irade beyanı sayılması için, susan kimse aksi yönde bir arzuya sahipse susmaması gerekli ve susmayacak durumda olmalıdır<sup>170</sup>. TBK m. 6’da bu husus, “*Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır*” şeklinde ifade edilmiştir. TBK bu hükmüyle açık bir kabulün gerekli olmadığı hallerde kabulcünün öneriyi red hakkına sahip olduğu, bu hakkını uygun bir süre içinde kullanabileceği, red hakkını kullanmadığı takdirde sözleşmenin kurulmuş sayılacağını ifade etmek istemiştir<sup>171</sup>. Yargıtay uygulamasında ise sözleşme hükümlerinin örtülü irade beyanı ile sözleşme içeriği haline gelmesi kabul görmektedir<sup>172</sup>. Buna göre, genel işlem koşulları içerisinde, söz konusu icabın belirli bir süre içerisinde reddedilmemesi halinde kabul edilmiş sayılacağına ilişkin bir koşul ekleyen düzenleyenin, karşı tarafça, teklifinin öngörülen süre içerisinde reddedilmemesi dolayısıyla, söz konusu koşulların sözleşmeye dâhil olduğuna ilişkin güveni korunmaz ve bu koşullar sözleşme içeriği haline gelmez<sup>173</sup>.

#### b. Fatura, İrsaliye, Bilet Gibi Belgelerde Yer Alan Genel İşlem Koşulları

Sözleşmenin meydana gelmesinden sonra düzenleyen tarafından, karşı tarafa verilen fatura, irsaliye ve benzeri belgelerde ya da bilet mahiyetinde bir belgenin arka yüzünde genel işlem koşulları bulunabilmektedir. Aslında burada, düzenleyen, sözleşmenin kurulmasından sonra genel işlem koşullarını sözleşmeye dâhil etmek

<sup>168</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, 86.

<sup>169</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, 67-68.

<sup>170</sup> Akyol, 90 vd; Eren, 125.

<sup>171</sup> Kılıçoğlu, 68.

<sup>172</sup> “*Tüketicinin uzunca bir süredir GSM operatörünün aboneliği nedeniyle, sözleşme hükümlerini benimsediğinin kabulü gerektiği...*” Yargıtay 13. HD. 21.01.2002 tarihli ve E. 2001/11843 E. 2002/418 K. 21.01.2002 T.

<sup>173</sup> Atamer, Denetleme, 102; Akipek, 231; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 125; Oğuz, 61.

istemektedir. Oysa BGB § 305/2'de<sup>174</sup> ve TBK m. 21'de desteklenen görüş uyarınca, genel işlem koşullarının sözleşmeye dâhil edilmesi için, sözleşmenin kuruluşu sırasında düzenleyenin karşı tarafı uyarması, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi gerektiğinden, sözleşme kurulduktan sonra ispat aracı olarak verilen makbuz veya faturanın arkasında yer alan koşulların, karşı tarafça sözleşmeye dâhil edilmesine rıza gösterildiğine dair yorumun hukuki herhangi bir dayanağı bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmış ve bu koşulların varlığı hakkında bilgilendirilmeyen karşı taraf, bu koşulların sözleşmeye dâhil edilmesine rıza gösterdiği şeklinde bir yorumla karşı karşıya bırakarak, bu koşulların sözleşmeyle ilişkilendirilmesi mümkün gözükmemektedir. Örneğin, bir kuru temizleyiciye bırakılan elbise için verilen fatura veya sipariş fişinin altında veya arkasında, temizleme yapılmak için bırakılan ürünün *“bir ay içinde teslim alınmaması halinde, şirketin sorumlu olmayacağı”* şeklinde bir kayıt, sözleşme kurulduktan sonra karşı tarafa uyarı yapıldığı gerekçesiyle, sözleşme içeriği haline gelmeyecektir<sup>175</sup>.

Doktrindeki bir görüş<sup>176</sup>, her ne kadar faturanın, sözleşmenin tamamlanması ve ispatına ilişkin bir unsur olduğunun kabulü gerekse de, bazı sözleşmeler açısından, faturanın sözleşmenin içeriğini oluşturduğunu, tarafların ediminin faturaya göre belirlendiğini, bu sözleşmeler açısından, faturada yer alan genel işlem koşullarının diğer koşullar gerçekleşmişse sözleşmenin içeriğine dâhil olmuş sayılabileceğini ileri sürmüştür. Ancak, sözleşmenin kuruluşu sırasında hakkında herhangi bir uyarı yapılmamış olan koşullara ilişkin olarak, bunların sözleşmenin içeriğine dâhil olduğunu söylemek TBK m. 21'e aykırı bir yorum tarzı olacaktır. Nitekim fatura veya sipariş fişi, genellikle sözleşmenin kurulması sırasında değil, sözleşme kurulduktan sonra düzenlenmektedir ve karşı taraf, bu belgelerde yer alan koşulları incelemeyen, onlar hakkında bilgi sahibi olmadan sözleşme koşullarını kabul etmiş görünmektedir. Oysaki birer ispat aracı olan bu belgelerde yer alan koşullar, sözleşmenin kurulmasından sonra karşı tarafa verildiği ve karşı tarafın bunu baştan kabul ettiği şeklinde bir yoruma tabi tutularak sözleşme içeriği haline gelemezler.

Sözleşmenin kurulmasından sonra verilen belgelerde yer alan genel işlem koşullarının niteliği konusunda doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. İlk görüşe<sup>177</sup> göre,

<sup>174</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, 88.

<sup>175</sup> Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 125-126.

<sup>176</sup> Oğuz, 73.

<sup>177</sup> Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 125; Oğuz, 61.

bu kayıtlar, ancak sözleşmenin değiştirilmesi için karşı tarafa yapılan bir icap niteliği taşımaktadır. Bu durumda, bu kayıtların sözleşmeye dâhil olması için, karşı tarafça açık veya örtülü şekilde kabul edilmesi gerekir. Ancak, burada karşı tarafın susması, dürüstlük kuralı uyarınca örtülü kabul olarak yorumlanamaz.

İkinci bir görüşe<sup>178</sup> göre ise, bu durumda, bir icaptan söz edilemez, bundan dolayı, karşı tarafa sonradan verilen genel işlem koşulları ile dolu bir belge dolayısıyla, karşı tarafın susmasının, kabul beyanı olarak algılanamayacağı yönündedir.

Tacirler arasındaki hukuki işlemlerde de faturanın özel bir önemi olduğu için, TTK m. 21/1-2'de fatura içeriğine itiraz ve sonuçları tacirler açısından özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, *“Ticari işletmesi bağlamında bir mal satmış, üretmiş, bir iş görmüş veya bir menfaat sağlamış olan tacirden, diğer taraf, kendisine bir fatura verilmesini ve bedeli ödenmiş ise bunun da faturada gösterilmesini isteyebilir. Bir fatura alan kişi aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde, faturanın içeriği hakkında bir itirazda bulunmamışsa bu içeriği kabul etmiş sayılır.”*

Bu düzenlemeye göre, tacirler arasında sözleşmenin ifasına ilişkin olarak düzenlenen faturada genel işlem koşullarına yer verilmişse, bu koşullara, karşı tarafça sekiz gün içinde itiraz edilmemişse, bu koşullar kabul edilmiş sayılacaktır. Burada sözleşmenin ifasına ilişkin olarak faturanın içeriğine itiraz söz konusudur. Dolayısıyla ifa ile ilgili koşullar, sözleşmenin içeriğine dâhil olacak ifa ile ilgili olmayan koşullar faturada yer alsın ve itiraz edilmemiş olsa bile, sözleşmenin karşı tarafını bağlamayacaktır<sup>179</sup>. Fakat burada söz konusu olan yasal karine, ispata ilişkin olup, ispat yükü, faturayı aldığı halde, içeriğine süresi içinde itiraz etmeyen sözleşmenin karşı tarafına aittir<sup>180</sup>.

Otobüs, tren, uçak vb. biletler ile sinema-tiyatro giriş kartları gibi belgelerde yer alan genel işlem koşullarının sözleşme içeriği haline gelip gelmediği de ayrıca incelenmelidir. Genellikle rezervasyon işlemleri veya seyahatte uyulması gerekli kurallar ve bunlara benzer genel işlem koşullarına yer verilen bu tip belgeler, tarafların anlaşması ve ödemenin yapılmasından, yani sözleşmenin kurulmasından sonra karşı tarafa verilmektedir. Bu belgelerde yer alan koşulların sözleşme içeriğine dâhil edilmek istendiği sözleşmenin kurulması aşamasında karşı tarafa bildirilmediği için, sözleşme içeriğine dâhil olması mümkün değildir<sup>181</sup>.

---

<sup>178</sup> Atamer, Denetleme, 102

<sup>179</sup> Çınar, 89.

<sup>180</sup> Arkan, 147.; Aslan/Ergün, 78.; Doğanay, 166.; Eriş, 638-639.; Karahan, 104.

<sup>181</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, 90-91

Doktrindeki bir görüşe<sup>182</sup> göre, karşı taraf için rutin işlem teşkil eden, sinema ve tiyatro biletleri açısından söz konusu koşulların, sözleşme yapıldığı sırada ilan vb. yolla dikkatinin çekilmesi durumunda sözleşmenin içeriği haline gelebileceğini, ancak, niteliği itibariyle daha fazla önem arz eden uçak ve otobüs biletlerinde yer alan koşullar açısından, aynı sonucun kabul edilemeyeceğini, bu biletlerde yer alan koşulların mutlaka sözleşmenin kurulduğu sırada karşı taraf ile müzakere edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Kanaatimizce, TBK’da düzenlenmeyen fakat BGB § 305/2’de<sup>183</sup> açıkça belirtildiği gibi, düzenleyen açısından güçlük arz eden durumlarda ilan yoluyla genel işlem koşullarının sözleşmeye dâhil edilmesi isteğinin açıklanması mümkündür.

### c. Teyit Mektubunda Yer Alan Genel İşlem Koşulları

Özellikle tacirler arasında sözlü olarak kurulan bir sözleşmenin daha sonra yazılı hale getirilerek karşı tarafa gönderilmesi durumunda, bu belgenin içeriğinde genel işlem koşullarına yer verilebilir. Sözlü olarak veya telefonla yapılan bir sözleşmenin, daha sonra sözleşmenin taraflarından biri tarafından, sözleşmenin esaslı unsurlarına yer verilerek yazıya geçirilmesi ve karşı tarafa gönderilmesine “teyit mektubu” denir<sup>184</sup>.

TTK’ya göre, tacir, teyit mektubunu aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde itiraz etmezse, söz konusu teyit mektubunun yapılan sözleşmeye veya açıklamalarına uygun olduğunu kabul etmiş sayılır (TTK m.21/3).

Fatura sözleşmenin ifasına ilişkin iken, teyit mektubu sözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkindir<sup>185</sup>. TTK’da da sözleşmenin kuruluş şartlarına ilişkin gönderilen teyit mektubu düzenlenmiştir. Kanunda yer alan düzenlemeye göre teyit mektubunu alan kimse, mektubun içeriği sözlü anlaşmalara uymasa dahi, itirazda bulunulmaması halinde ve düzenleyen hileli davranmadığı sürece, teyit mektubunun içeriğini kabul etmiş sayılacaktır. Nitekim bu durumda teyit mektubunun yapılan beyanlara uygun olacağı kabul edilmektedir<sup>186</sup>.

Bir sözleşme ilişkisinin olmadığı durumlarda gönderilen veya sözlü olarak yapılmış bir sözleşmeden farklı koşullar içeren teyit mektupları, karşı tarafın kabul iradesi

<sup>182</sup> Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 127-128.

<sup>183</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, 88.

<sup>184</sup> Doğanay, 230.; İmregün, 39; Oğuz, 71.

<sup>185</sup> Aslan/Ergün, 78.

<sup>186</sup> Atamer, Denetleme, 92-93; Oğuz, 71-72.



bulunmadığı için yasal süre içinde itiraz edilmemiş olsa da, bu sözleşmede yer alan koşullar geçerlilik kazanmaz<sup>187</sup>.

#### d. Ticari Teamül veya Örf ve Adet Hukuku Haline Gelen Genel İşlem Koşulları

Özellikle banka ve sigorta sektöründe yapılan sözleşmeler genel işlem koşulları kullanılarak yapılan sözleşmelerdir ve bu sektörlerde genel işlem koşullarının kullanımı teamül haline gelmiştir<sup>188</sup>.

Banka ve sigorta sektöründe yapılan sözleşmelerde genel işlem koşullarının örf ve adet kuralı<sup>189</sup> haline gelmesi durumunda, bankacı veya sigortacının sözleşmenin karşı tarafına genel işlem koşullarının kullanılacağı hususunda açık bir bildirimde bulunması gerekip gerekmediği açıklığa kavuşturulması gereken bir sorundur.

Tüketicinin yanında tacirlerle de sözleşme yapılan bu sektörlerde, tacirler açısından, bankalarla veya sigorta şirketleri ile yapılan işlemlerde, TTK'nın ticari teamül ve örf ve adet kuralına ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır. TTK m. 2'ye göre, *"Kanunda aksine bir hüküm yoksa ticari örf ve adet olarak kabul edildiği belirlenmedikçe, teamül, mahkemenin yargısına esas olamaz. Ancak, irade açıklamalarının yorumunda teamüller de dikkate alınır."* Buna göre, ticari bir teamül olmaktan çıkarak örf ve adet kuralı haline gelen genel işlem koşulları, bir kanun hükmü gibi, hâkim tarafından resen uygulanacaktır<sup>190</sup>.

Toplumda uzun süredir uygulanan ve toplum tarafından uyulmasının zorunlu olduğu yolunda genel kanaat oluşmuş kurallara *"örf ve adet kuralı"*<sup>191</sup> denilirken, alışkanlık niteliğinde olan ve örf ve adet kuralı derecesine ulaşmamış kurallara ise *"teamül"* denmektedir.

<sup>187</sup> Somuncuoğlu, 31-32; Oğuz, 71

<sup>188</sup> Kaplan, 49 vd.; Arkan, 83 vd.

<sup>189</sup> Ticari örf ve adet hukuku hakkında detaylı bilgi için bkz. Işıқтаç, s. 204.

<sup>190</sup> Kaplan 49.

<sup>191</sup> Hatemi, 69 vd.; Kaplan, 54.; "... Senedin çapraz çizgilerle iptali, imza yerinin yırtulması, makbuz verilmesi gibi işlemlerin ödeme için varsayım olarak kabulü gerekir. Bu durumda taraflar isticvap edilerek yukarıda belirtilen ve senetlerde görülen yırtulmanın nedeni üzerinde durulması ve gerektiğinde TTK 1 ve 2.maddeleri gereğince bu işlemin, ödeme bakımından bir teamül veya örf ve adet olup olmadığının usulen tahkiki gerekirken..." Yargıtay 11.HD. 1976/3837 E. 1976/3840 K. 21.09.1976 T.; "Çatının onarımı bir projeye bağlanmamıştır. Bu gibi işlerde(geçerli) örf ve adete göre komşu taşınmaz malikinin öncelikle ortak alandaki iyileştirmeyi kendisinin yaptırması, iyileştirme giderlerini belgeleyerek komşu taşınmaz malikinden onun yararlandığı orandaki katılma payını harcamayı, yaptıktan sonra istemesi gerekir. Çatıdaki iyileştirme henüz gerçekleşmeden ve gerçek masraf henüz ortaya çıkmadan katılma payının peşin olarak davalıdan tahsili doğru değildir." Yargıtay 14.HD 2007/1210 E. 2007/2506 K. 12.03.2007 T.

TTK m. 2/3'e göre, "Ticari örf ve adet, tacir sıfatını haiz bulunmayanlar hakkında ancak onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği takdirde uygulanır.". Bu düzenlemeye göre, banka ve sigorta şirketleri ile karşı taraf arasında yapılan işlemlerde, ticari örf ve adet ancak, tüketiciler tarafından bu örf ve adet kuralının bilindiği veya bilinmesi gerektiği takdirde uygulanır. Doktrinde genel işlem koşullarının örf ve adet kuralı haline gelip gelmediği konusunda tartışmalar vardır.

Bir görüşe<sup>192</sup> göre, Alman Federal Mahkemesi içtihatlarından çeşitli örnekler verilerek, Federal Mahkemenin, belirli bir alanda mutad hale gelmiş genel işlem koşulları kullanımının tüketiciler tarafından bilinmesi gerektiği ve tüketicinin, bu koşulların varlığı konusunda açıkça uyarılmaması durumunda bile bunların varlığının onlar tarafından bilinmesi bekleneceği için, genel işlem koşullarının artık bir sözleşmenin içeriğini oluşturacağı ileri sürülmektedir.

İkinci bir görüşe<sup>193</sup> göre ise, genel işlem koşulları, uzun süren toplu bir uygulama sonucunda oluşmadığı için ve ayrıca tüketiciler tarafından da bu koşulların bilinmediği göz önünde tutularak, genel işlem koşullarının örf ve adet kuralı haline gelmediği ve tüketicilere uygulanmayacağı yönündedir.

Diğer bir görüşe<sup>194</sup> göre, Türk hukukunda tacirler arasında genel işlem koşullarının ticari teamül niteliğinde oldukları, henüz örf ve adet kuralı niteliğini kazanmadıkları kabul edilmektedir.

BGB § 310'da<sup>195</sup>, genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin tacirlere uygulanmayacağı kabul edildiği için, tüketiciler açısından, genel işlem koşulları kullanımı örf ve adet kuralı oluşturmayacaksa da, tacirler açısından, bunun mümkün olduğu kabul edilmektedir.

#### e. Çerçeve Sözleşmelerde Yer Alan Genel İşlem Koşulları

Sözleşme tarafları, önceden yapacakları bir çerçeve sözleşme ile daha sonra yapacakları ve genel işlem koşulları kullanacakları sözleşmeler açısından, ayrıca bir irade açıklamasında bulunmak zorunda değildirler. Böylece, önceki çerçeve anlaşma uyarınca, daha sonraki sözleşmelerde kullanılacak genel işlem koşulları, kullananın açıkça sözleşmenin karşı tarafını uyarmasına ihtiyaç bulunmaksızın, sözleşme içeriği haline

<sup>192</sup> Oğuz, 68-69.

<sup>193</sup> Arkan, 89; Eriş, 170; Kaplan, 47.; Oğuz, 51.

<sup>194</sup> Atamer, Denetleme, 106.

<sup>195</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Wolf/Horn/Lindacher, Art. 24, Rn.11.

gelmektedir<sup>196</sup>. Alman BGB § 305/3'te de, bu husus düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşmenin tarafları, belirli koşullar altında, bazı hukuki işlem türleri için, belirli genel işlem koşullarının uygulanacağını önceden kararlaştırabileceklerdir<sup>197</sup>.

Uygulama alanına banka ve sigorta sözleşmelerinde sıkça rastladığımız çerçeve sözleşmelerle, düzenleyen, karşı tarafa genel işlem koşulları kullanacağını genel işlem koşullarının içeriğini öğrenme imkânı sağlamakta ve bunları sözleşme içeriğine dâhil etmektedir. Dolayısıyla, düzenleyen daha sonraki sözleşmeler açısından önceden hakkında karşı tarafı bilgilendirdiği genel işlem koşulları hakkında, tekrar karşı tarafı bilgilendirme zahmetinden kurtulmaktadır. Ancak şu hususu da özellikle belirtmek gerekir ki, çerçeve sözleşme yapılırken karşı tarafın genel işlem koşullarına ilişkin alınan rızası, daha sonra düzenleyenin tek taraflı iradesi ile değiştirilemez (TBK m.24). Bu takdirde, sonradan değişikliğe uğrayan koşulların sözleşmenin içeriğine dâhil oldukları ileri sürülemez. Bununla birlikte, değişik genel işlem koşullarını kullanmak isteyen düzenleyen, karşı taraf ile yeni bir çerçeve sözleşme yapmak zorundadır<sup>198</sup>.

### **3. İlişkilendirme Anlaşmasına Rağmen Bazı Koşulların Yürürlük Kazanamaması**

Bazı sözleşme kayıtları geçerli olarak kurulmuş bir ilişkilendirme anlaşmasının varlığına rağmen, sözleşmeye dâhil olmamaktadır. Genel işlem koşullarının sözleşme ile ilişkilendirilmesi için icapta bulunmuş ve karşı taraf (tüketici) bu icabı kabul etmiş olsa bile, doktrinde, güven teorisi uyarınca, bu koşulların olağandışı ve şaşırtıcı olduğu ve bundan dolayı da söz konusu kabul iradesinin bu koşulları kapsamadığı kabul edilmiştir<sup>199</sup>. TBK m.21/2'de, "*Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır*" denilmek suretiyle, genel işlem koşulları içerisinde yer alan ve karşı taraf tarafından sözleşmede yer alması beklenmeyen olağandışı ve şaşırtıcı koşulların, sözleşmeye dâhil olmayacakları kabul edilmiştir<sup>200</sup>. TBK'nın bu hükmünde, genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olmaları kriterine bağlanmıştır. Bu noktada tartışılması gereken husus, "*olağandışı*" (alışılmamış) ve "*şaşırtıcı*" kayıtlar arasında bir ayrımın olup olmadığıdır.

<sup>196</sup> Atamer, Denetleme, 96; Barlas, 807 vd.

<sup>197</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, 94-95; Barlas, 807 vd

<sup>198</sup> Oğuz, 66.

<sup>199</sup> Bahtiyar, 85; Atamer, Denetleme, 108-109; Soyer, 83; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 135-136; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, 237-238.

<sup>200</sup> Havutçu, Sempozyum, 3619.

Doktrindeki bir görüşe<sup>201</sup> göre, “*olağandışı*”(alışılmamış) ve “*şasırtıcı*” kayıtlar arasında bir ayırım yapılması doğru değildir.

Doktrindeki ikinci bir görüşe<sup>202</sup> göre, “*olağandışı*” (alışılmamış) ve “*şasırtıcı*” kayıtlar arasında yapılan ayırım suni bir ayırmadır. İkisinde de sorun aynıdır ve işleme tamamen yabancı olan hükümlerin akibeti söz konusudur, dolayısıyla ikisi de aynı yaptırıma tabi olmalıdır.

Bu sebeplerle, Yargıtay’ın “*alışılmamış*” ve “*şasırtıcı*” kayıtlar arasında bir ayırım yaparak en azından şasırtıcı kayıtların sözleşme içeriğine hiç dâhil olmadığını vurguladığı 1998 tarihli kararı<sup>203</sup> doktrin nezdinde yerinde bir karar olarak nitelendirilemez.

Doktrindeki üçüncü bir görüşe<sup>204</sup> göre ise, olağandışı bir kayıt, bir taraftan sözleşmeye yabancı kalan, diğer yandan da karşı tarafın görüş ufkunun dışında yer aldığı için onun açısından şasırtıcı bir nitelik taşıyan bir kayıttır. Şu halde, kaydın sözleşmeye yabancı kalması dolayısıyla “*olağandışı*” (alışılmamış) sayılması bu kavramın objektif, “*şasırtıcı*” olması ise sübjektif unsurunu oluşturmaktadır.

Sözleşmede yer alması beklenmeyen “*olağandışı*” ve “*şasırtıcı*” koşulların (TBK m.21/2’de belirtilen), sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı oldukları kabul edilmelidir. Dolayısıyla, “*olağandışı*” ve “*şasırtıcı*” koşullar sözleşmenin niteliğine yabancı olduklarından aynı yaptırım türüne dâhil olacaklardır. Bununla birlikte, “*olağandışı*” ve “*şasırtıcı*” kavramları her zaman birbirlerinin yerine kullanılabilen kavramlar değildir. Olağan olmayan, alışılmamış olan bir durum için “*olağandışı*” tamlaması kullanılırken; şasırtıcı niteliği olan bir durum için “*şasırtıcı*” ifadesi kullanılır. Örneğin<sup>205</sup>, Almanya’ da ikamet eden, Almancadan başka dil bilmeyen bir kadının, Amerika Birleşik Devletleri’ne gidip dönmek üzere yaptığı bir seyahat sözleşmesinde, İngilizce olarak kaleme alınmış çok maddeli genel işlem koşullarının yer alması ve bu koşullar nedeni ile çıkacak ihtilaflarda yetkili mahkeme olarak Amerikan mahkemelerinin yetkili kılınmış olması durumunda, New York Mahkemesi yerinde olarak bu hükmün

<sup>201</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, 237.

<sup>202</sup> Atamer, Denetleme, 115.

