

BORÇLAR KANUNUNUN GENEL İŞLEM KOŞULLARINA DAİR HÜKÜMLERİ HAKKINDA BİR İNCELEME

Mehmet AKÇAAL*

ÖZET

Genel işlem koşulları, günümüzde bankacılık, sigortacılık, seyahat ve taşıma işleri gibi birçok alanda kullanılan sözleşmelerde yer almaktadır. Ancak, Türk Hukukunda 6098 sayılı Borçlar Kanunundan önce genel işlem koşulları hakkında herhangi bir genel hüküm mevcut değildi. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda ise, genel işlem koşulları sadece tüketici sözleşmeleri bakımından düzenlenmişti. Bu eksiklik, 6098 sayılı Borçlar Kanunu ile giderilmiştir. Buna göre, genel işlem koşulları, Borçlar Kanununun 20 ilâ 25 inci maddeleri arasında ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla, Borçlar Kanunundaki genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin, artık bu koşullara yer verilen her tür sözleşmede uygulanması mümkündür. Borçlar Kanununda, önce genel işlem koşulunun tanımına yer verilmiştir. Sonra ise, genel işlem koşullarının denetimi düzenlenmiştir. Bunlar; yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimidir.

Anahtar Kelimeler: Borçlar Hukuku, Genel İşlem Koşulları, Standart Sözleşme, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu, Yazılmamış Sayılma

AN ANALYSIS FOR THE PROVISIONS OF THE CODE OF OBLIGATIONS RELATING TO THE GENERAL TRANSACTION CONDITIONS

ABSTRACT

The general transaction conditions take place in contracts which are used in many areas such as banking, insurance trade, travelling and carrying at the present day. However, there wasn't any general legal provision relating to the general transaction conditions before The Code of Obligations no 6098. The general transaction conditions are put in order in The Law on the Protection of Consumers no 4077 only for consumer contracts. The Code of Obligations no 6098 made up for the deficiency. Accordingly, the general transaction conditions are put in order and lined off elaborately between Article 20 and 25. Thus, the legal provisions relating to the general transaction conditions in The Code of Obligations no 6098 are possible to be put in practice for the all contracts which give place to these conditions. The definition of the general transaction condition is taken place firstly in The Code of

* Arş. Gör., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

Obligations no 6098. Then, the control of the general transaction conditions are put in order in The Code of Obligations. The species of the general transaction conditions are the control for the operation, the control for the interpretation and the control for the content.

Keywords: *The Law of Obligations, The General Transaction Conditions, Standard Contract, The New Code of Obligations no 6098, To Be Counted Unwritten*

GİRİŞ

Borçlar hukukunun temelinde bireysel sözleşme modeli yer almaktadır. Buna göre, 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunundaki sözleşmelere ilişkin hükümler, esas itibarıyla aynı sosyo - ekonomik konumda olan ve bir araya gelip görüştüğten sonra sözleşmeyi kurduğu farz edilen taraflar dikkate alınarak düzenlenmiştir. Ancak, günümüzdeki sosyal ve ekonomik gelişmelere uygun olarak, standart sözleşmeler giderek daha fazla önem ve yaygınlık kazanmaktadır. Bankacılık, sigortacılık, taşıma işleri gibi birçok alanda standardizasyon ve rasyonalizasyon amaçları doğrultusunda, genel işlem koşulları içeren standart sözleşmeler tercih edilmektedir. Standart sözleşmelerde aynı konulara dair pek çok kimse ile ileride yapılması planlanan sözleşmelerin şartları, önceden tek taraflı olarak banka, sigorta ve taşıma gibi işleri yapan kurumlarca hazırlanmakta ve herhangi bir tartışma ve pazarlık imkânı tanınmaksızın karşı tarafa dayatılmaktadır¹. Dolayısıyla, bu tip sözleşme modelinde taraflar arasındaki denge güçlü taraf lehine ve zayıf taraf aleyhine bozulmakta ve böylece sözleşme adaleti ciddi şekilde zayıflatılmaktadır. Çünkü, bu şekilde kurulan sözleşmede, zayıf taraf, güçlü tarafın sunduğu bir standart sözleşmeyi ya içerdiği genel işlem koşullarıyla birlikte kabul etme ya da sözleşme konusu edime kavuşmaktan tümüyle vazgeçmek durumunda kalmaktadır². Meselâ, bir tacir ya bankanın kendisine

