YENİ TÜRK BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİ UYARINCA GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETLENMESİ- TKHK M. 6 VE TTK M. 55, F. 1, (f) İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK

Doç. Dr. Yeşim M. ATAMER*

I. GENEL OLARAK

Uzun yıllar Türk hukukunda genel işlem koşullarının (GİK)[1] denetimine ilişkin bir pozitif hukuk düzenlemesinin eksikliği hissedilmiş, öğreti[2] ve uygulamada[3] geliştirilen çözüm önerilerine rağmen, var olan yasa boşluğu doldurulamamıştır. Bu alanda ilk önemli adım 2003 yılında atılmış ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a (TKHK) eklenen m. 6 ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan "*Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik*"[4] (Yönetmelik) ile en azından kısmi

---

(*) İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) Kanun koyucunun, Türk doktrininde ve yargı kararlarında artık neredeyse oybirliği ile kullanılmakta olan "genel işlem *şartları*" kavramı yerine neden "genel işlem *koşulları*" kavramını kullandığını anlamak güçtür. Gerek TKHK m. 6'da, gerekse Yönetmelikte, tüketici sözleşmelerindeki "haksız *şartlar*" kavramının esas alınmış olması gerçeği karşısında TBK'daki bu tercih yersiz bir kavram kargaşası yaratmaktadır.

(2) Örneğin bkz. *Akman*, S.: Genel İşlem Şartları, Yargı 1979, s. 13 vd.; *Teoman*, Ö.: Alman Genel İşlem Şartları Yasası'nın Maddi Hukuka İlişkin Hükümlerinin Ana Çizgileri ve Bu Alanda Türkiye'de Uygulanabilecek Bir Yasa Taslağı, İstanbul Ticaret Odası Yayını, İstanbul 1981; *Tekinalp*, Ü.: Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları, Hirsch'e Armağan, Ankara 1986, s. 119 vd.; *Budak*, A. C.: Mukayeseli Hukukta Tüketicinin Gayriadil Sözleşme Hükümlerine ve Özellikle Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Yasa HD 1991, s. 765 vd.; *Atamer*, Y. M.: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul 2001 (GİŞ); *Havutçu*, A.: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003; *Kocayusufpaşaoğlu*, N.: Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt I, İstanbul 2008, § 23.

(3) Örn. bkz. Y. 11. HD 14.4.1995, YKD 1995, s. 1407, 1411; Y. 3. HD 2.6.1998, 4263/6098, YKD 1998, s. 1140.

(4) RG 13.06.2003, S. 25137. Bu yönetmelik büyük ölçüde, Avrupa Birliği tarafından 5 Nisan 1993 tarihinde kabul edilmiş olan "Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Kötüye Kullanılabilir Kayıtlara İlişkin Konsey Yönergesi"nin (93/13/AET, ATRG (1993) L 95/29) bir tercümesi niteliğindedir.

olarak boşluk kapanmıştır[5]. Kısmi olarak kapanmıştır, zira TKHK m. 6 uygulama alanı itibariyle sadece tüketicilere karşı kullanılan genel işlem koşullarının denetlenmesi imkânını getirmiş, buna karşılık tüketici olmayanlar ve özellikle tacirler arasında kullanılan GİK'lerin denetimi, düzenleme alanının dışında bırakılmıştır (TKHK m. 2 ve 3). Bu açıdan 2012 Temmuz'da yürürlüğe girecek Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) genel işlem koşullarının denetimine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiş olması ve bu düzenlemenin tüketici/tacir ayırımı yapılmaksızın herkese uygulanacağının kabul edilmiş olması kural olarak yerindedir. Nitekim Almanya, Avusturya, İtalya, Hollanda gibi ülkeler de Medeni Kanunlarında yer verdikleri hükümlerinde hem tacirin hem de tüketicinin bu hükümlerden faydalanmasına imkân tanımışlardır. Tacirlerin de GİK karşısında korunma ihtiyacı bulunduğu yadsınamayacağına göre[6] TBK'ya herkese uygulanabilecek bir düzenleme eklenmiş olması sevindiricidir. Bu şekilde tüketici sözleşmeleri içinde yer alan genel işlem koşulları ağırlıklı olarak TKHK hükümleri uyarınca denetlenirken, tacirler arasındaki işlemler TBK hükümleri çerçevesinde denetlenecektir.

Ancak ne yazık ki şimdiden tespit edilmelidir ki kanun koyucu, TKHK düzenlemesini tamamen göz ardı ederek soruna yaklaşmıştır. Yani bu iki düzenlemenin çakıştığı en önemli alan olan içerik denetimi alanında, zaten 2003 yılından beri var olan düzenlemeden esinlenme ihtiyacı hissetmemiştir. Diğer yandan mukayeseli hukuk verileri de sık sık gözardı edilerek kavramlar ve kurumlar kısmen yanlış kısmen çok eksik düzenlenmiştir. İlginçtir ki paralel bir süreçte hazırlanmış olmalarına ragmen Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 55'de yer alan GİK denetimine ilişkin norm dahi içerik denetimine ilişkin TBK m. 25 hazırlanırken dikkate alınmamıştır. Oysa bu norm, aşağıda görüleceği üzere, TBK m. 25'e nazaran içerik denetimi açısından çok daha elverişli ve amaca uygun bir normdur.

---

(5) Bu konuda bkz. *Atamer*, Y. M.: Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ve Borçlar Kanunu Taslağı m.18a-f, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, Ankara 2004, s. 291 vd. (Armağan); *Ulusan*, İ.: Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C. 3, S. 1-2, s. 27 vd.

(6) Bu konuda bkz. *Atamer*, Y. M.: Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları, İTO Yayını, İstanbul 2001-08 (İTO-Raporu).

Aşağıda sırasıyla GİK'in ne anlama geldiği ve ne zaman denetleneceği, denetimin farklı safhaları ve denetimin usuli yönleri üzerinde durulacaktır. Bu açıklamalarda özellikle TKHK m. 6 ve ilgili Yönetmelik hükümleri ve TTK düzenlemesi de yansıtılmaya çalışılacaktır. Çalışma boyunca sözleşme taraflarından biri için "GİK kullanan taraf" veya "işletme", diğer taraf için de "müşteri", "karşı taraf", "karşı âkid" kavramları kullanılacaktır.

II. GİK DENETİMİNİN SAFHALARI

Bugün yaygın şekilde kabul edildiği üzere, genel işlem koşullarının denetiminde üç aşama bulunmaktadır[7]. Bunlardan ilki GİK'in sözleşme içeriği olup olmadığının tespit edilmesi aşamasıdır (*yürürlük denetimi*). Dürüstlük kuralı uyarınca (MK m. 2, f. 1), GİK'in, sözleşmeyi kuran taraf iradelerinin uyuşması kapsamında olmadığı, dolayısıyla sözleşme parçası olmadığı sonucuna varılabildiği bütün hallerde GİK hükümlerinin geçerliliği hakkında bir tartışma artık anlamını yitirecektir. Dolayısıyla öncelikle sözleşme içeriğini doğru saptamak gerekir. Eğer GİK'in sözleşme içeriği olduğu sonucuna varılabiliyorsa bu sefer bunların yorum yoluyla denetlenmesi de mümkündür (*yorum denetimi*). Yapılacak olan, GİK kullanan aleyhine yorum yoluyla müşterileri korumaktır. Ancak bütün bunların işe yaramadığı birçok halde ister istemez son safhada GİK'in geçerliliğinin denetlenmesi gerekecektir (*içerik denetimi*). Yani sözleşme içeriği olmuş, yorum yoluyla da GİK kullanan aleyhine anlamlandırılamayan bu sözleşme koşullarının hakim tarafından denetlenmesi ve yeri geldiğinde hükümsüz sayılması gerekecektir.

Ancak bu üç denetim safhasının sırasıyla devreye girebilmesi için kuşkusuz "ön mesele", genel işlem koşulu olduğunu kabul edebileceğimiz sözleşme koşullarının varlığıdır. Taraflar arasında müzakere edilmiş, pazarlık konusu olmuş bir hüküm olduğu sürece GİK'den bahsedilemez, dolayısıyla da denetim olmaz. O açıdan aşağıda öncelikle GİK kavramı açıklanmaya çalışılacak ve ne zaman GİK'in varlığı kabul edilir, o tespit edilecek, ardından da GİK olduğu anlaşılan metnin nasıl denetlenebileceği üzerinde durulacaktır.

---

(7) Bu konuda özellikle bkz. *Kocayusufpaşaoğlu* (dn. 2), § 23 N. 7 vd; *Atamer,* GİŞ (dn. 2), § 8, 9, 10.

III. ÖN MESELE: NE ZAMAN GENEL İŞLEM KOŞULLARININ VARLIĞI KABUL EDİLİR?

1. Genel Olarak

TBK m. 20, f. 1'e göre;

"*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.*"

Bu tanımdan anlaşılacağı üzere genel işlem koşullarının varlığını kabul edebilmek için bazı unsurların gerçekleşmiş olması aranır. Genel işlem koşulları kural olarak bir *sözleşme*nin içeriğini düzenlemek üzere hazırlanırlar ve bu faaliyet *tek taraflı* olarak *sözleşmenin kurulmasından önce* gerçekleşir. Amaç, *birden fazla sözleşme ilişkisi*nde kullanılacak koşullar saptamak ve bunları karşı tarafın müdahalesine imkân tanımadan *bir kül olarak sözleşmeye dâhil etmek*tir. Bu koşulların nasıl hazırlandığı, kağıda dökülüp dökülmediği, yazı türü, metnin sözleşme metnine dâhil olup olmadığı gibi hususlar GİK nitelendirmesi açısından önem taşımaz. Aynı şekilde tarafların mesleği, hangi sıfatla bu sözleşmeyi akdettiği gibi hususlar da önem taşımaz. Zira genel işlem koşulları *nitelendirmesi* bazı objektif unsurların varlığına bağlıdır, tarafların sıfatı bu noktada dikkate alınmaz; buna karşılık GİK'in denetlenip denetlenmeyeceği farklı bir sorundur ve tarafların hangi kimlikle işleme katıldıkları bu değerlendirmede önem taşıyabilir.

Genel işlem koşullarının varlığını kabul edebilmek için karşı âkidin bunların içeriğine etki edememiş olması gerekir. İki tarafın uzlaşarak, pazarlık sonucu belirledikleri sözleşme koşulları kural olarak klasik Borçlar Kanunu denetimi[8] dışında bir denetime tâbi tutulamaz. Dolayısıyla matbu bir metnin kullanımına rağmen ne zaman bu tür bir bireysel anlaşmanın kabul edileceğini saptamak büyük önem taşır[9]. Tarafların bazen genel işlem koşullarından bir bölümünü aralarında bireysel anlaşma yaparak değiştirmeleri, bazen bütün metnin tarafların

(8) TBK m. 27 uyarınca emredici hukuk kurallarına, ahlaka veya kamu düzenine aykırılık gibi denetim kriterleri bireysel pazarlık ile oluşmuş sözleşmeler dâhil bütün sözleşmelere uygulanır. Örn. bkz. *Kocayusufpaşaoğlu* (dn. 2), §§ 40-42.

(9) Bkz. *Havutçu* (dn. 2), s. 87 vd.

anlaşmasının ürünü olması mümkündür. Böylesi bir irade uyuşmasının varlığını kabul edebilmek için aranacak koşullar aşağıda ayrıca incelenecektir[10]. Görüleceği üzere GİK'in unsurları olarak sayılan bütün özellikler taraflar arasında pazarlık yapılıp yapılmadığını saptamaya ilişkin unsurlardır.

2. TBK m. 20 Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Unsurları

a. Bir Sözleşmenin Koşullarını Oluşturmaları

Kural olarak GİK sözleşme koşullarıdır ve bir sözleşmenin içeriğini oluşturmak için hazırlanırlar. Bu sözleşmenin somut olayda ne tür bir sözleşme olduğu önemli değildir. Bir borçlandırıcı sözleşme veya tasarruf sözleşmesi; bir eşya hukuku sözleşmesi veya usul hukuku sözleşmesi olması fark etmez. Önemli olan taraflardan birinin sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğünü tek taraflı olarak ve kendi lehine kullanması, diğer tarafın ise sözleşmenin şekillendirilmesinde herhangi bir katkısının olmamasıdır.

Genel işlem koşulları genelde iki taraflı bir sözleşmenin içeriğini oluşturmak üzere düzenlenseler de bazen kapsamlarında müşterinin tek taraflı hukuki işlemlerine de rastlamak mümkündür. Örneğin bir hastaneye yatarken hastanın imzaladığı tedavi sözleşmesi içinde, ölümü halinde cesedinin hastane tarafından kullanılabileceğine ilişkin bir beyan yer alması[11] veya banka kredi sözleşmesinde bankanın müşterisi hakkındaki bilgileri dilediği gibi kullanabileceğinin yazılı olması halinde[12] böyle bir durum söz konusudur. Sık sık bu tür tek taraflı beyanların kişilik hakkına sınırlama getirmeleri nedeniyle serbestçe geri alınması imkânı olsa da müşterinin GİK'i okumadığı için bu tür bir taahhütte bulunduğundan habersiz olması ihtimali yüksektir. Dolayısıyla bu ihtimallerde de GİK'in varlığını kabul ederek hakimin resen denetim uygulamasında fayda vardır[13].

(10) Bkz. aşağıda III/4.
(11) bkz. BGH NJW 1990, s. 2313.
(12) bkz. BGHZ 95, s. 362.
(13) Örn. BGH NJW 1987, s. 2011.

b. Sözleşmenin Kurulmasından Önce Tek Yanlı Olarak Düzenlenmeleri

aa. Önceden düzenlenmiş olma

Genel işlem koşullarının varlığından bahsedebilmek için ikinci şart bunların sözleşme kurulmadan önce düzenlenmiş olmalarıdır. Ya yazıya dökülmek suretiyle ya da en azından GİK kullanan tarafından yazılı olmadan belirlenmiş olmaları gerekir[14]. Yazıya dökme el yazısı, daktilo veya bilgisayar yoluyla sözleşme koşullarının kaleme alınması ve müşteriye bir nüshası verilecek şekilde veya sözleşme mekânında asılacak şekilde bunların basılmasıdır. Yazılı olmayan GİK'in varlığını kabul edebilmek için bunların GİK kullananın kafasında şekillenmiş olması ve örneğin onun tarafından bütün temsilcilerine bu koşulun ezberletilerek, ileride sözleşmeleri bu koşul altında akdetmelerinin ve müşteriye bu koşulu sözlü olarak kabul ettirmelerinin tembih edilmiş olması gereklidir. Hiç kuşkusuz bu alternatifle çok nadir karşılaşılacaktır.

Önceden düzenlenmiş olma, sözleşme koşullarının somut bir sözleşme için değil ileride kurulma ihtimali olan birden fazla sözleşme için düzenleniyor olmasının bir göstergesidir. Bunlar farklı müşterilerle akdedilecek aynı türden çok sayıda sözleşme için bir çerçeve yaratma amacıyla kaleme alınmaktadırlar. Somut bir sözleşme için bir sözleşme taslağı hazırlamak söz konusu değildir, zira bir sözleşme taslağının amacı taraflara, üzerinde tartışılacak bir metin hazırlamaktır. Oysa GİK tartışmaya açık sözleşme koşulları değildir. Dolayısıyla genel ve soyut olarak düzenlenirler.

bb. Tek yanlı olarak düzenlenmiş olma

Sözleşme koşullarının sadece önceden hazırlanmış olması değil aynı zamanda taraflardan birinin tek yanlı olarak bunları hazırlamış olması GİK'in varlığını kabul için asli öneme sahiptir. Zira bu da yine ilgili

---

(14) Alman Federal Mahkemesinin ele aldığı bir olayda bir evin satımı konusunda emlakçı ile sözleşme imzalanmış ve bu sözleşmeye emlakçının sözlü müdahalesi üzerine komisyonun tutarı konusunda bir hüküm eklenmiştir. Mahkeme bu şekilde hafızada tutulan ve ileride akdedilecek her sözleşmede kullanılması amaçlanan hükümlerin de GİK olarak nitelendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir (BGH, NJW 1988, s. 410). Aynı yönde BGH, NJW 2008, s. 2250. Avrupa Birliği Yönergesi de gerekçeler bölümünün 11. paragrafında "Tüketici, sözlü ve yazılı sözleşmelerde -ki sonuncusunda sözleşme koşullarının bir tek veya birden fazla metin içinde olduğundan bağımsız olarak- aynı korumadan faydalanmalıdır" ifadesine yer verilmektedir.

koşulların pazarlık edilmeden tek taraflı olarak sözleşmeye dâhil edilecekleri, karşı tarafa dayatılacakları yönünde bir göstergedir. Her ne kadar TBK m. 20 "düzenleyenin … *önceden,* tek başına *hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri*"nden bahsetmekteyse de kastedilen tek başına kendisinin kaleme almış olması değildir. İlgili kişinin yanında avukatları ile bu metni hazırlamasında bir sakınca olmadığı gibi başka kişilerden de danışmanlık alınabilir. Hatta muhakkak bu metni *"düzenleyen"* kişi olması dahi gerekmez. Başkası tarafından, örneğin bir meslek örgütü, dernek veya şirket tarafından hazırlanmış veya işletmenin temsilcisi tarafından kaleme alınmış metinleri de kullanmak kişinin GİK denetiminden kurtulacağı anlamına gelmez[15]. Dolayısıyla *"tek başına"* ile kastedilen sadece karşı âkit dâhil edilmeksizin sözleşme koşullarının hazırlanmasıdır.

Düzenleyen ile kullananın aynı kişi olması gerekmediği gibi GİK'in kamusal bir makam tarafından onaylanmış veya hazırlanmış olması da GİK niteliğini ortadan kaldırmaz. Örneğin Sigortacılık Kanunu m. 11, f. 1 uyarınca[16] sigorta genel koşullarının Hazine Müsteşarlığınca düzenleniyor olması ve bütün sigorta şirketlerinin bunları kullanmak mecburiyetinde olması bu hükümlerin daha sonra yargısal yoldan denetlenmesini engellemez[17]. Alman Federal Mahkemesi de uluslararası bir kuruluş olan IATA (International Air Transport Association) tarafından hava yolu trafiğinde uygulanmak üzere bütün üyelerine tavsiye edilen koşulları genel işlem koşulları olarak değerlendirmiş; bunların büyük ölçüde Varşova Antlaşmasına dayanmalarının uluslararası hukuk kuralları olarak ele alınmalarına imkân vermediği sonucuna varmıştır[18].

---

(15) Örneğin Alman Federal Mahkemesinin bir kararında denetçilik ve vergi danışmanlığı yapanların derneği tarafından hazırlanan, ücrete hak kazanma koşullarına ilişkin düzenleme GİK olarak nitelendirilmiş ve ilgili vergi danışmanının bu koşullara atıf yapmasının kendisinin GİK kullanan olarak nitelendirilmesi anlamına geleceğine hükmetmiştir (BGHZ 54, s. 106, 109). Aynı görüşte *Yeniocak*, U.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011, s. 30.

(16) Sigortacılık Kanunu m. 11, f. 1: Sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir. Ancak, sigorta sözleşmelerinde işin özelliğine uygun olarak özel şartlar tesis edilebilir. Bu hususlar, sigorta sözleşmesi üzerinde ve özel şartlar başlığı altında herhangi bir yanılgıya neden olmayacak şekilde açık olarak belirtilir.

(17) Bkz. *Kender*, R.: Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2011, s. 180 vd.

(18) BGH NJW 1983, s. 1322, 1323.

c. Birden Fazla Sözleşme İlişkisinde Kullanılmak Amacıyla Düzenlenmeleri

Birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanma niyeti, genel işlem koşullarının çıkış sebeplerinin en önemli gerekçelerinden biridir, zira kitlesel sözleşme olgusunun somut bir yansımasıdır. İşletmenin, akdedeceği aynı türden çok sayıda sözleşmenin koşullarını, rasyonalizasyon amacı ile önceden kaleme alması ve bunları, değiştirilme imkânı tanımadan sözleşmeye dâhil etmesi tipik olgudur. Dolayısıyla klasik tanımına göre, ancak birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere önceden hazırlanmış olan sözleşme koşulları genel işlem koşulları olarak nitelendirilebilir[19].

Birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere kaleme alınma, işletme açısından, içeriğini değiştirmeme konusunda bir gösterge olarak kabul edildiği için önemlidir. Buna karşılık önceden kaleme almış olma olgusu başlı başına sözleşme eşitliğini, yani silahların eşitliğini zedelemez. Sözleşmeye ilişkin olarak tarafların bir ön hazırlık yapması son derece normaldir. Bunlar üzerinde pazarlık yapmaya bazen açıktırlar bazen de hiç değildirler. Örneğin, bir şirketin hisselerinin devrine ilişkin bir sözleşme (*share purchase agreement*) akdedilmeden önce tarafların ikisinin de üzerinde çalıştığı ve karşı tarafa kabul ettirmek istediği sözleşme metinlerinin olması normaldir. Bunların bir bilgisayar çıktısı olması da normaldir. Buna rağmen bu metinlerin GİK olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira birden fazla kullanım amacı bu metinler açısından –istisnalar bir yana– var olmayacaktır.

Önemli olan "ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak *amacı*"dır. Bu amacın var olduğu durumlarda ilk kullanımda dahi GİK'in varlığı kabul edilir[20]. Hatta daha sonra birden fazla kullanımın fiilen gerçekleşmiş olması da aranmaz. Buna karşılık birden fazla kullanım için değil de sadece bir seferlik, belirli bir sözleşmede kullanılmak için sözleşme koşulları belirlenmişse GİK söz konusu olmaz[21]. Söz konusu koşulların sadece sınırlı sayıda sözleşmede, örneğin

(19) Bkz. *Havutçu* (dn. 2), s. 81 vd.

(20) BGH NJW 1981, s. 2343, 2344.

(21) Alman Federal Mahkemesinin 1996 yılında verdiği bir karara göre, bir inşaat sözleşmesi akdetmek üzere iş sahibinin sözleşme koşullarını düzenlemesi ve bunları birden fazla ilgiliye yollaması halinde GİK söz konusu değildir, zira burada amaç sadece bir sözleşme akdedilmesine ön ayak olmaktır (BGH NJW 1997, s. 135); ayrıca bkz. BGH NJW-RR 1988, s. 57, 58.

belirli sayıda taşınmazın satımında kullanılmasının amaçlanması bunların GİK olma niteliğini ortadan kaldırmaz. Diğer yandan GİK'in bir dernek veya kurum gibi üçüncü kişiler tarafından hazırlanmış olması halinde somut olayda bunları sözleşmeye dâhil eden kişinin birden fazla kullanım niyeti içinde olup olmadığına bakılmaz. Örneğin bir kira sözleşmesi akdeden kişinin matbu kira sözleşmelerinden faydalanmış olması halinde de GİK kullanımı kabul edilecektir; o kişinin ayrıca başka evler de kiralama amacı olup olmadığına bakılmaz[22]. Önemli olan o formüleri hazırlayan kişide birden fazla kullanım niyetinin olup olmadığıdır[23].

Birden fazla sözleşmede kullanım söz konusu olduğuna göre kullanılan metinlerin benzeşmesi gerektiği açıktır. Ancak bu, metinlerin mutlak olarak örtüşmesinin aranacağı anlamına da gelmez[24]. Aksi takdirde GİK denetimi normlarının dolanılması son derece basit olurdu. Nitekim TBK m. 20, f. 2 uyarınca:

"Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez."

Kural olarak bir metnin GİK olduğu ve taraflar arasında pazarlık konusu edilmediğini ispat bunu iddia edene düşer. Dolayısıyla birden fazla kullanım amacının olduğunu da aslında kullanan değil karşısındaki ispatlamalıdır. Ancak aynı Alman mahkemelerinin yaptığı gibi Türk mahkemelerinin de bu konuda beklentileri çok yüksekte tutmaması uygun gözükmektedir. Eğer ortada matbu bir metin var ve ifadesi daha soyut, yani o sözleşmeye özgü ve özel değilse bu durumda birden fazla kullanım niyeti olan bir metnin varlığı kabul edilmelidir[25].

d. Kullanan Tarafından Değiştirilmeden Sözleşmeye Dâhil Edilmek Niyetiyle Karşı Âkide Sunulmaları

GİK'in varlığını kabul edebilmek için aranan en son koşul bunların GİK kullanan tarafından sözleşmeye dâhil edilmek niyetiyle karşı âkide sunulmalarıdır. Bu durumda öncelikli olarak GİK kullananın kim olduğu saptanmalıdır. Zira ancak onun karşı âkidi TBK m. 20 vd. hükümleri

---

(22) *Basedow*, J., in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage, München 2007, § 305 BGB, N. 19 (MuekoBGB/*Basedow*).