<sup>203</sup> Yargıtay 3.HD 1998/4263 E., 1998/6098 K. 2.6.1998 T. YKD 1998/8 , 1141. “*Gerek ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre mahkeme içtihatları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem şartlarının (veya iltihaki sözleşmelerin) uyumsuzluk halinde hakim tarafından kontrolünde, açık olmayan kayıtların metni kaleme alan aleyhine yorumlanacağı, alışılmamış kayıtların geçersiz, şasırtıcı kayıtların ise sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmayacağı(vba), münferit sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanmayacağı, kişilik haklarını sınırlayan kayıtların ise hükümsüz olacağı ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır.*”

<sup>204</sup> Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 135 vd.

<sup>205</sup> Örnek için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, 238.

uygulanmasını doğru bulmamış ve davayı reddetmiştir. Bu olayda yetkili mahkeme kaydının şaşırtıcıdan ziyade olağandışı nitelikte olduğu kabul edilebilmektedir.

Diğer bir ifadeyle, aralarında kavramsal bakımdan farklılık olan fakat uygulanacak olan yaptırım bakımından herhangi bir ayırım olmayan olağandışı ve şaşırtıcı koşullar her hâlükârda işin tabiatına yabancıdır. Fakat bu kavramların içeriği ile uğraşmak yargı makamlarının gereksiz yere zaman kaybetmesine yol açacaktır. Dolayısıyla gerekçeli kararlarda aralarına “ve” bağlacı koyarak mevcut durumu ifade etmek yeterli kabul edilmelidir<sup>206</sup>.

BGB § 305c’de, “*Şaşırtıcı ve Birden Çok Anlama Gelen Kayıtlar*” başlığı altında bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, “*Hal ve şartlara ve özellikle sözleşmenin dış görünümüne göre, kullananın karşısındaki sözleşme tarafının hesaba katması beklenemeyecek ölçüde alışılmamış nitelikteki genel işlem koşulları sözleşme kapsamına dâhil olmuş sayılmaz.*”<sup>207</sup>

Doktrinde bir görüşe göre, TBK ve BGB’de yer alan düzenlemeler dikkate alındığında bir kaydın olağan dışı sayılması, yorum sonucunda tespit edildiğinden, söz konusu yasal düzenlemeler yürürlük denetiminin bir parçası olarak değil, yorum kuralları olarak görülmüştür<sup>208</sup>.

İkinci bir görüşe<sup>209</sup> göre ise, yorum, bir kaydın anlamının açık olmaması durumunda hangi anlama geldiğinin tespit edilmesidir. Buna karşılık, buradaki yorum, kaydın hangi anlama geldiğinin tespiti değil, anlamı belirli olan kaydın olağan dışı sayılıp sayılmayacağına tespitidir. Bu tespit sonucunda söz konusu koşul sözleşmeye dâhil olacak veya olmayacaktır.

Yorum sonucunda bir kaydın olağan dışı olup olmadığının tespit edilmesi onu yorum kuralı haline dönüştürmez. İkinci görüşte de belirtildiği gibi, yorum, bir kaydın anlamının açık olmaması durumunda başvurulacak bir yöntemdir. Biz, yorum kuralını bu aşamada uyguladığımız takdirde olağan dışı kaydı sözleşmenin içeriğine dâhil etmemiz gerekecektir. Oysa ortada anlamı belirli olan bir kayıt vardır ve sorgulanması gereken bu kaydın olağan dışı sayılıp sayılmayacağıdır. Bundan sonra ortaya çıkan tabloya göre söz konusu koşul sözleşmeye dâhil olacak veya olmayacaktır.

---

<sup>206</sup> Konu hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, 238 vd.

<sup>207</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, 96.

<sup>208</sup> Kaplan, 75.

<sup>209</sup> Çınar, 96.

Bir kaydın hangi koşullar değerlendirilerek olağan dışı sayılacağına ilişkin, BGB § 305c'de, “*tipik sözleşme hükümlerinin içeriğinden farklılık*“ kriteri getirilmiştir. Buna göre, sözleşmenin yapılmasına eşlik eden bütün koşulları, yani sözleşme öncesi tüketiciye gönderilen reklam araçları, kataloglar ve benzerleri göz önünde tutularak, söz konusu kaydın sözleşmeye yabancı olup olmadığı tespit edilir<sup>210</sup>.

Ayrıca, genel işlem koşullarında, isimli (tipik) sözleşmenin içeriğinden çok farklı hükümler öngörülmüşse, bu koşullardan öncelikle, karşı tarafın edim yükümlülüğünü genişleten veya karşı edim yükümlülüğünü sınırlandıran kayıtlar olağan dışı kabul edilecektir<sup>211</sup>.

Sözleşmenin içeriğine dâhil edilmek istenen olağan dışı nitelikteki bir kayıt hakkında düzenleyen tarafından karşı tarafın özel olarak dikkatinin çekilmiş olması halinde, karşı taraf söz konusu kayda karşı çıkmamışsa, artık, bu kaydın olağan dışı olduğu ileri sürülemez. Yine aynı şekilde, bireysel bir anlaşmaya konu olmuş ancak sözleşmenin niteliğine yabancı bulunan sözleşme kaydı da sözleşmenin içeriğine dâhil olmuş kabul edilmektedir. Ancak bu durumda, söz konusu kaydın bireysel anlaşma konusu yapıldığı ya da düzenleyen tarafından açıkça uyarı yapıldığının ispat yükü düzenleyen üzerindedir<sup>212</sup>.

## C. YÜRÜRLÜK DENETİMİNİN SONUÇLARI (YAZILMAMIŞ SAYILMA)

### 1. Genel Olarak

Sözleşme, iki tarafın, hukuksal sonuca yönelik karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamalarıyla meydana gelen bir hukuksal işlemdir. Buna karşılık, tarafların müzakere etmediği diğer bir ifadeyle tek taraflı olarak düzenlenen koşulların, bir sözleşmenin içeriğini oluşturmaları da mümkündür. İşte bu noktada yürürlük denetimi, tek taraflı olarak düzenlenen koşulların, sözleşmenin içeriği haline gelip gelmediği konusunda ilgilidir<sup>213</sup>.

BGB'de ise yürürlük ve içerik denetimlerinin hukuki sonuçları düzenlenmiş ve her iki denetim sonucunda sözleşmenin geri kalan hükümlerinin geçerli olacağı kabul edilmiştir<sup>214</sup>.

---

<sup>210</sup> Çınar, 97-98.

<sup>211</sup> Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 137; Çınar, 99

<sup>212</sup> Soyer, 84.

<sup>213</sup> Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 144-145.

<sup>214</sup> BGB § 306'ya göre, “(1) Genel işlem koşulları kısmen veya tamamen sözleşmeye dahil olmamışsa veya hükümsüz ise, sözleşme kalan muhtevası ile geçerli olarak devam eder. (2) Genel işlem koşullarının hükümsüzlüğü veya sözleşmeye dahil olmaması halinde, sözleşmenin içeriği yasal düzenlemelere göre tayin

Yürürlük denetimi ve sonuçları TBK m. 21’de düzenlenmiş olup, buna göre, “(1) 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 olanağı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. (2) Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.”

TBK’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, TBK m. 21/1-c.2 ve d.21/2’de ifade edilen “yazılmamış sayılma” şeklinde bir yaptırım türü hukukumuzda kabul edilmiştir. Bu yaptırım türü ile hangi geçersizlik türünün anlaşılması gerektiği konusu ise, madde gerekçesinden de anlaşılacağı için doktrinde çeşitli tartışmalara konu olmuştur. Doktrindeki bu tartışmalara geçmeden önce, BK’da da mevcut olan geçersizlik türlerinden; “yokluk” ve “kesin hükümsüzlük” (butlan) hallerine kısaca değinmek konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır. Buna göre; bir hukuki işlemin kurulabilmesi için o hukuki işlemin kurucu unsurlarının eksik olmaması gerekmektedir. Dolayısıyla bir hukuki işlemin kurucu unsurları eksik ise o hukuki işlem hiç doğmamış kabul edilir. Bu hükümsüzlük haline “yokluk” adı verilir<sup>215</sup>. Süre geçmekle, icazetle “yokluk” varlığa dönüşemez<sup>216</sup>. Hakkın doğmamış olduğunun ileri sürülmesi def’i değil, “itiraz”dır<sup>217</sup>. Hâkim görevinden ötürü göz önünde bulundurulur<sup>218</sup>.

Hukuki işlemin kurucu unsurlarında bir eksiklik olmamasına rağmen, işlemin geçerlilik şartlarında, kamu düzenini ilgilendirecek nitelikte bir eksikliğin varlığı halinde ise “kesin hükümsüzlük” söz konusudur<sup>219</sup>. Evlenme ve ölüme bağlı işlemlerdeki özel düzenleme dışında genel hükümlere göre kesin hükümsüz olan işlem, icazetle, sürenin geçmesiyle düzelmez<sup>220</sup> ve hâkim tarafından resen nazara alınır<sup>221</sup>.

Bu iki geçersizlik türü arasındaki temel fark kendini “hakkın kötüye kullanılması” itirazında gösterir. “Yokluk” halinin ileri sürülmesi “hakkın kötüye kullanıldığı” (TMK m. 2/2) gerekçesiyle engellenemezken, “kesin hükümsüzlük” halinde bu imkân

---

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.” Detaylı bilgi için bkz. Çınar, 100-101.

<sup>215</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 376; Oğuzman/Öz, 179.

<sup>216</sup> Hatemi, Medeni, 163.

<sup>217</sup> Hatemi, Medeni, 163.

<sup>218</sup> Hatemi, Medeni, 163.

<sup>219</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 378; Oğuzman/Öz, 180.

<sup>220</sup> Hatemi, Medeni, 163.

<sup>221</sup> Hatemi, Medeni, 163.

bulunmaktadır<sup>222</sup>. Diğer bir ifadeyle, "kesin hükümsüzlük" iddiasının "hakkın kötüye kullanılması" (TMK m. 2/2) şeklini alması mümkün iken, "yokluk" halinde böyle bir durumla karşılaşmamaktadır. Örneğin; bir tüketici kredisi sözleşmesinde, kredi kullanımına ilişkin olarak "dosya masrafı" adı altında tüketiciden bir miktar para talep edilmesi varsayımında, tüketici, bankanın keyfi uygulamalarına maruz kaldığını, kendi menfaatine aykırı olan bu kayıt ile ilgili olarak bilgilendirilmediğini dolayısıyla bu genel işlem koşulunun kesin hükümsüz olduğunu iddia edebilir. Buna karşılık banka ise, bu uygulamanın keyfi olmadığını, bu tür bir kredi sözleşmesinde söz konusu "dosya masrafı"nın kredi kullanımının doğal bir sonucu olduğunu ve bu konu hakkında tüketicinin bilgilendirildiğini ispat ederek, söz konusu iddianın MK m. 2/2'ye aykırı olduğunu ileri sürebilecektir.

TBK ile birlikte "yazılmamış sayılma" şeklinde ifade edilen bir yaptırım türü, hukukumuzda kabul edilmiştir. Bu ifadenin yeni bir yaptırım türü mü olduğu yoksa hukukumuzda mevcut olan yaptırım türlerinden birinin yerine mi kullanıldığı konusu doktrinde tartışılmıştır.

Doktrindeki bir görüşe<sup>223</sup> göre, TBK m.21/1-c.2'de yer alan "yazılmamış sayılır" yaptırımı yerine, maddeyi BGB'deki hükmü dikkate alarak düzenlemek daha uygun olacaktır. Buna göre düzenlemenin şu şekilde yapılması gerekmektedir: "aksi takdirde genel işlem koşulları sözleşmenin kapsamına dâhil sayılmazlar."

İkinci bir görüşe<sup>224</sup> göre, bu maddede kullanılan "yazılmamış sayılma" kavramı, BGB § 306'da kullanılan, "bağlayıcı olmama ya da sözleşmenin içeriğine dâhil olmama" anlamını daha sert vurgulamak için kullanılmıştır.

Üçüncü bir görüşe<sup>225</sup> göre ise, "hükümsüzlük" yaptırımının "yazılmamış sayılma" olarak ifade edilmesi Borçlar Hukuku terminolojisine yabancı bir ifadedir. Bu ifade, İsviçre Borçlar Kanunu'nun bazı maddelerinden alınmıştır (OR Art. 995, 999, 1002, 1006, 1109, 1110). Kelime anlamı olarak "yazılmamış sayılma" aslında yazılı şekle tabi bir sözleşmede bir hükmün yazılı şeklin dışında bırakılması anlamına gelir. Bu durumda ise, bu hükmün geçersizliği buradaki yazılı şeklin geçerlilik şekli olmasına ve bu dışarıda bırakılan hükmün de sözleşmenin esaslı unsurlarından olmasına bağlı olur. Oysa TBK m. 21, 22 hükümlerindeki yazılmamış sayılma ile, yazılı şekil dışında kalmanın sonuçlarına

<sup>222</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, 179 vd.

<sup>223</sup> Altop, Armağan, 40

<sup>224</sup> Koç, 82; Çınar, 101.

<sup>225</sup> Oğuzman/Öz, 168.



yollama yapılmayıp, kesin bir hükümsüzlüğün amaçlandığı anlaşılmaktadır. Kaldı ki, pratikte hemen daima yazılı sözleşmeler şeklinde karşılaşılsa da, genel işlem koşullarının sözlü şekilde kararlaştırılmalarına teorik bir engel yoktur. Yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki sözleşme hükümlerinin geçerli kalacağından söz eden TBK m. 22 hükmünün sözünün zıt anlamından, burada bir kesin hükümsüzlük (butlan) durumunun düzenlendiği anlamı çıkmaktadır. Fakat burada daha da ileri bir hükümsüzlük durumunun varlığı savunulabilir. TBK m. 21 hükmünde “*yazılmamış sayılma*”, karşı tarafın kabul beyanının bu hükümleri kapsamadığı, diğer deyişle, tarafların bu genel işlem koşullarının sözleşmede yer alması hususunda anlaşmadıkları anlamında kullanılmış görünmektedir. Bu durumda hükümsüzlük “*yokluk*” derecesine çıkmaktadır. Zira taraflar arasında irade uyumunu olmayan hususlar, yokluk hükmündedir.”

Dördüncü bir görüşe<sup>226</sup> göre, “*yazılmamış sayılma*” yaptırımını yokluktan daha hafif, kesin hükümsüzlükten daha ağır, özel bir geçersizlik halidir.

Bir diğer görüşe<sup>227</sup> göre, “*yazılmamış sayılır*” yaptırımını ile Borçlar Hukukuna yeni bir yaptırım türü getirilmiştir. Burada bu tür hükümlerin kendiliğinden geçersiz sayılmasına benzer yeni “*yokluk*” türünde bir yaptırım söz konusudur.

Altıncı bir görüşe<sup>228</sup> göre ise, “*yazılmamış sayılma*” ifadesinin “*karşı tarafı bağlamaz*” olarak anlaşılması daha uygundur.

Yedinci bir görüşe<sup>229</sup> göre ise, madde metninde “*yazılmamış sayılma*” yaptırımına yer verilmesi şaşırtıcıdır. Nitekim sorun, yazılı olması dahi aranmayan kayıtların “*yazılmamış sayılması*” değildir. Burada üzerinde durulması gereken genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dâhil olmamasıdır.

Kanaatimizce, “*yazılmamış sayılma*” olarak ifade edilen bu yaptırım türü ister “*yokluk*” ya da “*kesin hükümsüzlük*” (butlan) olarak nitelendirilsin ister bu yaptırım türleri dışında kendine özgü bir yaptırım türü olarak nitelendirilsin, varılan sonuç açısından bir farklılık olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, söz konusu genel işlem koşulları sözleşme içeriği olamayacaktır. Bununla birlikte, madde metninde, “*yazılmamış sayılma*” yaptırımını yerine “*aksi halde bu genel işlem koşulları sözleşme içeriği olmaz*” şeklinde bir ifade yer alsaydı, maddenin düzenleniş amacına daha uygun olurdu.

---

<sup>226</sup> Antalya, Borçlar Genel, 314.

<sup>227</sup> Kılıçoğlu, 119.

<sup>228</sup> Hatemi, Değerlendirme, 225; Hatemi, Dergi, 14; Kırkbeşoğlu, 63 vd.

<sup>229</sup> Atamer, Denetleme, 83 vd.

Burada üzerinde durulması gereken bir nokta da, genel işlem koşullarının varlığı ile ilgili bilgi verilmiş olduğu takdirde, karşı tarafın menfaatine aykırı olsa bile bu koşulların sözleşmenin içeriğine dâhil olup olmayacağı hususu olup; bu husus doktrinde tartışılmıştır.

Doktrindeki bir görüşe<sup>230</sup> göre, “*karşı tarafın menfaatine aykırı*” genel işlem koşulları ile bunlar dışındaki genel işlem koşulları arasında ayırım yapılmalıdır. Hükmün gerekçesi, özellikle karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının varlıklarına ilişkin bilgilendirme yapılmasını, bu nitelikteki koşulların tek tek gösterilmesini aramaktadır. Bunlar dışındaki genel işlem koşullarının ise, varlıkları hakkında bilgi verilip, öğrenme imkânının sağlanması suretiyle ve bundan sonra karşı tarafın kabulüyle, sözleşme kapsamına dâhil olacağı kabul edilmektedir. Bu durumda bankaların, müşterilerine imzalatacakları sözleşmelerde yer alan genel işlem koşullarının varlığı hakkında bilgi vermekle yetinmeyip, ayrıca onların menfaatlerine aykırı genel işlem koşulları hakkında tek tek bilgilendirme yapmaları gerekecektir. Bu görüşe göre, madde bu haliyle sanki “*karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları hakkında, karşı tarafa açıkça bilgi verilmesinden, karşı tarafın menfaatine uygun genel işlem koşulları hakkında bilgi verilmesine yer olmadığı*”ndan söz etmektedir<sup>231</sup>.

İkinci bir görüşe göre, madde metninde “*karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları*” denilmek suretiyle bağlayıcılık denetimi ile geçerlilik denetimi birbirine karıştırılmaktadır<sup>232</sup>. Bu görüşe<sup>233</sup> göre “*yürürlük denetimi*” aşamasında hâkim genel işlem koşullarının karşı tarafın menfaatine olup olmadığını değerlendirmez. Bu aşamada taraflar arasındaki dengenin bozulup bozulmadığını değil, genel işlem koşullarının sözleşme içeriği haline gelip gelmediğini incelemektedir. Eğer düzenleyen sözleşme içeriğinde genel işlem koşullarını kullandığı konusunda karşı tarafı açıkça uyarmaz, genel işlem koşullarından haberdar olma imkânı tanımaz ise karşı tarafın lehine olan genel işlem koşulları dahi sözleşme içeriğinde yer alamaz. Burada aranması gereken TBK m. 21/1 metninde açıkça belirtildiği gibi, karşı tarafın menfaatine aykırı olup olmadığının önemi olmaksızın, genel işlem koşulları kullanıldığı konusunda karşı tarafı açıkça uyarmak ve genel işlem koşullarının metninden haberdar olma olanağını karşı tarafa sunmak ve karşı tarafın da bu hususu -genelde global kabul olarak- kabul ettiğini belirlemektir. Oysa madde metni bu haliyle, hâkimden henüz kuruluş aşamasında olan sözleşmede genel işlem koşullarının

---

<sup>230</sup> Kuntalp, Sempozyum, 94-95.

<sup>231</sup> Kuntalp, Sempozyum, 94-95

<sup>232</sup> Atamer, TBK, 111.

<sup>233</sup> Atamer, Sempozyum, 27-28.

karşı tarafın lehine ya da aleyhine olduğu hususunda bir değerlendirme yapmasını istemektedir. Bu takdirde bu değerlendirmenin hangi kriterlere göre yapılacağı sorunu ile karşılaşılacaktır<sup>234</sup>.

Gerçekten de yürürlük denetiminde amaç söz konusu genel işlem koşullarının sözleşme içeriği haline gelip gelmediğinin tespit edilmesidir. Bu denetimde, karşı tarafın, sözleşmede genel işlem koşulları kullanıldığı konusunda düzenleyen tarafından açıkça bilgilendirildiği, bu koşulların içeriğini öğrenme imkânı kendisine sağlandığı ve karşı tarafın da bu hususu kabul ettiği sonucuna varılırsa, söz konusu genel işlem koşulları sözleşme içeriği haline gelecektir. Dolayısıyla, düzenleyen tek taraflı olarak hazırladığı bu koşulları, sözleşme içeriğine dâhil etmek istiyorsa karşı tarafı açıkça bilgilendirmelidir. Bu bilgilendirme karşı tarafın lehine ve aleyhine olan tüm genel işlem koşulları için yapılacaktır. Nitekim hâkimi güven kuramı çerçevesinde yürürlük denetimi yapmaya iten neden, önceden ve tek taraflı olarak hazırlanan koşulların müzakere edilip edilmediğini araştırmaktır. Hâkim, bu araştırmayı-genel işlem koşullarının sözleşme içeriği haline gelip gelmediği- karşı tarafın aleyhine olan koşullar bakımından yaptığı gibi lehine olan koşullar bakımından da yapacaktır. Diğer bir ifadeyle genel işlem koşullarının varlığı ile ilgili açıkça bilgi verilmişse, karşı tarafın menfaatine aykırı olsa bile, bu koşullar sözleşmenin içeriğine dâhil olacaklardır. Çünkü yürürlük denetimi ile sözleşme içeriğinin belirlenmesi amaçlanmaktadır. Ancak sözleşme içeriği haline gelen “*karşı tarafın menfaatine aykırı*” bu koşulların daha sonra TBK m. 25’te düzenlenen içerik denetimini geçip geçmeyeceği ayrı bir inceleme konusu olacaktır.

Yürürlük denetimi sonucunda, düzenleyenin karşı tarafa, genel işlem koşulları hakkında açıkça bilgi vermediği ve bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamadığı tespit edildiği takdirde bu koşullar yazılmamış sayılacak ve sözleşme içeriğine dâhil olmayacaklardır. Sözleşmenin bu koşullar dışında kalan hükümleri ise geçerli olarak varlıklarını sürdüreceklerdir. İşte böyle bir durumda, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümlerinin geçerli olduğu kabul edildiğinde, bir sözleşme kaydının sözleşmenin içeriğine dâhil olmaması ya da hükümsüz sayılmasından dolayı, sözleşme boşluğu meydana gelmiş olacağı için, bu sözleşme boşluğunun doldurulması gerekecektir<sup>235</sup>. Bu aşamada şunu da belirtmek gerekir ki, yürürlük ve içerik

---

<sup>234</sup> Atamer, Sempozyum, 27-28.

<sup>235</sup> Aksoy Dursun, 24 vd., 184, 185.

denetiminin sonuçları açısından, meydana gelen bu sözleşme boşluğunun tamamlanması bir farklılık arz etmemektedir.

TBK m. 22’de “Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez” denilmek suretiyle, düzenleyene sözleşmeyi hükümsüz kılma imkânı tanınmamıştır.

Bu husus, BGB § 306’nın son fıkrasında, “... sözleşmenin içeriğinin belirlenmesiyle sözleşmede meydana gelen değişiklik, sözleşmenin taraflarından biri için beklenemeyecek sonuçlar yaratıyorsa, sözleşme bütünüyle hükümsüz hale gelir.” şeklinde ifade edilmiştir. Bu haliyle girişimci açısından daha esnek bir düzenleme getirilmiş bulunmaktadır<sup>236</sup>.

TBK ile birlikte hüküm altına alınan genel işlem koşullarına ait hükümlerin uygulanması açısından tüketici-tacir ayırımına son verilmiştir<sup>237</sup>. Bununla birlikte, tüketicinin kullandığı genel işlem koşulları ile tacirlerin kullandığı genel işlem koşulları doktrinde tartışılmıştır.

Doktrinde bir görüşe göre, örneğin; tacir, sözleşmenin kuruluşunda tüketici gibi zayıf ve deneyimsiz durumda ise, genel işlem koşulları olmadan sözleşme kuramayacaksa tıpkı tüketici gibi korunmalıdır. Bu durumda yürürlük denetiminde alışılmamış veya şaşırtıcı klozların ayıklanmasında tacir için de aynı kriterler uygulama alanı bulmalıdır<sup>238</sup>. Bununla birlikte, tacirler arası işlemler bakımından yürürlük denetiminin emredici olarak düzenlenmesi yanlıştır<sup>239</sup>. Sözleşmenin kurulması aşamasında her bir ticari sözleşme için karşı tarafı açıkça uyarmak ve içeriği hakkında bilgi edinme imkânı vermek işlem hayatının hızına aykırı bir çözümdür<sup>240</sup>. Nitekim tacirin basiretli bir işadamı gibi hareket etme zorunluluğu bulunduğundan, kendi ticari branşında kullanılan genel işlem koşullarına karşı hareket kabiliyetinin bulunduğu kabul edilmelidir<sup>241</sup>. Buna rağmen, tacirlerin genel işlem koşulları karşısında korunmaya ihtiyacı vardır ve bu korumayı sağlayacak olan içerik denetimidir. Genel işlem koşullarının tümel olarak sözleşme içeriği kabul edilebilir ama bu

---

<sup>236</sup> Çınar, 103 vd.