¹ **Havutçu**, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 1-3; **Rehbinder**, Manfred, Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması (Çev. Teoman, Ömer), Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, İÜHFM. Özel Sayısı, C. 13, S. 1-4, İstanbul 1977, s. 643; **Kuntalp**, Erden, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, (Ankara, 8 Nisan, 2011), Ankara 2011, s. 83; **Yalman**, Süleyman / **Bostancı**, Yalçın / **Kızır**, Mahmut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Genel İşlem ve Koşulları İle İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi, KBD., Y. 40, S. 23, 2012, s. 18; **Küçükyalçın**, Arzu, Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması, AÜHFD., C. 53, S. 4, 2004, s. 110; **Bostancı**, Şebnem, Genel İşlem Şartları, <http://www.hukukiboyut.com/arsiv/d2009112493649.pdf>, (Erişim Tarihi: 20.01.2014).

² **Tekinay**, Selâhattin S. / **Akman**, Sermet / **Burcuoğlu**, Halûk / **Altop**, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 159-160; **Koç**, Nevzat, Türk Borçlar

sunduğu kredi sözleşmesini imzalayıp krediyi alır ya da kredi almaktan vazgeçer. Yine, kişi, ya imtiyaz sahibi şirketin kendisine sunduğu abonmanlık sözleşmesini imzalar ya da konutuna elektrik veya su almaktan vazgeçmek zorunda kalır. Birçok hizmet ya da edimden hiç yararlanmamanın söz konusu olmaması ve tartışma imkânının bulunmaması karşısında, kişinin bu tip sözleşmelerin uygulanmasında kanunun emredici hükümleriyle korunması zorunluluğu ortadadır³. Bunu dikkate alan kanun koyucu genel işlem koşullarını 6098 sayılı Borçlar Kanununda düzenlemiştir.

I. TÜRK HUKUKUNDAKİ GELİŞMELER

Türk hukukunda, 6098 sayılı Borçlar Kanunundan önce, genel işlem koşulları hakkında 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna 2003 yılında eklenen “Sözleşmedeki Haksız Şartlar” başlıklı 6 ncı madde ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik” mevcuttu. Bu itibarla, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda, “haksız şartlar” kavramı tercih edilmişti⁴.

Haksız koşullar (şartlar) kavramı, genel işlem koşullarını kapsamakla

Kanunu Tasarısında Genel Hükümlere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 2, S. 12, 2007, s. 80; **Demir**, Mehmet, 2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel İşlem Koşulları'na İlişkin Maddelerinin (m. 20–25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri, TBBD., S. 76, 2008, s. 219; **Havutçu**, s. 3.

³ **Altop**, Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Reyegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 254; **Özel**, Çağlar, Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri, Sosyo Ekonomi Dergisi, Ocak-Haziran 2006-1, s. 159; **Ulusan**, İhsan, Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi, <http://www.kazan-ci.com/kho2/hebb/files/makale-milhanulusan-1.htm> (Erişim Tarihi: 17.1.2014). Taksitle satış sözleşmeleri bakımından aynı yönde bkz., **Yavuz**, Nihat, Taksitle Satım Sözleşmelerinde Tüketicilerin (Alıcıların) Genel İşlem Şartları Arasında Yer Alan Kayıtlara Karşı Korunması, THD., S. 8, Nisan 2007, s. 31.