(23) MuekoBGB/*Basedow* (dn. 22), § 305 BGB, N. 19.

(24) *Wolf*, M./*Lindacher*, W./*Pfeiffer*, T.: AGB-Recht Kommentar, 5. Aufl., München 2009, § 305 N. 17.

(25) Bkz. BGH, NJW 1992, s. 2160, 2162; BGH, NJW 2000, s. 1110 vd.

çerçevesinde koruma bulabilir. Kural olarak bir sözleşmenin kurulması anında önceden hazırlanmış genel işlem koşullarını karşı tarafa sunan ve bunların sözleşme içeriği olmasını isteyen kişi kullanıcıdır. Önemli olan kimin GİK'i sunduğudur, yoksa kimin kaleme aldığı değil. Ancak aynı şekilde karşı tarafı, icabını GİK çerçevesinde yapmak zorunda bırakan kişi de GİK kullanandır. Örneğin hazırladığı matbu sipariş formlarında genel işlem koşullarına da yer veren ve müşteriyi, doğrudan bu koşullar çerçevesinde icabını yapmak zorunda bırakan kişi GİK kullanandır; yoksa müşteri GİK kullanımını teklif etmiş olarak kabul edilemez.

İki tarafın da üçüncü bir kurum/kuruluş tarafından hazırlanmış genel işlem koşullarının kullanılması konusunda anlaşması haline artık bu anlaşma ile ilgili koşulların GİK niteliğini yitirip taraflar arasında bireysel anlaşma konumuna geldiğini, dolayısıyla bu tür sözleşmelere ilişkin denetim mekanizmalarına tâbi olduğunu kabul etmek gerekir. Özellikle tacirler arasında bu duruma sık rastlanmaktadır[26]. Aynı şekilde noterlerin veya avukatların kendi inisiyatifi üzerine hazırladığı ve taraflar arasındaki menfaatleri dengeleme hedefine hizmet eden matbu sözleşme metinleri, her ne kadar önceden kaleme alınmış olsalar da, kural olarak GİK olarak nitelendirilemezler[27]. Çünkü bu hallerde sözleşme taraflarından hiçbiri diğerini belirli sözleşme koşullarının uygulanması zorunluluğu karşısında bırakmamakta; GİK'e özgü taraflar arası dengesiz konum oluşmamaktadır. İki taraf da üçüncü kişi önünde sözleşmeye müdahale açısından eşit konumdadır, zira noterin kendi koşullarının değişmeden kabul edilmesi konusunda, işletmeden farklı olarak herhangi bir menfaati yoktur. Ancak bazı durumlarda gerek noterlerin gerekse avukatların bu tarafsız rol dışında sözleşmede yer almaları da mümkündür. İşte bu hallerde artık bir üçüncü kişinin değil doğrudan taraflardan birinin temsilcisinin söz konusu olduğu kabul edilerek bu koşulların da GİK olarak nitelendirilmesi gerekir[28].

---

(26) Örneğin Milletlerarası Ticaret Odası tarafından hazırlanmış Incoterms 2010 kurallarına iki tarafın da dayanması halinde bunların GİK olarak değerlendirilmesi söz konusu olmayacaktır.

(27) *Koller*, A.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009, § 23 N. 8; *Bucher*, E., in: Honsell/Vogt/Wiegand, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, 4. Aufl. Basel 2007, Art. 1 N. 49.

(28) BGH NJW 1990, s. 576; BGH NJW 1988, s. 558; BGH BB 1975, s. 442; MuekoBGB/*Basedow* (dn. 22), § 305 BGB, N. 23.

e. Değerlendirmede Önem Taşımayan Noktalar

TBK m. 20, f. 1, c. 2 uyarınca GİK'in *"… sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz."* Nitekim GİK'in varlığı kabul edilirken mümkün olduğu kadar şekli kıstaslardan yola çıkmamak doğru gözükmektedir. Özellikle genel işlem koşullarının yazılı olması halinde nasıl kaleme alındıkları, ne tür bir metinde yer aldıkları, yazı türü, basım tarzı, çoğaltılmış olup olmamaları gibi unsurlar sözleşme koşullarının GİK olarak nitelendirilmesinde veya nitelendirilmemesinde önemli olmamalıdır[29]. Aksi takdirde işletme, GİK'e karşı korumayı dolanmak için yollar aramaya teşvik edilmiş olacaktır.

Aynı şekilde sözleşmeye dâhil edilmek istenen koşulların kapsamı da bunların nitelendirilmesinde önem taşımaz. Sadece bir hükümden oluşan GİK tespit etmek de mümkündür[30]. Bir cümlelik sorumsuzluk kayıtları nedeniyle hiçkimsenin paltosunu vestiyere bırakmaktan kaçınmayacağı veya bu konuda herhangi bir pazarlığa giremeyeceği açıktır. Dolayısıyla burada GİK'in varlığını kabul etmemek için bir sebep yoktur.

Diğer yandan akdedilen sözleşmenin yazıya dökülmesi halinde GİK'in bu metin ile doğrudan bir bağlantısının olması da gerekli değildir. Dolayısıyla metnin bir ilan üzerinde veya teslim edilen belgeler arasında veya teletekste yer alması önem taşımaz[31].

3. TKHK m. 6'daki Haksız Şart Tanımı ile TBK m. 20'nin Karşılaştırılması

TKHK m. 6 uyarınca "*satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu … sözleşme koşulları*" denetlenir. Aynı düzenleme Haksız Şartlar Yönetmeliği m. 4 (d) bendinde de yer almakta ve AB Yönergesinden esinlenerek Türk hukukuna aktarılmış bulunmaktadır[32]. Bu tanım esas alındığında, taraflardan birinin tüketici olduğu sözleşmelerde hakimin denetim yapması imkânının çok daha geniş olduğu açıktır. Her ne kadar bu

(29) Alman hukuku için bkz. MuekoBGB/*Basedow* (dn. 22), § 305 BGB, N. 28 vd.

(30) *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (dn. 24), § 305 N. 20.

(31) *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (dn. 24), § 305 N. 21.

(32) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Atamer*, Armağan (dn. 5), s. 291 vd.; *Çınar*, Ö.: Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009, s. 32 vd.

ihtimalde de olmazsa olmaz şart, pazarlık konusu edilmemiş olmak ve tek taraflı olarak sözleşmeye dâhil edilmekse de ne ilgili sözleşme koşullarının önceden tasarlanmış olması ne de bunların birden fazla kullanım amacını hedeflemesi gerekir. Yani, sadece o sözleşme için ilgili tarafın menfaatlerini en iyi şekilde koruyacağına inandığı sözleşme hükmünü karşı tarafa dayatmış olması bunların denetlenmesi açısından yeterlidir. AB Yönergesi birden fazla kullanım kriterinden tamamen vazgeçmiş ve sözleşme koşullarının sadece pazarlık konusu yapılmamış olmasını bunların denetimi için yeterli saymıştır[33]. Bu açıdan iki denetim alanı çemberler olarak düşünüldüğünde şu tespitte bulunmak mümkündür: TBK m. 20 anlamında denetime tâbi sayılan her GİK hükmü TKHK m. 6 uyarınca da denetlenebilir. Buna karşılık TKHK m. 6 uyarınca denetlenebilecek her hüküm TBK m. 20 çerçevesinde denetlenemez. TKHK çok daha geniş bir çember içinde denetime imkân vermektedir.

4. Genel İşlem Koşullarının Bireysel Anlaşmaya Dönüşmesi ve Bu Konudaki İspat Yükü

a. Bireysel Anlaşmanın Varlığını Kabul Edebilmenin Koşulları

Yukarıda saptanan unsurların var olması ihtimalinde ilgili sözleşme koşulları genel işlem koşulları olarak nitelendirilir ve aşağıda üzerinde duracağımız denetim mekanizmalarına tâbi olurlar. Oysa tarafların karşılıklı pazarlığı ve görüşmeleri sonucunda sözleşme koşullarının belirlenmiş olması halinde *bireysel anlaşmaları*n varlığından bahsedilir ve bunlar kural olarak denetlenemez[34]. Bunun mantığı ise açıktır: Borçlar hukukumuzun asli ilkesi sözleşme özgürlüğüdür. Dolayısıyla da taraflar istedikleri içerik ile sözleşmelerini kurabilirler. Bu alana müdahale ise istisnaidir. Bu açıdan bireysel sözleşme olduğu anlaşılan, yani iki tarafın da şekillenmesine etki edebildikleri bir düzenleme varsa artık GİK denetimi uygulamanın bir manası olmaz. Dikkat edilmesi gereken nokta, ortada birden fazla kullanım için önceden hazırlanmış bir metnin var olmasına *rağmen* bu metnin pazarlık konusu edilip edilmediğinin

(33) *Pfeiffer*, T., in: Grabitz/Hilf (eds.), Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, A-5. Richtlinie 93/13/EWG des Rates über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucher-verträgen (Art. 1-Art. 11), Art. 3 N. 4; *Bülow*, P./*Artz*, M.: Verbraucherprivatrecht, 2. Aufl. 2008, N. 501; *Çınar* (dn. 32), s. 46-47.

(34) Bkz. yukarıda dn. 9 ve ilgili metin. Ayrıca bkz. *Becke*r, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Bamberger/Roth (eds.), 2011, § 305 N. 33 vd. (BeckOK/*Becker*); MuekoBGB/*Basedow* (dn. 22), § 305 BGB, N. 33 vd.

araştırılıyor olmasıdır[35]. Eğer tek seferlik kullanım için bir metin hazırlanmışsa zaten sırf bu gerekçe ile bir GİK'in varlığı kabul edilemeyeceği için özel bir denetim yapılamayacaktır[36]. Nitekim Alman Medeni Kanunu § 305, f. 1, cümle 3 şu ifadeye yer vermektedir.

"Sözleşme şartlarının sözleşme tarafları arasında tek tek pazarlık konusu edilmiş olduğu hallerde genel işlem şartlarının varlığından bahsedilemez."

Her ne kadar TBK m. 20 bu kadar açık bir düzenleme içermiyorsa da aynı sonucu f. 3'den çıkarsamak mümkündür. Zira bu düzenleme uyarınca:

"Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına*, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz."*

Doğaldır ki sadece ("tek başına") bu türden bir kayıt GİK niteliğini ortadan kaldırmak için yeterli olamaz. Hatta bu kaydın kendisi bir GİK teşkil eder. Ama f. 3'ün mefhum-u muhalifinden anlaşılan, gerçekten "tartışılarak" kabul edilen sözleşme koşullarının artık GİK niteliğini kaybedeceğidir. Yani tarafların ikisinin de üzerinde uzlaştığı, ikisinin de iradelerinin uyuştuğu bir metin artık GİK olmayacaktır. Nitekim aynı mantığı TKHK m. 6 da gütmektedir ve ancak "müzakere edilmemiş" hükümlerin haksız sayılabileceğini öngörmüştür. Sorun, bunu ne zaman kabul edebileceğimizi tespit etmektir.

Taraflar arasında bir bireysel anlaşmanın oluştuğunu kabul edebilmek için, genel işlem koşulları kullanımı nedeniyle müşteri için ortadan kalkmış olan sözleşmenin içeriğini tespit etme olanağının yeniden doğmuş olması gerekir. Yani müşterinin de, GİK kullanan ile beraber sözleşmenin koşullarını şekillendirme özgürlüğünü kullanmış olması, en azından kullanabilecek durumda olması gerekir. Bunun için öncelikle işletme tarafında, sözleşmenin içeriğini değiştirmeye açık olduğu yönünde ciddi bir tavır aranır[37]. Yani müşterinin anlayabileceği şekilde sözleşme içeriğinin tartışmaya açılması gereklidir[38].

---

(35) MuekoBGB/*Basedow* (dn. 22), § 305 BGB, N. 33.
(36) Bkz. yukarıda III 2 c.
(37) BGH JZ 1987, s. 159.
(38) BGH NJW 1991, s. 1678; 1992 s. 1107 ve 2759.

Ancak işletmenin genel işlem koşullarını değiştirmeyi kabul iradesinin yanısıra müşteri açısından da bu koşulları anlamak ve değiştirmek için gerekli olan bilgi birikimi veya profesyonel destek de mevcut olmalıdır. Dolayısıyla tarafların fiilen sözleşme içeriğini birlikte belirleme *imkânının* olması aranır. Sadece bu imkânın somut olarak var olduğu hallerde taraflar arasında bir bireysel anlaşmanın varlığı kabul edilebilir. Müşterinin sık sık entellektüel açıdan daha zayıf durumda olduğu düşünüldüğünde GİK'i değiştirmeye çalışmasının kendisi için tavsiye edilir bir durum olmadığı açıktır. Dolayısıyla özellikle tüketiciler için, kendileri ile GİK üzerinde pazarlık yapmak isteyen bir işletme ile karşılaşmaları nadiren bir avantaj sağlar.

Birkaç örnekle somutlaştıracak olursak[39]: Bilgisayar pazarlayan bir işletmenin GİK'inde, teslime kadar geçen bir aylık süre içinde fiyatlarda bir değişiklik olması halinde bunun müşteriye yansıtılacağına ilişkin bir hükmün yer alması[40] ve işletmenin, müşterisine a. muhtemelen bir zam söz konusu olacağı için bu hükmü koymak zorunda olduğunu bildirmesi üzerine müşterinin hükmü kabul ettiğini ifade etmesi, b. bu hükmün, müşteri isterse çıkarılabileceğini ancak o zaman % 3'lük iskontonun da tanınamayacağını bildirmesi üzerine müşterinin hükmü kabul ettiğini bildirmesi, c. "kabul etmediğiniz koşulları çizebilirsiniz" diyerek GİK'i yollaması ve müşterinin herhangi bir hükmü çizmemesi halinde artık ilgili hükmün müşteri tarafından da benimsenen bir hüküm olduğu ve dolayısıyla bir bireysel anlaşmanın var olduğu kabul edilerek GİK denetimi yapılmayacak mıdır?

Öncelikle şu ifade edilmelidir ki, müşteriye sadece tek tek GİK hükümlerinin açıklanmış olması ve onun bunları kabul etmesi bir bireysel anlaşmanın varlığı için yeterli değildir[41]. Zira bu açıklamaları veren bir işletmenin karşı tarafın sözleşmeye müdahale etmesine açık olduğu,

---

(39) Örneklerde *Fitz*, H.: Allgemeine Geschäftsbedingungen – individuelle Abreden, in: Heinz Krejci (ed.) Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz, Wien 1981, s. 249, 251'den esinlenilmiştir.

(40) Alman Medeni Kanunu § 309 N. 1 uyarınca "sözleşmenin kurulmasından itibaren dört ay içinde teslim veya ifa edilecek mal veya hizmetlerin karşılığının artırılmasını öngören kayıtlar" geçersizdir. Meğerki bu mal ve hizmetler sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme çerçevesinde ifa edilmiş olsun.

(41) *Fitz* (dn. 39), s. 249, 262; *Kapnopoulou*, E. N.: Das Recht der mißbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union, Tübingen 1997, s. 91; *Ulmer/Habersack,* in: Ulmer, P.r/Brandner, H. E./Hensen, H. D., AGB-Recht, Köln 2011, § 305 N. 49.

hükümlerini gerçekten değiştirmeyi kabul edeceği iddia edilemez. Dolayısıyla yukarıda (a) şıkkında verilen örnek açısından da bireysel anlaşmanın varlığı reddedilmelidir. Müşteri GİK metnini anlayarak kendisi için aleyhte olan hükümleri tespit etme ve buna somut alternatifler getirme imkânından yine yoksun olacaktır. Yasal düzenlemeyi ve haklarını bilmediğinden kendisine açıklanan ilgili GİK ile nasıl bir hak kaybına uğradığını da bilebilecek durumda olmayacaktır[42]. Aynı şekilde GİK kullananın sorulan sorulara cevap vermesi, farklı sözleşme alternatiflerini açıklaması da bir bireysel anlaşmanın varlığını kabul için yeterli sayılamaz[43].

Yukarıda (c) altında verilen örnekte ise, müşterinin bir avukata danışmak ve kendi yasal imkânlarını öğrenmek, ardından işletme ile tek tek bunların pazarlığını yapmak zorunda olduğunu kabul etmek gerekir ki bu da çok uygun düşmemektedir. Sorun, müşterinin, hangi GİK yüzünden hangi hakkını kaybettiğini, GİK olmasa uygulanacak yasal düzenlemenin kendisi için daha elverişli olup olmadığını zaten bilmemesidir. Dolayısıyla işletmenin, müşteriye "isterseniz koşulları değiştirebiliriz" demesi bu açıdan hiçbir öneme sahip olamaz, zira müşterinin eşit olmayan konumundan kaynaklanan korunma ihtiyacı bu hallerde ortadan kalkmaz[44]. Ancak somut olayın özellikleri değerlendirmede kuşkusuz büyük önem taşımaktadır[45]. Örneğin iki tacir arasında sözleşme akdedildiği hallerde aynı değerlendirme çoklukla geçerli olmayacaktır. Zira burada GİK kullanmaya alışık, bunların hazırlanması için gerekli hukuki danışmanlığı alabilecek kişiler karşı karşıya geliyor olabilir. Bu ihtimallerde örneğin bir tacirin diğerine 10 maddelik bir GİK metni yollaması ve "istemediğinizi çizebilirsiniz" diye bildirmesi ve karşı akidin üç hükmü çizip geri kalanına dokunmaması artık tümü itibariyle sözleşmenin pazarlık konusu edilmiş olduğunu kabul etmemizi gerektirebilir.

Müşteriye birden fazla GİK'den birini tercih etme imkânının verilmiş olması veya bu tercihin fiyat indirimleri ile cazip hale getirilmesi

(42) *Koller* (dn. 27), § 23 N. 31.

(43) *Kapnopoulou* (dn. 41), s. 91.

(44) Bkz. BGH NJW 1987, s. 2011: Olayda bankanın kullandığı formülerde "istenmeyen fıkralar çizilmelidir" şeklinde bir hükme yer verilmiş olmasına rağmen karşı âkit hiçbir hükmü çizmemiştir. Mahkeme buna rağmen pazarlık konusu edilmiş hükümlerin varlığını kabul etmemiştir.

(45) *Fitz* (dn. 39), s. 249, 264.

halinde de (müşteri lehine GİK-yüksek fiyat/müşteri aleyhine GİK-düşük fiyat) taraflar arasında sözleşme koşullarına ilişkin bir bireysel anlaşmanın yapıldığı kabul edilemez[46]. Özellikle fiyat indirimlerinin söz konusu olduğu hallerde müşterilerin bunların cazibesine kapılarak aslında GİK'i okumadan imzalamayı tercih edecekleri, dolayısıyla pazarlık amacının hiçbir şekilde gerçekleşmeyeceği aşikardır[47]. Ancak istisnai olarak müşteriye belirli bir koşul bağlamında fiyat indirimi teklif edilmişse, örneğin garanti olmaksızın daha ucuz bir fiyata veya iki yıl garanti çerçevesinde daha pahalı bir fiyata satın alma alternatifi sunulmuşsa, bu hallerde bir bireysel anlaşmanın varlığı kabul edilebilir[48]. Bu açıdan bakıldığında yukarıda (b) şıkkı altında incelenen olayda bu hükme ilişkin olarak pazarlığın gerçekleşmiş olduğu kabul edilebilecektir. Kuşkusuz müşteriye sunulan fiyat avantajının gerçekten karşılığında vazgeçilen hakları dengelemeye elverişli olması gerekir. Örneğin % 2'lik bir indirim karşılığında bütün ayıba karşı tekeffül haklarından vazgeçilmesi halinde bu tür bir dengenin varlığından bahsedilemez ve hüküm yine denetlenebilir[49].

b. Bireysel Anlaşmanın Varlığını İspat Yükü

GİK'in varlığını kabul için aranan şartları taşıyor olmasına rağmen bir metnin GİK olmadığını ve taraflar arasında pazarlık konusu edildiğini ispat edecek olan kişi bunu iddia eden, yani GİK kullanan olacaktır. Bu konuda TBK hükümleri içinde özel bir düzenleme yoktur. Ancak TKHK m. 6, f. 3-5'deki ispat yükünün dağılımına ilişkin düzenlemenin kıyasen burada da uygulanmasında hiçbir sakınca yoktur. Buna göre:

"Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.

Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının

(46) *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (dn. 24), § 305 BGB, N. 42; *Fitz* (dn. 39), s. 249, 265; BGHZ 22, s. 90, 98; BGH NJW 1996, s. 1676; BGH NJW 1991, s. 1678.

(47) *Larenz*, K./*Wolf*, M.: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München 2004, s. 788; *Fitz* (dn. 39), s. 249, 265.

(48) *Fastrich*, L.: Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, München 2002, s. 305.

(49) bkz. *Fitz* (dn. 39), s. 249, 266; *Fastrich* (dn. 48), s. 303.

veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez.

Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir."

Bu düzenleme öncelikle "standart sözleşmelerin", yani GİK'in pazarlık konusu edilmediği karinesini ihdas etmektedir. Hayatın olağan akışına uygun olan, bu türden matbu metinlerin pazarlık konusu edilmemiş olmasıdır. Dolayısıyla aksini iddia edenin ispat etmesi gerekir. Nitekim f. 5 de bunu açıkça ifade etmektedir. Son olarak f. 4 ise, GİK içinden belirli bazı hükümlerin pazarlık konusu edilmiş olduğu ispatlansa bile kalanı açısından GİK olduğu değer yargısının değişmeyeceğini öngörmüştür. Yani bu durumda aşağıdaki denetim aşamaları sadece kalan hükümler açısından uygulama bulacak, pazarlık konusu edilmiş olanlara dokunulamayacaktır.

GİK'in tümel olarak veya bazı hükümlerinin pazarlık konusu edilip edilmediği nasıl ispatlanabilir? Kuşkusuz bu kolay bir ispat değildir. Ancak bu konuda tarafların sözleşme görüşmelerine ilişkin kayıtlar, e-posta yazışmaları, fakslar, metin çıktıları ispat vesikası olarak sunulabilir. Bu metinler iki tarafın da ne ölçüde sözleşmenin şekillenmesine etki ettiğini ortaya koyacaktır. Matbu metinde çok sayıda ekleme ve düzeltme yapılmış ise geri kalan hükümler üzerinde değişiklik yapılmamasına rağmen mutabık kalındığı hususunu ispat kolaylaşır[50].

Uygulamada çok sık karşılaşılan, belirli bölümleri boş olan ve taraflarca doldurulması gereken formüler sözleşmelerin bireysel sözleşme olarak nitelendirilmesi kuşkusuz mümkün değildir. Zira bu tür sözleşmelerde her ne kadar fiyat, faiz oranı, sözleşme süresi gibi bazı verilerin taraflarca kararlaştırılması gerekiyorsa da, sözleşme, bu hükümler olmaksızın da bir bütünlük arz etmektedir ve geri kalanı itibariyle müşterinin müdahalesine kapalıdır[51]. Yine müşterinin, sözleşme içeriğinin taraflarca ortaklaşa kararlaştırıldığı yönünde bir beyanı imzalaması da nitelendirmede önem taşımaz. Nitekim yukarıda aktarılan BK m. 20, f. 3 de çok açık şekilde bunu ifade etmektedir.

---

(50) *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (dn. 24), § 305 BGB, N. 40.

(51) *Stein,* G.: Die Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge des allgemeinen Privatrechts – Zum Spannungsverhältnis der Kontrollverfahren aufgrund des AGB-Gesetzes und § 242 BGB, Berlin 1982, s. 84.