<sup>237</sup> Kuntalp, Sempozyum, 82, 91-92; Atamer, Sempozyum, 10. ; Başalp, s.37.

<sup>238</sup> Atamer, “Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması” (Tacir), İstanbul Ticaret Odası, Yayın no:2001-08, İstanbul 2001, 22.

<sup>239</sup> Atamer, Sempozyum, 35.

<sup>240</sup> Atamer, Sempozyum, 35.

<sup>241</sup> Atamer, Denetleme, 54-57.

hükümlerden bazılarının adil olmaması nedeniyle batıl sayılıp sayılmayacağı ayrı bir sorundur<sup>242</sup>.

Doktrinadaki diğer bir görüşe<sup>243</sup> göre ise, her iki tarafın tacir olduğu sözleşmelere TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı, bu hallerde sadece TTK'nın haksız rekabet hakkında hükümleri arasına eklenen m.55/1-f'nin uygulanacağı belirtilmiştir.

Gerçekten de genel işlem koşullarına ilişkin olarak TBK ile getirilen düzenleme açısından tüketici veya tüketici olmayan sözleşme tarafı ayrımı yapılmamış ve genel işlem koşulu kullanılan bütün sözleşmelerin denetlenmesine imkân verilmiştir. Tacirler arası işlemlerde tacirin basiretli bir işadama gibi hareket etme zorunluluğu bulunmaktadır (TTK m. 18/2) ve tacir bu bağlamda kendi faaliyet gösterdiği alanda kullanılan genel işlem koşullarına ilişkin olarak genel anlamda bilgi sahibi olmalıdır. Ancak bu durum tacirler arası işlemlerde bilgilendirme yapılmaması sonucunu doğurmamalıdır. Tacirler arası işlemlerde de düzenleyen genel işlem koşulları hakkında, karşı tarafa açıkça bilgi verme, içeriğini öğrenme imkânını sağlama yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesiyle ve karşı tarafın kabulü ile sözleşme içeriği haline gelen koşullar, adil olmadıkları gerekçesiyle her hâlükârda içerik denetimine tâbi tutulabileceklerdir. Nitekim TBK ile getirilen düzenleme tacirler arası işlemler için de uygulanacaktır. Bu durumda, TBK m. 22'nin uygulanmasında tacirler arası işlemler bakımından, düzenleyen açısından bir esneklik söz konusu olmayacaktır. Son olarak değinilmesi gereken bir diğer husus ise, TTK m. 55/1-f'nin uygulama alanı dürüstlük kuralına aykırı olarak, özellikle yanıltıcı bir şekilde bir taraf aleyhine konulan haksız rekabete ilişkin genel işlem koşullarına ilişkindir ve bu durum tacirler arası işlemlerde, TBK m. 25 hükmünün uygulanmasını bertaraf etmemektedir. Zira TTK ile TBK' da yer alan hükümlerin düzenlenme amaçları farklıdır.

TBK'daki bir başka düzenleme ise 27/2'de yer almaktadır. Buna göre, *“Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”* Bu kapsamda, kanun tarafından sonuçları özel olarak düzenlenmeyen tüm sözleşmelerin kısmi hükümsüzlüğü açısından, bu hüküm geçerli olacaktır<sup>244</sup>. Türk hukuku açısından söz konusu olan bu düzenlemenin tam tersi bir hüküm BGB § 139 kapsamında yer almaktadır. Alman hukuku

<sup>242</sup> Atamer, Sempozyum, 35

<sup>243</sup> Antalya, Borçlar Genel, 296.; Atamer, Sempozyum, 9, 41 vd., 67 vd.

<sup>244</sup> Başpınar, 2.

bakımından kural, kısmi hükümsüzlük halinde tüm sözleşmenin hükümsüz olmasıdır<sup>245</sup>. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin bir kısmının hükümsüzlüğü kural olarak tüm sözleşmeyi hükümsüz kılacaktır, ancak tarafların bu kısım olmaksızın sözleşmeyi yapabilecekleri kabul edilirse, bu durumda sözleşmenin geri kalan kısımları geçerliliğini koruyacaktır<sup>246</sup>.

BGB § 139 ile sözleşmeyle ilişkilendirilen hükümlerin etkisinden kurtulmak suretiyle avantajlı bir konum elde eden düzenleyenin bu konumu BGB § 306 ile ortadan kaldırılmaktadır. Ancak TBK'nın aksine, BGB sözleşmenin geri kalan hükümlerini geçerli kabul etmekte ve dürüstlük kuralı uyarınca sözleşmenin geçerli olmasının ondan beklenmemesi durumunda sözleşmeyi hükümsüz kılma olanağı tanımaktadır<sup>247</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına göre de “*beklenmezlik kuralına*” sadece zayıf taraf dayanabilmektedir<sup>248</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi 1993 yılında verdiği bir kararda<sup>249</sup>, müşterinin kiraladığı arabanın kasko sigortası şartlarında yer alan ve kiralayanın hafif ihmali ile meydana gelecek zararın dahi sigorta kapsamında olmayacağına ilişkin hükmü beklenmez bularak bunun sözleşme içeriği olmadığına hükmetmiştir.

TBK m. 22, sözleşmeyi düzenleyen tarafın, yazılmamış sayılan genel işlem koşulları olmasaydı, diğer hükümlerle bu sözleşmeyi yapmayacağını ileri süremeyeceğini, sözleşmenin tümüyle geçersiz olduğunu iddia edemeyeceğini düzenlemektedir. Buna karşılık, sözleşmenin karşı tarafının, sözleşmeyi tamamen hükümsüz kılabilmesini yasaklayan bir düzenleme mevcut değildir. Kanun burada, düzenleyenin, kıyas yoluyla TBK m. 27/2-c.2'ye dayanarak, TBK m. 21'de hüküm altına alınan “*yazılmamış sayılma*” yaptırımını etkisiz bırakma ihtimalini, ortadan kaldırmıştır. Düzenleyen karşısındaki diğer tarafa ise, sözleşmenin zayıf tarafını oluşturması ve bunun sonucunda korunmaya muhtaç olması nedeniyle dilerse sözleşmeyi tamamen hükümsüz hale getirme imkânı tanınmıştır. Nitekim sözleşmenin geçerli olduğuna güvenen karşı taraf, ancak bu şekilde korunabilir.

TBK m. 22, doktrinde fikir ayrılıklarına neden olmuştur. İlk görüşe<sup>250</sup> göre, düzenleme yerinde olup, genel işlem koşullarını düzenleyene, sözleşmeye dâhil olmayan sözleşme şartları dolayısıyla sözleşmenin geri kalan hükümlerini hükümsüz kılma hakkı

---

<sup>245</sup> Çınar, 103-104.

<sup>246</sup> Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 145.

<sup>247</sup> Çınar, 103 vd.; Atamer, Denetleme, 114.

<sup>248</sup> Atamer, Denetleme, 112 vd.

<sup>249</sup> BGE 119 II 443,466= Pr. 83/1994 Nr.229. Özellikle sözleşme şartlarının çok küçük punto ile kaleme alınmış olması, bu şarta ilişkin ikaz ödevinin yerine getirilmediğine kanıt sayılmıştır.

<sup>250</sup> Başpınar, 155; Kocayusufpaşaoğlu, Kısmi Hükümsüzlük, 30.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 165; Kırkbeşoğlu, 66.

tanımının haklı bir tarafı bulunmamaktadır. Aynı şekilde, sözleşmeye dâhil olan hükümlerin geçerli kabul edilerek, düzenleyen karşısında zayıf bir konumda bulunan karşı tarafı sözleşme ile bağlı kılmak da çok adil olmayacağından, genel işlem koşullarını kullanan düzenleyenin, bu koşulların sözleşmenin içeriğine kısmen veya tamamen dâhil olmaması sebebiyle bütün rizikoyu üstlenmesi ve sonuçlarına katlanması gerekmektedir.

İkinci görüşe<sup>251</sup> göre ise, "genel işlem koşulları" öneride bulunan tarafından önceden hazırlanarak karşı tarafa sunulmakta, ancak sözleşme de, karşı tarafın, genel işlem koşulları dâhil sözleşmenin bütün hükümlerini kabul etmesiyle kurulmaktadır. Sözleşmede yer alan genel işlem koşullarının bir kısmını yazılmamış sayarken, bu sonuçtan şu veya bu ölçüde etkilenecek olan karşı tarafın, diğer bir deyişle, genel işlem koşullarını öneren tarafın, hiçbir durumda korunmaması, sözleşmenin geri kalan hükümleriyle zorunlu olarak bağlı olmaya devam etmesi, her zaman kabul edilebilecek adil bir sonuç olmayacaktır. Nitekim karşı taraf, hem yazılmamış sayılma yaptırımını ile korunmakta hem de TBK m.27/2 kapsamında korunmaktadır. Bu nedenle, TBK m. 22'nin uygulanmasında yargının, BGB § 306' da ve TBK m. 27/2'de öngörülen çözümden esinlenen bir yol izlemesi doğru bir yaklaşım sayılmalıdır.

Kanaatimizce, TBK m. 22. yerinde bir düzenleme olmakla birlikte, sözleşmeyi düzenleyene, yazılmamış sayılan genel işlem koşulları olmasaydı, diğer hükümlerle bu sözleşmeyi yapmama hakkı tanındığı zaman, zaten konum itibariyle güçlü olan düzenleyene, bir korunma imkânı tanınmış olmaktadır. Bu durumda sözleşmenin tümden geçersiz kılınacağı düşüncesi ile yapılmış ve bağlayıcılığı olmayan çok sayıda sözleşmenin ortaya çıkmasına neden olur. Oysaki bu düzenlemelerin amacı, menfaati en çok ihlal edilen sözleşme tarafının korunması ve onun güveninin sağlanmasıdır. Ancak bu şekilde bir hükümlerle, düzenleyen, sözleşme metnini hazırlarken daha dikkatli davranma gayreti içine girer. Aksi halin kabulü, adil olmaktan uzak durumların ortaya çıkmasına sebebiyet verebilir.

## **2. Yazılmamış Sayılmanın Hukuki Niteliği**

TBK m.21/1, 2 kapsamında, genel işlem koşulları yazılmamış sayıldığından, sözleşmeye dâhil olmayan hükümler olmaksızın, sözleşmenin kurulduğu kabul edilmektedir. Bu durum ise sözleşmeye dâhil olmayan hükümlerin meydana getirdiği sözleşme boşluğunun tamamlanmasını gerektirmektedir.

---

<sup>251</sup> Reisoğlu, Borçlar, 74.

Genel işlem koşullarının kısmen veya tamamen sözleşme içeriği olmadığı yürürlük denetimi sonucunda tespit edildiğinde, öncelikle bakılması gereken husus, tarafların üzerinde uzlaştıkları diğer hususların bir sözleşme kurmak için yeterli olup olmadığıdır. Diğer bir ifadeyle, yürürlük denetimi sonucunda, bir genel işlem koşulunun sözleşmenin içeriğine dâhil olmaması durumunda, bu koşul olmaksızın, sözleşmenin diğer hükümlerinin geçerli kabul edilerek sözleşmenin kurulmuş kabul edilmesi için, söz konusu kayıtların sözleşmenin objektif esaslı noktalarını içermesi gerekmektedir<sup>252</sup>. Sözleşmeye dâhil olmayan genel işlem koşulları içerisinde, ivaz veya karşı edime ilişkin kayıtların olması ve bu kayıtların sözleşmeye dâhil olmaması durumunda, sözleşme tamamen hükümsüz olacağı için tamamlanması yoluna gidilmeyecektir<sup>253</sup>.

Bununla birlikte, tarafların sözleşmenin esaslı noktalar üzerinde anlaşması halinde, ikinci derece noktalar üzerinde anlaşma sağlanmamış olsa bile, sözleşmenin kurulduğu kabul edilecek ve sözleşmenin tamamlanması söz konusu olacaktır (TBK m.2)<sup>254</sup>.

Alman Hukukunda sözleşme boşluğunun giderilmesi için öncelikle kanunun emredici düzenlemelerine başvurulacak, ancak bu konuya ilişkin emredici bir düzenleme yok ise, bu durumda kanunun tamamlayıcı hukuk kaideleri göz önünde tutulacaktır<sup>255</sup>. Tamamlayıcı nitelikte bir kuralın olmaması durumunda ise hâkim, sözleşme boşluğunu en uygun şekilde dolduracaktır (BGB § 306/2)<sup>256</sup>.

## § 4. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İÇERİK DENETİMİ

### I. GENEL OLARAK

Genel işlem koşullarının kısmen veya tamamen sözleşmenin içeriği haline gelmesi, her koşulda sözleşmenin adil bir içeriğe sahip olduğunu göstermemektedir. Diğer bir ifadeyle, yürürlük denetimi ve yorum kurallarının uygulanması sonucu sözleşme içeriği haline gelen genel işlem koşulları, sözleşme taraflarından birinin menfaatlerini, dürüstlük kurallarına aykırı olarak ihlal edebilir. Bu takdirde, hâkim tarafından, sözleşmenin, her iki

---

<sup>252</sup> Çınar, 105-106.

<sup>253</sup> Atamer, Açık İçerik Denetimi, 120 vd.

<sup>254</sup> Atamer, Açık İçerik Denetimi, 121.

<sup>255</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 148; İnan, 230.

<sup>256</sup> Çınar, 107: “Kanunda düzenlenmiş bir sözleşme tipine ilişkin, yasal düzenlemenin uygulanmasının sözleşmenin bünyesine uygun düşmeyebileceği gibi isimsiz (atipik) bir sözleşmenin varlığı nedeniyle, uygulanacak yasal bir düzenleme olmayabilir. Her iki durumda da, artık, yasal hükümlerin değil, hâkimin sözleşmeyi tamamlaması söz konusu olacaktır.”.



açısından adil bir içeriğe sahip olması için, söz konusu sözleşme kayıtlarının “içerik denetimi” yoluyla hükümsüz sayılmasına karar verilir<sup>257</sup>.

Genel işlem koşulları niteliğindeki hükümlerin her alanda kullanılması ve adil olmayan sözleşme hükümleri ile ekonomik bakımdan zayıf konumda olan sözleşme tarafının mağdur olması karşısında hâkimin içerik denetimi yapması kaçınılmazdır. Nitekim hâkimin sözleşmeye müdahale etmesi anlamına gelen içerik denetimi sonucunda, sözleşme ile ilişkilendirilen fakat bunun yanında karşı tarafın menfaatlerini ihlal eden genel işlem koşulları hükümsüz sayılmaktadır. Ancak, bu denetim, sözleşmenin esaslı unsurlarına yönelik olmamalıdır. Örneğin, düzenleyenin edimi ile karşı tarafın ödediği ivaz üzerinde içerik denetimi yapılmasından kaçınılmalıdır<sup>258</sup>. Çünkü söz konusu unsurlar, sözleşme özgürlüğünün çekirdeğini oluşturmakta olup, bu unsurlarda bir dengesizlik veya aksaklık olduğunda, Türk Borçlar Kanununda yer alan birçok hukuki imkândan ve özellikle “irade bozukluğu” ve “aşırı yararlanma” (gabin) müesseselerinden yararlanılarak sorun giderilebilecektir<sup>259</sup>.

TBK m. 25, genel işlem koşullarının içerik denetimi düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz”. Bu hükümde, içerik denetiminin ölçütü olarak dürüstlük kuralları öngörülmüştür. Fakat hangi durumların dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağına ilişkin bir ifade mevcut değildir.

Doktrindeki bir görüşe<sup>260</sup> göre, TBK m. 24 kapsamında düzenlenen “Değiştirme yasağı”, TBK m. 25’deki içerik denetimine ilişkin genel hükmün bir somut uygulama

<sup>257</sup> Atamer, Denetleme, 143; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 154; Çınar, 119.

<sup>258</sup> Çınar, 121.

<sup>259</sup> Çınar, 121; Kiendl, 125; Schmidt-Salzer, 266.

<sup>260</sup> Altop, Sempozyum, 43-44: “TBK’nın 25. maddesi, 24. maddeyi de içerisine alacak şekilde şöyle düzenlenmeli idi. Karşı tarafı dürüstlük kuralına aykırı olarak ölçüsüz mağdur edici genel işlem koşulları kesin hükümsüzdür. Kendisinden sapılan yasal düzenlemenin temelinde yer alan asli düşünce ile bağdaştırılması mümkün olmayan veya sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve borçları, sözleşmenin amacına ulaşılmasını tehlikeye düşürecek ölçüde sınırlayan genel işlem koşullarının, karşı tarafı dürüstlük kuralına aykırı olarak ölçüsüz mağdur ettiği kabul edilir.

Örnek olarak, sadece kullanana tek yanlı olarak,

-karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme,

-yeni düzenleme getirme,

-sözleşmeyi sebep göstermeksizin feshetme,

-ifanın sözleşmeye uygun yapıp yapılmadığını belirleme

yetkisi veren genel işlem koşulları ile sözleşmeye aykırılık halinde sadece kullanan lehine cezai şart veya götürü tazminat öngören ve sadece karşı tarafa takas yasağı öngören genel işlem koşulları kesin hükümsüzdür”. Bu suretle, dürüstlük kuralına aykırı ölçüsüz mağduriyetin varlığının kabulü konusunda yargıca yol gösterecek genel kriterler konmuş olacaktır. “

biçimidir. Doktrindeki bir diğer görüşe<sup>261</sup> göre ise, TBK'nın 24. maddesi, 25. maddesinin özel bir uygulaması değildir. Çünkü 24. maddenin yaptırımını yazılmamış sayılma iken, 25. maddenin yaptırımını geçersizliktir. Böyle olunca ikisi arasında bir fark doğmaktadır.

Kanaatimizce, TBK m. 24 ile 25 birlikte yorumlamak, bu maddelerin düzenlenme amacına uygun düşmeyen bir yorum tarzını kabul etmemize neden olacaktır. TBK m. 24 "Değiştirme Yasağı"nı düzenlerken, TBK m. 25 içerik denetimini düzenlemektedir. TBK m. 24'te düzenlenen hükme bakıldığında, hangi hususların değiştirme yasağı kapsamında sayılacağı belirtilmişken, bir başka ifadeyle tek taraflı olarak aleyhe değiştirme yasağı düzenlenmişken, TBK m. 25'te dürüstlük kurallarına aykırı olarak aleyhe hüküm koyma yasağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla sonuç itibarıyla, bu iki hüküm birbirinden ayrı kurumları düzenlemektedir. Nitekim TBK m. 24'te genel işlem koşullarının bir sözleşmede kanuna aykırı olarak değiştirilmesi halinde "yazılmamış sayılma" yaptırımına tabi tutulacağı düzenlenirken, TBK m. 25'te içerik denetimi sonucunda, söz konusu kaydın dürüstlük kurallarına aykırı ya da karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olduğunun belirlenmesi durumunda yaptırımın ne olacağı belirtilmemiştir. Bu aşamada TBK m. 25 için yaptırımın ne olacağı tartışılmalıdır. TBK tasarı halindeyken, 25. maddenin gerekçesinde tasarinın 27. maddesine atıfta bulunulmuş ve içerik denetimi sonucunda hükümsüz sayılan hükmün, kesin hükümsüz yaptırımına tabi olacağı ifade edilmiştir. Gündelik hayatta en fazla karşılaşılan problemler dikkate alınarak düzenlenen bu hükümler, karşılaşılan sorunlara uygun olarak yargının başvuracağı farklı hükümlerdir.

## II. İÇERİK DENETİMİNDE YARARLANILAN HUKUKİ YOLLAR

1976 yılında yasalaşan Alman Genel İşlem Şartları Kanunu m. 8'de, denetim ölçütü olarak dürüstlük kuralı kabul edilmiş ve bir kaydın dürüstlük kuralını ihlal edecek şekilde sözleşmenin karşı tarafına zarar vermesi halinde hükümsüz olacağı kabul edilmiştir. Genel İşlem Şartları Kanununun bu hükmü, 2002 yılında BGB § 307. maddesi olarak düzenlenmiştir<sup>262</sup>.

Ülkemizde TBK m. 25'te, genel işlem koşullarının içerik denetiminde dürüstlük kuralı objektif bir kriter olarak düzenlenmiştir.

---

<sup>261</sup> Antalya, Sempozyum, 47.

<sup>262</sup> Çınar, 125.

## A. DÜRÜSTLÜK KURALI

Dürüstlük kuralı, içerik denetiminin objektif kriterini oluşturmaktadır. TMK m. 2'ye göre, “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” denilerek kötüye kullanımın korunmayacağı belirtilmiştir. Dürüstlük kuralı ve buna bağlı olarak hakkın kötüye kullanılması yasağı sadece özel hukuk alanında uygulanabilecek bir kavram değildir. Bu kural kamu hukuku alanında da dikkate alınması gereken bir temel hukuk ilkesidir<sup>263</sup>. Bununla birlikte dürüstlük kuralı bir genel hukuk kaidesi olarak medeni yargılama hukukunda ve icra-iflas hukukunda da uygulama alanı bulacağı kuşkusuzdur<sup>264</sup>.

Dürüstlük kuralı, kanunda özel olarak düzenlenmemiş her meselenin çözümü için başvuru bir dayanak noktasıdır. Diğer bir ifadeyle, borçların ifası ve hakların kullanılması açısından sınırlandırma, bu kural dikkate alınarak yapılmaktadır.

Dürüstlük kuralı, 1976 tarihli Alman Genel İşlem Şartları Kanunu m. 9 kapsamında, içerik denetiminin yasal kriteri olarak düzenlenmişti. Bu hüküm, bazı değişikliklerle aynı kanunun 8. maddesinin de ilavesiyle, BGB § 307'ye aktarılmıştır<sup>265</sup>. Söz konusu maddeye göre, dürüstlük kuralının ihlal edilmiş sayılacağı bazı durumlar örnek olarak ve sınırlayıcı olmayacak şekilde sayılmış, bu hallerin varlığı halinde karene olarak dürüstlük kuralına aykırı ölçüsüz bir mağduriyetin varlığı kabul edilmiştir<sup>266</sup>.

Türk hukuku açısından bu durum incelendiği zaman, 6502 sayılı TKHK'da bir şartın haksız olduğunun belirlenmesinde, “dürüstlük kurallarına aykırı olma” kriterinin belirleyici olduğu görülmektedir<sup>267</sup>.

<sup>263</sup> Dürüstlük kuralının, hukukun her alanında uygulanabilir nitelikteki bir genel ilke olduğu konusunda bkz. Yargıtay HGK 2011/11-59 E. 2011/271 K. 04.05.2011 T.

<sup>264</sup> Konuralp/Tercan, 17 vd.; Arslan, s. 89. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK, 2002/ 2-617 E. 2002/648 K. 25.9.2002 T.; Yargıtay 10.HD 2007/5188 E. 2008/645 K. 29.01.2008 T.

<sup>265</sup> BGB § 307: “(1) Genel işlem koşulları içerisinde yer alan ve kullananın karşısındaki sözleşme tarafını dürüstlük kuralının gereklerine aykırı olarak ölçüsüz şekilde mağdur eden kayıtlar geçersizdir. Kuralın açık ve anlaşılabilir şekilde kaleme alınmamış olmasından da, ölçüsüz bir mağduriyetin varlığı sonucuna da varılabilir. (2) Genel işlem koşulları içerisinde yer alan bir kaydın; sapılan yasal düzenlemenin temelinde yatan asli düşünce ile bağdaştırılmasının mümkün olmaması veya, sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve borçları, sözleşmenin amacını tehlikeye atacak şekilde sınırlandırması durumunda, bu kaydın, şüphe halinde, kullanan karşısındaki sözleşme tarafını dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde, ölçüsüz bir mağdur ettiği kabul edilir”. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, 140-141

<sup>266</sup> Çınar, 141.

<sup>267</sup> 6502 sayılı TKHK m. 5: “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.”