⁴ Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından Avrupa Birliği mevzuatı ile tamamen uyum sağlanabilmesi ve hâlen yürürlükteki Kanunun pek çok maddesinde değişiklik yapılması ihtiyacından dolayı 4077 sayılı Kanunun yerine, yeni bir kanun için gerekli olan taslağın hazırlanması uygun bulunmuştur. Böylece, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı hazırlanmıştır. Söz konusu Tasarı, 7.11.2013 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda kabul edilerek yasalasmıştır. Ancak, 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesi Resmî Gazete'de yayımından (bkz., RG. 28.11.2013, S. 28835) itibaren altı ay sonraya ertelenmiştir. Tüketici sözleşmelerindeki haksız koşullar, 6502 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu hususta bkz., **Yıldırım**, Abdülkerim, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler, GÜHFD., C. 17, S. 1-2, 2013, s. 1015-1047.

birlikte, bu koşullardan daha geniş bir anlama sahiptir⁵. Dolayısıyla, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundaki söz konusu hükümler, genel işlem koşulu niteliği taşımayan haksız koşullar hakkında da uygulanır. Öte yandan, söz konusu hükümler, sadece tüketici sözleşmelerindeki haksız koşullar ve dolayısıyla genel işlem koşulları hakkında uygulanmaktadır. Zira, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6 ncı maddesi, uygulama alanı itibariyle sadece tüketicilere karşı kullanılan genel işlem koşullarının denetlenmesine imkân tanımaktadır. Buna karşılık, tüketici olmayanlar ve özellikle tacirler arasında kullanılan genel işlem koşullarının denetimi ise düzenleme alanının dışındadır⁶. Söz konusu esas, 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun bakımından da geçerlidir.

Öte yandan, genel işlem koşulları hakkında tüketici olmayanları da kapsayacak nitelikte genel hükümler, 818 sayılı eski Borçlar Kanununda da düzenlenmemiştir. Ancak, 6098 sayılı yeni Borçlar Kanununda, 20 ilâ 25 inci maddeler arasında bu eksiklik giderilmiş ve genel işlem koşulları, tüketici – tacir ayırımı yapılmaksızın her tür sözleşme için öngörülmüştür. Bu ise, karşı tarafın tüketici olup olmadığına bakılmaksızın, her tür sözleşmedeki genel işlem koşulunun denetimine imkân sağlamaktadır⁷.

II. TANIM VE UYGULAMA ALANI

Borçlar Kanununun 20 ncı maddesinin 1 inci fıkrasında genel işlem koşulları, “*bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla⁸, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri*” şeklinde tanımlanmıştır.

⁵ **Aslan**, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Bursa 2013, s. 171; **Havutçu**, s. 219, dn. 538.

⁶ **Atamer**, Yeşim M., Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (F) İle Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, (Ankara, 8 Nisan, 2011), Ankara 2011, s. 10; **Dizdar**, Ali Murat, Genel İşlem Şartlar, Bankacılar Dergisi, S.72, İstanbul 2010, s. 85-86.

⁷ **Sirmen**, A. Lâle, Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, (Ankara, 8 Nisan, 2011), Ankara 2011, s. 110; **Kuntalp**, s. 82; **Öz**, M. Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 1. Baskı, İstanbul 2011, s. 7; **Yavuz**, Selçuk, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından Haksız Şartlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 32; **Dizdar**, s. 88.

⁸ Burada, en az üç kez kullanma amacının varlığının yeterli kabul edileceği yönünde bkz., **Moll**, Wilhelm / **Melms**, Christopher, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 2012, § 10 Rn. 92; **Staudinger**, J. von / **Coester**, Michael, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 2008, s. 169.

Öncelikle, söz konusu tanımda yer alan “*tek başına*” ifadesi yanlış anlaşılmaya müsaittir. Bununla kastedilen, sözleşmenin tek başına kaleme alınmış olması değildir. Kişi, sözleşmeyi avukatları ile hazırlayabileceği gibi, başka kişilerden de danışmanlık talep edebilir. Bu gibi haller, söz konusu hükümlerin genel işlem koşulu olarak değerlendirilmesine engel teşkil etmez. Dolayısıyla, tek başına ifadesi ile kastedilen sadece karşı taraf dahil edilmeksizin sözleşme koşullarının hazırlanmasıdır. Buna göre, “*tek başına*” ifadesi yerine “*tek yanlı*” ifadesi tercih edilebilirdi⁹.