Çok istisnai hallerde değişmeden kabul edilen genel işlem koşulu da bireysel anlaşma konusu olmuş olabilir[52]. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi müşteri açısından pazarlık etme şansının varlığı aranmaktadır, fiilen bu imkândan faydalanılmış olması değil. Bir kez taraflar arasındaki eşit olmayan durum ortadan kalktıktan sonra artık sözleşmenin içeriğine müdahale etme olanağını kullanmamış olan müşteri de bu sözleşme içeriği ile bağlı kalacaktır. Kuşkusuz böylesi istisnai bir durumun varlığını takdir edecek olan hakimdir.

IV. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YÜRÜRLÜK DENETİMİ: TBK M. 21-22

1. Genel Olarak GİK'in Sözleşme İçeriği Olması Sorunu

Yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi GİK'in ilk denetim safhası yürürlük denetimi, yani GİK'in sözleşme içeriği olup olmadığının tespit edilmesi aşamasıdır. Bilindiği gibi, TBK m. 1 uyarınca bir sözleşmenin kurulması için ilke, irade beyanlarının uyuşmasıdır. Ancak uyuşması gerekenin sadece beyanlar mı (açıklama prensibi) yoksa beyandan farklı olabilecek gerçek iradelerin kendisinin mi (irade prensibi) olduğu maddeden anlaşılmamaktadır. Bugün Türk-İsviçre hukukunda hakim görüş irade beyanlarının uyuşmasının yeterli olacağı yönündedir[53]. Fakat beyana, karşı tarafın, güven kuramı[54] uyarınca vermesi gereken anlam esas alınır ve bu anlam doğrultusunda sözleşme kurulur. Bir sözleşmenin kurulup kurulmadığı ve kurulduysa hangi içerikle kurulduğu güven kuramı uyarınca belirlenir.

---

(52) *Fastrich* (dn. 48), s. 272; *Stein* (dn. 51), s. 87.

(53) *Kocayusufpaşaoğlu,* N.: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968, s. 5-6; *Kramer*: Grundfragen der vertraglichen Einigung, München/Salzburg 1972, s. 86.

(54) Güven kuramına göre bir beyanı anlamlandırmadan kastedilen, ne beyan sahibinin beyanına verdiği anlamdan ne de beyan muhatabının bunu kavrayışından yola çıkmak ve fakat beyan muhatabının bütün hal ve şartları dikkate alarak dürüstlük kuralı gereği bu beyanı nasıl anlamlandırması gerektiğini tespit etmektir. Muhatabın, tespit edilen bu anlamı beyana yüklemede korunmaya layık bir güveni vardır. Beyan sahibi aslında farklı bir beyanda bulunmak istemiş olsa bile, karşı tarafın beyanına dürüstlük kuralı gereği verdiği anlamın kendisine karşı uygulanmasını kabullenmesi gerekir (BGE 72 II 79). Zira borçlar hukukunda hakim olan irade özerkliği ilkesinin kaçınılmaz sonucu aynı zamanda bu iradi eylemlerden sorumlu olmaktır. Beyanıyla karşı tarafta haklı bir güven yaratan kişi bu güvenin korunmasını kabul etmek zorundadır. Güven kuramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Kocayusufpaşaoğlu* (dn. 53), s. 8 vd.

Bu durumda, taraflardan birinin kullandığı genel işlem koşullarının sözleşme içeriği olup olmadığı saptanırken de güven kuramı belirleyici olacaktır. Bu çerçevede öncelikle şu sorulara cevap aranmalıdır: Dürüstlük kuralı uyarınca, müşterinin somut olayda GİK kullanıldığını bildiğinden hareket edilmesi ne zaman mümkündür? Müşterinin icap veya kabul beyanında bulunurken GİK'in varlığından haberdar olduğu veya olmasa bile GİK kullananın bunu düşünmekte haklı olduğu haller hangileridir?

Yürürlük denetimi aslında bu kadar basit bir soruya cevap aramaktadır. Müşterinin, karşı tarafın genel işlem koşulu kullandığından haberi yoksa, dolayısıyla da tarafların irade uyuşmasının GİK'i kapsamadığı sonucuna varılabiliyorsa, artık diğer denetim aşamalarına geçmeye gerek kalmaz; sözleşme, bunlar olmadan akdedilmiş olur[55]. Çok sayıda Avrupa yasası, GİK'in sözleşme içeriği olabilmesi için, bunları kullanana özel bazı yükümlülükler yüklemiştir. Buna göre, karşı tarafı GİK kullanıldığı konusunda uyarmak ve ona GİK'in içeriği hakkında bilgi edinme imkânı verilmek gerekir[56]. Yani icabında sadece "banka genel işlem koşulları uygulanır" demek yeterli olmaz, ayrıca bunların metnini karşı tarafa vermek gerekir. Ancak GİK kullananın, karşı tarafı sözlü olarak uyarmasını ve bir nüsha GİK vermesini aramanın ticari hayatın akışına uygun olmadığı haller de olabilir. Klasik örnek, bir garaja girerken "arabanızın başına geleceklerden işletmemiz sorumlu değildir" şeklinde bir ilan asılmasıdır. Bu ihtimalde sadece ilgili sorumsuzluk kaydını sözleşmeye dâhil etmek için matbu bir kağıdın, garaja gelen her müşterinin eline verilmesini aramanın bir manası yoktur. Nitekim bu sebeple örneğin Alman Medeni Kanunu § 305 (2) "*açık bir uyarı, sözleşmenin kurulma şekli nedeniyle, ancak ölçüsüz güçlüklerin göze alınması halinde mümkün gözüküyorsa, sözleşmenin akdi yerinde bunların belirgin şekilde ilanı yoluyla uyarma*"yı da kabul etmektedir.

TBK'nın soruna ilişkin düzenlemesine bakıldığında ise, ne yazık ki yürürlük denetimi ile daha sonra üzerinde duracağımız içerik denetimi sorununun birbirine karıştırıldığı görülmektedir. Zira BK m. 21 uyarınca:

"Karşı tarafın menfaatine aykırı *genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında*

(55) *Kocayusufpaşaoğlu*'nun güzel benzetmesiyle, üzerinde irade uyuşması sağlanamayan GİK aslında maça alınmayan yedek oyuncular gibidir. Saha kenarında kalırlar ve maça herhangi bir etkileri olmaz. Bkz. *Kocayusufpaşaoğlu* (dn. 2), § 23 N. 5.

(56) Örneğin metnin bir nüshasını vermek suretiyle.

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."

Sorun, koyu olarak gösterilmiş olan "karşı âkidin menfaatine aykırı" GİK'den bahsedilmiş olmasıdır. Oysa yürürlük denetimi aşamasında hakim, GİK'in karşı tarafın menfaatine olup olmadığı sorusu üzerinde durmaz. Bu aşamada son derece nötr bir inceleme yapılmaktadır ve hiçbir şekilde taraflar arasındaki dengenin bozulup bozulmadığı dikkate alınmaz. Yukarıda ifade edildiği gibi, aslında üzerinde durulan sadece, bu metin sözleşme içeriği olmuş mudur olmamış mıdır noktasıdır. Eğer GİK kullandığını karşı tarafa bildirmez, metnini vermez ise karşı tarafın lehine olan (!) GİK'in bile sözleşme içeriği olması mümkün değildir. Önemli olan, Türk hukukunda da genel kabul gördüğü üzere, güven kuramı çerçevesinde sözleşme içeriğini tespit etmektir. Bunun için de aranacak olanlar şunlardır:

- Karşı tarafı GİK kullandığı konusunda açıkça uyarmak ve
- GİK metninden haberdar olma imkânını karşı tarafa vermek.

Sözleşmenin kurulması aşamasında GİK kullanandan daha fazlası beklenmez[57]. GİK'in içeriği hakkında bir bilgi verme yükümlülüğü kesinlikle yoktur, madde bu şekilde yorumlanmamalıdır[58]. Nitekim madde sadece GİK *kullanıldığı* konusunda karşı tarafı açıkça uyarması gerektiğinden bahsetmektedir. İçeriğe ilişkin bir bilgilendirme

---

(57) Bu açıdan *Reisoğlu* tarafından ileri sürülen ve müşterinin sözleşmenin yapılması sırasında GİK hakkında kendisine bilgi verildiğini, böylece bunların içeriğini öğrendiğini ve kabul ettiğini beyan etmesinin TBK m. 20, f. 3 uyarınca batıl olacağı yönündeki görüşüne kesinlikle katılamıyorum. TBK m. 20, f. 3, yukarıda da ifade edildiği gibi, sadece GİK'e konulan ve bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtların tek başına bunları GİK olmaktan çıkarmaya yetmeyeceğini ifade etmektedir. Yani o sözleşme koşullarının GİK olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği konusunda (ön meseleye ilişkin) bir kayıttır. Doğaldır ki bankaların da, başka GİK kullanan kurumların da TBK m. 21'in gereklerini yerine getirmek için yapması gereken tek şey karşı tarafa GİK metnini vermek, bunu imzalanmasını istemek, "bir nüsha teslim aldım" şeklinde bir belge belki temin etmekten ibarettir. Bunun dışında bir yükümlülük yoktur. Ancak sözleşme içeriği olan bu hükümlerin daha sonra TBK m. 25 denetimini geçip geçmeyeceği ayrı bir konudur (bkz. aşağıda VI). Karş. *Reisoğlu*, S.: Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi, Bankacılar Dergisi, S. 77, 2011, s. 108, 112.

(58) Aksi görüşte *Yeniocak* (dn. 15), s. 33 vd.

yükümlülüğünün zaten bir anlamı da olamaz, zira ne müşteri bu metni anlayacaktır ne bunun değiştirilmesi için pazarlık yapma gücü olacaktır ne de bu konuda uzun boylu vakit harcamak isteyecektir. Dolayısıyla uyarı ve metni öğrenme/okuma imkânı verilmesi yeterlidir. Bunun en klasik yolu kuşkusuz karşı tarafa GİK'in bir örneğinin imza karşılığı teslim edilmesidir. Ancak taraflar arasında yerleşik bir uygulama varsa e-posta ile GİK'i yollama veya CD üzerinde vermek de yeterli sayılacaktır.

Maddede eksik olan husus Alman Medeni Kanunu'nda olduğu gibi, ilan yoluyla bilgilendirme imkânının tanınmamış olmasıdır. Bunu telafi etmek üzere, doğrudan metni müşteriye vermenin işlem hayatının gereklerine tamamen yabancı olduğu durumlarda kanunun ifadesi geniş yorumlanmalıdır. Bu durumlarda açık uyarı da, içeriği öğrenme imkânı da ilan ile gerçekleşmiş sayılmalıdır.

Uyarının zamansal olarak "sözleşmenin yapılması sırasında" olması gerekir. Sözleşme kurulduktan sonra GİK kullanıldığı yönünde bir beyan, kurulmuş sözleşmeyi değiştirmeye yönelik bir icap sayılır. Burada MK m. 2 çerçevesinde susmanın kabul olarak değerlendirilmesi kanımca doğru olmaz. Örneğin, bir otobüs biletinin satın alınması için satış ofisine girildiği, taşımanın gerçekleşeceği gün, saat ve gidilecek yer konusunda anlaşıldığı, paranın ödendiği ve sonra satış elemanının bileti basarak müşteriye verdiği düşünülsün. Bu biletin arkasında basılı bulunan GİK sözleşme içeriği olmamıştır. Zira sözleşme daha önce kurulmuştur. Müşterinin GİK'i öğrenme imkânı hiç olmamıştır. Dolayısıyla tümü itibariyle bu metin sözleşme dışında kalmıştır[59].

2. Özel Olarak Şaşırtıcı GİK'in Sözleşme İçeriği Olamaması Sorunu

TBK m. 21'in birinci fıkrası GİK metninin tümel olarak sözleşme içeriği olabilmesi için aranan koşulları saptarken, ikinci fıkrası tek tek genel işlem koşullarının sözleşme içeriği olması için ek bir koşul öngörmektedir. Buna göre:

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

Bu düzenlemenin altında yatan mantık yine güven kuramına dayanmaktadır. Müşteri GİK'in varlığı konusunda uyarılmış ve kendisine

(59) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Atamer,* GİŞ (dn. 2), s. 90 vd.

bir nüsha GİK verilmiş olmasına rağmen, müşterinin global kabulü, yani GİK'in tümüne ilişkin kabulü ancak ve ancak GİK içinde bulunması ihtimali olan, sözleşme ile ilgili koşullara verilen bir kabul olarak anlaşılabilir. Yoksa akdedilen sözleşmenin niteliğine tamamen yabancı olan GİK, sözleşme içeriği olamaz. Biraz abartılı bir örnekle, bir bankanın GİK'inde müşterinin, banka memurlarından (X) ile nişanlanmayı kabul ettiği yazılı ise ve müşteriye bu metin verilmiş ve kendisi de kabul etmiş ise bir nişanlanma sözleşmesinin kurulmuş olduğunu ileri sürmek gerçekçi olmaz. Zira müşterilerin GİK'i okumadığı açıktır, onlar sadece global bir kabul beyanında bulunurlar. Müşterisi için olağandışı ve şaşırtıcı olduğunu bildiği hükümleri GİK'e ekleyen işletmeci, bunların, müşterisinin kabul beyanı kapsamına girdiği konusunda haklı bir güven sahibi olamaz. Dolayısıyla bu noktada bir irade uyuşmasının olmadığı kabul edilir.

Beklenmez olmadan kastedilen bir hükmün somut olayda müşteri ve işletme arasında akdedilen sözleşme açısından ilgili çevrede beklenmez olmasıdır. Sözleşmenin tümü dikkate alındığında işlem hayatı açısından normal sayılan veya işletmecinin tavırları nedeniyle somut sözleşmede normal kabul edilebilecek olandan farklı bir hükmün var olması gerekir. İki tarafın da üzerinde uzlaştığı ve sözleşme çekirdeğini mantıklı, anlamlı bir şekilde tamamlamayan, o işleme yabancı hükümler söz konusudur. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi 1993 yılında verdiği bir kararda, 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[60].

3. GİK'in Yazılmamış Sayılması

Eğer GİK kullanan buna ilişkin uyarma yükümlülüğüne aykırı davranmışsa veya GİK içine şaşırtıcı, olağandışı bir hüküm koymuşsa bunun sonucu ne olur? Aslında güven kuramı uyarınca sözleşmenin kurulması safhasına ilişkin bilgileri hatırladığımızda cevap basittir: Tümel olarak GİK'in ya da tekil olarak ilgili şaşırtıcı hükmün sözleşme içeriği haline gelmediği sonucuna varılacaktır. Zira icap ve kabul uyuşması kapsamına GİK veya ilgili hüküm girmemişse o zaman bunların zaten bir etkisi olması da düşünülemez. Burada hiçbir şekilde bir geçersizlik

(60) BGE 119 II 443, 446. Daha farklı örnekler için bkz. *Atamer,* GİŞ (dn. 2), s. 114 vd.

yaptırımı söz konusu değildir. Geçersizlik, ancak sözleşme içeriği olmuş olan hükümler açısından söz konusu olabilir. Hiç sözleşme içeriği olmayan bir metin batıl olamaz.

TBK m. 21 ve 22'de ise kanun koyucu ilginç bir ifade kullanmış ve bunların "*yazılmamış sayılacağı*"nı öngörmüştür. TBK m. 22 uyarınca:

"Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez."

Bu iki maddenin gerekçesine bakıldığında bu noktada İsviçre Borçlar Kanunu'nun poliçe, bono ve çeke ilişkin hükümleri arasında yer alan ve kıymetli evrak üzerinde şekle aykırı şekilde yazılmış olan eklemelerin "yazılmamış sayılacağı" düzenlemelerinden esinlenildiği madde numaraları verilerek ifade edilmektedir. Oysa burada mukayeseli bir atıf yapmaktansa TTK m. 587, 591, 594, 598 gibi maddelere atıf yapılması yeterli olacaktı, zira bunlar da "yazılmamış sayılma" ifadesini, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'ndan tercüme suretiyle, kullanmaktadır. TBK m. 22'ye ilişkin gerekçede ise halen yürürlükte olan TTK m. 1266'ya (yeni TTK m. 1530), yani kısmi hükümsüzlüğe ilişkin bir düzenlemeye atıf yapılmış ve m. 22'nin amacının BK m. 20'deki (TBK m. 27) kısmi hükümsüzlük düzenlemelerinin uygulanmasının önlenmesi olduğu yazılmıştır[61]. Nitekim bütün bu "gerekçeler" de yukarıdaki

(61) "Maddeye göre, yazılmamış sayılan genel işlem koşullarını içeren bir sözleşmenin, bu genel işlem koşulları dışındaki diğer hükümleri geçerli olmaya devam edecektir. Nitekim aynı konuyu düzenleyen Alman Medenî Kanununun (BGB) 306 ncı maddesinde yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi ile ilgili olarak geçerlilik ilkesi benimsenmiş ve oluşabilecek sözleşme boşluklarının kanun hükümleriyle doldurulacağı ifade edilmiştir. Bu sonuç, hukukumuza yabancı değildir. Meselâ, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1266 ncı maddesinin son fıkrasında, sigorta poliçelerinde okunamayan genel işlem koşulları yerine kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmekle, sözleşmelerin geçerli kalacağı esası benimsenmiş bulunmaktadır. Tasarının 22 nci maddesinin ikinci cümlesinde ise, düzenleyen tarafından, yazılmamış sayılan genel işlem koşulları olmasaydı asıl sözleşmenin yapılmayacağı ve bu sözleşmeyle bağlı olunmayacağının ileri sürülemeyeceği öngörülmüştür. Bu düzenlemeyle, Alman Medenî Kanununun (BGB) 306 ncı maddesinin üçüncü fıkrasından ayrılınmıştır. Böylece sözleşmeyi düzenleyenin Tasarının 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmünden kıyas yoluyla yararlanması önlenmiş bulunmaktadır. Sözleşmenin diğer tarafının ise, söz konusu hükümden yararlanabileceğinde duraksama yoktur. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1466 ncı maddesinde de özdeş bir düzenlemeye yer verilmiştir. Gerçekten bu düzenlemede,

tespitin, yani kanun koyucunun yürürlük denetimi ile içerik denetimi konularını nasıl karıştırdığının diğer göstergeleridir. Madde gerekçelerinde atıf yapılan hükümlerin hepsi kısmi butlan yaptırımının uygulandığı hallere ilişkin düzenlemelerdir. Özellikle kıymetli evrak için geçerli çok sıkı şekil düzenlemeleri nedeniyle, bu düzenlemelerden sapan eklemelerin yapılması halinde ya tüm senet batıl sayılacaktır ya da kanun koyucunun da tercih ettiği üzere, sadece ilgili ekleme batıl olacak ve "yazılmamış sayılacaktır."

Oysa yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi TBK m. 21'de ele alınan sorun bir butlan/geçersizlik sorunu değil, sözleşmenin baştan eksik ve tamamlanmaya muhtaç şekilde kurulmuş olması sorunudur[62]. Yani, tarafların iradesinin uyuştuğu bir konuda emredici hukuk kurallarına aykırılık tartışması burada yoktur. Aksine, tarafların irade uyuşmasının kapsamı henüz daha belirlenmektedir. Dolayısıyla GİK'in sözleşme içeriği olamadığı hallerde hakime sözleşmenin kalanını ayakta tutma veya tutmama konusunda BK m. 20, f. 2'deki (TBK m. 27, f. 2) gibi bir opsiyon zaten tanınmamıştır. Bu hallerde ihtilaf çıkması halinde hakim, tarafların üzerinde anlaştığı kabul edilen hususların (GİK hariç) bir sözleşme kurmak için yeterli olup olmadığına bakacaktır. Yani objektif olarak esaslı noktalar üzerinde anlaşmanın varlığı aranacaktır. Eğer bu kabul edilebiliyorsa o zaman sözleşmede düzenlenmemiş hususlar nedeniyle doğan boşlukları hakim ya yedek hukuk kurallarına göre ya da tarafların farazi iradesine göre dolduracaktır[63].

Nitekim TBK m. 27, f. 2'nin uygulanmasını engelleme ihtiyacı sözleşmenin kurulması aşamasında değil, sözleşmenin içeriğinin denetlenmesi aşamasında büyük önem taşır. Bu aşamada kısmi butlan nedeniyle sözleşmenin geri kalanının ayakta kalıp kalmayacağı konusu

---

kanun ya da yetkili makamlarca belirlenen en yüksek bedeli aşan sözleşmelerin bu bedel üzerinden yapılmış sayılacağı ve bu bedelden fazla olarak yerine getirilmiş edimlerin iadesinin gerekeceği, bu durumlarda 818 sayılı Borçlar Kanununun 20 nci maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin uygulanmayacağı öngörülmüştür."

(62) Bkz. *Atamer*, GİŞ (dn. 2), s. 120 vd. Türk doktrininde kesin hükümsüzlükten bahseden yazarlara yukarıdaki gerekçelerle katılmak mümkün değildir: bkz. *Yeniocak* (dn.15), s. 36-37 ve *Kuntalp,* E.: Kuntalp/Barlas/Ayanoğlu Moralı/Çavuşoğlu Işıntan/İpek/Yaşar/Koç, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005, s. 27; *Çınar* (dn. 32), s. 101.

(63) Bu konuda bkz. *Atamer,* Y. M.: Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Bazı Düşünceler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 2005, C. LXIII, S. 1-2, s. 171 vd.

tartışılır. Oysa kanun koyucu ne yazık ki TBK m. 27'ye bu konuda bir hüküm koymayarak asıl önem taşıyan noktayı düzenlenmemiş bulunmaktadır. Yani kısmi hükümsüzlük sorununun zaten hiç doğmadığı bir aşama için TBK m. 22'de düzenleme getirmiş, buna karşılık kısmi hükümsüzlüğün gerçekten doğduğu haller için düzenleme eksik kalmıştır.

4. Yürürlük Denetimine İlişkin Olarak Kanun Koyucunun Yanılgıları

a. Hakime İçerik Denetimi Yapma İmkânı Verilen Bir Sistemde Yürürlük Denetimi Aşaması Önemini Yitirir

Yürürlük denetimine iki madde tahsis eden kanun koyucunun bu aşamaya büyük önem atfettiği açıktır. Hele de içerik denetimi konusunu sadece bir tek cümle ile TBK m. 25'de adeta geçiştirdiği düşünülecek olursa. Acaba bu doğru bir tercih midir?

Tarihsel açıdan bakıldığında GİK denetiminin hep yürürlük ve yorum denetimiyle başladığını görmek mümkündür. Açık içerik denetimi ise daha sonraki bir aşamayı oluşturmuştur. Bunun sebebi açıktır: Liberal ekonomik modelin sözleşme özgürlüğü ilkesi üzerine kurulu olduğu düşünüldüğünde, hakimin sözleşme içeriğine müdahale etmesi ve bazı hükümleri batıl sayması genelde son çare (*ultima ratio*) olarak kabul edilir. Dolayısıyla bu konuda kanun koyucuların özel denetim normları ihdas etmesine kadar mahkemeler sık sık sözleşme özgürlüğüne müdahale etmeden sorunu çözmeyi tercih etmişlerdir. Eğer GİK'in, icap ve kabul kapsamında sayılamayacağı sonucuna varılırsa zaten sorun kendiliğinden hallolmakta, sözleşme özgürlüğü kurumu zedelenmeden çözüm üretilmektedir. Dolayısıyla mahkemelerin eğilimi ya GİK'in tümel olarak sözleşme içeriği olmadığına ya da şaşırtıcılık nedeniyle tek tek bazı hükümlerin sözleşme içeriği olmadığına hükmetmek olmuştur.

Bunun belki de en güzel örneği İsviçre Federal Mahkemesidir. Genel işlem koşullarının açık içerik denetimine izin veren bir yasal düzenlemeyi bugüne kadar kabul etmeyen İsviçre'de[64], Mahkeme yıllardır GİK denetimini yürürlük safhasında ve özellikle şaşırtıcı hükümleri sözleşme içeriği saymayarak gerçekleştirmektedir. Mahkemenin en son Ekim 2008'de bu konuda verdiği bir kararda bir

(64) Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun m. 8'de yer alan düzenleme hakkında bkz. aşağıda VII.

sigorta sözleşmesinde kullanılan GİK'in denetimi söz konusuydu[65]. GİK'de sigorta şirketinin primleri ve tenzili muafiyet oranlarını uyarlama hakkının olduğu, yeni değerleri uygulamaya başlamadan en az 25 gün önce bunları sigortalıya bildireceği ve sigortalının isterse sözleşmeyi fesih hakkı olduğu hükmüne yer verilmiştir. Ancak aynı düzenlemede, bu uyarlamanın devletin öngördüğü zorunlu bir sigortada yine devletin primleri veya tenzili muafiyet oranlarını artırmasına bağlı olarak gerçekleşmesi halinde sigortalının sözleşmeyi feshetme hakkının olmadığı ifade edilmiştir. Federal Mahkemeye göre, sigortalının bu hallerde fesih imkânının olmaması şaşırtıcıdır, dolayısıyla da bu düzenleme sözleşmenin bir parçası olamamıştır. Oysa bütün sigorta sözleşmelerinde bu türden bir hükme rastlanması normaldi.