Yürürlük denetimi ile, genel işlem koşullarının sözleşme içeriği haline gelip gelmediğine ilişkin bir tespit yapılmaya çalışılırken, sözleşme dengesinin zayıf taraf aleyhine dürüstlük kuralına aykırı olarak bozulup bozulmadığının tespit edilmesi içerik denetimi ile yapılmaktadır. Hâkim, içerik denetimi sonucunda söz konusu genel işlem koşulunun geçerli ya da yazılmamış sayılmasına karar verir<sup>268</sup>. İçerik denetiminde temel ölçüt olarak alınan “*dürüstlük kuralı*” doktrinde tartışılmıştır.

Doktrinde bir görüşe<sup>269</sup> göre, geçerli olarak doğmuş bir hakkın ileri sürülmesi, dürüstlük kuralına aykırı olduğu takdirde, o hakkın kullanılması sadece somut olayda engellenir. Oysa hukuka veya ahlaka aykırı olduğu için geçersiz olan bir kayıt kesin hükümsüz olur. Bu anlamda, dürüstlük kuralı geçerli olarak doğmuş bir hakkın ileri sürülmesini engelleme fonksiyonuna sahiptir.

Diğer bir görüşe<sup>270</sup> göre, hukuka, ahlaka veya kamu düzenine aykırılık halleri içerik denetiminin temeli olarak görülemez. Nitekim içerik denetimi, yürürlük denetiminden geçerek sözleşme içeriği haline gelen bir sözleşme koşulunun yine de hükümsüz sayılabilmesi amacıyla yapılmaktadır.

Üçüncü bir görüşe<sup>271</sup> göre, dürüstlük kuralı genel işlem koşulları bakımından bağımsız yeni bir sözleşme sınırı olmadığı gibi TBK m. 27/1’de belirtilen diğer ölçütleri de ortadan kaldırmamaktadır.

Kanaatimizce, hukukumuzda kabul edildiği üzere, sözleşmede, adalete ve hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkmasını engelleyen bir genel kural olan “*dürüstlük kuralı*”nı taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi, hâkim önüne gelen olayda bu genel kuralı re’sen uygulamakla yükümlüdür. Zira, hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde dürüstlük kuralına uyulması gerekmektedir (TMK m.2/1). Bununla birlikte, TBK m. 25’te dürüstlük kuralının somut bir şekilde ifade edilmesi yerindedir. İçerik denetiminde hâkim, sözleşme dengesinin bir taraf aleyhine bozulup bozulmadığını değerlendirmede ‘dürüstlük kuralını’ ölçüt olarak kullanacaktır. Nitekim TBK m. 25’in düzenlenme amacı doğrultusunda hareket edildiğinde, söz konusu genel işlem koşulları somut olayda tarafların durumu bakımından kabul edilebilir ve adalet duygusunu rahatsız etmeyecek nitelikte ise geçerli olacaktır. Aksi halde ise, bu koşullar kesin hükümsüz olacaktır. Dolayısıyla hukukumuzda zaten var olan bir ölçütün TBK m. 25’te tekrar

---

<sup>268</sup> Uluşan, 31.

<sup>269</sup> Atamer, Denetleme, 176-177.

<sup>270</sup> Çınar, 137-138.

<sup>271</sup> Kırkbeşoğlu, 71.

edilmesi gereksiz değildir. Bununla birlikte, söz konusu genel işlem koşullarının, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı olması halinde de kesin olarak hükümsüz olacağı konusunda kuşku bulunmamaktadır.

Burada son olarak şu hususu da belirtmek gerekirse, TBK m. 25'e göre, dürüstlük kuralı, içerik denetiminde uygulanması gereken objektif bir kriter olarak yer almaktadır. Bu kriter açık olarak belirtilmesine rağmen hangi hallerin dürüstlük kuralına aykırılık yaratacağı belirtilmemiştir. Dolayısıyla doktrinde de savunulduğu<sup>272</sup> üzere, genel işlem koşullarının içerik denetimine yönelik düzenleme yapılmış olmasına karşın bu denetimin sınırları ve denetim ölçütleri yetersiz kalmıştır. Bununla birlikte, TBK m. 24'ün temelinde de düzenleyen karşısındaki diğer tarafın hakları, dürüstlük kuralı çerçevesinde korunmuştur, fakat bu koruma TBK m.25'te düzenlendiği şekilde objektif bir kriter yer almamaktadır. Bu anlamda dürüstlük kuralı, aleyhe hüküm koyma yasağının dayanak noktası olarak TBK m.25'te yer alır. Bu nedenle TBK m. 25 ile 24. birlikte değerlendirildiğinde, karşılaşılan sorunlara uygun olarak yargının başvuracağı farklı hükümler olduğu sonucuna varılır.

## **B. AHLAKA AYKIRILIK**

“*Ahlak*” belirli bir ülkede, belirli bir zamanda toplum üyelerinin çoğunluğu tarafından benimsenen etik değerler ve kurallar bütünü şeklinde tanımlanabilir<sup>273</sup>. TBK kapsamında ise ahlâka aykırılık, sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri olarak kabul edilmektedir<sup>274</sup>. Oysaki günümüzde, ahlaka aykırı olmamakla birlikte sadece tüketici gibi ekonomik ve entelektüel yönden zayıf olan kişi gruplarını korumak amacıyla hareket edildiği takdirde, ahlaka aykırılık kriteri yetersiz kalmaktadır<sup>275</sup>.

Genel işlem koşullarının denetimi açısından ahlaka aykırılık, bu koşullar içerisinde yer alan bazı hükümlerin, toplumda makul ve dürüst insanların sahip olduğu düşünce ve davranışlarına aykırı şekilde girişimci tarafından tek taraflı olarak sözleşmeye konması düşüncesine dayanmaktadır<sup>276</sup>.

---

<sup>272</sup> Atamer, Sempozyum, 41; Çınar, 123.; Başalp, 319-320.; Başalp, Değerlendirme, 233.

<sup>273</sup> Güriz, 14.

<sup>274</sup> Hatemi, Ahlak, 83 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 400.

<sup>275</sup> Çınar, 128.

<sup>276</sup> Hatemi, Ahlak, 83; Çınar, 127.

Yargıtay, genel anlamda bireyin iktisadi, ticari ve özel malvarlığının yıkılmasını ve yok olmasını beraberinde getirecek olan sözleşme hükümlerini ahlaka aykırı olarak nitelendirmiş ve bu yönüyle denetlemeye tabi tutmuştur<sup>277</sup>.

TTK m.22 ile tacir sıfatını taşıyan borçlunun, fahiş olduğu iddiası ile cezanın indirilmesini hâkimden isteyemeyeceği ifade edilmiştir. Ancak, uygulamada, kararlaştırılan cezanın ağırlığı ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık teşkil edecek nitelikteyse, o takdirde TBK m.27 uygulanmak suretiyle şartın veya duruma göre bütün işlemin geçersizliğine hükmedilebileceğine ya da hâkimin böyle bir durumda, geçersizliğe hükmetmek yerine cezada indirim yapabileceğine dair kararlara rastlanılmaktadır<sup>278</sup>. TBK m.182/1’de, sözleşmenin taraflarının sözleşme cezası niteliğindeki edimi ve cezanın ağırlığını serbestçe belirleyebileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak cezanın fahiş olması halinde, hâkim cezayı, borçlunun talebi olmasa dahi kendiliğinden indirir (TTK m. 182/3). Bununla birlikte sözleşme cezasının ağırlığı, ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık teşkil edecek nitelikteyse, bu koşulun geçersizliğine hükmedilebilir.

### C. AŞIRI YARARLANMA

BK m. 21’de “*gabin*” adı altında düzenlenmiş bulunan bu kurum, TBK m. 28’de “*aşırı yararlanma*” adını almıştır. Aşırı yararlanma, taraflardan birinin içinde bulunduğu olumsuz koşulların, diğer tarafça sömürülmesini ve dolayısıyla aşırı yararlanılmasını engelleyen bir hukuksal koruma yoludur<sup>279</sup>.

Genel işlem koşulları açısından ise ekonomik üstünlüğün kötüye kullanılması sayesinde tek taraflı olarak saptanan koşullar dolayısıyla, aşırı yararlanmanın objektif unsuru olan temel edimler arasında açıklık bulunması durumu gerçekleşmiş bulunmaktadır. Örneğin, genel işlem koşullarında sorumluluğun sınırlandırılması veya kaldırılması, edim ve karşı edim arasında bir uygunsuzluk olarak nitelendirilebilir. Diğer taraftan bakıldığında

<sup>277</sup> Yargıtay bir kararında araç satım sözleşmesinde satıcı firmaya tanınan teslim süresini uzatma yetkisine dair genel satış şartının geçerli olup olmadığına, şartın kötüye kullanılıp kullanılmadığının ve TMK m.2’deki doğruluk ve dürüstlük kuralına uygun davranılıp davranılmadığının tespiti ile çözülebileceğini kabul etmiştir. Yargıtay 13.HD, 1981/1045 E. 1981/2514 K. 07.04.1981 T. Yasa Dergisi, Mayıs 1981, 658 vd.

<sup>278</sup> TTK m. 22, TBK m. 182/3’teki hükmün bir istisnasıdır. Bu maddeye göre, tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121.maddesinin II. fıkrasıyla 182. maddenin III. fıkrasında ve 525. maddesinde yazılı hallerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret ve sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez. TTK md. 22 ile getirilen hükmün, mutlak bir kural içermediği, Yargıtay’ın verdiği pek çok kararda dile getirilmektedir. Örnek olarak bkz. Yarg. 19 HD. 2012/6268 E. 2012/17422 K. 21.11.2012 T. YKD Y. 2013/4, s. 812; Yargıtay 15.HD 2002/1188E. 2002/1472 K. 28.3.2002 T., YKD Y. 2002/9, s. 1362; Yargıtay HGK, 1974/1053 E. 1974/222 K. 20.3.1974 T. YKD Y.1977/1, s. 11.

<sup>279</sup> Kılıçoğlu, 218.

genel işlem koşullarını yürürlüğe koymak isteyen girişimci, bunları geniş bir zamanda özenle ve uzman yardımıyla hazırlarken, ancak hukuki işlemin kuruluşu anında genel işlem koşulları ile karşılaşan, kendisine kısıtlı zaman verilen, psikolojik baskı altında bulunan müşteri, bunların anlam ve önemini bütün sonuçlarıyla kavrayamayacaktır. İşte bu durum TBK m. 28 anlamında aşırı yararlanmanın sübjektif şartı olan tecrübesizlik olarak nitelendirilmeye elverişlidir<sup>280</sup>.

Doktrinde savunulan bir görüşe<sup>281</sup> göre, genel işlem koşulları denetimi açısından kalıcı bir çözümün bu madde üzerinden elde edilmesi mümkün değildir.

Kanaatimizce, genel işlem koşulları üzerine yasal bir düzenleme olmadan önce başvuru bu hukuki olanaklar, mevcut olan yasa boşluğu döneminde mağdur tarafı korumak açısından kurtarıcı bir düzenleme olmuştur. Fakat doktrinde savunulan yukarıdaki görüş doğrultusunda, bu kurumun kalıcı bir çözüm olmadığı aşikârdır. Çünkü sözleşmenin ancak tümü değerlendirildiği zaman “aşırı yararlanma”nın varlığı anlaşılabilirken, genel işlem koşullarının denetimi tek tek koşullar üzerinde yapılmaktadır.

#### **D. EDİMİ TEK TARAFLI BELİRLEME YETKİSİ**

BGB § 315 uyarınca, bir sözleşmede taraflardan birine edimi tek başına belirleme yetkisinin verilmiş olması halinde ilgili taraf bu yenilik doğuran hakkını hakkaniyete uygun bir şekilde kullanmak zorundadır<sup>282</sup>.

Hakkaniyetin tespitinde, düzenleyici kuralların yanında, tarafların menfaatlerinin sözleşmede ne ölçüde dikkate alındığına bakmak gerekir. BGB § 315.maddesinde yer alan hüküm, sözleşmenin içeriğini belirleme açısından bir sınır çizmesi ve dürüstlük kuralına göre daha somut bir düzenleme olmasından dolayı, içerik denetimi açısından da uygulanabileceği kabul edilmiştir<sup>283</sup>.

TBK m. 86’daki düzenleme, BGB § 315 kapsamında yer alan düzenleme ile aynı içeriğe sahip değildir. TBK m. 86’ya göre, “*Çeşit borçlarında hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimin seçimi borçluya aittir. Ancak borçlunun seçeceği edim, ortalama nitelikten daha düşük olamaz*”.

---

<sup>280</sup> Akman, GİŞ, 98.

<sup>281</sup> Atamer, Denetleme, 167

<sup>282</sup> Atamer, Denetleme, 178.

<sup>283</sup> Atamer, Denetleme, 179; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 163; Çınar, 130

Doktrinde savunulan bir görüşe<sup>284</sup> göre, bu hüküm bir edimin belirlenmesinden ziyade, edimin kalitesini belirlemeyi düzenlemektedir. Kaldı ki, özellikle genel işlem koşulları sözleşmenin içeriğine dâhil olduktan sonra, sözleşme bu şekilde kurulmuş olacağından edimin belirlenmesine de gerek kalmamaktadır. Bununla birlikte, tarafların her zaman iradeleri ile aksini kararlaştırabildikleri bir hükmün, içerik denetiminde kriter olarak kullanılması mümkün değildir<sup>285</sup>.

Diğer bir görüşe<sup>286</sup> göre ise, TBK m.86/2’de hâkimin takdir yetkisi açık olarak düzenlenmiş olsa da söz konusu hükmün TMK m.4’ten hareketle, hâkime takdir yetkisi veren hükümlerden olduğunu kabul etmek gerektiğini ve bu hükmün yorumu ile, genel işlem koşullarının ne ölçüde geçerlilik kazandığının tespit edilebileceğini savunmaktadır.

Kanaatimizce, bu son görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü genel işlem koşullarının içerik denetiminin yedek hukuk kaidesi niteliğindeki bir hükümle yapılması mümkün değildir. Yine aynı şekilde, tarafların her zaman iradeleri ile aksini kararlaştırabildikleri bir hükmü, içerik denetiminde bir kriter olarak kullanmak da mümkün gözükmemektedir.

### III. İÇERİK DENETİMİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

#### A. KISMÎ HÜKÜMSÜZLÜK

##### 1. Genel Olarak Kismî Hükümsüzlük

Bir hukuki işlemin belirli bir kısmını geçersiz sayıp, geriye kalan kısmını geçerli kabul etmek ve işlemi geriye kalan hükümleriyle ayakta tutmak mümkün olabilir. Buna kısmi hükümsüzlük denir (TBK m. 27/2)<sup>287</sup>.

Bu durum hukuki muameledeki sakatlığın sadece bir kısma özgü olduğu ve diğer kısmı geçerli saymanın tarafların farazi arzusuna uygun düştüğü hallerde söz konusu olabilir<sup>288</sup>.

TBK m. 27/2 uyarınca, sözleşmedeki bir hükmün geçersiz olması halinde, geriye kalan ve geçerliliğini koruyan hükümlerden bazılarının da o geçersiz sayılan hüküm

<sup>284</sup> Soyer, 155; Atamer, Denetleme, 182-183.

<sup>285</sup> Havuççu, Açık İçerik Denetimi, 163; Atamer, Denetleme, 183.

<sup>286</sup> Oğuz, 108-109.

<sup>287</sup> Yargıtay HGK 1994/94 E. 1994/26 K. 02.02.1994 T., YKD 1994, 1045.

<sup>288</sup> Alman Medeni Kanunu m. 139’a göre ise “Bir hukuki muamelenin bir kısmı batıl ise, bütün hukuki muamele batıldır; meğre ki, batıl kısım olmaksızın dahi hukuki muamelenin yapılacağı farz ve kabul edilsin”. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, 186.



olmaksızın taraflarca kabul edilmeyeceğinin söylenebildiği hallerde, geçersiz hükümler birlikte bu tarz hükümlerin de geçersiz sayılacağı ve sözleşmenin, bu tür hükümlerden de arınmış olarak, geriye kalan içeriğiyle varlığını muhafaza edeceği kabul edilmektedir.

Kısmi hükümsüzlüğün söz konusu olabilmesi için, her şeyden önce, sözleşmenin bölünebilir hükümlerden oluşması ve hükümsüzlüğün sözleşmenin içeriğinde yer alan kayıtlara ilişkin olması gereklidir<sup>289</sup>. Bu husus TBK m. 27’de “*sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması*” şeklinde ifade edilmiştir<sup>290</sup>.

## 2. İçerik Denetiminin Hukuki Sonucu Olarak Kısmî Hükümsüzlük

“*Sözleşmenin varlık ve geçerliliği lehine yorum*” ilkesi kısmi hükümsüzlüğün temelinde yer almaktadır ve bu ilke genel işlem koşullarının hükümsüz sayılması durumunda da benimsenmiştir<sup>291</sup>.

TBK m. 25 hükmüne göre “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz”. Bu hükmün gerekçesine bakıldığında içerik denetimi sonucunda geçersiz sayılan hükümler hakkında “kesin hükümsüzlük” yaptırımının uygulanması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Nitekim TBK m. 25’in gerekçesinde, içerik denetimi sonucunda geçersiz sayılan hükmün, TBK m. 27/2-c.1 anlamında sonuç doğuracağı, yani sözleşmenin geri kalan kısmının geçerli olacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla buradaki geçersizliğin, kesin hükümsüzlük olarak kabul edilmesi gereklidir. TBK m. 27’ye göre, “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur*”.

Bu bakımdan, yapılan açıklamalar çerçevesinde 25.maddede düzenlenen yaptırımın türü, kesin hükümsüzlük olacaktır.

---

<sup>289</sup>Çınar, 186.

<sup>290</sup> İsviçre Borçlar Kanununun 20.maddesinin ikinci fıkrasında, “*sözleşme şartlarının bazıları*” ifadesi kullanılmıştır. Alman Medeni Kanununun 139.maddesinde ise, “*hukuki işlemin bir kısmı*” ifadesi kullanılmıştır. Doktrinde, sözleşmenin bölünebilir hükümlerden oluşması ve geçersizliğin sözleşmenin bir kısmına ilişkin olmasına, kısmi hükümsüzlüğün “*olumlu objektif şartları*” denilmektedir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Başpınar, 52.

<sup>291</sup> Çınar, 191.

BGB § 306’da hem yürürlük denetiminin hem de içerik denetiminin hukuki sonuçları düzenlenmiş ve her iki denetim sonucunda sözleşmenin geri kalan hükümleri geçerli kabul edilmiştir<sup>292</sup>.

## B. SÖZLEŞME BOŞLUĞUNUN DOLDURULMASI

İçerik denetimi sonucunda bir sözleşme kaydının hükümsüz sayılması durumunda, sözleşmenin geri kalan hükümlerinin uygulanması herhangi bir sakınca doğurmuyorsa, sözleşmenin tamamlanması söz konusu olmaz<sup>293</sup>. İçerik denetimi sonucunda hükümsüz sayılan bir sözleşme kaydı çoğu zaman bir sözleşme boşluğu oluşturacağı için, bu boşluğun doldurulması gerekir. BGB § 306/2’de böyle bir durum karşısında boşluğun yasal düzenlemelerle kapatılacağı belirtilmişken, TBK kapsamında bu hususta herhangi bir düzenleme mevcut bulunmamaktadır. Ancak bu durum bir eksiklik olarak kabul edilmemelidir. Çünkü, kısmi hükümsüzlük durumunda, yasal hükümlerin geçerli olmayan sözleşme hükümlerinin yerine geçeceği, kanundan doğan bir sonuçtur. Böyle bir halde, TMK m. 1’de belirtildiği gibi, hükümsüz sayılan sözleşme kayıtlarının yerine yasal hükümler uygulanacaktır<sup>294</sup>.

Gerek kanunda yer alan yedek hukuk kurallarının somut sözleşmeye uygulanamaması ve gerekse kanunda uygulanacak hüküm bulunmaması sebebiyle meydana gelen boşluk hâkim tarafından, sözleşme taraflarının farazi iradeleri ile belirlenecektir<sup>295</sup>.

“Sözleşme boşluğunun doldurulması” başlığı altında üzerinde durulması gereken bir husus da, “genel işlem koşullarında indirim yaptırımı” konusudur. Bu konunun özünü hâkimin takdir yetkisini kullanmak suretiyle tarafların farazi iradelerine başvurmaksızın genel işlem koşullarında indirim yapıp yapamayacağı meselesi oluşturmaktadır.

Alman Hukukunda uzun tartışmalar sonucunda oybirliğiyle kabul edilen görüş<sup>296</sup>, bu nitelikte bir indirim yaptırımının uygulanamayacağı yönündedir. Bu görüşe göre, üst sınırı aşan koşulun her durumda üst sınıra indirileceğini bilen taraf, yasal sınırı aşan hükmü koymakta bir sakınca görmeyecektir<sup>297</sup>. Alman hukukunda genel işlem koşulları bakımından haksız şartlar, BGB § 305-311 hükümleri arasında düzenlenmiştir.

---

<sup>292</sup> Aksoy, 185-186.

<sup>293</sup> Çınar, 196; Atamer, Denetleme, 227; Aksoy, 73 vd.

<sup>294</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Kısmi Hükümsüzlük, 25-26.; Çınar, 197.

<sup>295</sup> Atamer, Denetleme, 229.; Kocayusufpaşaoğlu, Kısmi Hükümsüzlük, 27.

<sup>296</sup> Kırkbeşoğlu, 280; Canaris, 519 vd.; Kötz, 2447 vd.

<sup>297</sup> Kırkbeşoğlu, 280.

Bununla birlikte, haksız şart olarak BGB § 308<sup>298</sup> ve 309<sup>299</sup>,da yer alan bazı kayıtlar, indirim yaptırımına müsaittir<sup>300</sup>. Savunulan bu görüşe göre, bu nedenle, genel işlem koşulları bakımından kanunda üst sınırın belli edildiği durumlar dâhil olmak üzere; aşırı tazminat talepleri, fahiş cezai şart, aşırı fesih süreleri, aşırı rekabet sınırlamalarında-tarafların iradeleri dikkate alınmaksızın-sözleşmenin tamamlanması usulü ile meselenin çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Uygulanacak indirim yaptırımı yerine, bu usul tercih edilmelidir. Bu aşamada hâkim, söz konusu boşluğu doldururken objektif tamamlayıcı yorum metodunu kullanmalı ve dolayısıyla tarafların farazi iradelerini değil, işin mahiyetini, tarafların menfaatlerini ve sözleşmenin bütününe dikkate almalıdır<sup>301</sup>.

BGB, tamamlayıcı yorumda, sözleşmenin içeriğinin öncelikle yasal düzenlemelere göre tayin edilmesini öngörmüştür. Buna göre, hâkimin yararlanacağı kural ve ilkelerin neler olduğu hususunda BGB § 306<sup>302</sup> hükmü yol gösterici niteliktedir.

Hukukumuzda bakıldığında ise, TBK ile gerek kanunda üst sınırın belli edildiği hallerde gerekse de hâkime indirim yetkisinin sağlandığı hüküm içi boşluğun bulunduğu durumlarda, indirim sonucuna hâkimin sözleşmeye müdahalesi ile ulaşılabilmektedir<sup>303</sup>.

Doktrinde de haklı olarak savulduğu<sup>304</sup> üzere, genel işlem koşulları açısından bireysel sözleşmelerde olduğu gibi tarafların farazi iradelerini dikkate almaksızın bir indirimin yapılması, genel işlem koşullarına ilişkin olarak yapılan düzenlemelerin temelinde yatan ‘caydırıcılık’ ve ‘koruma’ fonksiyonları ile örtüşmemektedir. Bu nedenle,

---

<sup>298</sup> BGB § 308: "Genel işlem koşulları içinde yer alan aşağıdaki kayıtlar geçersizdir: 1. Kabul ve İfa süreleri, 2. Ek Süre, 3. (Sözleşmeden) Dönme Hakkının Saklı Tutulması, 4. (Edimi) Değiştirme Hakkının Saklı Tutulması, 5. (İradenin Açıklanmış Olduğuna İlişkin) Varsayımsal Beyanlar,6. (İrade Beyanının) Ulaşmış Olduğu Varsayımı, 7. Sözleşmenin Tasfiyesi (Sözleşmenin Sona Ermesinden Sonra Giderim Talep Etme), 8. Edimin İfa Edilecek Durumda Olmaması." Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, 202; Kırkbeşoğlu, 283.