Federal Mahkemenin yıllardır uyguladığı yürürlük denetimi İsviçre'de çok eleştirilmiştir zira burada yapılan aslında üstü örtülü bir içerik denetimidir[66]. Sorun, bu hükmün tamamen işleme yabancı olması, beklenmeyen bir hüküm olması değildir. Sorun, bu hükmün taraflar arasındaki adil sözleşme dengesini bozuyor olmasıdır. Mahkeme bu yüzden ilgili hükmü uygulamak istememektedir. Ama bunun adı artık yürürlük denetimi değil, içerik denetimidir.

Nitekim açık içerik denetimi konusunda bir kez kanunlarına hüküm koymuş olan hukuk düzenlerinde artık yürürlük denetimi tâli bir denetim safhasına dönüşür. Zira GİK kullananlar, hem onları açık ve anlaşılır bir dille kaleme almak hem müşterilerine vakitlice bir nüsha vermek, hem de şaşırtıcı olabilecek hükümleri tek tek karşı tarafa açıklamak ile aslında bu denetim safhasını sorunsuz atlatabilirler. Bu durumda ilgili GİK sözleşme içeriği olmuştur. Ama müşteri nasıl korunacaktır? İçerik denetimi dışında bir yol yoktur. O açıdan kanun koyucunun denetimin bu safhasına gereksiz bir önem atfettiği açıktır. Unutulmamalıdır ki, tüketiciyi korumak adına her imkânı değerlendiren Haksız Şartlar Hakkında AB Yönergesi bile yürürlük denetimi safhasına ilişkin hiçbir düzenleme içermemektedir.

---

(65) BGE 135 III, s. 1 vd. Aynı yönde BGE 4A_187/2007, 9 Mayıs 2008.

(66) Örn. bkz. *Koller*, T.: Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, AJP 2008, s. 943 vd.; *Schwenzer*, I.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2009, § 45.12; *Gauch*, P.: Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, recht 2006, s. 77 vd.; *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger*: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008, Band I, N. 1148 vd.

b. Tacirler Arasındaki İşlemlerde Yürürlük Denetimi Gereksizdir

Kanun koyucunun ikinci yanılgısı ise, yürürlük denetimini tacirler arası işlemler açısından da emredici olarak düzenlemiş olmasıdır. Oysa tacirler arası işlemler açısından bu aşamaya ağırlık verilmesi doğru değildir. Tacirlerin de GİK karşısında korunması ihtiyacı tâbii ki vardır. Ancak bu korumayı sağlayacak olan içerik denetimidir. Sözleşmenin kurulması safhasında her bir ticari sözleşme için de GİK kullanımı hakkında açıkça karşı tarafı uyarmak ve içeriği hakkında bilgi edinme imkânı verilmesi işlem hayatının hızına aykırı bir çözümdür. Nitekim mukayeseli veriler tacirler arası işlemlerde bu aşamada korumanın sınırlı olduğunu göstermektedir[67]. Dolayısıyla burada mahkemelerimizin mümkün olduğu kadar esnek davranmasında ve çıtayı yüksek tutmamasında fayda vardır. GİK'in tümel olarak sözleşme içeriği olduğu çabuk kabul edilebilir ama bu hükümlerden bazılarının adil olmaması nedeniyle batıl sayılıp sayılmayacağı ayrı bir sorudur.

V. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YORUM DENETİMİ: TBK M. 23

1. Belirsizlik İlkesi

TBK m. 23 genel işlem koşullarının yorumuna ilişkindir ve içerik olarak gerek Avrupa ülkelerindeki düzenlemeler ile gerekse Haksız Şartlar Yönetmeliği m. 6, f. 4[68] ile örtüşmektedir. 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*."

Belirsizlik ilkesi olarak adlandırılan bu kural[69] uyarınca, bir genel işlem koşulunun yorumunda hükmün içeriğine ilişkin tereddüt yaşanması halinde muhtemel yorumlardan en fazla müşteri lehine olanı, yani GİK

(67) Bu konuda bkz. *Atamer* (dn. 6), s. 19 vd.

(68) Yönetmelik m. 6, f. 4: Sözleşmede yer alan bir şartın ne anlama geldiği hukukun yorum yöntemleriyle belirlenemiyorsa, tüketici lehine olan yorum tercih edilir.

(69) Henüz Roma Hukukunda bu ilke geçerliydi (Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est - Celsus in D 34, 5, 26). Daha sonra müşterek hukukun bir parçası haline gelen bu kural örneğin Prusya Genel Kanunu (m. 266-268), Fransız (m. 1162), Avusturya (m. 915 - bütün sözleşmeler için) ve İtalyan Medeni Kanunlarında (m. 1370 - özellikle GİK için) hükme bağlanmıştır.

kullanan aleyhine sonuç doğuranı tercih edilir[70, 71]. GİK kullanarak sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğünden tek taraflı olarak faydalanan işletmenin bunların kaleme alınmasında özel bir sorumluluğu vardır. Buna karşılık bu hükümlerin hazırlanmasında müşterinin hiçbir işlevi yoktur, dolayısıyla belirsizliğin olumsuz sonuçlarına katlanması da söz konusu olmamalıdır[72]. Kullananın, anlaşılır ve birden fazla yoruma imkân tanımayacak şekilde GİK'i kaleme alması beklenir. Ancak belirsizlik

(70) *Kocayusufpaşaoğlu* (dn. 2) § 23 N. 13. Örneğin GİK içinde sık rastlanan bir hüküm malın "görüldüğü gibi ve hiçbir ayıp tekeffül edilmeksizin" alındığıdır. Bu hallerde malın *gizli* bir ayıbının olması halinde de bu sorumluluk sınırlandırılmasının geçerli olup olmayacağı belirsizdir. Birden fazla anlamdan müşteri lehine olan tercih edilir. Örneğin bir arabanın kullanılmış olarak satın alınması durumunda, GİK içinde, arabanın görüldüğü ve o şartlar altında satın alındığı yazılıysa, ayıptan doğan sorumluluğun sınırlandığını kabul etmek için ancak görülerek anlaşılabilecek ayıplardan birinin söz konusu olması gerekir (BGH BB 1957, s. 238). Yine Alman Federal Mahkemesi tarafından ele alınan bir olayda satıcı tarafından müşterisine konserve içinde mantar teslim edilmesi gerekirken konservelerin içinden büyük ölçüde hayvan dışkısı çıkmıştır. Satıcının genel işlem şartları içinde ayıp ihbarının en geç 3 gün içinde yapılması gerektiği yazılıdır ve müşteri bu süreye uyamamıştır. Federal Mahkeme, bu hallerde müşterinin birden fazla konservenin içeriğini denetleyerek bunların ayıpsız çıkması halinde kendisine düşen muayene görevini yerine getirmiş sayılacağını, gizli ayıplar açısından ise ilgili genel işlem şartının açıklık taşımadığını, dolayısıyla bu üç günlük sürenin uygulanamayacağına karar vermiştir (BGH WM 1977, s. 821, 822). Başka bir kararda, kakao satan bir işletmenin kullandığı GİK'de, işletmenin ancak, kakaonun kendisine vaktinde ve eksiksiz teslim edilmesi halinde ifada gecikmeden dolayı müşterisine karşı sorumlu olacağı yazılıdır. Mahkeme, kakaoyu satan işletmeye teslim eden üçüncü şirketin iflas etmesi nedeniyle, satım sözleşmesinin vaktinde ifasının mümkün olmaması halinde bu durumun ilgili GİK çerçevesinde ele alınamayacağına hükmetmiştir. Buna göre ilgili şart iflas nedeniyle ifa edememeyi kapsamayacak şekilde yorumlanmıştır (BGHZ 24, s. 39).

(71) İsviçre içtihatları için bkz. BGE 100 II 145, 153; 109 II 213, 219; 110 II 141, 146; 113 II 49, 52; 115 II 264, 268. Örneğin 82 II 445'e konu olan olayda bir nakliyat sigortası poliçesinde, vasıtaların, sadece yükleme sırasında gördükleri zarar nedeniyle sigortacının ödemede bulunacağı yazılıdır. Ancak nakledilen panzerler yüklemeden sonra fakat henüz gemiye bağlanmadan harekete geçerek geminin küpeştesini aşarak denize düşmüşlerdir. Sigorta şirketi zararın "yükleme" sırasında meydana gelmediğini savunurken mahkeme, "yükleme" kavramının Almancada geniş yorumlanabileceğini, dolayısıyla bu anlamlardan sigortalı lehine olanın kullanılmasını savunmuştur. 1990 yılında verdiği bir kararda ise Mahkeme, bir sağlık sigortası poliçesinde yer alan ve sigortalının yanlış ilaç veya uyuşturucu madde kullanması halinde doğacak zararlardan sigortanın sorumlu olmadığını öngören ifadeyi yorumlamak durumunda kalmıştır. Mahkeme sigorta şirketinin ileri sürdüğü ve sigara kullanımının da uyuşturucu kullanımı kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiği iddiasını benimsememiştir (BGE 116 II 189, 191).

(72) *Koller* (dn. 27), § 23 N. 67; *Larenz/Wolf* (dn. 47), s. 780-781; *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (dn. 24), § 305c BGB, N 124-125.

ilkesinin uygulanması için GİK'i muhakkak ilgili işletmenin kendisinin kaleme almış olması da gerekmez. Başka bir işletmenin GİK'ini kullanmayı teklif etmesi halinde de belirsizliklerin kendisi aleyhine yorumlanmasını kabul etmesi gerekir. Aynı şekilde GİK'in başka bir makam tarafından onaylanmış olması da bunların bu konuda denetlenmeyeceği anlamına gelmez.

Her ne kadar burada yorumdan bahsedilmekteyse de aslında m. 23, birden fazla yorum sonucundan hangisini tercih etmesi gerektiği konusunda hakime yol gösteren bir kuraldır. Amaç, tarafların iradelerini tespite yarayacak bir yorum yöntemi geliştirmek değil, aksine, hukuk politikasına dayalı bir değerlendirme sonucu, zaten tespit edilmiş norm içeriklerinden hangisine üstünlük tanınacağını belirlemektir. Dolayısıyla belirsizlik ilkesi ancak *tâli bir ilke* olarak uygulama bulur[73]. Öncelikle elde edilen farklı yorum sonuçlarından birinin üstün olması nedeniyle doğrudan uygulanmasının söz konusu olup olmadığına bakılır. Aralarında böylesi bir hiyerarşi varsa zaten müşteri lehine yorumu bulma olanağı kalmaz[74]. Ancak iki yorumdan hangisine öncelik verilmesi gerektiği kesinlikle *anlaşılamıyorsa* artık müşteri lehine olan yorumun tercih edilmesi mümkün olur[75].

Diğer yandan müşteri lehine olan çözüm tercih edilirken içerik denetimi ile elde edilebilecek olan daha olumlu sonuçları engellemeden bir yorum yapılmasında fayda vardır. Nitekim Alman hukukunda gerek doktrin gerekse mahkemeler yorum sonucunu dikkate alarak bir değerlendirme yapmaktadır[76]. 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. Örneğin GİK içinde 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. İkisi de içerik denetimini *aşabilecek* hükümlerde yine sorun yoktur. Doğrudan müşteri lehine olan uygulanır. Buna karşılık yorum sonuçlarından *biri içerik denetimini aşabilecek biri de*

(73) BGE 99 II 290,292.
(74) *Larenz/Wolf* (dn. 47), s. 781.
(75) *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (dn. 24), § 305c BGB, N. 129.
(76) *Ulmer/Schäfer* in: Ulmer/Brandner/Hensen (dn. 41) § 305c N. 90 vd.; *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (dn. 24), § 305 BGB, N. 130 vd.

aşamayacak gibiyse bu alternatiflerden hangisinin sonucunda müşterinin daha iyi bir durumda olduğuna bakmak gerekir[77]. Örneğin satım sözleşmelerinde çok sık karşılaşılan garanti kayıtlarında durum bu yöndedir. Bu hükümlerin, i. ayıp halinde var olan yasal hakları (TBK m. 227/229) bertaraf mı ettiği yoksa ii. bunlara ek bazı imkânlar mı tanıdığı genelde sözleşme metninden anlaşılamamaktadır[78]. GİK yoluyla ayıptan doğan sorumluluğun tamamen bertaraf edilmesi kural olarak mümkün olmadığından ilk çözüm GİK kaydının hükümsüz sayılıp müşterinin sadece yasal haklardan faydalanması anlamına gelir. İkinci çözüm ise hem yasal hakların hem de buna ek olarak verilen sözleşmesel hakların kullanılabilmesi anlamına gelir ki, hakimin müşteri lehine olan bu yorumu tercih etmesi doğaldır.

2. Bir Yorum Kuralı Olarak Bireysel Anlaşmaların Önceliği İlkesi

Her ne kadar TBK'da özel olarak düzenlenmemiş olsa da bugün GİK'in yorum denetiminde genel kabul gördüğü üzere taraflar arasındaki bireysel düzenlemeler GİK karşısında öncelikle uygulanır. Genel işlem koşulları sayısız sözleşme için önceden kaleme alınmış olan metinler olduğundan, her bir sözleşmenin somut ihtiyaçlarına uygun hükümler içermeleri mümkün değildir. Bu nedenle tarafların, GİK kullanımını kabul etmelerine rağmen, aralarında bazı bireysel anlaşmalar yapması normaldir. Bu hallerde GİK metni içinde yer alan ve bireysel anlaşma ile çelişen hükmün üzerinin çizilmesi veya sözleşmeye sadece bireysel anlaşmalarla çelişmeyen genel işlem koşullarının uygulanacağının yazılması taraflar arasında ileride tartışma çıkmasını engelleyecektir. Ancak sık sık böyle bir önlem alınmadığı için veya işin niteliği gereği alınamadığı için içerikleri farklı iki hükmün bağdaştırılması sorunu doğmaktadır[79].

---

(77) *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (dn. 24), § 305 BGB, N.133; BGH NJW 1992, s. 1097, 1099.

(78) Örneğin (...) Bilgisayar A.Ş.'nin garanti kartında açıklanan garanti kapsamı bu belirsizliği yansıtmaktadır: *"Satışa arz edilen mamullerimiz garanti süresi içinde arızalanıp, onarımı mümkün olmaması halinde bakım ve onarım servis istasyonlarımızca verilecek rapor doğrultusunda değiştirme işlemi yapılacaktır."* Görüldüğü gibi madde onarım ve değiştirme imkânını vermekle birlikte, dönme ve semenin tenziline ilişkin hakların verilip verilmediğine ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir.

(79) Örneğin hazır ev imalatçısı bir işletme ile sözleşme akdedilirken kesin bir vade tespit edilmişse, sözleşmeye ekli bulunan GİK içinde yer alan ve ifa tarihinin bir ay geriye atılabileceğini belirten bir hüküm etkili olmaz (BGH BB 1984, s. 1771). Yine

Alman Medeni Kanunu § 305b'de bu konuda açık bir düzenleme getirilmiş ve böyle bir çatışma halinde taraflar arasındaki bireysel anlaşmanın öncelikle uygulanacağı tespit edilmiştir. İsviçre-Türk hukuku açısından da bu konuda bir tartışma bulunmamaktadır[80]. Taraflar, GİK içindeki kuralların aksine bireysel anlaşmalar yapmışlarsa artık GİK'in çelişen hükümlerinin uygulanması konusunda ortak iradeleri yoktur ve beyanlarda görünürde bir çelişki olmasına rağmen sözleşmenin güven kuramı ışığında yorumlanması bireysel anlaşmanın öncelikle uygulanması sonucunu doğurur.

Bireysel anlaşmanın yazılı veya sözlü, açık veya zımni, sözleşme kurulmadan önce veya sonra yapılmış olması kural olarak önem taşımaz[81]. GİK kullanan işletmecinin GİK'in içeriğinden ayrılan tek

---

taraflar arasındaki görüşmelerin bir sonucu olarak konşimentonun ön yüzünde time-charter yapan kişinin taşıyan olduğu belirtilmişse, arka yüzde yer alan matbu konşimento şartları arasında "identity of carrier clause"unun, yani donatanın taşıyan olduğu klozunun yer alması önem taşımaz (BGH, NJW-RR 1990, s. 613 vd.). İtalyan Medeni Kanunu m.1342'de, taraflar arasında sözleşmenin matbu formülerler yoluyla akdedilmesi halinde bu formülere eklenen hükümlerin öncelikle uygulanacağını ve bunun için aksine matbu hükümlerin üstünün çizilmiş olmasının aranmayacağını açıkça düzenlemektedir.

(80) *Kramer*, in: Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Bd.VI/1.Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1.Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art.1-18 OR, 1986, Art. 1 OR N. 210; *Giger*, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich 1983, s. 67; *Koller* (dn. 27), § 23 N. 53-54; *Bührer*, AGB- Kollisionen, "The Battle of the Forms" und weitere Probleme beim Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1987, s. 15 ve 142; *Hardegger*, I.: Über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Bern 1991, s. 40; *Schwenzer* (dn. 65), § 45.09; *Kocayusufpaşaoğlu* (dn. 2), § 23 N. 11; BGE 88 II 341, 347; BGE 70 II 212, 214; Y. 11. HD 14.4.1995, YKD 1995, 1407, 1411 ("Genel kabule göre, taraflar arasındaki genel işlem şartlarının aksini sözleşmenin bir maddesi ile kabul etmişlerse bu kabulleri geçerlidir ve önce aksi kararlaştırılan bu özel kuralın, genel işlem şartlarındaki kurallardan önce uygulanması gerekir"); Y. 3. HD 2.6.1998, 4263/6098, YKD 1998, s. 1140-1141 ("... genel işlem şartlarının ... uyuşmazlık halinde hakim tarafından kontrolünde ... münferit sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanmayacağı ... ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır). Sigorta poliçesi şartları açısından bkz. *Bahtiyar*, M.: Sigorta Poliçesi Özel Koşulları, Genel Koşullardan Ayırdedilmesi ve Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 133-148.

(81) *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (dn. 24), § 305b BGB, N. 5. Örneğin Alman Federal Mahkemesinin ele aldığı bir olayda genel işlem koşullarında işletmenin iki markadan birini tercih ederek ifada bulunabileceği kaleme alınmış, ancak sözleşme görüşmelerinde müşterinin sadece bir markanın ifasında menfaat sahibi olduğu anlaşılmıştır. Mahkemeye göre, bu durumu işletme de anlamışsa artık bu şekilde ifada bulunması gerekir (BGH, NJW 1970, s. 992). Alman İmparatorluk Mahkemesinin verdiği bir kararda ise, bir sigorta şirketi ile zarar sigortasına ilişkin sözleşme imzalayan müşteri, icabında özellikle belli

taraflı hukuki işlemleri veya sadece GİK'den sapıldığı inancını doğurmaya elverişli tavırları da GİK'in uygulanmasını engelleyebilir. Örneğin Alman Federal Mahkemesi, satıcının bir malın nitelikleri konusunda taahhütte bulunması halinde, daha sonra GİK'de yer alan sorumsuzluk kaydına rağmen, malın ayıplı çıkmasından kaynaklanan zararların tazmin edilmesi gerektiğini kabul etmiştir[82]. Mahkeme bu taahhüdü bireysel anlaşmanın doğması için yeterli saymıştır. Bu örneğin de gösterdiği gibi bireysel anlaşma ile genel işlem koşulu arasındaki çelişkinin açık bir çelişki olması aranmaz. İki hüküm arasında var olabilecek her türlü içerik farklılığı bireysel anlaşmanın öncelikle uygulanması sonucunu doğurur[83]. Frankfurt İstinaf Mahkemesine göre banka ile müşteri arasında akdedilen sözleşmede kredinin taksit taksit ödeneceği konusunda bir anlaşma yapılmışsa, GİK içinde yer alan ve bankaya, kredi sözleşmesini her an sebepsiz feshederek kredinin tümünü geri isteme hakkı veren hüküm çelişki nedeniyle uygulama alanı bulamaz[84]. Türk bankacılık uygulamasından benzer örnekler vermek gerekirse:

"Banka bu krediyi limit içinde tamamen veya kısmen kullandırıp kullandırmama, … veya kredinin tamamını her an kesme yetkisine kayıtsız şartsız sahiptir."

"Banka dilediği anda, noter aracılığıyla veya telgrafla yahut iadeli taahhütlü mektupla, bu sözleşmeye dayanan cari hesaplarının bir kısmını veya tamamını kesebilir yahut sözleşmeyi feshedebilir."

Bu tür hükümlerin, kredinin belirli süreli bir sözleşme ile verilmesi halinde, özel hüküm karşısında uygulama alanı bulamayacağı kabul edilecektir. Bu ihtimallerde banka ancak olağanüstü feshi gerekli kılan şartların (haklı sebep) varlığı halinde süresinden önce banka sözleşmesini

---

tür zararların sigortalanmasını istediğini yazmış, şirket ise bu konuda bir itirazda bulunmadan icabı kabul etmiştir. Daha sonra sigorta genel şartlarından tam da o zararın sigorta kapsamı dışında olduğu anlaşılırsa artık bireysel anlaşma öncelikle uygulanacaktır (RGZ 86, s. 128, 132).

(82) BGH WM 1977, s. 365, 366; aynı şekilde İsviçre Federal Mahkemesi, bir garaj işletmecisinin arabanın tamiri ve bakımını üstlenmiş olması halinde ekli GİK metninde donma zararları için sorumluluğun bertaraf edilmesini kabul etmemiştir (BGE 73 II, s. 218).

(83) Berner Kommentar/*Kramer* (dn. 80), Art. 1 OR N. 212; *Hardegger* (dn. 80), s. 40; *Ulmer/Schäfer,* in: Ulmer/Brandner/Hensen (dn. 42), § 305b, N. 12; *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (dn. 24), § 305b BGB, N. 9.

(84) OLG Frankfurt, BB 1952, s. 871. İsviçre hukuku için aynı yönde bir Federal Mahkeme kararı için bkz. BGE 70 II s. 212, 214.

sona erdirme imkânını kullanabilir. Yine aynı doğrultuda bir bankanın GİK'i içinde, bankanın her türlü danışmanlık faaliyetlerinden ötürü sorumsuz olduğu hükmü yer alıyorsa, banka ile müşteri arasında yapılan özel danışmanlık sözleşmesi açısından bu hükmün uygulanması düşünülemez. Aralarındaki özel ilişkinin niteliği böyle bir sorumsuzluk kaydına aykırıdır[85].

VI. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İÇERİK DENETİMİ: TBK M. 24-25

1. Genel Olarak

Yukarıda ifade edilmiş olduğu gibi, GİK denetiminin asıl can alıcı safhası hiç tereddütsüz içerik denetimi safhasıdır[86]. Yeni düzenlemelerde TBK m. 25 bu konuya özgülenmiştir:

"V. İçerik denetimi

Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz."