<sup>299</sup> BGB § 309: "Yasal düzenlemelerden sapmanın geçerli olduğu hallerde bile , genel işlem şartları içinde yer alan aşağıdaki kayıtlar geçersizdir: 1. (Sürekli Borç İlişkileri Hariç Olmak Üzere) Kısa Vadeli Fiyat Artışları, 2. İfadan Kaçınma Hakkı, 3.Takas Yasağı, 4. İhtar, 5. Tazminat Taleplerinin Götürü olarak Belirlenmesi, 6. Cezai Şart, 7. Vücut bütünlüğü, Sağlık, Yaşam Hakkının Ağır Kusurla İhlal Edilmesinde Sorumluluk, 8. Diğer Sorumluluk kayıtları, 8a. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kaldırılması, 8b. Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Kısmen veya Tamamen Sınırlanması veya Ortadan Kaldırılması, 9.Sürekli Borç İlişkilerinin Süresi (Hizmet ve İstisna Sözleşmelerinde Belirli Bir Süre ile Bağlılık Zorunluluğu), 10. Sözleşme Tarafını Değiştirme, 11. Temsilcinin Sorumluluğu, 12.İspat Yükü, 13. Bildirim ve Beyanların Şekli." Ayrıntılı bilgi için bkz. Kırkbeşoğlu, 280.

<sup>300</sup> Kırkbeşoğlu, 282 vd.

<sup>301</sup> Kırkbeşoğlu, 283; Uffmann, 222 vd.

<sup>302</sup> BGB § 306: "1. Genel işlem koşulları kısmen veya tamamen sözleşmeye dahil olamamışsa veya hükümsüz ise, sözleşme kalan muhtevası ile devam eder. 2. Genel işlem koşullarının hükümsüzlüğü veya sözleşmeye dahil olmaması halinde, sözleşmenin içeriği yasal düzenlemelere göre tayin edilir. 3. İkinci fıkrada öngörülmediği biçimde sözleşmenin içeriğinin belirlenmesiyle sözleşmede meydana gelen değişiklik, sözleşmenin taraflarından biri için beklenemeyecek sonuçlar yaratıyorsa, sözleşme bütünüyle hükümsüz hale gelir." Ayrıntılı bilgi için bkz. Kırkbeşoğlu, 69 vd.

<sup>303</sup> Kırkbeşoğlu, 287-288.

<sup>304</sup> Kırkbeşoğlu, 287.

söz konusu haksız şartın hükümsüz olacağı ve dolayısıyla oluşacak boşluğun-tarafların farazi iradesi dikkate alınmaksızın- objektif tamamlayıcı yorum yoluyla doldurulması, sorunun çözüme kavuşturulmasında daha uygun bir yol olarak görünmektedir.

## **§ 5. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ USUL HUKUKU İLE İLİŞKİLENDİRİLMESİ**

Usul hukukuna ilişkin genel işlem koşullarının bir kısmı, karşı tarafın bir uyumsuzluk durumunda mahkemeye gitme hakkını ortadan kaldırma ya da sınırlama amacı güderken, diğer bir kısmı da delil sözleşmeleri ile, karşı tarafın mahkemede hakkını savunmasını kısıtlayıcı veya zorlaştırıcı nitelik taşımaktadır. Bu anlamda yetkili mahkeme tayininin tespit edilmesi, delil sözleşmeleri ve ispat konusu maddi hukukla değil, usul hukuku ile ilgili bir konudur. Bunun sonucu olarak, bu hususlar HMK’da düzenlenmiştir.

### **I. YETKİLİ MAHKEME TAYİNİ**

Türk hukukuna göre, mahkemelerin yetkisi, diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümler saklı kalmak üzere HMK’ya tabidir (HMK m.5)<sup>305</sup>.

HMK m.6/1’e göre, dava açıldığı tarihte davalının yerleşim yeri mahkemesini genel yetkili mahkeme olarak kabul etmiştir<sup>306</sup>. Davalının gerçek kişi ya da tüzel kişi olması bu genel yetki kuralını değiştirmemektedir. Yerleşim yeri mahkemesi, TMK kapsamında yapılacak değerlendirme ile belirlenir (HMK m. 6/2).

Türkiye’de yerleşim yeri olmayanlar için yetkili mahkeme “*mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi*” olacaktır (HMK m.9/1).

İster genel ilke nedeni ile yerleşim yeri mahkemesi, isterse bulunduğu yer mahkemesi ya da mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi yetkili bulunsun, eğer dava konusu bir sözleşmeden kaynaklanıyorsa, HMK m.10/1’e göre, dava sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir. Buradaki yetki seçimlik bir yetkidir. Yetki konusundaki ilkeleri ortadan kaldırmamaktadır.

Kurulan bir sözleşmenin, geçerli olup olmadığına ilişkin davalar da HMK m. 10’a göre yetkili mahkemede açılabilir. Sözleşmenin ifa yeri, davacının sözleşmeye dayanarak talep ettiği şeye göre belirlenir. Sözleşmede her iki taraf da ifada bulunacak ise davacının

<sup>305</sup> "Yetkili mahkemeye ilişkin özel hüküm bulunmadığı durumlarda genel hükümlere başvurulması usul kurallarındandır." Yargıtay 9. HD 2002/8663 E. 2002/8309 K. 15.05.2002 T. YKD Y. 2003/6, 892.

<sup>306</sup> "Davalı dava açıldıktan sonra yerleşim yerini değiştirirse, bu mahkemenin yetkisini etkilemez." Yargıtay HGK 2005/11-515 E. 2005/599 K. 26.10.2005 T., YKD Y. 2006/3, 357-366.

ifasını istediği şeye göre yetkili mahkeme tespit edilir. İfa yerini taraflar aralarında kararlaştırmış iseler, davanın kararlaştırılan ifa yerinde de açılması mümkündür. Taraflar ifa yerini kararlaştırmamış iseler ifa yeri TBK m. 89'a göre belirlenir.

TBK m.21/1'e göre, yazılmamış sayılma ölçütü, hükmün içeriğine ilişkin değil, karşı tarafın sözleşme önerisini kabul ederken ki durumuna ilişkindir. Şayet genel işlem koşulu, sözleşme imzalanmadan önce karşı tarafça yeterince incelenip değerlendirilmemiş ve ileride doğuracağı tüm sonuçlar göz önüne alınmadan imzalanmışsa, yazılmamış sayılacaktır. Şayet böyle olmayıp, karşı tarafça yeterince incelenip tüm sonuçlar değerlendirildikten sonra imzalanmışsa, geçerli olup olmayacağı TBK m. 21/2'deki bir başka ölçüte bağlı olacaktır.

Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmenin feshi halinde ise artık HMK m.10'a dayanılarak dava açılamaz. Çünkü HMK m.10'un uygulanabilmesi için geçerli bir sözleşmenin olması gerekmektedir.

BGB'de, genel işlem koşullarının içerik denetimi açısından, yetkili mahkeme kayıtlarına ilişkin olarak, örnek bir düzenlemeye yer verilmemiştir<sup>307</sup>.

## II. YETKİ SÖZLEŞMESİ

Yetki sözleşmesinin özünde yetkisiz bir mahkemenin yetkili kılınması vardır. Bu da genellikle güçlü olan tarafın, güçsüz olan tarafa yetkisiz bir mahkemeyi yetkili olarak kabul ettirmesi şeklinde olur. Örneğin, bir banka ile kredi ilişkisine giren taraf, kendisine uzatılan kredi sözleşmesini imzalamakla çoğu zaman farkında olmadan yetkisiz bir mahkemeyi yetkili kılmaktadır. Bankanın ileride dava açmak istemesi halinde, kredi kullananın yerleşim yerinde dava açmak yerine, kendi istediği ve yetki sözleşmesiyle kararlaştırılan yerde dava açması mümkün olabilecektir. Bu gibi hallerde daha zayıf durumda olan tarafı güçlü tarafa karşı korumak amacıyla, HMK m.17'de yetki sözleşmesi yapabilecek olan kişiler sadece tacirler ve kamu tüzel kişileri olarak sınırlandırılmıştır.

Bu hükümlerle birlikte, satıcı veya hizmet sunucu kişiler karşı tarafa sundukları sözleşmeyi imzalatarak yetki sözleşmesi yapamayacaklardır. Buna rağmen yapılan yetki sözleşmeleri geçersizdir<sup>308</sup>.

---

<sup>307</sup> Çınar, 235-236.

<sup>308</sup> Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için ve örnek için bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, 178-179.

### III. DELİL SÖZLEŞMELERİ

Delil sözleşmesi, belli bir vakıanın, belli bir delil ile veya diğer deliller yanında kararlaştırılan türdeki deliller ile de ispat edilebileceği konusunda taraflar arasında, davadan önce veya yargılama sırasında yapılan usulî bir sözleşmedir. Delil sözleşmesiyle ancak ispat şartı olan yazılı şekil şartı getirilebilir veya kanunen ispat şartı olan yazılı şekil şartına istisna kabul edilebilir. Delil sözleşmesiyle geçerlilik şartı olan yazılı şekil şartı, bertaraf edilemez veya geçerlilik şartı olan yazılı şekil getirilemez<sup>309</sup>.

HMK m. 193/1'e göre, *“taraflar yazılı olarak veya mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanlarıyla kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi; belirli delillerle ispatı öngörülmemiş vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler”*. HMK m.193/2'ye göre ise, *“taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir.”* Görüldüğü üzere taraflar bir hususun yalnızca kararlaştırılan delillerle ispatlanacağını, başka delil sunma imkânının olmadığını sözleşmede kural olarak belirleyebilirler<sup>310</sup>.

Delil sözleşmeleri hakkında buraya kadar olan açıklamalar dikkate alındığında şu şekilde bir tespit yapmamız mümkündür. Buna göre, taraflar, genel işlem koşullarını içeren bir sözleşmede duruma göre münhasır delil sözleşmesi yapabilecekleri gibi, münhasır olmayan delil sözleşmesi de yapabileceklerdir. Taraflar, bir hususun yalnız belli bir delil ile ispat edileceği hakkında bir sözleşme yaparlarsa, bu halde münhasır delil sözleşmesi yapmış olacaklardır. Örneğin, taraflar aslında senet ile ispat edilmesi gereken zorunlu bir hukuki işlemin yalnız tanıkla ispat edileceği hakkında bir münhasır delil sözleşmesi yapabilirler. Yine taraflar, senetle ispatı zorunlu olan bir hukuki işlemin tanıkla da ispat edilebileceği hakkında münhasır olmayan bir delil sözleşmesi de yapabilirler. Bu halde, taraflardan biri, iddia ettiği hukuki işlemi, senetle ispat edebileceği gibi tanıkla da ispat edebilir veya doğrudan diğer tarafa yemin teklif edebilir.

### IV. İSPAT YÜKÜNÜN YER DEĞİŞTİRMESİ

Davanın taraflarından hangisinin mahkemeye getirilmiş olan bir vakıayı ispat etmekle sorumlu olduğunun değerlendirilmesine yönelik çaba, ispat yüküdür. Bu nedenle,

<sup>309</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, 716.

<sup>310</sup> Ateş, 244 vd.; Teknik delillerin yazılı delil başlangıcı niteliğini taşıyıp taşımadığı konusunda bkz., Konuralp, 92 vd.; Delil sözleşmelerinin ne ölçüde, delillerin değerlendirilmesinin bir sınırını oluşturabileceği konusunda bkz. Yıldırım, 255 vd.

ispat yükünün kime ait olduğu hususu, usul hukukunda son derece önemlidir. Çünkü hâkim, olayın ispat edilememiş olması halinde, ispat yükü kuralına dayanarak, ispat yükü üzerine düşen tarafın aleyhine karar verecektir. Nitekim bir vakıanın belirsiz kalması durumunda, o vakıa gerçekleşmemiş kabul edilir<sup>311</sup>.

Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, TMK m.6 uyarınca, bir vakıadan kendi lehine sonuçlar çıkararak taraf, bu vakıaları ispat yükü altındadır. Fakat bu kural yetersiz kaldığında ispat yükünün dağıtılması aşamasında başka kriterlere başvurulabilir. Örneğin, hayatın olağan akışına uygun düşen vakıanın ispatı zorunluluğunun olmaması, dürüstlük kuralı uyarınca ispat yükünün yer değiştirmesi gibi<sup>312</sup>.

HMK m. 190'a göre, *"İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir"*. Burada vakıayı hangi tarafın ileri sürdüğü değil; o vakıadan hangi tarafın lehine hak çıkardığı önemlidir<sup>313</sup>.

Taraflar aralarında, bir vakıanın ispat yükünün kime ait olduğuna dair ispat yükü sözleşmesi yapabilirler. Ancak genel işlem koşullarına aykırı şekilde taraflardan birisinin aleyhine getirilen ispat yükü geçersizdir<sup>314</sup>.

BGB'de, genel işlem koşullarına ilişkin olarak ispat yükünün yer değiştirmesi açısından, hâkime takdir yetkisi vermeyecek şekilde, özel bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, düzenleyenin ispat yükünü diğer taraf aleyhine değiştirdiği şartlar, özellikle, karşı tarafa, düzenleyenin sorumluluk alanında bulunan hususlar için ispat yükü getiriyorsa veya karşı tarafa bazı vakıalar teyit ettiriliyorsa, bu kayıtlar hükümsüz olacaktır<sup>315</sup>.

TBK m. 21/1'e göre, genel işlem koşullarının karşı tarafça önceden yeterince incelenip değerlendirildiğini genel işlem koşullarını hazırlayan ve bundan yararlanacak olan taraf ispat edecektir. Görüldüğü gibi burada, kendisine sözleşme önerilen tarafın bunu kabul ederken, kural olarak, sağlıklı bir irade ile kabul beyanında bulunduğu dair genel bir karinenin tersi söz konusudur. Daha güçlü tarafça önceden hazırlanmış ve çeşitli hükümler içeren bir sözleşme metnini imzalayan tarafın, kendi aleyhine olan hükümleri de kabul etme iradesine sahip olmadığı karinesi getirilmektedir. Üstelik bu karine, yanlış veya aldatma hallerindeki gibi süreyle sınırlı bir iptal imkânı vermenin (TBK m. 39)

---

<sup>311</sup> Atalay, 88.

<sup>312</sup> Atamer, Denetleme, 285; Arslan, 89.

<sup>313</sup> Yargıtay 16.HD 2003/12293 E. 2003/11083 K. 12.12.2003 T., YKD Y. 2005/2, 234

<sup>314</sup> Atalay/Pekcanitez/Özekes, 672.

<sup>315</sup> Çınar, 235-236.

ötesine geçip, karşı tarafın her zaman ileri sürebileceği hatta hâkimin kendiliğinden göz önüne alabileceği bir hükümsüzlüğe yol açacaktır<sup>316</sup>.

TBK m. 21/1'e göre, genel işlem koşullarını düzenleyen taraf, belirtilen hususları ispat edebilirse, hükümsüzlüğü önler. Bunun için, ya sözleşmeyi hazırlarken karşı tarafla görüşerek ve tartışarak bu hükümleri hazırladığını ya da sözleşmeyi hazırlarken görüşmemiş olsalar bile, karşı tarafın bu hükümleri gayet iyi inceleyip tüm olası sonuçlarını değerlendirerek sözleşmeyi imzaladığını ispatlamalıdır. Kuşkusuz ilkini ispatlamak ikincisini ispatlamaktan daha kolay olacaktır<sup>317</sup>.

## § 6. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YORUMLANMASI

### I. GENEL OLARAK

Yorum, iradeyi açıklamak için kullanılan sözcüklerin anlamının tespit edilmesidir<sup>318</sup>. İradenin diğer bir ifadeyle irade beyanlarının, kurulmak istenen sözleşmenin içeriğine uygun olarak sonuç doğurması beklenir. Bir sözleşmenin kurulmasından ziyade kurulmuş olan bir sözleşmede yer alan irade beyanlarının anlamı ile ilgili olan, yorum ile tarafların irade beyanlarının anlam ve amaçları araştırılarak, onların sözleşme ile ulaşmayı amaçladıkları hukuki sonuç belirlenir<sup>319</sup>.

Yorumlanacak bir irade beyanından söz edebilmek için, bir sözleşmeye ait kayıtların yürürlük denetiminden geçmesi gerekmektedir. Çünkü yürürlük denetimini geçemeyen sözleşme kayıtları, sözleşmenin içeriği haline gelmemekte ve bu durumda yorumlanacak bir irade beyanı da söz konusu olmamaktadır<sup>320</sup>.

Sözleşmenin yorumlanması konusunda TBK m. 19<sup>321</sup> kapsamında bir düzenleme mevcuttur. Fakat, bu düzenlemede yorumun nasıl yapılacağına ilişkin herhangi bir kriter belirlenmemiş, sadece sözleşme taraflarının gerçek iradelerinin araştırılacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle, yorumun yapılmasına ışık tutacak kriterlerin belirlenmesi doktrine bırakılmıştır<sup>322</sup>.

---

<sup>316</sup> Oğuzman/Öz, 167-168.

<sup>317</sup> Oğuzman/Öz, 168.

<sup>318</sup> Kılıçoğlu, 250 vd.

<sup>319</sup> Feyzioğlu, 350; İnan, 232; Sirmen, 119.

<sup>320</sup> Atamer, Denetleme, 124 vd.; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 148

<sup>321</sup> TBK m. 19: "Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır."

<sup>322</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 71 vd; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, 335 vd.



Genel işlem koşullarının yorumunda izlenecek olan yöntem hakkında açıklamalara geçmeden önce şu konuyu da belirtmek gerekmektedir: Yürürlük denetiminden geçen genel işlem koşullarını içeren bir sözleşme metni, ikinci adım olarak yoruma tabi tutulmaktadır. Bu süreci izleyen üçüncü adım ise içerik denetimidir. Dolayısıyla bu aşamada incelenmesi gereken husus, genel işlem koşullarına nazaran öncelikle uygulanması gereken bir bireysel anlaşmanın olup olmadığıdır. Bu inceleme neticesinde bireysel bir anlaşmanın varlığına rastlanmazsa ancak o takdirde ilgili genel işlem koşullarının yorumlanması söz konusu olacaktır. İnceleme neticesinde bireysel bir anlaşmanın varlığına rastlanırsa durum ne olacaktır?

Genel işlem koşulları içeren sözleşmeler, sayısız sözleşme için önceden kaleme alınmış metinlerden oluşmaktadır. Dolayısıyla her bir sözleşmenin somut ihtiyaçlarına uygun hükümler içermeleri mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, taraflar kurulan sözleşmede genel işlem koşullarının varlığını kabul etmelerine rağmen, aralarında bireysel anlaşmalar da yapabilirler. Burada çözüme kavuşturulması gereken durum, böyle bir durumun varlığı halinde, bireysel anlaşma ile sözleşmeye alınan hükümlerle, genel işlem koşulları arasında farklılık varsa önceliğin hangisine tanınacağıdır.

Bireysel anlaşma ile sözleşmeye alınan hükümlerle, genel işlem koşulları arasında farklılık olduğu takdirde hangi koşulların üstün tutulacağına dair TBK’da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. BGB’de ise bireysel anlaşma ile sözleşmeye alınan hükümler, genel işlem koşullarına göre önceliğe sahiptir (BGB § 305b)<sup>323</sup>.

## II. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YORUMUNDA İZLENECEK YÖNTEM

### A. BELİRSİZLİK HALİNDE YORUM İLKESİ

Düzenleyenin sözleşmede kullanmak üzere önceden hazırladığı sözleşme kayıtlarının meydana getireceği rizikoyu üstlenmesi düşüncesine dayanan belirsizlik halinde yorum ilkesine göre, yorum sonucunda bir kaydın anlamının açık olmaması veya birden çok anlama sahip olması durumunda, söz konusu kayıt, düzenleyen aleyhine yorumlanır<sup>324</sup>.

TBK m. 23 kapsamında bu konu şöyle düzenlenmiştir: “*Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa,*

---

<sup>323</sup> Çınar, 84.

<sup>324</sup> Atamer, Denetleme, 134-135; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 151-152; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, 239.

*düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.*” Bu düzenleme ile sözleşmede açık olmayan veya duraksamaya neden olan noktaların düzenleyen aleyhine yorumlanacağı açıkça ifade edilmiştir.

BGB’de ise bu kural, “*Genel işlem koşullarının anlamında tereddüt halinde, kullanan aleyhine olan anlam esas alınır*” şeklinde ifade edilmiştir<sup>325</sup> (BGB § 305c/2).

TBK yürürlüğe girmeden evvel Türk doktrininde sıkça savunulan belirsizlik ilkesi, Yargıtay’ın 1996 yılında verdiği bir kararda<sup>326</sup>, olaya genel işlem koşulları açısından yaklaşılmamış olmasına rağmen uygulama alanı bulmuştur.

Doktrindeki yaygın görüşe<sup>327</sup> göre, belirsizlik ilkesi ancak tali bir ilke olarak uygulama alanı bulur. Buna göre, yorum sonucunda, bir sözleşme kaydının birden çok anlamı ortaya çıkıyorsa ya da anlamı belirlenemiyorsa belirsizlik ilkesi uygulanır. Bu ilke, yorum yapılırken doğrudan uygulama alanı bulamaz, ancak yorum sonucunu değerlendirirken önem kazanır. Dolayısıyla, bu, ikinci derecede göz önünde tutulması gereken yani tali bir ilke niteliği göstermektedir<sup>328</sup>.

Doktrinde ağırlıklı olarak savunulan bir diğer nokta ise, sözleşmede yer alan bir kayıt, karşı taraf lehine yorumlanıyorsa bu durum, içerik denetimi ile elde edilebilecek olan daha olumlu sonucu engellememelidir. Buna göre, birden farklı yorum sonucunun hepsi sonradan yapılacak bir içerik denetimini aşamayacak gibiyse, yorum üzerinde daha fazla durmaya gerek yoktur, doğrudan içerik denetimine geçilebilir<sup>329</sup>. Örneğin, taraflar arasında bir cezai şartın mı yoksa götürü bir tazminatın mı kararlaştırıldığı sorusu tartışmaya değer olmayabilir. Zira olayın özellikleri genelde hem müşteri aleyhine kararlaştırılan cezai şartın hem de götürü tazminatın batıl olduğu sonucuna götürecektir.

Bu durumda içerik denetimi yapma zorunluluğu doğmasının en önemli sebebi, yorum yoluyla sözleşmenin karşı tarafı lehine belirlenen anlamın, içerik denetimi

---

<sup>325</sup> Çınar, 114.

<sup>326</sup> Yargıtay’ın 1996 yılına ait bir kararında birleşik hayat sigortası poliçesinde yer alan “*ecel*” ile ölüm ve “*kaza*” sonucu ölüm kavramlarının yorumlanması gerekmiştir. Mahkeme, terör eylemleri sonucu hayatını kaybeden bir ordu mensubunun, çatışmalara kendi iradesi sonucu gittiği için eceliyle ölmüş kabul edilemeyeceğini ifade etmiş, ayrıca, “*sigorta poliçelerinde sigortalı aleyhine getirilen koşulların yorum yoluyla genişletilmesi mümkün değildir*” ifadesine de yer vermiştir. Yargıtay 11.HD 1996/3239 E. 1996/4799 K. 28.6.1996 T., YKD 1996, 1576, 1578.

<sup>327</sup> Atamer, Denetleme, 136; Soyer, 134-135; Kaplan, 73.

<sup>328</sup> Çınar, 115; Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rn.28.

<sup>329</sup> Atamer, Denetleme, 137.

sonucunda, o kaydın hükümsüz sayılmasıyla ulaşılabacak sonuçtan daha az yarar sağlamasıdır<sup>330</sup>.

## B. SUBJEKTİF VE OBJEKTİF YÖNTEMLER

Genel işlem koşullarının yorumlanmasında, İsviçre ve Alman doktrininde farklı görüşler mevcuttur. İsviçre doktrininde savunulan bir görüşe göre, yorum ilkesinin hareket noktası klasik sözleşmeler olmalı ve yorum yapılırken genel işlem koşullarının özellikleri dikkate alınmalıdır. Sübjektif yorum yöntemi adı verilen bu yönteme göre, hâkim, tarafların, genel işlem koşulları açısından gerçek iradesini araştırmalıdır. Araştırma sonucunda, anlam belirlenemiyorsa, güven teorisine göre yorum yapılmalıdır<sup>331</sup>.

Alman hukukunda savunulan görüşe<sup>332</sup> göre ise, genel işlem koşulları ileride yapılacak olan çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, sadece bir sözleşme için hazırlanması söz konusu değildir. Dolayısıyla, yasal hükümlerde olduğu gibi, soyut ve genel bir yorum yönteminden hareket edilmelidir. “*Objektif yorum yöntemi*” adı verilen bu yönteme göre, hâkim öncelikle tarafların gerçek iradelerini araştıracak, tarafların iradeleri uyumuş ise sözleşme bu çerçevede kurulmuş sayılacaktır. Hâkim, tarafların gerçek iradelerini tespit edemezse, makul ve dürüst kişilerin, o kavram ile neyi ifade etmek istediklerini tespit etmeye çalışacaktır<sup>333</sup>.