Bu madde birçok Avrupa ülkesi ve GİK denetimine ilişkin AB-yönergesine[87] paralel olarak, denetimde ölçünün dürüstlük kuralı olacağını saptamıştır. Ancak bunun ötesinde hakime yol gösterecek hiçbir kritere yer vermemiştir ki bu, etkin bir GİK denetimi açısından son derece sakıncalıdır[88]. Maddenin gerekçesinde, m. 25'in Alman Medeni Kanunu (BGB) § 307'den esinlendiği tespitine yer verilmiş olması ise, üç fıkra ve altı cümleden oluşan BGB § 307'ye bir haksızlık olsa gerektir. BGB § 307'de dürüstlük kuralına aykırılığın hangi hallerde söz konusu olacağı açıkça tanımlandığı gibi, ayrıca § 308 ve § 309'da toplam 21 bentte dürüstlük kuralına aykırı olabilecek hüküm örnekleri verilmiştir. Aynı şekilde AB Yönergesi m. 3 ve 4'de dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde hakimin neleri dikkate alacağı belirtilmiş ve Yönerge'nin ekinde yine 19 farklı haksız şart örneği verilmiştir. Nitekim TKHK m. 6, Yönetmelik m. 5 ve 6 ile onun Eki aynı mantıkla kaleme alınmışlardır. TBK m. 25 ise hakimin eline tek kriter olarak dürüstlük kuralını

(85) BGH, NJW 1964, s. 2058, 2059.
(86) Bkz. yukarıda IV 4.
(87) Bkz. yukarıda dn. 4.
(88) Aynı yönde henüz yasanın tasarı haline ilişkin eleştiriler için bkz. *Havutçu* (dn. 2), s. 217.

vermektedir. Hukuk güvenliği açısından bunun çok yanlış bir tercih olduğu açıktır. Zira amaç, dürüstlük kuralına aykırı dengesizlikleri tespit etmek ise hakime "denge" durumunu nasıl saptayacağı gösterilmeli ki o da bu denge durumundan sapmanın dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığını ölçebilsin. TBK m. 25 ne denge durumuna ne de bundan sapmanın ne anlama geleceğine ilişkin *hiçbir* veri içermemektedir.

Bu durumda hüküm içi bir boşluğun varlığını kabul etmek ve "dürüstlük kuralına aykırılığın" GİK denetimi bağlamında ne anlama geldiğini somutlaştırmak gerekecektir. Ancak bu noktada öncelikle cevaplanması gereken soru m. 25'in hangi tür işlemler açısından önem kazanacağıdır. Tüketici/tacir arasındaki işlemler açısından zaten TKHK m. 6, Yönetmelik m. 6 ve Yönetmeliğin Ek'i hakimin eline önemli tutamak noktaları vermektedir. Dolayısıyla bu tür işlemlerde içerik denetimi için hakimin ayrıca TBK m. 25'i dikkate alması kural olarak gerekmez. Aksine, acaba TBK m. 25'in somutlaştırılması ve hüküm içi boşluğun doldurulması açısından TKHK ve Yönetmeliğe bakmak düşünülebilir mi? TBK m. 25 çerçevesinde denetlenecek hükümlerin özellikle tacirler arasındaki hukuki işlemler olacağı düşünülecek olursa bu soruya olumsuz cevap verme eğilimi olabilir. Ancak bu, kanımca doğru olmaz. Zira aşağıda görüleceği üzere, GİK denetiminde hakimlerin başvuracağı denetim kriterleri gerek tüketiciler gerekse tacirler açısından zaten Borçlar Kanunu'nun yedek hukuk kuralları arasından devşirilecektir. Bu açıdan hiçbir farklılık yoktur. Diğer yandan tüketici mevzuatının daha ayrıntılı bir şekilde saptamış olduğu ve hakime içerik denetiminde yol gösteren ilkelerinin ve özellikle hangi GİK hükümlerinin denetlenemeyeceğini düzenleyen kurallarının TBK m. 25'in uygulanmasında da yol gösterici olması mümkündür. Bunlarda da tüketicinin korunması sorununa özgü hiçbir özellik yoktur.

Nitekim GİK denetimine ilişkin hükümleri doğrudan Borçlar Kanunları içine yerleştiren ülkelerde tüketici/tacir ve tacir/tacir işlemleri arasında denetim kriterleri açısından bir fark gözetilmemiştir. Fark özellikle yukarıda ifade edilmiş olduğu üzere yürürlük denetimi safhasındadır. GİK'in sözleşme içeriği olması konusunda beklentiler tacirler arasındaki işlemlerde çok düşüktür[89]. İkinci ve burada önem kazanan diğer fark ise dürüstlük kuralına aykırı olduğu karinesi olan "haksız şartlar listesi" türünden listelerin sadece tacir/tüketici

(89) Bkz. yukarıda IV 4 b.

işlemlerinde uygulanmasıdır[90]. Yani bu listelerde yer alan, hakime yol göstermesi amacı olan haksız şart tipleri tacirler arasındaki işlemlerde kendiliğinden (*per se*) dürüstlük kuralına aykırı olarak nitelendirilmez. Ancak bu, bu listede yer alan hükümlerin tacirler arasındaki işlemlerde her zaman geçerli sözleşme koşulları olarak nitelendirileceği anlamına da kesinlikle gelmez. Bu sadece ilgili listedeki hükümlerin kullanıldığı hallerde hakimin dürüstlük kuralına aykırılık konusunda normalde yaptığı denetim neyse onu yapması gerekliliğinin devam ettiğini ifade eder. Yani GİK kullananın karşısındaki taraf kendisi lehine bir karineden faydalanamaz, o kadar.

Dolayısıyla aşağıda TBK m. 25'deki hüküm içi boşluğu doldurmak için, TKHK m. 6 ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in ilgili hükümlerine de başvurulacak, ancak bu Yönetmeliğin Ek'inde yer alan haksız şart listesine burada değinilmeyecektir.

İlgili hüküm içi boşluğu doldururken hakimin başvurabileceği ikinci önemli kaynak kanımca yeni TTK m. 55, f. 1, (f) bendidir. Bu düzenleme uyarınca dürüstlük kuralına aykırı GİK kullanmak bir haksız rekabet olgusu oluşturur. Hükmün lafzı şu şekildedir:

"f) Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

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

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

Bu düzenlemenin bir haksız rekabet olgusu olarak işlevi üzerinde aşağıda ayrıca durulacaktır[91]. Ancak bu hükümde f/1 ve f/2'de düzenlenen iki denetim kriterinin aslında TBK m. 25'de yer alması beklenen, GİK'in içerik denetiminin standart kriterleri olması nedeniyle (örn. bkz. BGB § 307) m. 25'deki hüküm içi boşluğun doldurulmasında esas alınmalarında büyük fayda vardır. Hakimlerin yapması gereken sadece TBK m. 25'i şu şekilde okumaktır:

(90) Örn. bkz. Alman Medeni Kanunu § 310 (1).
(91) Bkz. aşağıda VIII.

"V. İçerik denetimi

Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz. Örneğin

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 şartları kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur."

Aşağıdaki açıklamalar TBK m. 25'i hem TKHK m. 6, hem ilgili Yönetmelik, hem de TTK m. 55 ışığında okuyarak yapılmıştır. Ne yazık ki bu hükümlerin ancak tümü beraber TBK m. 25'e gereği gibi anlam verilmesine imkân tanımaktadır.

2. GİK Denetiminin Ölçütleri[92]

a. İçeriğe İlişkin Denetim Ölçütü

aa. Denetim ölçütü olarak mevcut hukuksal düzenlemeler, TTK m. 55, f. 1, (f/1)

Bir genel işlem koşulunun ne zaman karşı taraf aleyhine dengesizliğe yol açacağı sorusuna cevap, öncelikle mevcut hukuksal düzen içinde aranmalıdır. Yani ilgili GİK olmasaydı taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanacak olan kurallara bakılması gerekir[93]. Zira taraflar arasında akdedilen sözleşme ile bu normdan sapılmakta ve yerine başka bir düzenleme devreye sokulmaktadır. Kural olarak sözleşmelere ilişkin bütün hukuk kurallarının taraflar arasında adaleti kurmaya yönelik olduğu kabul edilebileceğine göre bunlardan sözleşme ile sapılması taraflar arası dengenin bozulduğuna işaret etmektedir.

Hem ilgili sözleşme ilişkisine doğrudan, hem de kıyas yoluyla uygulanabilecek olan her hukuk normu bu bağlamda değerlendirmeye esas alınabilir[94]. Öncelikle somut sözleşmenin Borçlar Kanunu'nda

(92) Bu konuda bkz. *Atamer* (dn. 2), s. 204 vd.

(93) *Coester*, M., in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2006, § 307 BGB, N. 179.

(94) *Becker*, T.: Die Auslegung des § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz, Heidelberg 1986, s. 91.

düzenlenmiş olan sözleşme türlerinden birine altlanması imkânı araştırılacaktır. Bunun mümkün olduğu hallerde ilgili sözleşmeye ilişkin yedek hukuk kuralları hakimin aracılığı ile denetim normları olarak işlev görecektir. Taraf menfaatlerini en iyi şekilde dengelediği ve bir adalet değeri taşıdığı farz edilen bu normlar en önemli denetim ölçütünü teşkil etmektedir[95]. Sorunun yasada düzenlenmemiş olması halinde ise birçok defa yasadaki benzer bir sözleşme türü için getirilmiş olan çözümü kıyas yoluyla uygulamak mümkün olacaktır[96]. Borçlar Kanunu genel bölümü ise zaten her türlü sözleşme tipi için uygulama alanına sahip olduğundan sürekli olarak göz önünde bulundurulmayı gerektirir[97].

Bunun dışında maddi ve şekli anlamda yasa niteliğini taşıyan her hukuksal düzenleme hakim tarafından dikkate alınabilir. Bunların özel hukuka veya kamu hukukuna ilişkin olması önem taşımaz. Yedek hukuk kurallarının bir çeşidi olan yorum kurallarının da, GİK kullanılan sözleşmeler açısından adil ve dengeli bir çözümün göstergesi olduğu kabul edilmelidir[98].

bb. Denetim ölçütü olarak sözleşmenin doğasından kaynaklanan en uygun hak ve borç dağılımı TTK m. 55, f. 1, (f/2)[99]

Özellikle yasada düzenlenmemiş sözleşme ilişkileri açısından haksız şartların denetiminde ölçüt teşkil edecek kuralı bulmak için, sözleşmesel riskleri en adil şekilde paylaştıran, menfaatlerden de bu risklerle orantılı olarak faydalanma imkânı veren dağılımı tespit etmek gerekir. Bu tür bir

---

(95) *Gauch*, P.: Die Verwendung 'missbräuchlicher Geschäftsbedingungen' – Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG, Baurecht (BR) 1987, s. 51, 54; *Baudenbacher,* C.: Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1983, s. 291; *Hardegger* (dn. 80), s. 111 vd.

(96) *Gauch* (dn. 95), s. 51, 54.

(97) Alman hukukundan bazı örnekler vermek gerekirse: Borcun ne zaman muaccel olacağına karar verme hakkının GİK kullanana verilmiş olması zamanaşımının temelinde yatan düşünce ile çelişir (BGH NJW 1986, s. 1608, 1609); turistik gezi düzenleyenin sorumluluğunun, borcun, ilgili ülkede "olağan" kabul edilen standarda uygun ifasını kapsayacak olması, bu standardın ortanın altında seyretmesi halinde, BGB § 243 (TBK m. 86) ile çelişir (BGH NJW 1987, s. 1931, 1935); semene, henüz sözleşmenin kurulmasından önceki bir tarihten itibaren faiz yürütüleceği hükmü, faizin kural olarak temerrüt halinde ya da vadeden itibaren yürütülebileceği düşüncesi ile çelişir (BGH NJW 1986, s. 1805, 1806); iki tarafın anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmesi halinde de cezai şart ödeneceğinin öngörülmüş olması cezai şartın, akdin icra edilmemesi veya eksik icra edilmesi halinde ödenecek olması düşüncesine aykırıdır (BGH NJW 1985, s. 57).

(98) *Becker* (dn. 94), s. 102.

(99) Bu konuda bkz. *Atamer,* GİŞ (dn. 2), s. 207 vd.

çözümü, yasada düzenlenmiş bir kuralı kıyasen uygulamak yoluyla bulabiliyorsak zaten (aa) alternatifi söz konusudur. Oysa bazı isimsiz sözleşmelere yasadaki kuralları kıyasen uygulamak mümkün olmadığı için ilgili kuralı hakimin, sözleşmenin doğasına dayanarak yaratması gerekecektir[100]. Aynı şekilde yasada düzenlenen türden bir sözleşmenin düzenlenmemiş bazı unsurları için de hakimin bu faaliyeti göstermesi gerekebilir[101].

Sözleşmenin doğasına neyin en uygun olduğunu saptarken, hakimin, ilgili sözleşme türü için adil sayılacak kuralları kanun koyucunun yerine geçerek (*modo legislatoris*) koyması gerekir (Medeni Kanun m. 1, f. 2). Özellikle uygulamanın yargısal kararlarla şekillenmiş olması, bazı atipik sözleşmeler için kuralların mahkeme kararları yoluyla yerleşik hale gelmiş olması veya öğretinin bu kuralları geliştirmiş olması halinde bunlardan ve hatta mukayeseli hukuk alanında yaşanan gelişmelerden faydalanılabileceği açıktır[102]. Bu tür hiçbir veriye dayanma imkânı yoksa hakim benzer ilişkileri düzenleyen yasal sözleşme tiplerinde getirilmiş olan çözümleri ve kanun koyucunun burada yansıttığı değer yargılarını dikkate alabilecektir. Bunun dışında iki tarafın da bu sözleşme ile güttükleri amaç, özellikle sözleşmenin ekonomik amacı ve koruma beklentileri, işlemin konusu ve türü, sözleşmenin yapısı; yani ani edimli veya sürekli edimli, tek taraflı veya iki taraflı borç doğuran bir sözleşme olması, dürüstlük kuralı uyarınca ilgili müşteri çevresinin haklı kabul edilebilecek beklentileri gibi unsurlar da sözleşmenin doğasından kaynaklanan en adil hak ve borç dağılımını tespit etmede hakime yardımcı olacaktır[103].

İlgili sözleşme tipi için en adil çözümü ararken hakimin sürekli olarak sözleşmenin amacını göz önünde bulundurması gerekir. Yani

---

(100) *Baudenbacher* (dn. 95), s. 291; *Weber*, R.: Allgemeine Geschäfts bedingungen der Banken – zum Problem einer Grenzziehung, SAG 1984, s. 150, 157; *Hardegger* (dn. 80), s. 113. Yedek hukuk kurallarının atipik sözleşmeler için de kendiliğinden bir adalet değerine sahip olacağı düşüncesi doğru gözükmemektedir. Bu sözleşmelerde tarafların farklı ihtiyaçları dikkate alınmak zorundadır (*Oechsler*, J.: Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, Tübingen 1997, s. 139-140; atipik sözleşmelerde içerik denetimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. aynı yazar, s. 296 vd.).

(101) Staudinger/*Coester* (dn. 93), § 307 BGB, N. 261.

(102) *Stauder*, B.: Die AGB der Reiseveranstalter, in: AGB-Eine Zwischenbilanz, St.Gallen/Berlin 1991 s. 139, 174; *Gauch* (dn. 94), s. 51, 55; Staudinger/*Coester* (dn. 93), § 307 BGB N. 263 vd.

(103) *Gauch* (dn. 95), s. 51, 54; *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen (dn. 41), § 307 N. 247; Staudinger/*Coester* (dn. 93), § 307 BGB N. 270.

hakim tarafların o işlemi yaparken ulaşmak istedikleri meşru menfaatin ne olduğuna bakacaktır. Çatışan iki menfaati en iyi dengeleyen çözüm, iki tarafın da amacına en uygun sonuca götüren çözümdür[104]. Alman Federal Mahkemesinin verdiği bazı örneklerle somutlaştırmaya çalışırsak: Bir banka aracılığıyla yapılan havaleye ilişkin GİK'de bankanın, havale yapanın borçlarını kapatmak üzere bu parayı istediği hesaba aktarabileceğinin yazılı olması, havale işleminin asli amacına aykırıdır; burada bankanın bir havale komisyonu alma hakkı vardır ama onun ötesinde işlem, bankaya alacaklarını tahsil etme imkânı vermek için yapılmamaktadır[105]. Turistik gezi düzenleyenin, gidilen yabancı ülkeye giriş koşulları hakkında bilgi verme yükümünün olmadığını GİK'de ifade etmesi ve bu yüzden müşterinin vize almadığı için ilgili ülkenin sınırından geri dönmek zorunda kalması halinde sözleşmenin amacına ulaşmasını büyük ölçüde engelleyen bu GİK geçersiz sayılır[106]. Tek satıcılık sözleşmesine ilişkin GİK içinde, üreticiye, istediği gibi kendi adına, aynı çevrede aynı markayı satabilme yetkisi verildiği takdirde bu hükmün sözleşmenin amacına ulaşılmasını imkânsızlaştırdığı kabul edilir[107].

b. GİK'in Kaleme Alınış Tarzına İlişkin Denetim Ölçütü: Saydamlık Kuralı[108]

Taraflar arasındaki dengenin bozulması, sadece müzakere edilmemiş olan sözleşme hükümlerinin müşteri aleyhine olan içeriklerinden değil, bunların kaleme alınış tarzından da kaynaklanabilir[109]. Müşterinin

---

(104) Ayrıntılı bilgi için bkz. *Oechsler* (dn. 100), s. 319 vd.

(105) bkz. BGH NJW 1986, s. 2428, 2429. Türk bankalarının GİK'inde bu tür hükümlere istisnasız rastlamak mümkündür. Örneğin: Bankanın müşteriye herhangi bir ihbarda bulunmaksızın banka merkez ve tüm şubelerinde müşterisine ait bulunan ve ileride bulunabilecek bilcümle alacağı, özellikle mevduat tutarlarını, nakit, esham ve tahvillerle ... veya adına gelmiş veya gelecek havaleler ile sair her türlü hak ve alacağı virman, takas ve mahsup işlemlerine tâbi tutmaya hakkı bulunduğunu...

(106) BGH NJW 1985, s. 1165, 1166.

(107) BGH NJW 1994, s. 1060 vd.

(108) Bu konuda bkz. *Atamer* (dn. 2), s. 209 vd.

(109) Örneğin bir bankanın 2011'de halen kullanımda olan Bireysel Müşteri Sözleşmesinde yer alan şu cümle saydamlık gereğinden ne kast edildiğini göstermek için sanırım yeterlidir: "Yatırımın Rehin, Hapis, Takas, Mahsup ve Virman Hakkı: Müşteri, Banka/… Yatırım'a karşı işbu Sözleşme'den veya herhangi bir sebepten doğmuş ve doğacak her türlü borçlarından dolayı, Müşteri'ye ait olup da Banka şubelerinde veya … Yatırım'da bulunan veya herhangi bir zaman ve şekilde bulunabilecek veya Müşteri'nin Banka/… Yatırım'a vereceği talimat gereğince İMKB, TCMB veya aracı kuruluşlardan Banka/… Yatırım'ca alınarak Banka/yetkili saklama kuruluşu nezdinde saklanmak üzere veya diğer bir gaye ile Banka şubelerinde/… Yatırım'da bulunan veya yetkili saklama

haklarının neler olduğunu sözleşmenin çok farklı yerlerinde ve anlaşılmaz şekilde yansıtan ve bu şekilde müşterinin yasal haklarını kullanmasını engelleyen, faizin hesaplanması yöntemlerini bir uzman dışında kimsenin anlayamayacağı biçimde kaleme alan, kendisine sınırları belirlenmemiş birtakım takdir hakları tanıyan işletme de müşterisi aleyhine bazı sonuçlara sebep olmaktadır. Sözleşme hükümlerini tek taraflı olarak belirleyen kişinin, bunları, karşı taraf için açık ve anlaşılır bir içerik taşıyacak şekilde düzenleme yükümlülüğü vardır. Aksi takdirde bu tür hükümlerin de içerik denetimine tâbi tutulması mümkündür.

Nitekim bu yüzden AB Yönergesi, tüketici ile akdedilen sözleşme hükümlerinin "açık ve anlaşılabilir" kaleme alınmış olması gereğini, yani saydamlık gereğini (*Transparenzgebot*) ifade etmiştir (m. 4-5). Bunu takiben Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik m. 6, f. 1:

"Sözleşme şartlarının tüketicinin anlayabileceği şekilde açık ve anlaşılır dille yazılmış olması gerekir."

hükmüne yer vermiştir. Her ne kadar farklı sözleşme koşullarının karşılaştırılması ve en elverişli olanın bulunması tüketicilerin davranış şablonlarına pek uymuyorsa da, en azından GİK içinde yer alan edim-

---

kuruluşunda saklanan bütün sermaye piyasası araçları ve bunların kuponları, anapara, işlemiş ve işleyecek faiz, temettü, rüçhan hakkı, itfa bedelleri, kar payları ve bu sermaye piyasası araçlarının Müşteri'nin talebi ve Banka/… Yatırım'ın açık veya zımni muvafakati ile satılması halinde tahsil edilen satış bedelleri ile yeniden alınan veya alınacak her türlü sermaye piyasası araçları üzerinde Banka/… yatırımın rehin, hapis, takas, mahsup ve virman hakkı olduğunu, işbu rehinli sermaye piyasası araçlarından vadeye bağlı olanların vade tarihlerinde nakde tahvil edilmeleri halinde bunların anapara ve faiz tutarları ve bu sermaye piyasası araçlarının tahsil edilen bedelleri ile Müşteri'nin nam ve hesabına yeniden sermaye piyasası araçları alınması halinde yeni alınan sermaye piyasası araçlarının da işbu rehinin şümulüne dâhil olduğu, Banka/… Yatırım'ın Müşteri'nin herhangi bir yazılı talimatına gerek kalmaksızın Banka/… Yatırım nezdindeki hesaplarda mevcut ve ileride yatırılacak sermaye piyasası araçları ile Banka/… Yatırım'a havale edilmiş ve edilecek sermaye piyasası araçlarını dilediği zamanda ve resen Müşteri namına açılacak bir bloke hesaba almaya yetkili olduğunu, bloke hesaptaki sermaye piyasası araçları ile Banka/… Yatırım'a havale edilmiş ve edilecek sermaye piyasası araçlarının keza işbu rehinin şümulüne dâhil olduğunu ve Banka/… Yatırım'ın Müşteri'den vadesi gelmiş veya gelecek, mevcut ve doğabilecek herhangi bir alacağı olduğu sürece Banka/… Yatırım'ın herhangi bir yasal yola başvurmasına veya Müşteri'ye herhangi bir ihbar veya ihtar yapılmasına lüzum kalmaksızın rehnedilen bu sermaye piyasası araçlarını dilediği zamanda ve dilediği şekilde satarak paraya çevirmeye ve satış bedelini Banka/… Yatırım'a doğmuş ve doğacak borçlarının anapara, tahakkuk eden faiz, fon, komisyon, gider vergisi, temerrüt faizi, gecikme faizi, vekalet ücreti ve diğer masrafları ile birlikte tamamına mahsup etmeye yetkili olduğunu kabul eder."

karşı edim, faiz oranı, sözleşme ile bağlılık süresi gibi unsurlar her müşteri tarafından karşılaştırılır. Dolayısıyla bunların sözleşme içinde, anlaşılmaz şekilde kaleme alınmış olması veya başka hükümler arasında gizlenmiş olması saydamlık kuralına aykırılık nedeniyle TKHK m. 6 uyarınca geçersizlik yaptırımını beraberinde getirecektir[110].

Benzer bir düzenleme TBK hükümleri arasında yer almıyorsa da, kanımca hiç sorunsuz bir şekilde TBK m. 25'deki boşluğun doldurulmasında bu düzenlemeden faydalanılabilir. Saydamlık kuralının denetim ölçütü olarak kullanılmasının hakim açısından faydası bu hallerde ayrıca ilgili hükmün yedek hukuk kurallarından sapıp sapmadığı konusunda bir inceleme yapmak zorunda kalınmaması ve saydam olmayan kuralın doğrudan butlanına hükmedebilmesidir[111]. GİK hükümlerinin saydam ve anlaşılır olması zorunluluğu tacirler arasındaki işlemler açısından da aynen geçerlidir[112]. Dolayısıyla tacirler arası işlemlerde de saydam olmayan GİK içerik denetimine takılır.