Türk doktrininde çeşitli gerekçelerle objektif yorum yöntemini savunan yazarlara göre, genel işlem koşulları herkese uygulanmak üzere hazırlanır ve bundan dolayı genel işlem koşullarının yorumlanması sırasında bu koşulları hazırlayan kişinin iradesini araştırmanın bir önemi bulunmamaktadır<sup>334</sup>. Objektif yorum metodunu savunan bu yazarlara göre, bu yorum yönteminin, olayın amacına ve işlevine daha uygun olduğunu, genel işlem koşullarının herkes için uygulanmak üzere hazırlandığını, bu şartların somut olaylardan ve görüşlerden soyutlanması ve herkese hitap etmesi dolayısıyla, genel işlem koşullarının yorumlanması sırasında bu koşulları hazırlayan ya da kullanan kişinin iradesini araştırmanın hiçbir öneminin olmayacağını ileri sürmüşlerdir. TBK m.19’a göre, önce tarafların gerçek iradelerine bakılmalı, gerçek iradenin tespit edilememesi durumunda

---

<sup>330</sup> Çınar, 115; Soergel, Art. 5 Rn 15-16; Ulmer/Brandner/Hensen, Art.5, Rn.31; Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rn.31-32.

<sup>331</sup> Atamer, Denetleme, 130; Oğuz,79; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 150; Soyer, 130

<sup>332</sup> Çınar, 110; Ulmer/Brandner/Hensen, Art.5, Rn.3,8; Wolf/Horn/Lindacher, Art.5, Rn.5-6.

<sup>333</sup> Atamer, Denetleme, 131; Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 150-151.

<sup>334</sup> Havutçu, Açık İçerik Denetimi, 150; Soyer, 130-131; Bahtiyar, 95.

güven teorisi uyarınca yasal hükümlerde olduğu gibi normatif bir yorum metodu izlenmeli, somut olaylar ve tarafların durumu araştırılmaksızın genel soyut bir yorum yapılmalıdır.

Doktrinde yer alan bir diğer görüş<sup>335</sup> ise, objektif yorum yöntemi, tüketici sözleşmesi niteliği arz etmeyen sözleşmelerde yer alan genel işlem koşullarının yorumu açısından savunulabilirse de, gerek Yönerge ve Yönergenin yasalaştırıldığı ülkelerin yasal mevzuatı ve gerekse, 6502 sayılı TKHK kapsamı ve ilgili yönetmelik hükümleri çerçevesinde, tüketici sözleşmeleri açısından, objektif yorum metodunun uygulanması mümkün değildir. Objektif yorum yöntemi, genel işlem koşullarının norm niteliğinde olduğu ilkesinden hareket etmektedir.

Kanaatimizce, genel işlem koşullarının sözleşmesel nitelikte hükümler olduğunun ifade edildiği TBK m. 20 gereğince, sözleşmede yer alan bir kaydın anlamının saptanmasında, objektif yorum yöntemini savunmak mümkün değildir. Dolayısıyla, genel işlem koşulları, herhangi bir ayrıcalık konusu yapılmadan sözleşme hükmü olarak, güven teorisi çerçevesinde yorumlanmalıdır.

Bu konuda son olarak şunu da belirtmek gerekir ki, olağan dışı olan bir kayıt ile açık olmayan bir kayıt, farklı müesseselere hizmet etmektedir. Olağan dışı bir kayıt, sözleşmenin içeriğine dâhil değilken, yorumlanan bir sözleşme kaydı, sözleşmenin içeriği haline gelmiş bir koşuldur. Buna göre, olağan dışı sayılan kayıtlar, yürürlük denetiminin konusunu oluşturmakta iken, yorum, yürürlük denetiminden geçebilen koşullar için söz konusu olur<sup>336</sup>.

### III. DARALTICI YORUM İLKESİ

Bu ilkeye göre, sözleşmede yer alan bir kaydın anlamı karşı tarafın aleyhine ise, dar yorumlanarak, sınırlı bir uygulama alanı tanınacaktır<sup>337</sup>.

Doktrinde bu yorum yöntemi ile belirsizlik ilkesinin iç içe geçtiği ifade edilmektedir. Ancak belirsizlik ilkesinden farklı olarak dar yorum yöntemi uygulanırken o hükme objektif olarak verilebilecek birden fazla anlam aslında yoktur. Sadece daha “dar” veya daha “geniş” bir yorum söz konusudur. Bu yöntem ise bugün Alman hukukunda genelde reddedilmektedir<sup>338</sup>.

---

<sup>335</sup> Çınar, 111-112.

<sup>336</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, 239; Havutçu, Sempozyum, 3622-3623; Çınar, 113.

<sup>337</sup> Atamer, Denetleme, 140-141

<sup>338</sup> Atamer, Denetleme, 141-142

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### GENEL İŞLEM KOŞULLARININ BENZERİ KURUMLARDAN AYIRT EDİLMESİ

#### § 7. HAKSIZ ŞARTLAR VE GENEL İŞLEM KOŞULLARI

##### I. HAKSIZ ŞART KAVRAMI

“Haksız şartlar” terimi ilk olarak tüketici sözleşmelerinde yer alan kötüye kullanılabilir kayıtlara karşı tüketicinin korunması amacıyla Avrupa Birliği Konseyi tarafından kabul edilen Yönergede AB Yönergesinde yapılan düzenlemelerin iç hukukumuza aktarılması niteliğindeki 6502 sayılı TKHK m. 5’e göre, “*haksız şart*”, “*Tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.*” şeklinde tanımlanmıştır. Haksız Şartlar Yönetmeliği m. 4/c’ye göre, 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 şartlarını*” ifade etmektedir.

Haksız şartların çoğunlukla yer aldığı sözleşmeler, bankalar ile tüketiciler arasında yapılan kredi sözleşmeleri, sigorta, taşımacılık, elektrik, su vb. hizmetlerin sunumu gibi alanlar olmakla bu tür sözleşmeler giderek yaygınlaşmaya başlamıştır<sup>339</sup>. Bu alanlarda yapılan sözleşmelerde yer alan haksız şartların denetimi ise sözleşmenin taraflarından birinin tüketici olması halinde 6502 sayılı TKHK hükümleri gereği olacaktır. Zira 6502 sayılı 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 denetimi düzenleme alanı dışında bırakılmıştır<sup>340</sup>.

---

<sup>339</sup> Akipek, 331; Çınar, 20.

<sup>340</sup> Atamer, Sempozyum, 10.

## II. HAKSIZ ŞARTLARIN UNSURLARI

### A. TÜKETİCİ İLE MÜZAKERE EDİLMEMESİ

Tüketici sözleşmesindeki bir kaydın haksız şart olarak değerlendirilmesi için, öncelikle, bu kaydın tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulmuş olması gerekir<sup>341</sup>. Zira 6502 sayılı TKHK m. 5. ve Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliği m. 4'te, “Tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen şartlar” şeklinde yer alan ifade ile, bir kaydın haksız şart olarak kabul edilebilmesi için, tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulması gerektiği vurgulanmıştır<sup>342</sup>. Madde gerekçesinde de bu konuya açıkça değinilmiştir<sup>343</sup>. Görüldüğü gibi karşı taraf önceden tek yanlı olarak hazırlanan koşulları önceden görüp içeriğine etki edemediği gibi sözleşme görüşmelerinde pazarlık konusu da yapamamaktadır. Böylece sözleşme özgürlüğünün en temel ilkelerinden olan “ *tarafların eşitliği*” ilkesi zedelenmiş olmaktadır<sup>344</sup>.

Müzakereden bahsedebilmek için tarafların sözleşme şartlarını birlikte gözden geçirmeleri yeterli görülmemekte, sözleşme şartlarını hazırlayan tarafın, karşı tarafın görüş ve teklifleri doğrultusunda şartlarda değişiklik yapmaya hazır olması hususunun da varlığı gerekmektedir<sup>345</sup>. Dolayısıyla öncelikle böyle bir emarenin varlığı halinde sözleşmeye konan haksız şartların denetime tabi olup olmadığı belirlenebilecektir. Zira burada önce bakılması gereken husus taraflar arasında müzakere, pazarlık olup olmadığıdır. Eğer tarafların denk bir pazarlık iktidarına sahip olduğu kabul edilebiliyorsa o zaman bu sözleşme bireysel bir sözleşmedir ve sözleşme hükmü haksız şart olarak nitelendirilemez<sup>346</sup>.

Yargıtay'a göre<sup>347</sup>, “Standart sözleşmeler, içeriğini kısmen veya tamamen genel işlem koşullarının oluşturduğu, tarafların karşılıklı müzakereleri sonucu değil, aksine,

<sup>341</sup> Akipek, 333; Aslan, 317; Çınar, 21.

<sup>342</sup> Aslan, 318; Atamer, Denetleme, 74; Çınar, 21.

<sup>343</sup> 6502 sayılı TKHK m. 5 gerekçesi; “Uygulamada özellikle matbu standart sözleşmeleri aynen kabul etmek veya kurmak istediği sözleşmeden vazgeçmek seçeneği karşısında bırakılan tüketiciler, genelde sözleşmeyi kurmayı tercih etmektedir. Oysa hiçbir şekilde pazarlık edilmeden, hatta genelde okunmadan kabul edilen bu sözleşme şartları arasında, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine bir dengesizliğe neden olan hükümler vardır. Kanununun 5 inci maddesi uyarınca bu hükümler haksız şart olarak nitelendirilir. Haksızlığın göstergesi, karşılıklı hak ve yükümlülüklerde bir dengesizliğin olması ve bunun dürüstlük kuralına aykırı düşmesidir. Sadece pazarlık edilmeden sözleşme içeriği olan şartların denetime tabi olduğu ise gözden kaçırılmamalıdır. Tarafların irade özerkliği asıldır. Denkler arasında bir pazarlık gerçekleşmiş ve sözleşme içeriği buna göre belirlenmişse haksız sözleşme şartı değerlendirilmesi yapılamaz”.

<sup>344</sup> Aydoğdu, Tüketici, 188-189; Atamer, Sempozyum, 14-15.

<sup>345</sup> Akipek, 333, Aydoğdu, Tüketici, 189

<sup>346</sup> Atamer, Tartışmalar, 104.

<sup>347</sup> Yargıtay 13.HD. 2014/22198 E., 2014/22790 K., 03.07.2014 T.

tafaflardan biri veya üçüncü kişi tarafından önceden hazırlanmış hükümlerin kullanıldığı sözleşme tipi olarak tanımlanmakta olup, 4077 sayılı TKHK'un 4822 Sayılı Kanunla değişik 6. maddesi ile, AB Yönergesinde ve bu yönergeyi iç hukuklarına aktaran Avrupa Birliği ülkelerinde, standart sözleşmelerde yer alan hükümlerin ve özellikle bu sözleşmelerin içeriğini oluşturan genel işlem koşullarının, haksız şart olduğuna ilişkin bir karine öngörülmüştür." şeklindeki kararı ile haksız şartın tanımlanmasının ilk unsurunun, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye konan hükümler olduğu açıkça belirtilmiştir.

6502 sayılı TKHK m. 5. ve Haksız Şartlar Yönetmeliğinde, sözleşmenin bazı kayıtlarının müzakere edilmiş olması durumunda, müzakere edilmeyen sözleşme kayıtlarının haksız şart olarak değerlendirilmesi açısından, standart sözleşme ile bağlantı kurulmuştur. Buna göre, sözleşmenin bütün olarak yorumlanması sonucunda, standart sözleşme niteliğinde olduğu anlaşılırsa, bir kaydın belirli unsurlarının veya sözleşmenin münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, bu sözleşmenin müzakere edilmeyen kayıtları açısından, haksız şart hükümlerinin uygulanmasını engellemeyecektir<sup>348</sup>.

Uygulamada sözleşmelere veya sözleşmenin eki mahiyetindeki bazı kâğıtlara, "sözleşmenin tüm hükümlerinin müşteri ile müzakere edildiği ve mutabık kalındığı, dolayısıyla müşterinin sözleşme hükümlerinin hiçbirine itirazı olmadığı" şeklinde kayıtlar düşölmektedir. Bu kayıtlar da tamamen geçersizdir. Zira sözleşmenin hazırlayıcısı ve kullanıcı konumunda olan taraf kanunu dolanmak suretiyle ileride kendisine bir zarar dokunmaması amacıyla bunu gerçekleştirse de bu tür kayıtlar TBK m. 20/3 gereğince de geçersiz olacaktır<sup>349</sup>.

## **B. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI OLARAK TÜKETİCİ ALEYHİNE DENGESİZLİK OLUŞTURMASI**

Özel hukukun pek çok esasında hatta kamu hukukunda da uygulama alanı bulan hakların kullanılması ve borçların ifasında uyulması gereken genel ilke TMK m. 2'de "dürüstlük kuralı" olarak adlandırılmıştır<sup>350</sup>.

<sup>348</sup> Çınar, 22; Uzunallı, 402.

<sup>349</sup> 6502 sayılı TKHK m.5/3 de "Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez." hükmü gereğince de yazılan bu şekildeki kayıtlar hüküm ifade etmeyecektir.

<sup>350</sup> Oğuzman/ Barlas, 52.

6502 sayılı TKHK m. 5'te tüketici sözleşmelerinde, bir sözleşme kaydının haksız şart olarak kabul edilebilmesi için tüketici ile müzakere edilmemiş olmasının yanında, bu kaydın tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olmasını aramıştır<sup>351</sup>.

Bununla ilgili olarak Yargıtay verdiği bir kararda<sup>352</sup> “*Davalı 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.”* şeklinde hüküm kurmuş ve sözleşmede önceden tek taraflı olarak belirlense dahi dürüstlük kuralına aykırı olmayan ve tüketici lehine olan bir hükmün haksız şart olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir.

Bununla ilgili, AB Yönergesinde dürüstlük kuralına aykırılığın tüketicinin zararına “önemli oransızlık” olması aranmışken hukukumuzda buna yer verilmemiştir<sup>353</sup>. Bu durumda TBK m. 25, “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz*” şeklinde düzenleme yapılarak, sözleşme kaydının haksız şart olarak nitelendirilmesi için, dürüstlük

---

<sup>351</sup> Akipek, 333; Aydoğdu, Tüketici, 191; Aslan, 320; Çınar, 24; “*Davalı tarafın verdiği hizmetin tekel niteliğinde olması karşısında sözleşme özgürlüğünde bulunması gerekli güç dengesinin bir taraf aleyhine bozulduğu, sözleşme özgürlüğüne müdahale ile sözleşme adaletinin sağlanması gerektiği kanısına varılmıştır. Şu hale göre; davaya konu sözleşmede, kayıp-kaçak bedelinin tahsili sözleşmeyle hüküm altına alınmış olsa bile, dağıtım şirketleri tarafından elektrik abonelerinden tahsil edilemeyeceği kabul edilip, mahkemece; davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, aksi gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.*” Yargıtay 3.HD 2014/13539 E. 2014/16751 K. 18.12.2014 T.

<sup>352</sup> Yargıtay 13.HD 2014/22473 E. 2014/23099 K. 08.07.2014 T.

<sup>353</sup> Aydoğdu, Tüketici, 191; Çınar, 24



kuralına aykırılığın, önemli ve haksız olması aranmamış ve bu şekilde de, 6502 sayılı TKHK ile paralellik sağlanmıştır<sup>354</sup>.

Bunlara ek olarak, uygulamada, haksız şart niteliğindeki uygulamaların TMK m. 2’de ifadesini bulan, gerek ticari hayatın, gerekse her tür ilişkinin dayanması gereken “dürüstlük kuralına” aykırı olduğu açıktır. Zira satıcı veya sağlayıcılar, sözleşmede tanınan yetkileri dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanmalı, örneğin, uygulanacak komisyon oranını sözleşme içeriğinde göstermeli ve makul bir gerekçeye dayalı artırım talebini müşterisine bildirip rızasını almalıdır. Bununla ilgili olarak Yargıtay bir kararında<sup>355</sup>, “Davacı şirket, bankanın komisyon oranında yapmayı düşüneceği artışı sözleşmeye uygun olarak önceden yazılı biçimde kendisine tebliğ edileceğini beklediği ve bankaya güvendiği için hesap ekstrelerini kontrol ihtiyacı duymadığı dikkate alınarak, 307 sayfadan oluşan ve 20.750 işlem içeren ekstreleri davacının kontrol etmemesini davacı aleyhine yorumlamamak ve kabul etmek doğru görülemez. Aksine bir düşünce sözleşmeye sadakat ilkesine uygun düşmeyeceği gibi, bankanın da basiretli bir tacir gibi davranması gerektiğini göz ardı etmek sonucu doğurup hakkaniyetle bağdaşmaz.” şeklinde hüküm kurmuştur.

Ayrıca bu noktada belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, haksız şart içeren sözleşmelerin karşı tarafının tüketici olması sebebi ile, bu sözleşmelere 6502 sayılı TKHK uygulanacağı için ve bu konunun TBK’ya göre özel bir kanun olması göz önünde bulundurularak, 6502 sayılı TKHK’da hüküm bulunmayan durumlarda TBK’nın genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerine başvurulacaktır. Bunun yanında TBK’da yer alan genel işlem şartlarına ilişkin düzenleme ise sözleşmenin taraflarından birinin tüketici olmadığı diğer sözleşmelerde çıkacak uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulacaktır. Kanımızca TBK’nın genel işlem koşullarına ilişkin hüküm bulunmayan durumlarda da TKHK’nın haksız şartlara ilişkin hükümlerini kıyasen uygulamak adilane bir çözüm olacaktır<sup>356</sup>.

### III. HAKSIZ ŞART SAYILAN DURUMLAR

AB Yönergesinde belirtilen ve bu yönerge hükmü doğrultusunda iç hukukumuzda Haksız Şartlar Yönetmeliği hükümlerine dâhil olan ve bu yönetmeliğin *Ek* maddesinde

<sup>354</sup> Çınar, 25.

<sup>355</sup> Yargıtay 11. HD 2001/5353 E. 2001/8444 K. 30.10.2001 T.

<sup>356</sup> Atamer, Sempozyum, 11; Atamer, Denetleme, 20; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 205; Reisoğlu, Borçlar, 83.

sıralanan durumların varlığı halinde, tüketici sözleşmelerindeki şartların haksız şart olarak nitelendirileceği kabul edilmiştir. Buna göre<sup>357</sup>;

*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 dâhil, sözleşmeyi düzenleyene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar,*

*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,*

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

*e) 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,*

*f) Sözleşmeyi düzenleyene, haklı sebeplerin var olduğu durumlar hariç olmak üzere, belirsiz süreli bir sözleşmeyi makul bir bildirimde bulunmaksızın ve süre tanımaksızın fesh etme hakkı tanıyan şartlar,*

*g) Belirli süreli sözleşmelerde, sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin konulan şartlar,*

---

<sup>357</sup> RG. 17.06.2014, S.29033

- ğ) Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, geri dönülemez bir şekilde kabul ettiğini öngören şartlar,
- h) Sözleşmeyi düzenleyenin sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı olarak değiştirmesine imkân veren şartlar,
- ı) Sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar,
- i) Sözleşmeyi düzenleyenin mal veya hizmetin bedelini, ifa anında tespit edebileceğini veya yükseltebileceğini öngören ve nihai bedelin, sözleşmenin kurulması anında tespit edilen bedele nazaran çok yüksek olması halinde, tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı tanımayan şartlar,
- j) Sözleşmeyi düzenleyene, mal veya hizmetin sözleşme koşullarına uygun olup olmadığını tespit etme hakkı veren veya bir sözleşme şartının nasıl yorumlanacağı konusunda münhasır yetki veren şartlar,
- k) Sözleşmeyi düzenleyen adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler tarafından verilen taahhütleri yerine getirme yükümlülüğünü sınırlandıran veya bu yükümlülüğü belli bir şekil şartına uyulmuş olmasına bağlayan şartlar,
- l) Sözleşmeyi düzenleyenin yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmesini zorunlu kılan şartlar,
- m) Sözleşmeyi düzenleyene, tüketicinin sahip olduğu teminatların azaltılmasına neden olabilecek şekilde, sözleşme kapsamındaki hak ve yükümlülüklerini, tüketicinin onayı alınmaksızın devretme imkânı veren şartlar,
- n) 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 imkânını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar”

haksız şart olarak sayılmıştır. Ayrıca belirtilmelidir ki, yönetmelikte sayılan haksız şartlar bu sayılanlarla sınırlı değildir. Her somut duruma göre sözleşmede bulunan şartların haksız şart olup olmadığı hâkim tarafından ayrıca değerlendirilmedir.

## **§ 8. BİR HAKSIZ REKABET HALİ OLARAK GENEL İŞLEM KOŞULLARI**

### **I. GENEL OLARAK**

Günümüzde ticari sözleşmelerde de genel işlem şartlarının kullanımı oldukça yaygınlaşmıştır. Özellikle çalışmamızda belirttiğimiz üzere, bankacılık, sigortacılık, ulaşım, nakliye sözleşmelerinde ve su, doğalgaz, elektrik, telefon, internet abonelik sözleşmelerinde genel işlem şartları kullanılmaktadır. Sözleşmenin karşı tarafı, önüne konulan metni okumaya zamanının olmaması, okusa bile belki de her hükmünü anlamayacağı için, bu sözleşmelerin imza aşamasında, kararsızlık hissedebilir. Karşı tarafı oluşturan müşteriler, müzakere şanslarının bulunmaması nedeniyle, ya gerçek iradelerine uygun olmasa da genel işlem şartlarını kabul edip sözleşmeyi imzalarlar ya da sözleşme yapmaktan vazgeçerler<sup>358</sup>. Günlük hayatta, bazı mal ve hizmet sektörlerinde satıcı veya sağlayıcının alternatifinin çok olmaması, aynı mal ve hizmeti sunan başka işletme olsa dahi onların da aynı veya benzer genel işlem şartları kullanarak sözleşme yapmaları sebebiyle, müşterinin sözleşme yapmaktan vazgeçtiği nadir görülür. Bu durum karşısında, genel işlem şartlarına, sözleşmenin karşı tarafını koruyucu bir takım düzenlemeler getirme zorunluluğu doğmuştur. En son getirilen düzenlemelerden birisi de TTK m. 55/1-f bendinde düzenlenen genel işlem şartlarına ilişkin haksız rekabet hükümleridir.

### **II. BİR HAKSIZ REKABET HALİ OLARAK GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DÜZENLENME AMACI**

6762 sayılı mülga TTK'da düzenlenen haksız rekabet halleri arasında, genel işlem şartlarına ilişkin bir hüküm mevcut değildi. Yürürlükteki TTK'da yeni haksız rekabet hallerinin getirildiği görülmektedir. Bu nedenle bir haksız rekabet hali olarak genel işlem şartlarının düzenlenme amacının tespit edilebilmesi için, genel olarak haksız rekabetin amacı incelenmelidir.

Haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatici veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırı sayılır (TTK m.54/1).

---

<sup>358</sup> Baudenbacher, 791; Battal, 212.

Yürürlükteki TTK m.54 ile mülga TTK m.56'dan<sup>359</sup> farklı bir haksız rekabet sistemi düzenlenmiştir. Mülga TTK m.56'ya göre, bir eylemin haksız rekabet hali olarak nitelendirilebilmesi için, dürüstlük kuralına aykırılık yeterli değildir. Ayrıca iktisadi rekabetin kötüye kullanılması da aranır. Hâlbuki iktisadi rekabetin kötüye kullanılması kriteri, dar bir uygulama alanına sahiptir. TTK m.54 ile getirilen yeni haksız rekabet sisteminde ise, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması ve dürüst davranma kuralı esastır<sup>360</sup>. Artık haksız rekabetten söz edilebilmesi için, iktisadi rekabetin kötüye kullanılması gerekli olmayıp, dürüstlük kuralına aykırı davranma yeterli görülmektedir.

Yürürlükteki TTK'da haksız rekabet hükümlerinin amacı, sadece rakiplerin değil, bütün katılanların menfaatini korumaktır. Eski düzenlemede haksız rekabetin anlaşılmasında karışıklığa neden olan “*iktisadi rekabet*” ifadesi terk edilerek, özellikle tüketicilerin de menfaatini koruyan dürüst ve bozulmamış rekabet hedeflenmiştir. Genel işlem şartlarına ilişkin haksız rekabet hükümleri de bu amaç göz önünde tutularak düzenlenmiş; genel işlem şartlarının kullanıcılarına karşı, gerek tüketicilerin gerekse küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin menfaati korunmak istenmiştir.

### III. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI GENEL İŞLEM ŞARTI KULLANMA

#### A. TTK m. 55/I-f BENDİNDE SAYILAN DÜRÜSTLÜĞE AYKIRI GENEL İŞLEM ŞARTLARI

TTK 55/I-f bendine göre, “*Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanma, özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;*

*1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya*

*2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur”.*

Tek taraflı ve önceden düzenlenmiş genel işlem şartlarının, TTK m. 55/1-f hükmüne göre haksız sayılabilmesi için, bu şartların özellikle sözleşmede gerçekten kullanılmış olması aranır. Genel işlem şartlarının kaleme alınması, bilgisayar belleğine

<sup>359</sup> 6102 sayılı TTK'nın Gerekçesi m. 54.

<sup>360</sup> Poroy/Yasaman, 319; Karahan, 228.

kaydedilmesi, bastırılması ve yayınlanması, haksız rekabet bakımından önemli kullanım sayılmaz. Aksine bu şartların somut olarak bir sözleşmede kullanılmış olması şarttır<sup>361</sup>.

Genel işlem şartının kullanıcısı, sözleşmenin kurulmasından önce hazırladığı bu şartları karşı tarafa sunan ve bunların sözleşme içeriği olmasını isteyen kişidir. Bu anlamda genel işlem şartı kullanıcısı, sadece sözleşmenin tarafı olabilir. Genel işlem şartları kullanıcısının kendi avukatı veya temsile yetkili tacir yardımcısı tarafından sözleşmenin yapılması halinde de, sözleşmeyi elbette yine kullanıcı yapmış sayılır<sup>362</sup>.

Genel işlem şartları, genellikle ekonomik veya sosyal olarak güçlü sözleşme tarafınca kullanılır. Fakat bu zorunlu değildir. Genel işlem şartı kullanıcısı, zayıf olan veya mal ve hizmet talep eden taraf da olabilir<sup>363</sup>.

Karşı tarafın, genel işlem şartlarının içeriğini veya kullanıcının bu şartları kullanmakta amacının ne olduğunu bilip bilmemesi önem taşımaz. Önemli olan, bu kullanımın dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığıdır. Dürüstlük kuralı, bir eylemin haksız rekabet niteliği taşıyıp taşımadığının tespitinde belirleyicidir. Hukuka uygun ve bozulmamış rekabet ortamında, tüm katılanlar, piyasada taraf olan herkesin dürüst davranma kuralına göre hareket edeceğine güvenir ve güvenme hakkına da sahiptir. Dürüstlük kuralının ihlali, bu duyulan güvene de aykırılık teşkil eder. Bu durum da haksız rekabete neden olmaktadır<sup>364</sup>.

Hukukumuzda dürüstlük kuralına ilişkin temel düzenleme, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 2. maddesi ile getirilmiştir. Haksız rekabet hukukunda esas alınan dürüstlük kuralı ile TMK m. 2/1'de düzenlenen dürüstlük kuralı örtüşmeyebilir. Bunun sebebi, TMK m. 2/1'de düzenlenen dürüstlük kuralı, sözleşmesel veya ön sözleşmesel temelde ve taraflar arasındaki ilişkide bulunan güvenle ilgilidir. Hâlbuki haksız rekabet hukukunda her zaman bu anlamda bir taraf ilişkisi bulunmayabilir.

TBK m. 25'te genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırılığının kriteri, taraflardan birinin durumunu ağırlaştırır veya diğer taraf aleyhine olan hükümler öngörmesidir<sup>365</sup>. Ancak dürüstlük kuralına aykırılığın belirlenmesi bakımından bu düzenleme tarzı yerinde değildir. Zira sözleşmelerde her zaman bir taraf lehine olan hükümler, elbette diğer taraf aleyhine yorumlanabilir<sup>366</sup>. TTK m. 55/1-f bendinde,

---

<sup>361</sup> Jung/Spitz, 657.

<sup>362</sup> Jung/Spitz, 657

<sup>363</sup> 6102 sayılı TTK'nın Gerekçesi m. 54.

<sup>364</sup> 6102 sayılı TTK'nın Gerekçesi m. 54.

<sup>365</sup> Karahan, 257

<sup>366</sup> Reisoğlu, 11.

dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanımı açıklanmamıştır. Ancak dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarına ilişkin iki örnek mevcuttur.

## **B. KANUNİ DÜZENLEMEDEN ÖNEMLİ ÖLÇÜDE AYRILAN GENEL İŞLEM ŞARTI KULLANMA**

Yanılıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine, doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak, kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan genel işlem şartları kullanımının, dürüstlük kuralına aykırı olduğu ve bunun bir haksız rekabet niteliği taşıdığı kabul edilmiştir (TTK m. 55/1-f,1). Kanuni düzenlemeden ayrılan genel işlem şartları, her zaman dürüstlüğe aykırı kabul edilemez. Dürüstlük kuralına aykırılıktan söz edilebilmesi için, sözleşmede yer alan risklerin karşı tarafa yüklenme ölçüsü önem taşımaktadır. Bu düzenlemede, sözleşmenin tarafları arasındaki menfaatler dengesinin korunması amacı söz konusudur<sup>367</sup>.

### **1. Doğrudan Veya Yorum Yoluyla Uygulanacak Kanuni Düzenleme**

Emredici, tamamlayıcı veya yorumlayıcı bütün kanun hükümlerinin<sup>368</sup>, genel işlem şartlarının haksız rekabet niteliğinin incelenmesinde göz önünde tutulması gerekir. Bu hükümler, esasa veya usule, özel hukuka veya kamu hukukuna ilişkin olabilirler<sup>369</sup>.

Kanunda düzenlenmiş olan bir sözleşmeye ilişkin hükümler elbette doğrudan uygulanır, ancak bu sözleşmelere ilişkin kanundaki hükümlerde boşluk varsa ya da kanunda düzenlenmeyen bir sözleşme söz konusuysa, ilgili diğer sözleşme hükümlerinin yorum yoluyla uygulanması söz konusu olur. Çoğunlukla sözleşmelerde, tamamlayıcı ve yorumlayıcı nitelikteki yedek hükümler ile getirilen lehe düzenlemelerden farklı ve karşı taraf aleyhine genel işlem şartlarının getirilmek istendiği görülür<sup>370</sup>. Böylece sözleşmenin riskleri ve dezavantajları karşı tarafa yüklenmek istenir. Emredici hükümlere aykırılık yok hükmünde veya geçersiz olsa da, yine de sözleşmede bu hükmün kullanımı haksız rekabet niteliği gösterebilir. Bu halde karşı taraf haksız rekabetten kaynaklanan haklarını kullanabilir.

---

<sup>367</sup> Karahan, 258.

<sup>368</sup> Jung/Spitz, 658.

<sup>369</sup> Atamer, Sempozyum, 45

<sup>370</sup> Atamer, TBK, 44.

## 2. Önemli Ölçüde Ayrılma

Genel işlem şartının haksız rekabet niteliğinden söz edilebilmesi için, kanuni düzenlemeden ayrılmanın belirli bir ölçüye ulaşması gerekir. Fakat kanunda ayrıca yanlıcılık unsurunun da aranması sebebiyle, bu ölçü çok sıkı da olmamalıdır. Eğer emredici hükümlere aykırı bir genel işlem şartı söz konusuysa, o takdirde önemli derecede ayrılmanın varlığı kesin kabul edilir. Çünkü kanun koyucu, bireylerin farklı bir çözüm yolu getirmesini kabul etmemiştir<sup>371</sup>.

Genel işlem şartlarının tamamlayıcı ve yorumlayıcı hükümlerden ayrılmasında hem nitelik hem de nicelik olarak inceleme yapmak gerekir. Zira nitelik bakımından bütün tamamlayıcı kanuni düzenlemeler aynı öneme sahip olmayabilir.

### C. SÖZLEŞMENİN NİTELİĞİNE ÖNEMLİ ÖLÇÜDE AYKIRI HAKLAR VE BORÇLAR DAĞILIMINI ÖNGÖREN GENEL İŞLEM ŞARTI KULLANMA

Genel işlem şartının haksız rekabet niteliğinde sayıldığı diğer bir hal ise, sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımının öngörülmesidir. Bazı sözleşmelerde genel işlem şartları ile karşı tarafın aleyhine, ya hakların sınırlandırıldığı ya da borçların genişletildiği görülür.

Bu tür genel işlem şartları özellikle, kanunda düzenlenmemiş sözleşmelerde söz konusu olmaktadır. Kanunda kıyasen uygulanacak bir hükmün olduğu hallerde, adil çözümü bulmakta problem yaşanmamaktadır. Kıyasen uygulanabilecek bir düzenlemenin bulunmadığı durumda, tarafların menfaatlerinin dengelenmesi, hak ve borçların adil dağıtılmasının yorumunda iş hâkime düşmektedir.

Hâkim, kendini kanun koyucunun yerine koyarak ve sözleşmenin niteliğini göz önünde bulundurarak, en adil hükmü tespit etmeye ve buna göre genel işlem şartının dürüstlük kuralına aykırılığını değerlendirmeye çalışmalıdır.

Bu hususta emsal yargı kararları, doktrindeki kabul edilen görüşler ve karşılaştırmalı hukuktaki uygulamalardan yararlanılabilir. Ayrıca sözleşmenin amacı, sözleşmenin ani veya sürekli edimle, tek veya iki taraflı borç doğuruyor olması gibi hususlar da hâkimin adil hak ve borç dağılımını tespit etmesinde yardımcı olmaktadır<sup>372</sup>.

---

<sup>371</sup> Jung/Spitz, 659; Kara, 731.

<sup>372</sup> Atamer, TBK, 44.



## **D. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI GENEL İŞLEM ŞARTI KULLANMANIN HUKUKİ SONUCU**

TTK m. 55/1-f'de düzenlenen genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı olması bir haksız rekabet hali kabul edilmiştir. Bu halde menfaati olan kişilerin, TTK m. 56'da düzenlenen haksız rekabete ilişkin davaları açma hakları vardır. Bunlar fiilin haksız rekabet oluşturup oluşturmadığının tespiti davası, haksız rekabetin Men'i davası, hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılması davası, maddi ve manevi tazminat davalarıdır. Ancak bu davalar sözleşmesel problemin çözümüne yönelik değildir. Bu nedenle açılacak bu davalar zarara uğrayan karşı tarafa sınırlı şekilde yardımcı olabilir.

Hukukumuzda dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartlarının geçersizliğine ilişkin, gerek TBK'da gerekse 6502 sayılı TKHK'da düzenlemeler mevcuttur. Bu nedenle bir genel işlem şartının kanuna aykırı olması halinde, doktrinde ve yargı kararlarında bunun hukuki sonucu geçersizlik kabul edilmiştir. Bir ya da birkaç genel işlem şartının geçersizliği, sözleşmenin tamamının geçersizliğine sebep olmaz. Genel işlem şartı kullanıcısının bu hükümlerin geçersizliğini bilmeseydi, bu sözleşmeyi imzalamayacağına dayanma isteği reddedilmektedir<sup>373</sup>.

Ayrıca, TTK'da, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanılması sebebiyle, haksız rekabete neden olmaya ilişkin cezai yaptırıma da yer verilmiştir. Zira, TTK m. 62/1-a bendinde m. 55'te yazılı haksız rekabet fiillerini kasten işleyenler için, iki yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörülmüştür. Hâlbuki genel işlem şartlarının bu tür kullanımı, suçun konusunu oluşturmamalıdır<sup>374</sup>.

## **§ 9. GENEL İŞ KOŞULLARI VE GENEL İŞLEM KOŞULLARI**

### **I. GENEL İŞ KOŞULU KAVRAMI**

Genel işlem koşulları, tip iş sözleşmelerinde, iç yönetmeliklerde, işyeri uygulaması oluşturacak şekilde karşımıza çıkabilirler. Genel iş koşulları, aynen genel işlem koşulları gibi, genel kurallar içeren düzenlemelerdir. Genel nitelikte olmaları, bir sözleşme tarafını göz önüne almadan hazırlanmış olmaları ile ilgilidir. Bu durum karşısında tip iş sözleşmeleri, içerikleri açısından değerlendirildiklerinde, toplu iş sözleşmesinin normatif etkisine sahip sözleşmelerden önemli bir farklılık göstermezler.

<sup>373</sup> Kara, 732.

<sup>374</sup> Atamer, TBK, 45-46; Kara, 732-733.

Genel iş koşullarının soyut olması ise, bu kuralların düzenleme aşamasında belirsiz sayıdaki olayı ilgilendirmesi ile ilgilidir. Genel iş koşulları ile genel işlem koşullarının diğer ortak bir yanı da tek taraflı düzenlemeler olmalarıdır. Genel iş koşulları sadece işverenin çıkarları gözetilerek hazırlanmışlardır. İşverenin bu koşulları işçi temsilcisi veya sendika temsilcisi ile tartışarak belirlemiş olması, bunların tek taraflı düzenleme olma niteliğini ortadan kaldırmaz. İşveren genel iş koşullarını belirlerken ekonomik gücü yanında bilgi yönünden sahip olduğu üstünlüğü de kullanma olanağına sahip olmaktadır.

## II. GENEL İŞ KOŞULU TANIMI VE TÜRLERİ

### A. GENEL İŞ KOŞULLARININ TANIMI

Genel iş koşulları kavramı, genel işlem koşullarının iş hukukundaki yansıması olarak adlandırılabilir. Zira genel iş koşulları da, genel işlem koşullarına paralel olarak sanayileşme sonucu işçi-işveren ilişkilerinin kitlesel bir nitelik kazanması ile hızla gelişim göstermiştir. İşletmelerin giderek büyümesi neticesinde çalışma koşullarının bireysel planda düzenlenmesi imkânsızlaştığından, işverenler işçilerle olan ilişkilerini bir grup veya toplulukla olan ilişkiler biçiminde düzenlemek zorunda kalmışlardır. Diğer bir deyişle sanayileşmenin yarattığı kitlesel ilişkiler çalışma yaşamına yeknesak bir yapı kazandırma zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Bu bağlamda genel iş koşulları ile genel işlem koşulları arasında fonksiyonları, unsurları ve varlık nedenleri açısından büyük benzerlikler bulunmaktadır<sup>375</sup>.

Genel iş koşulları kavramıyla kastedilen, işveren tarafından tek taraflı olarak önceden genel ve soyut bir biçimde hazırlanan kurallar bütünüyle işverenin çalışma süreci içinde tek taraflı fiili davranışlarıyla oluşan işyeri uygulamalarıdır<sup>376</sup>. Bu çerçevede genel işlem koşullarıyla birlikte ele alınıp, değerlendirilmesi gereken genel iş koşullarının türlerini standart/tip iş sözleşmeleri, iç yönetmelikler, işverenin genel vaatleri ve işyeri uygulamaları şeklinde sınıflandırılabilir<sup>377</sup>. Bahsettiğimiz bu temel ayrımın yanı sıra, ayrı bir inceleme kategorisi oluşturmasa da iş sözleşmesinin sona ermesini sağlamaya yönelik ikale sözleşmeleri, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra işçi ile işveren arasında bağitlanabilen rekabet etmeme sözleşmeleri ile her ne kadar TBK m. 420 gereği iş

<sup>375</sup> Sözek, İş, 59; Sözek, Genel İş Koşulları, 5; Soyer, 25-26.

<sup>376</sup> Sözek, İş, 59; Soyer, 27.

<sup>377</sup> Sözek, İş, 59; Soyer, 27.

hukukunda önemi azalmış olsa da ibranamenin<sup>378</sup> de, TBK anlamında genel işlem koşulları içerebileceğine işaret etmek gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle genel işlem koşullarına ilişkin yasal düzenlemelerin kapsamına sadece iş sözleşmenin bağtlanması esnasındaki koşullar değil, aynı zamanda iş sözleşmesinin sona erdirilmesine ve iş ilişkisi devam ederken bu ilişkinin değiştirilmesine dair koşullar da girmektedir.

İşçi ile işveren arasında kurulan bir sözleşme genel işlem koşulu içerebilir. Ancak bu işçi ile işveren arasında kurulan her sözleşmenin genel iş koşulları içerdiği anlamına gelmez. İşçi ile işveren arasında kurulabilecek olan kira, satım ve ödünç sözleşmeleri buna örnek verilebilir. Söz konusu sözleşmeler iş ilişkisi vesilesiyle kurulmuş olsalar dahi, iş ilişkisi kapsamında ortaya çıkmazlar. Dolayısıyla iş mevzuatı kapsamında değerlendirilmeyeceklerinden söz konusu sözleşmelerdeki koşullar bireysel sözleşme konusu olmadığı sürece genel iş koşulu olarak değil, genel işlem koşulu olarak nitelendirilmelidir<sup>379</sup>. Diğer bir ifadeyle iş ilişkinin kurulması, işleyişi yahut sona ermesi halinde kullanılan koşullar, genel iş koşulu olarak nitelendirilebilecektir.

## **B. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ UNSURLARI AÇISINDAN GENEL İŞ KOŞULLARI**

Türk Borçlar Kanunundaki genel işlem koşullarına dair hükümlerin kişi açısından kapsamı içerisinde, işçiler de yer almaktadır. Bu bağlamda genel iş koşullarının, borçlar hukukundaki genel işlem koşullarının iş hukukundaki görünümü olduğu ifade edildiğinden<sup>380</sup>, genel işlem koşullarına ilişkin yasal düzenlemeler, genel iş koşulları açısından da aynen uygulama alanı bulacaktır<sup>381</sup>. Ancak burada öncelikle tespit edilmesi gereken husus, genel işlem koşulları ile genel iş koşullarının ne ölçüde örtüştüğüdür.

Genel iş koşulları açısından da önceden tek yanlı hazırlama koşulu aranmalıdır. Genel işlem koşulları kısmında da ifade edildiği üzere, sözleşme kurulmadan önce hazırlandığı sürece genel iş koşullarının kim tarafından hazırlandığı önem taşımamaktadır. İş ilişkisi kurulmadan önce işveren standart iş sözleşmesini kendisi hazırlayabileceği gibi, birkaç işverenle birlikte hazırlamış da olabilir. Bunların dışında işveren, üyesi bulunduğu sendika tarafından hazırlanan sözleşme örneğinden yararlanabileceği gibi işyerinde

---

<sup>378</sup> Atamer, Denetleme, 13.

<sup>379</sup> Thüsing, 21.

<sup>380</sup> Güzel/Ugan Çatalkaya, 48.

<sup>381</sup> Süzek, İş, 59; Soyer, 27.

bulunan sendika temsilcileri veya işçi temsilcileriyle ortak hazırladığı bir sözleşme metnini de kullanabilir.

İş sözleşmeleri kurulmadan önce her bir işçiyle müzakere edilme koşulu gerçekleşmemekte, bu niteliği itibariyle bireysel sözleşme sonucu ortaya çıkan bir sözleşmeden de bahsedilememektedir. Sözleşmenin gerçek tarafı olan işçinin oluşumuna katkıda bulunmadığı sözleşme koşullarının, özellikle standart/tip iş sözleşmelerinin, genel iş koşulu niteliği taşıdığı sonucuna varılmalıdır. Zaten işçinin bu yönde bir rolü bulunsaydı sözleşme koşulları, genel iş koşulu olarak değil, işçi ile işverenin serbest iradelerine dayanan bireysel sözleşme hükmü olarak nitelendirilirdi<sup>382</sup>.

Genel iş koşulları da genel işlem koşulları gibi genel ve soyut bir nitelik taşımaktadır. Nitekim genel iş koşulları kavramının içerisinde “*genel*” ifadesi yer almaktadır. Genel iş koşullarını tanımlarken de, bu koşulların genel ve soyut bir nitelik taşıması gerektiği hususu ayrıca vurgulanmıştır.

Genel iş koşullarının konusunu, somut iş ilişkisi veya ilişkileri değil, soyut iş ilişkileri oluşturur. Genel iş koşullarının bu niteliği sayesinde işveren, işyerinde eşitlik ilkesine dayalı bir sistem kurabilmektedir. Bir düzenlemenin kapsamına fiili nedenlerle sadece tek bir işçinin girmesi, o işyerinde genel iş koşulları vasıtasıyla bir çalışma düzeninin oluşturulmasına engel olmaz<sup>383</sup>. Ancak TBK md.20-25 hükümlerinin kapsamına sadece genel ve soyut nitelikteki genel işlem koşullarının girdiği, Alman hukukunda yer verilen türde özel bir düzenlemenin mevcut bulunmadığı, tüketici hukuku ile ilgili özel bir düzenleme bulunsa dahi işçilerin Türk hukuku bakımından tüketici sayılmasındaki güçlük göz önüne alındığında, TBK hükümleri çerçevesinde tek kullanım için önceden kaleme alınmış sözleşme koşullarının genel iş koşulu olarak kabul edilemeyeceği ve genel işlem koşullarına ilişkin mevzuat çerçevesinde yürürlük, yorum ve içerik denetimlerine tabi tutulamayacağı açıktır. Bu gerekçelerin yanı sıra tek kullanım için hazırlanan sözleşme koşulları açısından taraflardan birinin bunları hazırlamak için harcadığı zaman karşısında, diğer tarafın da bunları incelemek ve değerlendirmek için zaman ayırması gerektiği görüşü de, tek kullanım için hazırlanan sözleşme koşullarının genel iş koşulu olarak kabul edilmemesini destekler bir nitelik taşımaktadır<sup>384</sup>.

Genel iş koşulları, kural olarak gelecekte belirsiz sayıda sözleşmede kullanılma amacını taşımaktadır. Bir işçi istihdam edecek olan işveren dahi genellikle daha sonra

---

<sup>382</sup> Soyer, 36-37; Karagöz, 596.

<sup>383</sup> Soyer, 37.

<sup>384</sup> Atamer, Denetleme, 67.

istihdam edeceği işçileri de aynı çalışma koşulları kapsamında çalıştırmayı planlayabilir. Kaldı ki, çok sayıda benzer sözleşmede kullanılma amacının varlığı için mutlaka belirsiz sayıda iş sözleşmesi yapma amacının varlığı zorunlu değildir. Belirli bir işçi grubunun iş alınmasına yönelik önceden tek taraflı hazırlanmış iş sözleşmesi hükümleri de çok sayıda sözleşmede kullanılma amacının tespiti açısından yeterlidir<sup>385</sup>.

Alman hukukunda daha önce değinildiği gibi sözleşme koşullarının en az üç kez kullanımı hedeflendiği takdirde, çok sayıda benzer sözleşmede kullanılma amacının varlığı kabul edilmektedir<sup>386</sup>. Bu yönde Federal İş Mahkemesi verdiği bir kararında da, aynı işçi ile aynı sözleşme koşulları çerçevesinde üç kez sözleşme kurulduğu takdirde, çok sayıda benzer sözleşmede kullanılma amacının gerçekleştiğine hükmetmiştir<sup>387</sup>. En az üç kez kullanılma amacı var olduğu sürece, ilk kullanımdan itibaren sözleşme koşullarının genel işlem koşullarına ilişkin yasal düzenlemeler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği de ifade edilmektedir. Hatta en az üç kez kullanılma amacı bulunmasına rağmen, sonuç olarak bu sayıda iş sözleşmesi kurulmamış olsa dahi yine de ilk kurulan iş sözleşmesinin genel işlem koşulları içerdiği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak Türk hukuku açısından çok sayıda sözleşmede kullanılma amacı bakımından amaç ögesine ağırlık verilmesi nedeniyle, tek bir işçi söz konusu olsa dahi çok sayıda benzer sözleşmede kullanılma amacı tespit edilebildiği sürece genel iş koşullarının varlığından bahsedilebilecektir. Aslında çok sayıda sözleşmede kullanılma amacının tespitine yönelik her iki hukuk sisteminde terimsel farklılıklar bulunmaktaysa da, varılan sonuç aynıdır. Sözleşmeyi kullanan ya da hazırlayan kişinin amacı, ileride yapılacak benzer sözleşmelerde de bu metni kullanma yönünde ise her durumda çok sayıda sözleşmede kullanılma amacının varlığından söz edilebilecektir. İşveren iş sözleşmesi bağıtlarken matbu iş sözleşmesi örneklerinden de yararlanabilir. Bu durumda ise işverenin amacına değil, matbu iş sözleşmesi örneğini hazırlayan kişi veya kurumun amacına bakılması gerekmektedir. Bu çerçevede de genel ve soyut ifadelere sözleşme örneklerinde yer verilmesi halinde çok sayıda sözleşmede kullanılma amacının karine olarak var olduğu kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle iş hukuku uygulamasında önceden formüle edilmiş tüm sözleşmelerin kural olarak çok sayıda sözleşmede kullanılma amacını taşıyabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır<sup>388</sup>.