3. Denetim Ölçütünden Sapmanın Dürüstlük Kuralına Aykırılık Teşkil Etmesi[113]

Hakimin içerik itibariyle denetim ölçütünden sapan bir GİK tespit etmesi halinde son yapması gereken bu sapmanın sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde karşı taraf aleyhine dürüstlük kuralına aykırı bir dengesizlik yaratıp yaratmadığını tespit etmektir. Zira sadece denetim ölçütünden sapıyor olmak, örneğin yedek hukuk kuralından ayrılan bir

---

(110) Örneğin Alman Federal Mahkemesinin verdiği bir karara konu olan olayda, bankadan alınan bir kredinin geri ödenmesinde, her üç ayda bir yapılan ödeme ile anaparanın düşeceği (yani ödemelerin önce faiz borcuna, daha sonra anaparaya mahsup edilmeyeceği) kararlaştırılmıştır. Buna karşılık faizin hesaplanmasına ilişkin hükümde, ödemelerin üç ayda bir yapılmasına karşılık faiz hesabına esas alınacak anaparanın bir önceki yılın sonundaki değer olacağı öngörülmüştür. Bu şekilde aslında üç ayda bir düşmesi gereken anapara miktarı ancak yıldan yıla düşürülmüş olacak ve faize ilişkin yapılması gereken indirim vaktinde yapılmayacaktır. Mahkeme bu tür bir hükmün faizin gereği gibi hesabını müşteri açısından imkânsız kıldığı ve bu açıdan saydamlık kuralına aykırı düştüğü için AGBG § 9 (bugün BGB § 307) uyarınca geçersiz saymıştır (NJW 1989, s. 222, 223). Saydamlık kuralı, 2002 BGB Reformu sonrasında açık bir hüküm olarak BGB § 307'ye girmiştir.

(111) Diğer yandan aşağıda üzerinde durulacağı üzere asli edim yükümlülükleri arasındaki dengeye ilişkin olarak hakimin bir denetim yapması imkânı kural olarak mevcut olmasa da saydamlık kuralına aykırı şekilde kaleme alınmış olan GİK hükümleri varsa, bunlar asli edim yükümlülüklerine ilişkin olmasına rağmen denetim yapılabilir. Bkz. aşağıda VI 4 b.

(112) Staudinger/*Coester* (dn. 93), § 307 BGB N. 206.

(113) Bu konuda bkz. *Atamer* (dn. 2), s. 212 vd.

düzenleme yapmak değil bu sapmanın derecesi de denetim açısından önem taşımaktadır. Nitekim Alman Medeni Kanunu § 307, karşı tarafın "ölçüsüz derecede" mağdur edilmesinden, İsviçre Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun m. 8, sözleşmenin doğasına "önemli ölçüde aykırı" bir hak ve borç dağılımından, AB Yönergesi ise tarafların hak ve borçları arasında "önemli ve haksız bir orantısızlık"tan bahsetmektedir. Gerçekten de içerik denetiminin başlı başına taraflar arasındaki *her* türlü dengesizliği ortadan kaldırmak gibi bir görevi yoktur. Belirli bir dereceye kadar, irade özerkliği ilkesini işlevsiz bırakmamak ve hukuk güvenliğini sarsmamak için dengesizlikleri kabul etmek bir mecburiyettir[114]. Nitekim TTK m. 55, f. 1 (f) bendinde de bu husus özellikle ifade edilmiş ve hem "kanuni düzenlemeden *önemli ölçüde ayrılan*" hem de "sözleşmenin niteliğine *önemli ölçüde aykırı* haklar ve borçlar dağılımı" öngören GİK için denetim öngörülmüştür. Her ne kadar TBK m. 25 bu gereği açıkça ifade etmemekteyse de, dürüstlük kuralına aykırılıktan bahsediliyor olması kanımca aynı yorum sonucuna varılmasına imkân vermektedir. Dürüstlük kuralına aykırılık ancak *önemli* dengesizliklerin varlığı halinde kabul edilecektir[115].

Dürüstlük kuralına aykırı bir sapmanın ne zaman söz konusu olduğunu hakim saptarken öncelikle sapılan denetim normunun adalet içeriği belirleyici olacaktır[116]. Örneğin Alman Medeni Kanunu § 307'nin ifade tarzı bunu açıkça göstermektedir: Önemli olan, sapılan yasal düzenlemenin "temelinde yatan asli düşünce" ile bağdaştırılamayan veya sözleşmenin doğasından kaynaklanan "temel hak ve borçları" sınırlandıran GİK kullanılmış olmasıdır. Sapılan yasal normun adalet içeriği arttığı oranda GİK kullananın bu normlardan sapmasını gerekçelendirecek sebeplerin de o oranda önemli olması gereklidir[117]. Görüldüğü gibi hakimin sadece ilgili sözleşme hükmü olmasa uygulanacak olan yasal hükmü bulması yeterli olmayıp ayrıca bu hükümde ifadesini bulan değer yargısını, taraf menfaatlerini dengeleme tarzını ve tarafların korunma ihtiyacını da tespit etmesi gerekir[118]. Bu şekilde adalet içeriği daha yoğun olan ve olmayan yedek hukuk kuralları arasında ayırım yapmak da

(114) *Fastrich* (dn. 48), s. 325; Staudinger/*Coester* (dn. 93), § 307 BGB N. 91; *Kapnopoulou* (dn. 41), s. 126 vd.

(115) Aynı yönde *Reisoğlu* (dn. 57), s. 116-117.

(116) *Stauder* (dn. 102), s. 139, 179.

(117) *Stauder* (dn. 103), s. 139, 179.

(118) *Stauder* (dn. 103), s. 139, 175; *Becker* (dn. 94), s. 127.

mümkün olmaktadır. Kural olarak sadece kanun koyucunun adil olarak kabul ettiği dengeyi sarsan ve yerine buna tekabül edebilecek bir denge oturtmayan sözleşme hükümleri dürüstlük kuralına aykırıdır[119].

Özellikle korunacak hukuki değerlerin önemi (vücut bütünlüğü, mülkiyet, malvarlığı zararları)[120] ilgili denetim normundan sapmanın ölçüsüz sayılması sonucunu doğurabilir. Örneğin doktor, avukat, mali müşavir ile akdedilen ve belirli bir güven ilişkisi üzerine kurulu sözleşmelerde müzakere edilmeden dayatılan hafif ihmalden sorumsuzluk kaydı bu şekilde değerlendirilir. TBK m. 114 uyarınca kural, her türlü kusurdan sorumluluk olduğu için bu tür sözleşmelerde menfaatler dengesi hafif ihmal için sorumsuzluk anlaşmasına dahi izin verilmemesini gerektirir. Ayrıca işletme tarafından müdahale edilen hakların niteliği de dikkate alınmak gerekir[121]. Yetkili mahkeme, ispat yükü, sorumluluk kuralları gibi özel bir adalet içeriği olan kurallardan sapılmış olması halinde genellikle karşı tarafın haklarının ağır bastığı kabul edilir.

Diğer yandan risk alanlarının tek taraflı olarak kaydırılmasına ilişkin sözleşme hükümlerinin de taraflar arasındaki dengeyi bozmaya elverişli olduğu açıktır. Yani ekonomik açıdan daha zayıf olan tarafın normalden daha fazla risk üstlenmek zorunda kalması halinde dürüstlük kuralına aykırı bir hükmün varlığı çok sık kabul edilebilecektir[122]. Bu bağlamda rizikoya daha yakın olan ve onu en az masraflı şekilde denetleme imkânına sahip olan sözleşme tarafının kim olduğunun saptanması gerekecektir[123]. Ayrıca risk dağılımına ilişkin düzenlemelerde sigorta imkânının kimin açısından var olduğu da menfaatlerin değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken bir unsurdur[124]. Örneğin Alman

(119) Staudinger/*Coester* (dn. 93), § 307 BGB N. 254.

(120) Staudinger/*Coester* (dn. 93), § 307 BGB N. 275; *Schmid*, J.: Klauselkatalog der AGB-Richtlinie und schweizerisches Obligationenrecht, in: Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Bernd Stauder (Hrsg.), Zürich 1996, s. 49, 57.

(121) Staudinger/*Coester* (dn. 93), § 307 BGB N. 272 vd.

(122) Örnekler için bkz. *Atamer*, GİŞ (dn. 2), s. 267 vd.

(123) *Behrens,* P.: Die Ökonomischen Grundlagen des Rechts, Tübingen 1986, s. 159.

(124) *Behrens* (dn. 123), s. 159. Özellikle bankaların sahtecilik sonucu yetkili olmayan kişilere ödemede bulunması ve bu konuda müşterinin bir kusurunun olmaması halinde bunun zararının kimin tarafından taşınacağı bu noktada bir örnek olabilir. Bu konuda bkz. *Atamer*, Y. M.: Kredi Kartının Üçüncü Kişi Tarafından Hukuka Aykırı Şekilde Kullanılması Halinde Doğan Zararları Kim Taşıyacaktır?, Bilgi Çağında Hukukun Evrimi,

Federal Mahkemesi, bir kredi kartı kurumunun GİK'inde yer alan ve üye kuruluşlar tarafından kredi kartının kötüye kullanılması halinde bundan doğan sorumluluğun müşteriye ait olacağını öngören hükmü geçersiz saymıştır. Mahkemeye göre müşterinin, satın aldığı malın karşılığını ödemek için üye şirketin çalışanına kartını teslim etmek zorunda olması nedeniyle o anda kötüye kullanım rizikosunu denetlemesi mümkün değildir[125]. Hem üye şirketi denetlemek hem de bu kötüye kullanım rizikosunu sigortalama imkânı olan kredi kartı şirketinin olayın sonuçlarına katlanması en adil çözümdür.

Ancak yasal düzenlemeden sapmaya rağmen, tarafların sözleşmesel menfaat dengesini farklı şekilde yeniden kurmuş olması istisnaen de olsa mümkündür. GİK denetimi ilk aşamada dürüstlük kuralına aykırı şekilde yasal düzenden sapıldığı yargısına götürüyor olmasına rağmen bu sapmanın başka şekilde telafi edilmiş olması düşünülebilir[126]. Nitekim bu yüzden Yönetmelik m. 6, f. 2, AB Yönergesini takiben:

"*Bir sözleşme şartının haksızlığı değerlendirilirken, sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin yapılmasını sağlayan şartlar ve/veya onun bağlı olduğu sözleşmelerin tüm şartları dikkate alınır*."

demektedir. Bir taraf aleyhine dengesizliğin başka yollardan telafi edilmiş olup olmadığı incelenirken, sözleşmenin bütün hükümlerinin birbirleriyle karşılaştırılması ve elverişsiz bir hükme karşılık müşteri açısından elverişli bir hükmün tanınmış olup olmadığına bakılması gerekir[127]. Ancak bu hallerde müşteriye tanınan menfaat ile onun aleyhine olan düzenleme arasında işlevsel bir bütünlük olmalı ve iki hükmün tek bir soruna ilişkin olduğu kabul edilebilmelidir[128]. Örneğin finansal kiralama sözleşmesinde kiraya verenin her türlü ayıptan sorumluluğunu bertaraf etmesi, buna karşılık satıcıya karşı ayıptan doğan haklarını da kiracıya temlik etmesi;[129] hafif ihmalden sorumsuzluk

---

Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 993-1031; *Atamer*, Y. M.: İnternet Bankacılığının Üçüncü Kişi Tarafından Hukuka Aykırı Şekilde Kullanılması Halinde Doğan Zararları Kim Taşıyacaktır?, Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 2007, s. 15-37.

(125) BGH BB 1984, s. 1897, 1898.

(126) BGH NJW 1991, s. 2414, 2415.

(127) *Ulmer/Brandner/Hensen* (dn. 41), § 9 N. 85; BGHZ 114, s. 238, 242.

(128) *Fuchs,* in: Ulmer/Brandner/Hensen (dn. 41), § 307 BGB, N. 151 vd.; Staudinger/*Coester* (dn. 93), § 307 N. 125 vd.; *Fastrich* (dn. 48), s. 302.

(129) BGH NJW 1987, s. 1072, 1073.

anlaşması yapılmasına karşılık müşteriye sigorta koruması sağlanması gibi[130]. Kuşkusuz, sağlanan menfaatin değer itibariyle aleyhte düzenlemeyi dengeleyecek nitelikte olması da gerekir[131]. Örneğin sorumsuzluk anlaşmasına karşılık verilen sigorta koruması, kapsam itibariyle çok dar tutulmuşsa bu tür bir denge kurulmuş sayılamayacaktır. Müşteriye sağlanan salt maddi menfaatler ise olayların büyük bir çoğunluğunda hakimin içerik denetimi imkânını ortadan kaldırmaz. Mesela fiyatın çok "uygun" olması nedeniyle müşteri açısından olumsuz GİK'e göz yumulmayacaktır[132]. Bir yandan sözleşme konusu mal veya hizmetin gerçek değeri bilinemeyeceği için mahkeme tarafından bu tür bir kriterin dikkate alınması tehlikeli olduğu gibi, diğer yandan müşterilerin özellikle düşük fiyatlarla cezbedilmesi ihtimali karşısında bu ihtimallerde GİK'e karşı koruma büyük önem taşır.

Yönetmelik m. 6, f. 2, sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliğinin de değerlendirmede dikkate alınmasını öngörmektedir. Örneğin klasik bir satım sözleşmesinde amaç, alıcıyı sağlam bir malın maliki yapmaktır. Alıcı ayıpsız, hasarsız bir mal aldığı düşüncesi ile bu sözleşmeyi yapmaktadır. Oysa mal ayıplı ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinin de tümü bertaraf edilmişse sözleşenlerden birinin asli beklentisine cevap verilemediği gibi yasanın bu düzenlemesinin temelinde yatan düşünceye de aykırı davranılmış olur. Buna karşılık akdedilen satım sözleşmesi, kullanılmış bir mala ilişkinse artık aynı sonuca varmak mümkün değildir. Zira alıcı "ayıplı" bir mal aldığının bilincindedir, zaten o malın bazı unsurlarının eksik olduğunu bilerek bu sözleşmeyi akdediyordur. Dolayısıyla böyle bir sözleşmede ayıp hükümlerinin bir ölçüde bertaraf edilmesinin menfaatler dengesini bozduğu söylenemeyecektir[133].

---

(130) Alman Federal Mahkemesinin kararına konu olan bir diğer örnek ise, hastane yönetiminin hastalarla yaptığı sözleşmede yer alan ve unutulan eşyaların kaybından bir sorumluluk taşınmayacağına ilişkin GİK hükmünün, hastaların şahsi eşyalarını unutmamaları için gerekli uyarıların yapılması ve çok değerli eşyalar için özel önlemler alınması halinde geçerli sayılmasıdır (BGH NJW 1991, s. 761, 764).

(131) *Fastrich* (dn. 48), s. 303 vd.; *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (dn. 24), § 307 BGB, N. 216; Staudinger/*Coester* (dn. 93), § 307 BGB N. 127.

(132) *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen (dn. 41), § 307 BGB, N. 145 vd.

(133) *Becker* (dn. 94), s. 66; *Christensen,* in: Ulmer/Brandner/Hensen (dn. 41), Teil 2 [17] N. 8-9.

4. Denetim Dışı Kalan GİK Hükümleri

GİK denetiminde büyük önem taşıyan bir soru bütün GİK hükümlerinin içerik denetimine tâbi olup olmadığıdır. Pazarlık konusu edilmeyen her türlü hüküm acaba dürüstlük kuralına aykırı olmak kaydıyla hakim tarafından denetlenebilecek midir? AB hukukunda tüketici sözleşmelerinde yer almasına rağmen özellikle iki çeşit hüküm türünün denetim dışı kaldığı dikkati çekmektedir. Bunlardan ilki iç hukukta veya uluslararası bir antlaşmada yer alan bir hükmü aynen tüketici sözleşmesine aktaran kayıtlar (Yönerge m. 1/II), ikincisi de edim/karşı edim dengesini ilgilendiren kayıtlardır (Yönerge m. 4/II). Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik sadece ikinci sınırlamayı iç hukuka aktarmış ve m. 6, f. 3'de yer vermiştir. Buna karşılık TBK m. 25 hiçbir sınırlama getirmeksizin her GİK hükmünün içerik denetimine tâbi olduğu izlenimini vermektedir. Oysa bu doğru olamaz. Aşağıda incelenecek olan sınırlamalar GİK denetiminin mantığı gereği TBK m. 25 açısından da geçerlidir ve mahkemeler tarafından muhakkak dikkate alınmalıdır.

a. Uygulanması Gereken Hukuksal Düzenlemeyi Tekrarlayan GİK Denetlenmez

GİK içinde yer alan müzakere edilmemiş hükümlerin denetlenmesinin temelinde yatan düşünce, sözleşenlerden birinin sözleşme içeriğini şekillendirme imkânını hiçbir şekilde kullanamamış olması ve bunun sonucunda kendi menfaatlerini en iyi şekilde koruduğu kabul edilen yasal düzenden sapan hükümler benimsemek zorunda kalmasıdır. Nitekim yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, ilgili sözleşme hükümleri denetlenirken bu yüzden halihazırdaki hukuk düzeni denetim kriteri olarak kullanılmaktadır. Dolayısıyla müşterinin benimsemek zorunda kaldığı hükümlerin aynen mevcut yasal düzeni takip etmesi halinde artık denetim ihtiyacı da ortadan kalkacaktır[134]. Zira sözleşme hükmü olmasaydı uygulanacak olan yine aynı yasal düzenleme olacaktı.

Ancak herhangi bir hukuk kuralının aynen sözleşme içine aktarılması hiçbir şekilde denetim uygulanamayacağı anlamına da gelmemelidir. Zira bu kural aslında o hukuki ilişkiye hiç uygulanmayacak bir kuralsa burada da bir sapma vardır ve denetim zorunluluğu

(134) *Larenz/Wolf* (dn. 47), s. 783.

doğar[135]. Örneğin bir eser sözleşmesine satıma ilişkin ayıp hükümlerinin uygulanacağı kararlaştırılmışsa kuşkusuz denetim imkânı mevcuttur. Zira cevaplanması gereken soru hep aynıdır: Denetlenecek sözleşme hükmü olmasaydı hangi norm uygulanırdı? Kuşkusuz eser sözleşmesinin ayıp hükümleri. Diğer yandan ilgili normun eksik veya bazı eklemelerle sözleşme içine aktarılmış olması halinde de hakimin denetim imkânı mevcuttur (tipik örnek, ayıp halinde sadece satılanı değiştirme hakkının verilmiş olmasıdır).

Özellikle yasada taraflara açıkça tanınmış olan bir sapma imkânından veya yasada düzenlenmiş bir kurumdan faydalanılmış olmasının denetimi hiçbir şekilde engellemediği ise göz önünde tutulmalıdır[136]. Örneğin GİK içinde yer alan bir sorumsuzluk anlaşması hafif ihmal için yapılmış olsa bile denetim ölçütüne aykırıdır, zira bu konudaki temel hukuksal düzenleme TBK m. 114'dür ve buna göre "borçlu genel olarak *her türlü* kusurdan sorumludur." Aksine bir sözleşmesel düzenlemeye hafif ihmal açısından imkân tanınmış olması (TBK m. 115), sadece TBK m. 114'ün "yedek" bir kural olduğunu gösterir ki, yukarıda açıklanmaya çalışıldığı gibi, müzakere edilmemiş sözleşmeler açısından bu yedek kural adalet içeriğine paralel olarak emredici kural katına çıkar. Dikkate alınacak olan norm, sözleşme hükmü hiç olmasa uygulanacak olan normdur;[137] bu da örneğimizde borçlunun her kusurdan sorumlu tutulacağına ilişkin TBK m. 114'dür[138]. Aynı şekilde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk konusunda temel norm TBK m. 116, f. 1'dir. Yani kural, yardımcı kişilerin bütün kusurlu davranışları için borçlunun sorumlu tutulacak olmasıdır. Aksine düzenlemelerin GİK içinde yer alması halinde yine ölçüt norm ihlal edilmiş demektir.

Diğer yandan yasada düzenlenmiş olan bir kurumun somut sözleşmeye alınmış olması da denetimi engellemez. Örneğin cezai şart

---

(135) Staudinger/*Coester* (dn. 93), § 307 BGB, N. 297.

(136) MuekoBGB/*Basedow* (dn. 22), § 307 BGB, N. 10-11.

(137) *Dylla-Krebs*, C.: Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen–Eine systematische Abgrenzung kontrollfreier von kontrollunterworfener Klauseln, Baden-Baden 1990, s. 30.

(138) Kuşkusuz somut sözleşmenin özelliklerinin, hafif ihmalden sorumsuzluğun müşteriyi mağdur etmediği sonucuna götürmesi mümkündür. Ayrıca GİK-kullanan tüm kusurundan sorumlu tutulsa dahi hakimin her zaman TBK m. 114, f. 2 atfı dolayısıyla m. 51-52'ye dayanarak tazminatta indirim yapma imkânı olduğu da unutulmamalıdır.

kararlaştırma veya temlik yasağı getirme gibi bir imkânın yasada verilmiş olması, bunların müzakere edilmeden sözleşmeye alınması halinde artık denetlenemeyeceği anlamına gelmez[139]. Zira bu kurumlar sözleşmesel düzenleme olmasa kendiliğinden (*ex lege*) sözleşme içeriği olamazlar[140].

AB Yönergesine paralel olarak, ulusal yasal düzenlemeleri takip eden sözleşme hükümleri için ifade edilenler, uluslararası antlaşmaları sözleşme içeriğine aktaran hükümlerin denetlenmesi açısından da kabul edilmelidir. Nitekim uluslararası antlaşmalar, Anayasa m. 90, f. 5 uyarınca, usulüne uygun olarak onaylanmış ise yasa hükmündedir ve aynı esaslara göre iç hukukta uygulanırlar. Uluslararası Antlaşma hükümlerinin de kural olarak sözleşme tarafları arasında en ideal dengeyi kurmayı hedefledikleri kabul edilebileceğine göre[141], uygulanmaları taraflar arasında akdedilen sözleşmenin bünyesine uygun düştüğü takdirde, bunların da denetlenmesi imkânı olmayacaktır.

b. Edim veya Karşı Edimi Belirleyen GİK Denetlenmez

İkinci olarak, edim ve karşı edim yükümlerini saptayan genel işlem koşulları da denetim dışında kalırlar[142]. Zira serbest piyasa ekonomisi kurallarının hakim olduğu bir ortamda edimler arası dengede objektif adaletin yerini "piyasa adaleti" alır. Fiyatlar bazı istisnalar dışında mevcut anayasal sistemde denetim konusu olamazlar[143]. Olmaları da düşünülemez zira "doğru fiyatı" tespit etmek için herhangi bir hukuksal ölçüt mevcut değildir[144]. Nitekim AB Yönergesinde var olan bu sınırlama

(139) *Becker* (dn. 94), s. 114; *Fuchs,* in: Ulmer/Brandner/Hensen (dn. 41), § 307 BGB, N. 32 vd.

(140) Staudinger/*Coester* (dn. 93), § 307 N. 301 vd.

(141) *Kapnopoulou* (dn. 41), s. 101.

(142) Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. *Atamer*, Y. M./*Sanlı*, K. C.: Kredi Kartı Faizleri ve Yıllık Ücretleri Örneğinde Fiyat Denetimi ve Sınırları, Batider 2010, C. XXVI, S. 4, s. 17-60.

(143) *Dylla-Krebs* (dn. 137), s. 157; *Fuchs,* in: Ulmer/Brandner/Hensen (dn. 41), § 307 BGB, N. 18 vd. Çok istisnai olarak fiyat denetiminin yargısal yoldan yapıldığı alanlardan en önemlisi hiç kuşkusuz kira hukukudur. Yargıtay'ın bu alandaki denetim faaliyeti hakkında geniş bilgi için bkz. *Gümüş*, A.: "Yeni" 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul 2011, s. 60 vd.

(144) *Koller*, I.: Das Transparenzgebot als Kontrollmassstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: FS Steindorff, Berlin 1990, s. 667, 675. Her ne kadar gabin veya ahlaka aykırılığın varlığının kabul edilebildiği çok istisnai hallerde edim/karşı edim dengesi denetleniyor ve hakime bir müdahale imkânı veriliyorsa da unutulmamalıdır ki bunlar *tekil* olaylardır. Oysa GİK içinde bir fiyat denetimine imkân tanınması kitlesel

Yönetmelik ile Türk hukukuna da girmiştir. Yönetmelik m. 6, f. 3 uyarınca:

"*Şartların haksızlığının takdirinde, … gerek sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki, gerekse mal veya hizmetin gerçek değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.*"

"Asli edim"i düzenleyen, yani tarafların değiş tokuş konusu yapmak istedikleri şeyi saptayan ve bu şekilde kurulmak istenen sözleşmeye damgasını vuran hükümler denetim konusu olamazlar. Yani satılmak, kiralanmak istenen mal, alınmak istenen kredi miktarı, otobüs yolculuğunun nereye yapılacağı gibi konular denetim dışıdır. Aynı şekilde daha karmaşık edimlerin ifasında, örneğin bir mimarlık sözleşmesinde ne tür bir edimin taahhüt edildiği de denetim konusu olamaz. Ancak bu edimin nasıl, ne zaman, nerede ifa edileceği gibi hususların, edimin tek taraflı olarak fiyatını, miktarını, niteliklerini veya konusunu değiştirme yetkilerinin kuşkusuz hepsi denetime tâbidir[145].