---

<sup>385</sup> Soyer, 39.

<sup>386</sup> BGH, ZIP, 2001, 2288, Karar için bkz. Çınar, 57; Bkz. dn. 50.

<sup>387</sup> Thüsing, 25-26.

<sup>388</sup> Soyer, 39; Thüsing, 27.

TBK hükümleri gereği genel iş koşulları açısından da, işçiye bu koşullarının sunulması unsuru aranmaktadır. Söz konusu unsurda önem taşıyan husus, genel iş koşullarının kimin isteğiyle sözleşmeye dâhil edildiğidir. Eğer genel iş koşulları işçi ve işverenin ortak katılımıyla oluşmuşsa, bu takdirde genel iş koşullarından ziyade bireysel sözleşmenin var olduğu kabul edilecektir.

Genel iş koşullarının sunulma zamanı üzerinde de durulmalıdır. İş hukuku uygulamasına bakıldığında işveren ile işçinin sözleşme görüşmeleri esnasında genellikle asli edim yükümlülükleri olan iş görme edimi ve ücret ile bazı yan edim yükümlülükleri üzerinde uzlaştıkları, daha sonra işverenin işçiye tüm yan edim yükümlülüklerinin de dâhil olduğu sözleşme taslağını sunduğu görülmektedir. İşçi de kendisine sunulan tüm yan edim yükümlülüklerini genellikle kabul etmektedir. Genel iş koşullarının işçiye sunulma zamanına bakarak, sözleşme görüşmelerinden sonra sunulan ve işçinin kabul ettiği yan edimlerin, işveren tarafından önceden tek taraflı düzenlenmediği sonucu çıkarılamaz. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunumuzun “*Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür*” yönündeki düzenlemesi de belirttiğimiz görüşü desteklemektedir (m.8/3). Zira genel iş koşulları açısından yazılı şekil zorunluluğu bulunmamakta olup, işverenin kafasında dahi tasarlanmış olması yeterlidir. Ancak işveren tarafından iş sözleşmesi kurulduktan sonra işçiye sunulan genel iş koşulları, yeni bir icap olarak kabul edilebileceğinden, işçinin kabul beyanı bulunmadığı sürece işçi açısından söz konusu koşullar bağlayıcılık kazanmayacaktır<sup>389</sup>.

Bireysel sözleşmenin varlığından bahsedebilmek için sözleşmenin karşı tarafının, yani işçinin, fiilen genel iş koşullarının içeriğine etkide bulunma olanağı bulunmalıdır. Bu bakımdan ise işçilerin niteliği açısından ayrıma gidilmesi gereklidir. Zira bilhassa vasıfsız işçiler, genel iş koşullarının içeriğini, anlam ve niteliğini anlayabilecek hukuki bilgiye sahip değildirler. Dolayısıyla vasıfsız işçiler açısından işveren her ne kadar genel iş koşullarını müzakere etmeye açık olduğunu ifade etse de, bu olanak fiili olarak kullanılamayacağından genel iş koşullarının bireysel sözleşme konusu yapıldığı sonucuna ulaşmak oldukça güçtür.

---

<sup>389</sup> Süzek, İç Yönetmelikler, 187.

Bununla birlikte her vasıflı işçi grubu açısından aynı sonuca ulaşamayacaksa da, özellikle hukuk bilgisine sahip veya gerekli hukuki yardımı alabilecek konumda bulunan işçiler ile yapılacak iş sözleşmelerinde, işverenin genel iş koşullarını müzakereye ciddi bir biçimde açık olduğunu beyan etmesi karşısında bireysel sözleşmenin varlığından söz edilebilir. İlaveten hem vasıfsız hem vasıflı işçiler açısından işveren, işçiye özellikle aleyhe olan, iş mevzuatındaki düzenleyici hükümlerden sapan genel iş koşullarını açıklamış, bu koşulları değiştirmeye hazır olduğunu veya müzakere edebileceğini belirtmiş ise, müzakere esnasında genel iş koşullarında bir değişiklik olmasa dahi bireysel sözleşmenin gerçekleştiği sonucuna varılabilir. Bu durum özellikle cezai şart öngören, eğitim masraflarının iadesini düzenleyen veya çalışma koşullarında işverene değişiklik yapma yetkisi veren genel iş koşulları açısından önem arz etmektedir. Eğer belirttiğimiz nitelikteki sözleşme koşullarının bireysel sözleşme konusu yapıldığı sonucuna ulaşılabilirse, bu takdirde söz konusu koşullar genel iş koşulu niteliğini yitireceğinden, TBK’da genel işlem koşulları için öngörülmüş yürürlük, yorum ve içerik denetimlerine tabi olmayacaklardır<sup>390</sup>.

İşverenin önceden tek taraflı olarak hazırladığı genel iş koşulları, genellikle işverenin çıkarlarını korumaya hizmet eder. Bu nedenle genel iş koşullarından sapan bir bireysel sözleşme kural olarak işçinin lehine bir nitelik taşıyacaktır. İş hukukuna hâkim olan temel ilkelerden birisi de, “*işçi lehine şart ilkesi*”dir. Söz konusu ilke gereği özel iş hukuku kaynakları yani toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, iç yönetmelikler gibi kaynaklar aynı konuda farklı düzenlemeler içermekteyse, işçinin lehine hüküm ihtiva eden düzenleme uygulanma önceliği kazanır. Bu kapsamda, işçinin aleyhine nitelik taşıyan bireysel sözleşme hükmü daha sonra genel iş koşullarıyla işçinin lehine değiştirilmişse, bu durumda işçi lehine şart ilkesi devreye girmeli ve genel iş koşulunun uygulanmasına öncelik verilmelidir.

Genel iş koşulları açısından da genel işlem koşullarında olduğu gibi bireysel sözleşme kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir. Yazılı, sözlü veya zımni bir şekilde gerçekleştirilebilir. İş sözleşmesinin kurulması aşamasında veya iş sözleşmesi kurulduktan sonra da genel iş koşullarının düzenlediği alanda işçi ile işveren bireysel sözleşmeye varabilir<sup>391</sup>. Örneğin iç yönetmelikte belli fiiller için öngörülen ağır disiplin cezası, işverenin fiili davranışlarıyla daha hafif bir disiplin cezası uygulanmak suretiyle işçi ve işveren arasında zımni bir bireysel sözleşmeye dönüşebilir. Ayrıca bireysel sözleşmenin,

---

<sup>390</sup>Soyer, 86; Süzek, İş, 77.

<sup>391</sup>Süzek, İş, 98.

yazılı genel iş koşullarındaki bir hükmün üzerinin çizilmesi ya da bir hükme ilavelerin yapılması şeklinde de gerçekleşebilmesi mümkündür<sup>392</sup>.

Bireysel sözleşmenin herhangi bir şekilde yapılabileceği açıktır, nitekim iş hukukunda iş sözleşmelerinin yapılmasında şekil serbestisi öngörülmüştür (İK m.8/1; TBK m.394/1). Ancak takım sözleşmelerinin (İK m.16/2), çağrı üzerine çalışma sözleşmelerinin (İK m.14/1), Deniz İş Kanunu (m.5) ve Basın İş Kanunu (m.4) kapsamındaki iş sözleşmelerinin ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu kapsamında yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile yapılacak iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur (m.9/1). Ayrıca İş Kanunu m.8/2 hükmü ile m.11/1 hükmü birbiriyle çelişen düzenlemeler içermekteyse de, her durumda en azından süresi 1 yıl veya daha fazla olan belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekle tabi olduğu söylenebilir<sup>393</sup>.

TBK m.13/1'e göre *“Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır”*. Dolayısıyla yazılı şeklin öngörüldüğü hallerde, genel işlem koşullarını değiştiren veya aksine düzenleme getiren bireysel sözleşmenin de kural olarak aynı şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu durum genel iş koşulları açısından, özelliklerde standart/tip iş sözleşmeleri ve iç yönetmelikler bakımından önem taşımaktadır.

## C. GENEL İŞ KOŞULLARININ TÜRLERİ

### 1. Tip İş Sözleşmeleri

Sanayileşme ve teknolojik gelişmeler, işçi işveren ilişkilerinin bireysel planda düzenlenmesinden uzaklaştırıp, topluluk bazında düzenlenmesi zorunluluğunu yaratmıştır. Bu nedenle çalışma koşullarının önceden hazırlanmış kurallara göre (genel iş koşullarına dayalı) tip iş sözleşmeleri ile belirlenmesi zorunlu hale gelmiştir. İşçi işe başladığında, kendisini önceden planlanmış bir çalışma düzeni içinde bulmaktadır.

Genel iş koşulları da tıpkı genel işlem koşulları gibi, iş sözleşmesinin içeriğini belirlemek üzere, işveren tarafından belirli gruplar içinde yer alan belirsiz sayıdaki kişileri ilgilendiren kurallardır. Tip iş sözleşmeleri, bu koşulların kabul edilmesiyle oluşan aynı içerikli sözleşmeleri ifade eder. Böylelikle çalışma koşulları, işyerinin bütününde veya belirli bir bölümünde yeknesak yapıya kavuşturulmaktadır.

<sup>392</sup> Thüsing, 34.

<sup>393</sup> Süzek, İş, 298-300.



Tip iş sözleşmeleri, işçilerin işe alınmasında önceden hazırlanmış örneklerin kullanılması ve bunların işçi tarafından kabul edilmesiyle meydana gelmektedirler<sup>394</sup>.

## 2. İç Yönetmelikler

İç yönetmelikler, işverence tek taraflı olarak hazırlanan, işyerinde uygulanacak yeknesak ve genel çalışma koşullarını ilgilendiren düzenlemelerdir<sup>395</sup>.

Çalışma koşulları, bir işyerinin tamamında veya bir bölümünde, hâlihazırda mevcut veya gelecek çalışanlar için genel ve yeknesak biçimde belirlenir. Aynen genel işlem koşullarındaki gibi, belirli bir sözleşme tarafı dikkate alınmaksızın ve herhangi bir müzakere olmaksızın işveren tarafından tek taraflı olarak hazırlanırlar. İşçi bu koşulları kabul ederek işe başlamak, ya da sözleşme yapmaktan vazgeçmek, seçenekleri ile karşı karşıyadır<sup>396</sup>.

İşverenler iş yasalarının emredici hükümlerine ve kanunlar hiyerarşisine aykırı olmamak koşuluyla, iç yönetmeliğin içeriğini serbestçe belirleyebilirler. Uygulamada disiplin kuralları ve cezaları, iş sağlığı ve güvenliği kuralları, iş süreleri, fazla çalışmalar, genel tatil günlerinde çalışma, ücretin ödenme zamanı, avanslar, ek ödemeler, sosyal yardımlar vb. konularının iç yönetmeliklerde yer aldığı görülmektedir.

TBK m. 399 “*İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar*” şeklinde bir düzenlemeye sahip olduğu için, düzenlemenin işçiye bildirilmiş olması zorunluluğu getirilmemiştir. Ancak bu durumun işçinin iç yönetmeliğin içeriği hakkında bilgi sahibi olması zorunluluğunu ortadan kaldırmadığı kanaatindeyiz. Aynı zamanda genel iş koşulu niteliğine sahip olan iç yönetmelik hükümlerinden işçinin habersiz olması durumunda, bunların işçi bakımından bağlayıcılık ifade edeceğini düşünmek mümkün değildir. Bu nedenle böyle bir durumda işverenin işçinin iç yönetmelik hükümlerinden işçinin haberdar olduğunu ispat etmesi gerekecektir.

Nitekim uygulamada çoğu işyerinde iç yönetmelikler iş sözleşmesi yapılırken işçilere gösterilmekte, okutulmakta ve okunup kabul ettiklerine dair imzalatılmaktadır<sup>397</sup>. Nitekim TBK. m. 21’e göre, “*karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının*

---

<sup>394</sup> Ertürk, 91.

<sup>395</sup> Süzek, İç Yönetmelikler, 183, Süzek, İş, 15.

<sup>396</sup> Süzek, İç Yönetmelikler, 183, Süzek, İş, 16.

<sup>397</sup> Ekonomi, 26.

*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*". İç yönetmeliğin bağlayıcılık ifade edebilmesi için, genel iş koşulları hakkında açık bilgi verilmesi, içeriği öğrenme olanağının sağlanması ve karşı tarafın genel iş koşullarını kabul etmesine bağlanmıştır. Bu sebeple iş sözleşmesinin kurulmasından sonra, işçi aleyhine hüküm içeren bir iç yönetmelik hükmünün işveren tarafından işçiye imzalatılmak istendiği zaman, bu durum çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturacağı için, işverenin bunu gerçekleştirmesi İK m.22'deki usule uyması ile mümkün olabilecektir. TBK m. 21 açık bir bilgilendirme zorunluluğunu getirdiği için, işverenin bu bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirdiğinden söz edebilmek için, genel ifadelerin kullanılmaması gerekecek, işverenin bu yükümlüğünü tereddüte yer vermeyecek şekilde yerine getirmesi gerekecektir. İç yönetmeliğin geçerlilik kazanması, işçi tarafından kabul edilmiş olması şartına bağlıdır. Bu nedenle işverenin hazırladığı iç yönetmeliğin okunduğu ve kabul edildiğine ilişkin işçinin imzasını alması yararına olacaktır. Bu koşullar gerçekleşmeden yapılmış olan bir iç yönetmelik geçersizdir.

İşverenin iç yönetmeliğin bazı hükümleri açısından açık bilgi verme ve öğrenme olanağını sağlamasına rağmen, bu genel iş koşullarının bazıları bakımından bu yükümlülüğün yerine getirilmediği hallerde veya işçinin bazı genel iş koşullarını kabul edip, bazılarını kabul etmediğini belirtip, ihtirazi kayıtla iç yönetmeliği imzalaması durumunda TBK. m. 22 hükmü uyarınca "*sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur*" düzenlemesi yapıldığı için, iç yönetmeliğin geçerlilik kazanamayan genel iş koşulları dışındaki hükümleri geçerliliklerini koruyacaklardır. Bu durumda iç yönetmeliği düzenleyen işveren "*yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak olduğunu*" ileri süremeyecektir<sup>398</sup>.

### **3. İşyeri Uygulaması**

İşyeri uygulamaları da genel iş koşulları çerçevesinde yer alır. İşyerindeki genel ve yeknesak çalışma düzeni iç yönetmelikler yanında, işyeri uygulamaları ile de sağlanabilir. İşyeri uygulamaları işyerinde bazı fiili davranışların tekrarlanması ile ortaya çıkar<sup>399</sup>. İşveren tarafından esasen yasal veya sözleşmesel bir zorunluluk olmamasına rağmen, bir

<sup>398</sup> Süzek, İç Yönetmelikler, 185; Süzek, İş, 17-18; Ertürk, 93.

<sup>399</sup> Süzek, İç Yönetmelikler, 71-72; Soyer, 41, 44, 92.

menfaatin tek taraflı olarak devamlı şekilde ve aynı koşullarla sağlanması durumunda, işçilerin de zımni kabulleriyle iş sözleşmesi hükmü ( iş şartı) haline gelen bir işyeri uygulaması oluşmuş olur.

İşverenin bu uygulamayı yaparken, gelecekte bağlayıcı olmasını istemiş olması aranmaz. İşçilerin işverenin davranışından böyle bir isteği olduğu sonucunu dürüstlük kuralına göre çıkarmış olmaları halinde, işyeri uygulaması oluşmuş olur<sup>400</sup>. İşyeri uygulaması iş sözleşmesinin içeriği haline geldiğinden bağlayıcı olur.

Genel bir iş koşulu haline gelmiş iş sözleşmesi hükmüne dönüşmüş işyeri uygulamasından söz edebilmek için bir takım koşulların gerçekleşmesi gerekir<sup>401</sup>. İlk olarak bu uygulama genel nitelikte olmalıdır. İşveren tarafından tek taraflı olarak tüm işçilere veya işçilerin bir bölümüne bir edim sağlanarak işyerinin bütününde veya bir bölümünde genel ve yeknesak bir çalışma düzeni kurulmalıdır. Ancak bu uygulama genel nitelik taşımadığından, genel iş koşulu ve işyeri uygulaması haline gelmesi mümkün değildir. Dolayısı ile ayrıcalıklı haklar verilen işçi işyerinden ayrıldığında, işveren ayrılan işçinin yerine işe aldığı yeni işçisine aynı hakları tanımakla yükümlü tutulamaz. Oysa genel ve yeknesak bir uygulamanın söz konusu olması durumunda, işten ayrılan ama genel ve yeknesak uygulamanın söz konusu olduğu bölümde işe alınan bir işçiye de aynı hakların tanınması gerekir.

İşyeri uygulamasından söz edebilmek için aranan ikinci koşul, uygulamanın devamlı nitelikte olmasıdır. Bu konuda işyeri uygulamasının oluşması bakımından, uygulamanın kaç kez tekrarlanması gerektiği konusunda kesin bir ölçünün belirlenmesi olanağı bulunmamaktadır. Her olayın özelliğine göre, uygulamanın işyerinde mutad bir davranış haline geldiği ve gelecekte de yapılacağını işçilerin dürüstlük kuralına göre çıkarmalarına yetecek bir sürenin olması gerektiği kabul edilmektedir.

Üçüncü olarak, edimin aynı koşullarla sağlanması da işyeri uygulamasının oluştuğunu kabul etmek bakımından önem taşımaktadır. Önemli olan yönün, aynı davranışın aynı nedenler karşısında tekrarlanması olduğu vurgulanmaktadır<sup>402</sup>.

İşyeri uygulamaları işçilerin zımni kabulleriyle oluştuğundan, normlar hiyerarşisinde iş kanunlarının emredici hükümlerinin ve toplu iş sözleşmesinin altında yer

---

<sup>400</sup> Ekonomi, 28-29; Soyer, 92 vd., 108 vd;

<sup>401</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ekonomi, 28-29; Soyer, Genel İş Koşulları, 43-44; Süzek, 152-154.

<sup>402</sup> Soyer, 43, 44.

alırlar. Bu nedenle işyeri uygulamaları ile ancak kanuna ve toplu iş sözleşmesine göre işçi lehine olan hükümler oluşturulabilir<sup>403</sup>.

#### **D. GENEL İŞ KOŞULLARININ DENETİMİ**

Genel iş koşulları içeren tip iş sözleşmelerinin içerik denetimi TBK m. 24 ve 25 gereği gerçekleştirilmektedir. Bu hükümlerde içerik denetimi yapılabilmesi için genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşme veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek taraflı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşullarını içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme yetkisi veren sözleşmeler bakımından geçerli olacağı açıkça vurgulanmıştır. Bu nedenle genel iş koşulu niteliğinde bir tip iş sözleşmesinin veya iç yönetmeliğin TBK'ya göre denetime tabi tutulması mümkündür.

Doktrindeki bir görüşe göre, iç yönetmelik ve iş sözleşmelerindeki değişiklik kayıtlarının içerik denetimine tabi tutulmasının mümkün olmadığını ifade edilmektedir<sup>404</sup>. Zira TBK m. 24 ve 25 kapsamında içerik denetimin sadece genel işlem şartları bakımından öngörüldüğü belirtilmiştir<sup>405</sup>. Kanımızca bu tespit kısmen yerindedir. Zira TBK m. 24, genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşme veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek taraflı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşullarını içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme yetkisi veren sözleşmeler bakımından içerik denetimin geçerli olacağı vurgulanmıştır. Genel işlem koşulu içeren sözleşme veya iç yönetmelik olmadıkça hâkimin içerik denetiminde bulunması mümkün olmayacaktır. Sözleşmenin niteliği bu konuda önem taşımamaktadır. Yeter ki genel iş koşulu içeren bir sözleşme olsun. Hâkimin içerik denetimine tabi tutabileceği hüküm sadece genel iş koşulu niteliğindeki hükmüdür. Bunun dışında tarafların özgür iradeleri ile oluşmuş bir sözleşmedeki hükmü içerik denetimine tabi tutması mümkün olmayacaktır. Bu sebeple tip iş sözleşmeleri veya iç yönetmelikler dışında bireysel iş sözleşmelerinin içerik denetimine tabi tutulması BK'nın bugünkü düzenlemesi karşısında da mümkün değildir.

Doktrindeki bir diğer görüş ise, TBK uyarınca, tip iş sözleşmesi niteliği taşımayan bireysel iş sözleşmesi hükümlerinin içerik denetimine tabi tutulamayacağını savunmaktadır<sup>406</sup>. Tip iş sözleşmesi niteliği taşımayan, dolayısıyla işverence önceden tek

---

<sup>403</sup> Ertürk, 97.

<sup>404</sup> Alp, 326-328.

<sup>405</sup> Alp, 302-303.

<sup>406</sup> Baycık, 214.

tarafly olarak ve birden fazla sözleşmeye uygulanmak amacıyla hazırlanmamış bireysel iş sözleşmesi hükümleri, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla oluşturulmaktadır. Bu sebeple bireysel iş sözleşmesindeki hükümlerin içerik denetimine TBK m. 20 vd. düzenlemeleri uyarınca tabi tutulması mümkün olmayacaktır.

Değişiklik kayıtlarının içerik denetimine tabi tutulabilmesi ancak, bu kaydın genel iş koşulu halinde kabul edilmesi durumunda mümkündür. Bunun için genel iş koşullarının belirtilen Şekilde düzenlenmiş olması gerekmektedir.

## SONUÇ

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, taraflara diledikleri kişilerle diledikleri sözleşmeyi kurma ve içeriğini belirleme hakkı verdiği gibi sözleşmenin içeriğini değiştirme ve sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğünü de kural olarak vermektedir. Nitekim bu ilke, sözleşme içeriğinin ancak eşit pazarlık gücüne sahip olan kişilerce görüşülüp tartışılması halinde anlam kazanmaktadır. Eşit pazarlık gücüne sahip tarafların meydana getirdiği sözleşme, klasik sözleşme modelinin bir uzantısıdır ve bu aynı zamanda sözleşme içeriğinin adil bir ortamda oluşturulduğu olgusunu destekler. Yasalarla güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü ilkesi, menfaatleri farklı olan fakat bununla birlikte imkânları ve iktidarları eşit olan tarafları, sözleşme yoluyla bir araya getirmektedir. Nitekim taraflar arasında var olan bu eşitlik, sosyal ve ekonomik ilişkilerde yaşanan hızlı değişim sonucunda sarsılmış ve bu değişimle birlikte kitlesel üretime bağlı olarak kitlesel tüketim başlamıştır. Başlangıçta eşit olan taraflar üretim ve tüketimin kitlesel boyut kazanmasına bağlı olarak zayıf ve güçlü taraf haline gelmiştir. Diğer bir ifadeyle, sözleşme özgürlüğü ilkesinin getirdiği tarafların eşitliği olgusu, taraflardan biri aleyhine bozulmuş ve eşit olmayan taraflar arasında kurulan sözleşmeler meydana gelmeye başlamıştır.

Genel işlem koşulları kullanılarak hazırlanan sözleşmeler, sözleşme özgürlüğünün temelini oluşturan adalet duygusunun zedelendiği akitlerdir. Nitekim bu akitlerde eşit pazarlık gücüne sahip olan taraflar, zayıf ve güçlü konumda olan taraflar haline gelmekte ve böylece klasik sözleşme modeli yerini genel işlem koşullarının kullanıldığı matbu sözleşmelere bırakmaktadır. Genel işlem koşulu içeren sözleşmelerde, sözleşmelerin içeriği, önceden tek taraflı olarak ilgili kurum ya da kişiler tarafından ya bizzat kendilerince ya da uzman kimselere hazırlanmakta olduğundan, “*müzakere edebilme*” imkânına yer verilmemektedir. Müzakere edebilme imkânı ortadan kaldırıldığında ise girişimci, genel işlem koşullarını kullanarak sözleşmenin karşı tarafı ile akdetmiş olduğu sözleşmenin tüm aşamalarında, kendi malvarlığında meydana gelebilecek zararların her türlü sorumluluğunu karşı tarafa yansıtabilmektedir. Bu durumda hiç kuşkusuz sözleşmenin güçsüz ve tecrübesiz yanını teşkil eden kimselerin korunması gündeme gelmektedir. Ekonomik anlamda daha güçsüz ve tecrübesiz konumda yer alan tüketicilerin, işçilerin ve hatta bazı durumlarda tacirlerin bu alanda korunmaları gerekmektedir.