Asli ve yan edimlerin karşılığını oluşturan para değeri de denetim dışı tutulacaktır[146]. Bir malın fiyatı kadar, onun nakliyesi, sigortalanması,

---

bir denetimi beraberinde getirir ki bunun liberal ekonomik modelde mümkün olması düşünülemez.

(145) *Larenz/Wolf* (dn. 47), s. 783-784. Örneğin Alman Federal Mahkemesi tarafından 2008 yılında verilen bir karara göre, şu iki hüküm edimle alakalı olmakla beraber aslen edimi uyarlama yetkisi vermektedir, dolayısıyla da denetlenebilir: (1) X-AŞ [GİK kullanan], müşteriden bu beklenebilir olduğu sürece GİK metnini ve edim ve fiyat listelerini, özel düzenlemeleri ve online ilanları uyarlama hakkını saklı tutar. (2) X-AŞ GİK metnini, edim özelliklerini veya fiyatı altı hafta önceden bildirmek koşuluyla değiştirebilir. İlgili değişiklik X-AŞ tarafından e-mail veya yazılı olarak müşteriye iletilecektir. Aynı zamanda müşteriye, ilgili değişikliğe altı ay içinde itiraz etmediği takdirde bu değişikliğin sözleşme içeriği olacağı da bildirilecektir. Müşterinin itiraz etmesi halinde taraflardan her birinin feshi ihbar için öngörülmüş süreye uyarak sözleşmeyi fesih hakkı vardır.

Mahkemeye göre bu türden hükümler taraflar arasındaki dengeyi dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde aşırı bozmaktadır. Zira ilgili GİK, müşterinin, önceden, sözleşmeyi kurarken, ileride sözleşmenin nasıl değişebileceğine ilişkin öngörüde bulunmasını imkânsız kılar. Her ne kadar sürekli edimli sözleşmelerde uyarlama klozları geçerli olmakla beraber, kaleme alınış tarzları itibariyle ne zaman fiyatın veya sözleşme koşullarının değişeceğine ilişkin olarak müşterinin de anlayabileceği kriterler içermelidirler (BGH NJW-RR 2008, s. 134). Aynı yönde BGH NJW-RR 2008, s. 134 (doğal gaz şirketine, tedarikçisi fiyatları artırdığı takdirde bu artışı aynen müşteriye yansıtma hakkı veren hükümler batıldır).

(146) *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (dn. 24), § 307 BGB, N. 308. Nitekim bu yüzden bankalar tarafından kredi kartı yıllık kullanım ücreti talep ediliyor olması, buna ilişkin

paketlenmesi, teslim edilmesi, gerekli yerde kurulması için ödenecekler de hep denetim dışı kalan hususlardır. Buna karşılık fiyatın öngörülemez şekilde her an değişmesi sonucuna götüren hükümler, borcun muaccel olmasına ve ödeme koşullarına ilişkin düzenlemeler, önceden ifa kayıtları, mahsup düzenlemeleri, dövizle ödeme kayıtları asli edimler arası dengeye ilişkin değildir ve denetime tâbidir[147].

Hakimin hangi hükümlerin denetime açık olduğu konusunda karar verebilmesi için *doğrudan edim yükümünü belirleyen hükümler* ile *dolaylı olarak edim yükümünü belirleyen hükümler* arasında bir ayırım yapması en tutarlı çözüm olarak gözükmektedir[148]. Bunlardan dolaylı olanlar hiç istisnasız içerik denetimine de konu olurlar. Buna karşılık doğrudan fiyatı belirleyen hükümler açısından sadece *saydamlığı* temin ederek piyasa mekanizmasının işlemesine katkıda bulunmak mümkündür[149].

Nitekim sözleşme hükümlerinin saydamlık kuralına[150] uygun kaleme alınmış olması gereği, edim ve karşı edime ilişkin hükümlerin denetlenebileceği tek alandır. Sözleşmelerde sık sık, asli edimlerin, edim=X TL gibi basit bir şekilde ifade edilmediği dikkati çekmektedir. Oysa müşteri açısından anlaşılır bir şekilde ifade edilmiş olma, edimi belirleyen hükümler açısından özel bir önem taşımaktadır. En elverişli fiyatların piyasada oluşabilmesi için semen karşılığı sunulan hizmetin kapsamı, hangi hallerde ek bir ödemenin talep edileceği gibi hususların müşteri açısından anlaşılabilir ve diğer arz edilen mal/hizmetlerle

---

hüküm GİK içinde yer alsa bile, denetime tâbi tutulamaz. Bu ücret kart verilmesi karşılığında talep edilmektedir. Kredi kartı piyasasında rekabet var olduğuna göre kart ücretleri de rekabet koşullarına göre belirlenecektir. Burada hakimin müdahale etmesi mümkün değildir. Eğer bankalar kart ücretlerini belirlerken uyumlu eylem içinde bulunuyor ve fiyat yükseliyorsa kuşkusuz Rekabet Kurumu devreye girmelidir. Ama bu noktada bile soruna çözüm üretecek olanlar mahkemeler değildir. Buna karşılık GİK içinde, kredi kartı yıllık ücretinin banka tarafından istendiğinde gerekçesiz artırılabileceği hükmü yer alıyorsa bu denetlenebilecek bir hükümdür. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Atamer/Sanlı* (dn. 142), s. 35 vd. Nitekim Yargıtay da son dönemde bu konudaki içtihadını değiştirmiş ve kredi kartı ücreti hakkında GİK hükümlerini uygulamaktan vazgeçmiştir. Bkz. Y. 13. HD, 5.4.2011, E. 2010/13722, K. 2011/5258; Y. 13. HD, 22.3.2011, E. 2010/14259, K. 2011/4306.

(147) Ayrıntılı bilgi için bkz. *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (dn. 24), § 307 BGB, N. 314 vd.

(148) Staudinger/*Coester* (dn. 93), § 307 BGB N. 321 vd. Bu konuda ileri sürülen diğer görüşlerin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. *Dylla-Krebs* (dn. 137), s. 111 vd.

(149) Ayrıntılı bilgi için bkz. *Atamer/Sanlı* (dn. 142), s. 40-41.

(150) Kavram için bkz. yukarıda VI 2 b.

karşılaştırılabilir olması gerekir. Aksi takdirde zaten piyasada fiyat oluşumunun ön koşulları ortadan kalkmış olur[151]. Bu nedenle gerek asli edimlerin (*essentialia negotii*) gerekse yan edimlerin hepsi saydamlık denetiminden geçecektir[152]. İşte bu nedenle Yönetmelik m. 6, f. 3'de asli edimler arasındaki dengeye ilişkin olarak,

"*… bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmış olmak koşuluyla … değerlendirme yapılamaz.*"

ifadesi kullanılmıştır. Demek ki açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmamış olunması halinde edimlere ilişkin sözleşme hükümleri de denetlenir. Saydamlık denetimi, özellikle müzakere edilemeden kabul edilen genel işlem koşulları içinde fiyatı belirleyebilecek bazı unsurların saklanmasını ve bu şekilde, serbest piyasa ekonomisinde asli rekabet parametresi olan fiyatın, bu işlevini yerine getirememesini önlemeye yarar[153]. Bu şekilde aslında denetim dışı olan edim/karşı edim dengesinin denetime tâbi tutulduğu düşünülmemelidir. Zira burada sadece edim ve karşı edimin ne olduğunun müşteri tarafından gereği gibi anlaşılıp anlaşılamadığı sorunu üzerinde durulmaktadır[154]. Dolayısıyla saydamlık gereği aslında, içerik denetimi gibi pazara müdahale eden değil, pazarın daha iyi işlemesini destekleyen bir kuraldır[155].

5. GİK'i Değiştirme Yasağı: TBK m. 24

İlginç bir şekilde TBK, GİK'in içerik denetimi hakkında m. 25'de hiçbir ayrıntıya yer vermezken, m. 24'de sadece bir tek genel işlem koşulu tipi için özel bir düzenleme getirmiştir. Buna göre:

"Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır."

Neden batıl sayılabilecek yüzlerce GİK içinde kanun koyucunun sadece bu hükmü yasaya aldığı açık kalmaktadır. Gerekçeden anlaşıldığı kadarıyla uygulamada hemen her GİK içinde bu tür bir hüküm yer

(151) Staudinger/*Coester* (dn. 93), § 307 BGB N. 315; *Koller* (dn. 144), s. 667, 676.

(152) *Fuchs,* in: Ulmer/Brandner/Hensen (dn. 41), § 307 BGB, N. 22-23; *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (dn. 24), § 307 BGB, N. 237; *Larenz/Wolf* (dn. 47), s. 785.

(153) *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (dn. 24), § 307 BGB, N. 237.

(154) *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen (dn. 41), § 307 BGB, N. 22.

(155) Staudinger/*Coester* (dn. 93), § 307, N. 315; *Schmid* (dn. 120), s. 49, 54.

alması belirleyici olmuştur. Hiç kuşkusuz sözleşmeye sadakat (*pacta sund servanda*) sözleşmenin bir kez kurulmasından sonra değişmezliğini öngörür. Yani taraflardan birinin dilediği gibi daha sonra edimleri, ifaya ilişkin ayrıntıları veya sözleşme hükümlerini değiştirme hakkını saklı tutması, pazarlık konusu edilmemiş sözleşmeler açısından kabul edilebilir bir durum değildir. Nitekim bu düşünce ile AB Yönergesinin yasak hükümler listesi ve onu takiben Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Ek'indeki liste de buna benzer hükümler içermektedir. Ek, bent (a), alt bent 10-11 uyarınca:

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

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

Ancak görüldüğü gibi onuncu alt bent GİK kullanana sözleşmede önceden belirleyeceği *önemli sebeplerin* varlığı halinde sözleşme değişikliği yapma imkânı vermektedir. Diğer yandan alt bent 11 uyarınca edimlerin de *haklı sebeplerin* varlığı halinde değiştirilmesi mümkündür. Hatta Yönetmeliğin Ek'inde 10. alt bendin uygulama alanı daha da sınırlanmıştır. Ek, bent (b), alt bent 2 uyarınca:

"2) (10 uncu alt bent) finans hizmeti ifa edenlere, tüketici tarafından ödenecek veya tüketiciye ödenecek faiz oranlarını veya finans hizmetlerinin diğer bütün masraflarının bedelini haklı sebeplerin varlığı halinde önceden bildirmeksizin değiştirme hakkı veren şartlara engel değildir, yeter ki sağlayıcının, bu durumdan tüketiciyi derhal haberdar etme yükümlülüğü ve tüketicinin sözleşmeyi derhal feshetme hakkı bulunsun.

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

Alt bent 2 hem finansal hizmet ifa edenlere sözleşmelerinde değişiklik yapması imkânını verirken hem de satıcı/sağlayıcıların akdettikleri süresiz sözleşmelerde değişiklik kapısını açmaktadır. Yani

TBK karşısında *daha koruyucu* olduğu düşünülen TKHK ve ilgili Yönetmelik burada çok daha esnektir. Bunun sebebi ise açıktır: süreli ve süresiz sözleşmelerde değişen koşullara uyarlama bir ihtiyaçtır. Hatta tarafların bu türden hükümleri sözleşmeye eklemesi istenen bir şeydir. Sadece bunlar GİK içinde yer aldığı için "kötü" hükümlere dönüşmezler. Yukarıdan beri açıklanmaya çalışıldığı gibi, GİK içinde ancak dürüstlük kuralına aykırı şekilde diğer tarafı mağdur eden hükümler batıl sayılır. Sürekli edimli bir sözleşmede haklı sebeplerin varlığı halinde sözleşme şartlarında uyarlama yapılacağının öngörülmesinde dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacak hiçbir şey yoktur.

Kanun koyucu vur derken öldürmüş ve gereksiz yere TBK ile TKHK hükümleri arasında bir çatışma yaratmıştır[156]. Mahkemelerin ise bu durumu çözmesi hiç de kolay olmayacaktır. Zira sonradan gelen genel kanun olarak TBK m. 24'ün tüketici işlemleri için de geçerli olmasını kabul etmek hukuk metodolojisinin bir sonucudur. Ancak diğer yandan, TKHK m. 6 ve Yönetmelik AB hukukunun iç hukukumuza aktarılmasına hizmet etmektedir. Tam üyelik talebi olan bir ülkenin hakimlerinin AB için geçerli olan "AB hukukuna uygun yorum ilkesi" ile bağlı olduğu kabul edilecek olursa Türk hakimlerinin de Yönetmelik hükümlerini aynen uygulamaya devam etmesi gerektiği kabul edilmelidir. Bu açıdan en doğru çözüm kanun koyucunun TBK yürürlüğe girmeden m. 24'ü kanundan çıkarması olacaktır.

6. İçerik Denetiminin Sonucu: Kesin Hükümsüzlük/Kısmi Hükümsüzlük

Genel işlem koşullarından bazılarının dürüstlük kuralına aykırılığının tespit edilmesi halinde yaptırımın ne olacağı TBK m. 25'de açıkça ifade edilmemiştir. Hüküm sadece bu tür GİK'in sözleşmeye "*konulamayacağı*"ndan bahsetmektedir. Bu durumda, sözleşmeye bu yasağa rağmen dürüstlük kuralına aykırı GİK konulursa bir emredici hukuk kuralının ihlal edildiği kabul edilecek ve TBK m. 27 uyarınca ilgili hükmün kesin hükümsüzlüğü sonucuna varılacaktır.

Ancak, GİK'in sadece bir kısım hükümlerinin batıl olduğu, buna karşılık kalanının geçerli sayıldığı kısmi hükümsüzlük halleri nasıl değerlendirilecektir? TBK m. 27, f. 2, c. 1 uyarınca bir sözleşmenin

(156) Aynı yönde eleştiri için bkz. *Reisoğlu* (dn. 57), s. 115-116.

sadece bazı bölümlerinin batıl olması halinde bu durum sözleşmenin tümünün butlanını kural olarak beraberinde getirmez (*utile per inutile non vitiatur*/geçersiz olan geçerli olanı sakatlamaz). *Kural*, sözleşmenin batıl hükümler olmaksızın ayakta kalmasıdır. Kanun koyucu sözleşmeye en asgari ölçüde müdahale etmeyi ve tarafların ortak iradelerini yansıtan sözleşmeyi mümkün olduğu kadar ayakta tutmayı ilke haline getirmiştir. Nitekim kısmi butlan ilkesinin temelinde "*favor contractus/favor negotii*" düşüncesinin yattığı bugün genel kabul görmektedir[157].

Ancak tarafların iradesinin aksi yönde belirmesi, yani batıl olan bu hüküm olmasaydı bu sözleşmeyi aslında yapmayacak olduklarının anlaşılması da mümkündür. Bu durumda onları bu farazi iradelerine rağmen sözleşme ile bağlı tutmak uygun olmayacaktır. Nitekim kanun koyucu irade özerkliğine saygı göstermek için koymuş olduğu bu kuralın istisnasını belirterek taraflardan birinin, farazi iradesinin aksi yönde olduğunu ispatlaması halinde sözleşmenin tümüyle batıl sayılacağını öngörmüştür (TBK m. 27, f. 2, c. 2). Görüldüğü gibi kısmi butlanın söz konusu olabilmesi için iki şartın varlığı aranacaktır: Butlan sadece sözleşmenin belirli kısımlarına ilişkin olmalıdır (objektif şart) ve somut olayda tarafların batıl kısım olmadan da sözleşmeyi yapacak oldukları kabul edilebilmelidir (sübjektif şart).

Ancak GİK açısından TBK m. 27, f. 2, c. 2'nin son derece sakıncalı bir yönü vardır. Zira sadece kendi lehine sözleşmeye dâhil ettiği bir koşulun batıl sayılması halinde GİK kullananın bu koşul olmaksızın sözleşme ile bağlı olmak istemediğini ileri sürmesi imkânı mevcuttur. Bunun kabul edilmesi halinde ise, sözleşmenin batıl şartlar olmaksızın ayakta kalması mümkün olmayacak, sözleşme tümü ile batıl sayılacak ve müşterinin daha aleyhine bir sonuç ortaya çıkmış olacaktır. Nitekim bu yüzden AB Yönergesi kısmi butlan halinde sözleşmenin kural olarak geçerliliğini koruyacağını ve ancak taraf iradelerinden bağımsız olarak, sözleşmenin batıl kısmı olmaksızın ayakta kalamayacağının hakim tarafından tespit edilmesi halinde tümel bir butlanın söz konusu olacağını öngörmüştür (m. 6/I). Aynı şekilde Yönetmelik m. 7'de de, batıl olan hükümler olmaksızın sözleşmenin ayakta tutulabileceği kabul

(157) *Kramer*, E., in: Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Bd. VI/1. Abteilung, 2. Teilband, Bern 1990, Art. 19-20 N. 326; *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger* (dn. 66), N. 698 vd; *Hürlimann,* R.: Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Freiburg 1984, N. 11; *Başpınar*, V.: Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s. 4.

edilebiliyorsa, taraf iradelerine bakılmaksızın sözleşmenin geri kalanının varlığını koruyacağı kabul edilmiştir. Demek ki burada irade özerkliği uyarınca tarafların ne isteyebileceği artık önem taşımayacak, hakimin, objektif olarak bu sözleşmenin ayakta kalmasına imkân olup olmadığını değerlendirmesi gerekecektir.

Oysa TKHK'daki bu düzenlemenin benzeri TBK'ya alınmamıştır. Yukarıda da ifade edilmiş olduğu üzere,[158] kanun koyucu asıl TBK m. 27'de GİK'e ilişkin olarak yapması gereken bu düzenlemeyi m. 22'de, yani yürürlük denetimi safhası için yapmış, buna karşılık m. 24 ve m. 25'in sadece madde gerekçelerinde, kesin hükümsüzlük halinde m. 27, f. 2, c. 2'nin uygulanmayacağını ifade etmiştir. Kanun yapım tekniği açısından kuşkusuz son derece yadırgatıcı bir durum söz konusudur. Her ne kadar madde gerekçeleri bağlayıcı olmasa da hakimlerin özellikle m. 25'i uygularken bu hususu dikkate almaları etkin bir GİK koruması açısından büyük önem taşımaktadır. Kısmi hükümsüzlük nedeniyle ortaya çıkan sözleşme boşluğu hakim tarafından ya doğrudan veya kıyas yoluyla uygulayacağı yedek hukuk kuralı aracılığıyla; bunun mevcut olmadığı ihtimallerde ise MK m. 1 uyarınca yaratacağı yeni kural ile doldurulacaktır.

VII. ETKİN GİK DENETİMİ İÇİN CONDITIO SINE QUA NON: TOPLULUK DAVASI

1. Tüketici Mevzuatı Çerçevesinde Topluluk Davası

GİK'e karşı etkin korumanın önündeki en önemli engellerden biri, GİK içinde yer alan ve dürüstlük kuralına aykırılığı mahkeme tarafından tespit edilmiş bulunan bir hükmün daha sonra aynı satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından başka sözleşmelerde tekrar kullanılmasının önlenememesidir. Daha bilinçli bireyler, dürüstlük kuralına aykırı olan sözleşme koşullarının butlanı için dava açarken daha az tecrübeli veya bilgisiz olanlar bu davayı açmamakta ve batıl olduğu aşikar olan sözleşme şartı bir kişiye uygulanmazken diğeri aleyhine uygulanmaktadır. Bu rahatsız edici sonucun doğumunda en önemli etken, usul hukuku sistemimiz uyarınca davaların sadece taraflar açısından (*inter partes*) bağlayıcı olmasıdır. Sistem, kendi hakkını koruyan birey düşüncesi üzerine kurulmuş ve hakkını aramayana da etki edebilecek şekilde sonuç

(158) Bkz. yukarıda IV 3.

doğuran bir dava tipi öngörmemiştir. Oysa GİK karşısında bireysel davalar yoluyla kalıcı bir koruma sağlanması mümkün değildir[159].

Nitekim bu yüzden 1993 tarihli AB Yönergesi m. 7/II'de, üye devletlerden, tüketicilerin korunmasında menfaat sahibi olan gerçek veya tüzel kişilere, GİK içinde yer alan dürüstlük kuralına aykırı hükümlerin kullanılmasının önlenmesi için dava açma hakkı tanınması istenmiştir[160]. Bu davada, tüketici menfaatleri aleyhine olduğu aşikar olan matbu bir GİK hükmünün öncelikle ileride akdedilecek sözleşmelerde kullanılmasını (veya tekrar kullanılmasını) önlemek üzere bir karar verilmesi talep edilecektir. Bu şekilde henüz bir sözleşmenin içeriği olmamış olan, potansiyel tehlike arz eden dürüstlük kuralına aykırı GİK hükümlerinin kullanılması engellenecek ve daha sonra tek tek tüketicilerin kendileri aleyhine düzenlemeler içeren GİK ile mücadelesine ihtiyaç kalmayacaktır. Ancak bunun yanısıra, halihazırda akdedilmiş sözleşmelerde kullanılmış olan aynı GİK hükümlerinin de ilgili tüketici ile bir ihtilafın doğması halinde uygulanmasının önlenmesi talep edilebilecektir[161]. Eğer bu GİK hükümleri artık ileriye dönük olarak kullanılmıyorsa, yani potansiyel tehlike ortadan kalkmışsa, sadece geçmişte bir dizi sözleşmede kullanılmış olan ve dürüstlük kuralına aykırı hükümler içeren GİK'in bu hükümlerinin ilgili sözleşme tarafları arasında doğabilecek ihtilaflarda uygulanmasının önlenmesi için dava açılması da mümkündür[162]. Görüldüğü gibi önleme davası henüz sözleşme içeriği olmamış, ama olma tehlikesi arz eden GİK'e karşı açılabileceği gibi, sözleşme içeriği olmuş, ancak henüz taraflar arasında bir ihtilaf çerçevesinde uygulanmamış olan GİK'e karşı da açılabilir.

---

(159) Bu konuda genel bilgi için bkz. *Micklitz*, H. W., in: Rauscher/Wax/Wenzel (eds.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Aufl. München 2008, Vor § 1 Unterlassungsklagengesetz (UklaG) N. 1 vd.; *Witt,* in: Ulmer/Brandner/Hensen (dn. 41), Vorb. v. § 1 UKlaG, N. 1 vd.; *Wolf/Lindacher/Pfeiffer* (dn. 24), Vor § 1UKlaG, N. 2-5.

(160) Bu konuda bkz. *Kapnopoulou* (dn. 41), s. 159 vd. Avrupa Birliği bunun ötesinde, genel olarak bütün tüketicinin korunmasına ilişkin yönergeleri kapsayacak şekilde önleme davalarını uyumlu olarak düzenlemek üzere 1998 tarihinde bir yönerge kabul etmiştir: Tüketici Menfaatlerinin Korunması Amacına Yönelik Önleme Davaları Hakkında 19 Mayıs 1998 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi (98/27/AT, ATRG 1998 L166/51).

(161) Alman hukuku için bkz. MünchKommZPO/*Micklitz* (dn. 159), § 1 UKlaG, N. 31-32; *Witt,* in: Ulmer/Brandner/Hensen (dn. 41), § 1 UKlaG, N. 34 vd.

(162) MünchKommZPO/*Micklitz* (dn. 159), § 1 UKlaG, N. 32.

Nitekim Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik m. 8 de Yönergeden esinlenerek bu son derece önemli dava hakkını düzenlemiştir. Maddeye göre:

"Meşru menfaati olan gerçek veya tüzel kişiler, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların kullanılmasının önlenmesi için dava açabilirler. Bu hallerde mahkeme, önleme için gerekli tedbirlere hükmeder."

Meşru menfaat sahibi gerçek ve tüzel kişilerin kim olduğunu mahkemeler tespit edecektir. Ancak kural olarak bütün tüketici örgütlerinin bu tür bir davayı açmada meşru menfaati olduğundan şüphe edilmemelidir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 23, f. 2'de tüketici örgütlerinin dava hakkı açıkça düzenlenmiştir[163].

Bir tüketici örgütü tarafından bu tür bir davanın açılmış olması halinde hakimin nasıl hareket edeceği ise ayrıca incelenmek gerekir. Örneğin bir bankanın kullanmaya başladığı bireysel bankacılık şartları hakkında bir örgütün dava açması halinde, mahkeme, öncelikle olayda bir standart sözleşmenin var olup olmadığını inceleyecektir[164]. Zira Yönetmelik m. 8 doğru olarak ancak GİK içeren standart sözleşmelere karşı bir dava hakkı tanımıştır[165]. Bunu takiben hakim, GİK içinde yer alan ve TKHK m. 6 ve Yönetmelik uyarınca dürüstlük kuralına aykırı sayılabilecek bütün hükümleri tespit edecektir. Bu incelemeyi yaparken mahkemenin, somut bir sözleşme içindeki dengenin bozulup bozulmadığını araştırmayacağı unutulmamalıdır. Zira bu sözleşme koşullarının aleyhine kullanıldığı somut bir taraf bu davada mevcut değildir. Dolayısıyla mahkemenin incelemesi soyut ve objektif esaslara göre olacaktır[166]. Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik m. 6, f. 2 bu açıdan uygulama alanı bulamayacaktır.

Sonuç olarak mahkemenin davalı tarafından kullanılan GİK metni içinde TKHK m. 6 ve Yönetmeliğe aykırı sözleşme hükümleri tespit

---

(163) TKHK m. 3/p uyarınca tüketici örgütleri "Tüketicinin korunması amacıyla kurulan dernek, vakıf veya bunların üst kuruluşlarını" ifade eder.

(164) *Witt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen (dn. 41), § 1 UKlaG, N. 4 vd.

(165) Müzakere edilmemiş olmakla beraber birden fazla kullanım amacı olmayan sözleşme hükümleri açısından bu tür bir önleme davasının açılması mümkün değildir. Bunlar için sadece yukarıda ele alınmış olan yürürlük, yorum ve içerik denetimi imkânı mevcuttur.

(166) *Kapnopoulou* (dn. 41), s. 161; *Witt,* in: Ulmer/Brandner/Hensen (dn. 41), § 1 UKlaG, N. 7; MünchKommZPO/*Micklitz* (dn. 159), § 1 UKlaG, N. 10-11.

etmesi halinde bunların ileride tüketicilerle akdedilecek olan sözleşmelerde kullanılmamasına hükmetmesi gerekir. Genelde bu tür matbu metinler çok sayıda basıldığı ve örneğin bankalarda Türkiye genelinde kullanıldığı için mahkemenin ayrıca bütün bu metinlerin toplatılmasına ve düzeltilmesine hükmetmesinin mümkün olduğu savunulmalıdır[167]. Zira aksi takdirde mahkeme kararının önleme etkisi eksik kalacaktır. Sonuç olarak mahkemenin kararı davalıya yönelik bir yapmama (bir daha bu türden GİK kullanmama) ve duruma göre bir yapma (çoğaltılmış olan GİK'i imha etme veya düzeltme) emri içerecektir (İİK m. 30 ve 343).

2. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 113 Uyarınca Topluluk Davası

Türk hukukunda bugüne kadar topluluk davasına ilişkin en önemli iki düzenleme yukarıda anılan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 23'deki dava imkânı ile TTK m. 56'da (eski TTK m. 58) ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar gibi mesleki ve ekonomik birliklere verilen haksız rekabetin önlenmesi ve durdurulması konulu dava olmuştur. 2011 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu bu konuda ilk defa genel bir düzenleme getirerek dava çeşitleri altında m. 113'de topluluk davasını genel olarak düzenlemiştir. Buna göre:

"Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir."

Bu genel hüküm karşısında artık sadece tüketicilere karşı kullanılması düşünülen GİK'lerdeki dürüstlük kuralına aykırı hükümlerin durdurulması için değil, tacirlere karşı kullanılacak GİK'lerdeki bu tür hükümlerin kullanımının durdurulması için dava açılması imkânının var olduğu kabul edilmelidir. Eğer ilgili tacir grubunu temsil eden bir mesleki veya ekonomik birlik mevcutsa ve bu örgütün amacı üyelerinin menfaatlerini korumak ise, tüketici örgütlerine verilmiş dava imkânının aynısının burada da geçerli olduğu kabul edilmelidir. Yukarıda bu davanın yürütülmesi ve kararın etkileri hakkında söylenenler bu ihtimalde de geçerli olacaktır.

---

(167) MünchKommZPO/*Micklitz* (dn. 159), § 1 UKlaG, N. 31.

VIII. TBK M. 25'İN YANISIRA YENİ TÜRK TİCARET KANUNU M. 55, F. 1, (f)'NİN UYGULAMA ALANI NEDİR?

Yukarıda ifade edilmiş olduğu gibi, TBK m. 25'in yanısıra TTK da artık GİK hakkında bir denetim normuna yer vermiştir. Ancak bu hüküm aslen GİK'e ilişkin bir içerik denetimi normu getirmek amacıyla değil bir haksız rekabet olgusu yaratmak için kaleme alınmıştır. Haksız rekabete ilişkin yeni düzenlemeler içeren TTK m. 54 vd. hükümleri İsviçre'nin 1986 tarihli Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun'undan (UWG) esinlenmiş ve büyük ölçüde tercüme edilerek aktarılmıştır. Bu kanunun 8. maddesinde yer alan düzenleme yeni TTK m. 55, f. 1 (f) bendine tekabül etmektedir. Buna göre haksız rekabet hallerinden biri şu şekilde tespit edilmiştir:

"f) Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle *yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;*

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

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

Bu hüküm, yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi İsviçre'de GİK denetimi ile ilgili olarak var olan tek düzenlemedir. Ancak bizdeki tercümeden farklı olarak İsviçre'de, GİK'in "yanıltıcı" olması gereği, metinde "özellikle" kavramı kullanılmamış olduğundan, denetim için zorunlu bir unsurdur. Oysa GİK'in yalın ve açık şekilde kaleme alındığı hallerde bir yanıltma kastı ispatlanamadığı için bu hükmün uygulanması neredeyse mümkün olmamıştır. Diğer yandan, bu düzenlemenin Rekabetin Korunması Hakkında Kanun içinde yer alması itibariyle sözleşme hukuku açısından bir yaptırımı beraberinde getirip getirmeyeceği de çok tartışmalı kalmıştır[168]. Bugüne kadar İsviçre Federal Mahkemesi bu hükme dayanarak herhangi bir içerik denetimi yapmamış, hükmün bu açıdan ölü doğmuş olduğu kabul edilmiştir. Nitekim 17 Haziran 2011 itibariyle UWG'de yapılan değişiklikler arasında özellikle bu nedenle m. 8'e ilişkin olarak da yeni bir düzenleme yer

(168) Bu konuda bkz. *Probst*, T.: in Jung/Spitz (eds.) Bundesgesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2010, Art. 8 UWG N. 67 vd. Hüküm hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Atamer*, GİŞ (dn. 3) s. 191 vd.

almaktadır[169]. 1 Temmuz 2012 itibariyle yürürlüğe girmek üzere m. 8 yeniden kaleme alınmıştır. Bu değişiklikte özellikle "yanıltıcılık" gereğinden vaz geçilmiş ve "tüketiciler aleyhine" GİK kullanımı halinde denetimin söz konusu olacağı vurgulanmıştır. Ancak hükmün Haksız Rekabet Kanunu içinde kalması itibariyle uygulanmasının nasıl olacağı şimdiden tartışmalıdır[170].

İsviçre'den farklı olarak hem Borçlar Kanunu'nda hem de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da GİK denetimi için özel düzenlemeleri olan Türkiye'de acaba TTK'da yer alan bu yeni hükmün rolü ne olabilir? Bu noktada öncelikle GİK kullanımın piyasadaki rekabet üzerindeki etkisi üzerine düşünmek gerekir. Bugün genel kabul gördüğü üzere, genel işlem koşulları müşteriler açısından bir rekabet parametresi değildir[171]. Yani hiçbir müşteri, kendisi için daha elverişli GİK sunduğu için pazardaki belli bir sunucuya gitmez, satım kararını "daha iyi GİK" veya "daha kötü GİK"[172] gibi bir düşünce üzerine kurmaz. Müşterilerin değerlendirmede dikkate aldığı nokta aslen sadece fiyat/kalite dengesidir. GİK hükümlerini okuyup anlayacak ve mukayese edecek bir müşteri var olsa bile, örneğin bir hukuk profesörü, bunları okumak için vakit kaybetmez, bu mukayeseyi yapmaz. Bunun ekonomik bir gerekçesi de vardır: GİK sadece sözleşmenin ifasında sorun çıkması ihtimalinde uygulama bulur. Bu türden bir sorunun çıkma olasılığı düşük olduğu sürece, GİK'i anlamak ve mukayese etmek için vakit harcamak ekonomik açıdan rasyonel bir davranış değildir. GİK kullananlar ise müşterilerinin "iyi GİK/kötü GİK" arasında ayırım yapmadığını bildiği

(169) Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) Änderung vom 17. Juni 2011, BBl 2011 4925, 12.11.2011.

(170) *Kut*, A./*Stauber*, D. , Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im U_berblick, in: Jusletter 20. Februar 2012, s. 16 vd.; *Holliger-Hagmann*, E., Artikel 8 – das Kuckucksei im UWG, in: Jusletter 20. Februar 2012. Henüz tasarı hali hakkında *Pichonnaz*, P./*Fornage*, A.-C., Le projet de révision de l'art 8 LCD – Une solution appropriée à la diffiulté de négocier des conditions générales, Schweizerische Juristenzeitung 106 (2010), s. 285 vd.

(171) Ayrıntılı bilgi için bkz. *Atamer*/*Sanlı* (dn. 142), s. 33-35; *Leyens*, P./*Schäfer*, H-B.: Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen-Rechts ökonomische Überlegungen zu einer einheitlichen Konzeption von BGB und DCFR, AcP 2010, s. 771, 783 vd.; *Holtz,* H. M.: Die AGB-Kontrolle im Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2010, s. 86 vd.; *Stoffels*, M.: AGB-Recht, 2. Aufl., München 2009, N. 85-87; *Schäfer*, B./*Ott*, C.: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlin 2005, s. 513-515.

(172) "İyi GİK" ile kastedilen müşteri lehine veya dengeli GİK, "kötü GİK" ile kastedilen sadece GİK kullanan lehine GİK düzenlemeleridir.

için onlara hiçbir zaman "iyi GİK" sunmak için bir çaba sarf etmezler. Zira "iyi GİK" sunmaları onlar için bir rekabet avantajı yaratmaz. Bu şekilde müşteri kazanmaları söz konusu olmaz. Dolayısıyla rekabet tam aksi yönde işlemektedir. Yani mümkün olduğu kadar müşterinin haklarını kısıtlayan GİK'in hazırlanması yoluyla işletmelerin daha ucuz bir fiyata mallarını pazarlaması mümkün olmaktadır. Hukuk ve ekonomi literatürü tarafından "*market for lemons*" olarak adlandırılan bu fenomen[173] piyasada herkesin asgari müşterek paydada yani en kötü GİK'de buluşmasına sebep olur. Bu açıdan bir piyasa aksaklığı söz konusudur[174]. İşte bu piyasa aksaklığı nedeniyledir ki zaten yasalar yoluyla bu sözleşmelere müdahale edilmesi gereği doğar.

Şimdi, bu bilgi ışığında soruna yaklaşılacak olursa: Yanıltıcı şekilde, yani "iyi" olduğu izlenimini vererek, aslen "kötü" GİK kullanmak hiçbir zaman bir rekabet avantajı sağlamaz. Zira müşterilerin yanılma potansiyeli yoktur. Müşteriler GİK nötr durumdadır. GİK'e ilişkin bir bilgi onları hukuki işlem yapmaya ne olumlu ne de olumsuz yönde teşvik edecektir. Dolayısıyla bu şekilde bir haksız rekabet olgusu yaratmak mümkün değildir. Bu maddede kullanılan "yanıltıcı" ifadesi aslında denetim kriteri olarak yanlıştır. Diğer bütün haksız rekabet olgularında gördüğümüz yanıltıcılık unsuru GİK açısından söz konusu değildir. Bu açıdan İsviçre kanun koyucusunun hatasını Türk kanun koyucusu gereksiz bir şekilde devam ettirmiştir. Ancak en azından "*özellikle* yanıltıcı bir şekilde..." ifadesinin kullanılmış olması, İsviçre hukukundan farklı olarak TTK açısından yanıltıcılığın olmazsa olmaz bir koşul olmadığının bir göstergesidir ve bu açıdan doğru bir tercih olmuştur.

TTK m. 55, f. 1, (f) bendinin bir haksız rekabet olgusu olarak uygulanabileceği tek olasılık pazardaki bazı GİK kullananların hukuk kurallarına riayet ederek "iyi GİK" kullanırken diğerlerinin "kötü GİK" kullanması (yanıltıcılık önemli değildir) ve bu nedenle işlem maliyetlerini düşürebilmesidir. Zira "iyi GİK" sunmanın bir maliyeti vardır. "Kötü GİK" kullanan taraf örneğin alıcının ayıptan doğan haklarını sınırlayarak veya sorumsuzluk kayıtları koyarak veya ispat

(173) *Akerlof*, G.: The Market for 'Lemons': Quality Uncertainity and the Market Mechanism, Quarterly Journal of Economics 1970, Vol. 84, s. 488-500. Hukuk ve iktisat (hukukun ekonomik analizi) öğretisi hakkında kapsamlı bilgi için bkz. *Sanlı*, K. C.: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, İstanbul 2007, s. 9-92.

(174) Bu kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Sanlı* (dn. 173), s. 51 vd.

yüküne yer değiştirterek o işlemin kendisi için maliyetini düşürecektir. Müşterilerin bu tür GİK'e karşı sık sık dava açmadığı düşünülecek olursa "kötü GİK" kullanan bir rekabet avantajı sağlamış olacaktır. İşte sadece bu ihtimaller için TTK m. 56'ya dayanan davaların açılması ihtimali vardır. Bu noktada aslında Alman Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanunu § 4 (b. 11)'in soruna çok daha doğru açıdan yaklaştığı kabul edilmek gerekir[175]. Bu düzenlemeye göre haksız rekabet olgusu:

*"Piyasadaki davranışları piyasa aktörlerinin de menfaatini düşünerek düzenleme hedefi olan yasal hükümlere aykırı davranmak"*tır.

Sorun GİK kullanımına özgü bir sorun değildir aslında. Sorun "yanıltıcı" GİK kullanmak hele hiç değildir. Sorun, piyasa aksaklıklarını gidermek için kanun koyucunun devreye girerek koymuş olduğu emredici hukuk kurallarına aykırı davranmak suretiyle (bireysel davaların açılmayacağı ihtimaline güvenerek) maliyeti düşürmek ve bu surette bir rekabet avantajı sağlanması sorunudur. Bu tür bir haksız rekabet olgusunun ispatlanması ihtimalinde, ilgili GİK'in kullanılmasının durdurulması ve kullanıldığı sözleşmelerde geçersiz sayılacak hükümlerin ayıklanması yönünde kararların alınması mümkündür. Fakat meslek örgütlerinin veya aynı piyasada yer alan aktörlerin bu türden davaları açmaları ihtimali kanımca yüksek değildir. Dolayısıyla asıl iş yine tüketici örgütlerine ve onların açacakları topluluk davalarına kalacaktır.

IX. TBK VE TTK'NIN İLGİLİ HÜKÜMLERİNİN ZAMAN İTİBARİYLE UYGULANIRLIĞI

Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 2 uyarınca TBK'nın "kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanır." GİK'in içerik denetimine ilişkin TBK m. 24-25 hükümlerinin de kamu düzenini ilgilendiren hükümler olduğu kabul edilmek gerekir. Zira bunlar hakime doğrudan sözleşme içeriğine müdahale etme ve duruma göre butlana hükmetme yetkisi veren kurallardır. Zaten ahlaka aykırılık ve kamu düzeni de birer butlan sebebi olduğundan bunlar ile TBK m. 24-25'deki koruma amacı birebir örtüşmektedir. Buna karşılık sözleşmenin GİK kullanılarak kurulmasına ilişkin m. 21-22 kamu düzenine ilişkin normlar olarak kabul edilemez. Dolayısıyla sözleşme kurulması sorunu Yürürlük Kanunu m. 1

(175) Ayrıntılı bilgi için bkz. *Holtz* (dn. 171), s. 130 vd.

çerçevesinde değerlendirilmek gerekir. Buna göre TBK'nın yürürlüğe girmesinden önceki işlemlerde bu işlemler yapılırkenki kanun hükümleri uygulanır. Bu açıdan sözleşme kurulurken GİK'in de sözleşme içeriği olup olmadığı konusu BK m. 3 vd. hükümlerine tâbi kalır. Son olarak GİK kullanılan sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin m. 23 üzerinde durulmalıdır. Bu hüküm de kamu düzenine ilişkin değildir. Yürürlük Kanunu m. 1 sadece "temerrüt, sona erme ve tasfiye" açısından TBK'nın eski dönemde kurulmuş sözleşmelere de uygulanacağını ifade etmiş ancak yorumdan bahsetmemiştir. Bu nedenle yorum açısından da eski dönemde kurulmuş olan sözleşmelerin yine BK m. 18 uyarınca yorumlanacağı kabul edilmelidir. Ancak bu tespit sonuçta bir şey değiştirmeyecektir. Zira gerek bireysel anlaşmanın önceliği ilkesi gerekse *contra proferentem* ilkesi BK m. 18 çerçevesinde de uygulama bulabilir[176].

Haksız rekabetin söz konusu olup olmadığı, tartışmalı fiilin gerçekleştiği an itibariyle yürürlükte olan kanuna göre belirlenecektir. GİK kullanılan sözleşme kurulmuş ve ifa edilerek yeni TTK yürürlüğe girmeden son bulmuşsa eski TTK hükümleri uygulanır. Dolayısıyla eskiden GİK kullanılmış olması başlı başına bir haksız rekabet olgusu oluşturmak için yeterli olmaz. Buna karşılık ilgili sözleşme kurulmuş ve henüz sonlanmamışsa dürüstlük kuralına aykırı GİK kullanmaya devam etmek bir haksız rekabet oluşturacak ve yeni TTK hükümlerine tâbi olacaktır.

X. SONUÇ

Giriş kısmında da ifade edilmiş olduğu gibi, GİK alanında Borçlar Kanunu'na bir düzenleme eklenmesinde büyük fayda vardır. Ancak bu düzenleme yapılırken, kanımca Türk Borçlar Kanunu'nun kalanının hazırlanması açısından da dikkati çeken iki hataya düşülmüştür. Bunlardan ilki Avrupa'nın birçok ülkesinde son derece yerleşmiş ve yıllardır sorunsuz şekilde uygulanan hükümlere sırt çevrilerek yeni bir düzenleme yapmak adına kısmen sorunların çözümsüz bırakılması kısmen de yanlış düzenlenmiş olmasıdır. Üyesi olmaya çalıştığımız Avrupa Birliği içinde 27 ülke hukuk uyumlaştırması suretiyle her gün birbirine daha çok yaklaşırken; ortak bir Avrupa Borçlar Kanunu hazırlama çalışmaları en üst

(176) Bu konuda bkz. *Atamer* (dn. 3), s. 124 vd.

düzeye gelmiş ve bunun ürünleri arka arkaya yayınlanmaktayken,[177] kanun koyucunun bu gelişmeleri görmezden gelmesinin sebebini kavramak doğrusu güçtür. Genel işlem koşulları gibi çok önemli bir konunun düzenlenmesinde sadece Alman hukukuna ve ona da çok yüzeysel bir şekilde bakılmış olması ve hatta bunun yanlış ve eksik aktarılmasının nedeni anlaşılamamaktadır.

Diğer yandan ikinci önemli bir hata, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un tamamen gözardı edilmiş olmasıdır. Oysa TKHK kapsamında ele alınan maddi hukuk konuları tümüyle borçlar hukuku konularıdır. Bugün Avrupa'da her kanun koyucu ya genel borçlar hukuku kuralları ile tüketici kanununu uyumlu kılmak için büyük özen göstermekte ya da doğrudan bu hükümleri borçlar kanunu içine entegre etmektedir[178]. Ayrı bir tüketici satımının, ayrı bir genel işlem koşulları düzenlemesinin, ayrı bir taksitle satım sözleşmesinin var olmasını gerektirecek *hiçbir* sebep yoktur. Bu ikiliğin en önemli rizikosu hükümler arasında uyumsuzluk doğmasıdır. Kanun koyucunun bu noktada daha özenli olması, 10 yılı aşkın süredir hazırlanmakta olan bir kanunun daha yüksek beklentilere cevap vermesi istenirdi. Hele de bu süreç içinde doktrinde, Tasarıya ilişkin sorunların defalarca ifade edilmiş ve makaleler, kitaplar ile aktarılmış olmasına rağmen bu tutumda ısrar edilmiş olmasını açıklamak hiç mümkün değildir.

Ancak kanun koyucunun Genel Gerekçe'deki şu sözleri aslında ne mukayeseli hukuk verilerinin ne de kanunlar arası uyumun pek de önem taşımadığını, ön planda olanın başka mülahazalar olduğunu göstermektedir:

"Esasa ilişkin en büyük ve en anlamlı değişiklik, Kanunun adında gerçekleştirilmiştir. Bilindiği üzere, yürürlükteki Kanunun adı "Borçlar

---

(177) Bu konudaki ilk metin 1995 tarihlidir: The principles of European contract law, Volume I, Performance, non-performance and remedies, ed. by Ole Lando, Deventer. En son metin ise yakında AB tarafından resmen kabul edilmesi beklenen 11 Ekim 2011 tarihli "A Common European Sales Law to Facilitate Cross-Border Transactions in the Single Market" adlı çalışmadır (COM(2011) 636 final). Gelişmeler için bkz. http://ec.europa.eu/justice/contract/index_en.htm.

(178) Bu alanda artık atıf yapılması dahi mümkün olmayacak kadar çok sayıda yayın vardır. Son çıkan 1078 sayfalık bir monografi bilimsel tartışmaların geldiği noktayı güzel bir şeilde aktarmaktadır: *Tamm*, M.: Verbraucherschutzrecht– Europäisierung und Materialisierung des deutschen Zivilrechts und die Herausbildung eines Verbraucherschutzprinzips, Tübingen 2011.

Kanunu"dur. Oysa Medenî Kanun ve hatta Ticaret Kanunu, Ceza Kanunu gibi temel kanunların adlarının başında "Türk" sözcüğü yer aldığı ve bu kanunlar "Türk Medenî Kanunu", "Türk Ticaret Kanunu" ve "Türk Ceza Kanunu" olarak anıldıkları hâlde, yine bir temel kanun olan Borçlar Kanununun adının başında "Türk" sözcüğünün yer almamış olmasının sebebi açıklanamaz. Bu nedenle, Tasarıda Kanunun adı, "Türk Borçlar Kanunu" olarak ifade edilmiştir."

Keşke, kanunlarımızın adını değiştirmek suretiyle değil de, Avrupa'daki onlarca bilimsel oluşumda, yıllardır hummalı şekilde çalışan bilim insanlarının arasında bulunmak ve "Avrupa" Borçlar Kanunu'nun oluşumunda aktif olarak katkıda bulunmak suretiyle adımızı ve ülkemizin sesini duyurabilseydik. Keşke her bilim dalı gibi hukukun da bir bilim dalı olarak sınır tanımadığını, milliyeti olmadığını, aksine evrensel olduğunu görebilsek ve buna uygun kanunlar hazırlayabilseydik. Bu yapılamadığı için, üç kanunda üç farklı düzenleme ile çalışmak ve bunları tutarlı şekilde uygulamak ve yorumlamak görevi bir kez daha yargıya düşmektedir. Ancak mahkemelerimizin mukayeseli hukuk verilerinden faydalanmaktan çekinmediği gerçeği karşısında yargının bu sorunun üstesinden layıkıyla geleceği konusunda bu makalenin yazarı şüphe duymamaktadır.