Yine, Borçlar Kanununa göre, genel işlem koşulları, sözleşmeyi “*düzenleyenin, ... karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri*” olarak tanımlanmaktadır. Buna göre, metni düzenleyen ile genel işlem koşullarını kullananın aynı kişi olması gerektiği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Hâlbuki, böyle bir sonuç, hükmün uygulama alanını yanlış bir şekilde daraltır. Çünkü, genel işlem koşulları bakımından önemli olan kimin onları düzenlediği değil, kimin sunduğudur. Buna göre, kullanıcı, sözleşme kurulmadan önce hazırlanmış genel işlem koşullarını karşı tarafa sunan ve bunların sözleşme içeriği olmasını isteyen kişidir. Meselâ, avukat (A) tarafından kaleme alınan genel işlem koşulları, karşı tarafa başka bir kişi olan (B) tarafından sunulabilir. Bu durumda genel işlem koşullarını düzenleyen ve onları kullananın farklı kişiler olması, sözleşmedeki hükümlerin genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesini engellememelidir¹⁰.

Tanımda “*önceden*” kelimesi kullanıldığından, “*ileride*” kelimesine gerek olmadığı ve madde metninden çıkarılmasının uygun olacağı ifade edilebilir. Ayrıca, Borçlar Kanununun 1 inci, 2 inci, 6 ncı ve 11 inci maddelerinde “*sözleşmenin kurulması*” ifadesi tercih edilmiştir. Dil uyumunu sağlamak adına, genel işlem koşulunun tanımındaki “*sözleşme yapılırken*” ifadesi yerine “*sözleşme kurulurken*” ifadesinin kullanılmasının uygun olacağı da belirtilmelidir¹¹.

⁹ **Arıkan**, Mustafa, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, (İstanbul, 3-4 Haziran 2011), İstanbul 2011, s. 70.

¹⁰ **Holmes**, Eric Mills / **Thuirmann**, Dagmar, A New and Old Theory For Adjudicating Standardized Contracts, Georgia Journal of International and Comparative Law, Volume 17, Issue 3, 1987, s. 349; **Aydoğdu**, Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, DEÜHFD., C. 13, S. 2, 2011, s. 15; **Özuysal**, Neslihan, Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, 139-140; **Atamer**, GİK, s. 15, 18; **Havutçu**, s. 76; **Güngör**, Hayriye Gonca, Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşullarına Bakış ve Öneriler (II), LHD., C. 3, S. 31, 2005, s. 2469.

¹¹ **Veziroğlu**, Cem, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları, İBD.,

Sonuç olarak, bu eleştiriler göz önünde bulundurulduğu takdirde, *genel işlem koşulları*, çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere önceden düzenlenmiş olan ve sözleşmenin taraflarından birinin, diğer tarafa sözleşme kurulurken sunduğu sözleşme hükümleri şeklinde tanımlanabilir¹².

Borçlar Kanununun 20 nci maddesinin 1 inci fıkrasının 2 nci cümlesine göre, “*bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz*”. Bu hüküm, genel işlem koşullarının tamamının veya bir kısmının sözleşme metninde ya da ekinde değişik karakterlerle yazılmak suretiyle, emredici kanunî düzenleme kapsamının dışına çıkarılmasını önlemeyi hedefleyen, isabetli bir hükümdür¹³.

Borçlar Kanununun 20 nci maddesinin 2 nci fıkrası gereğince, aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu olarak kabul edilmesini engellemez. Buna göre, aynı amaçla düzenlenmiş standart sözleşme metinleri birbirinin aynısı olmasa da, içerdikleri hükümler yine de birer genel işlem koşulu olarak sayılır. Yani, sözleşme metinlerindeki önemsiz ve yapay farklılıklar, aynı maddenin 1 inci fıkrasındaki tanım kapsamında olmaları şartıyla, sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulu sayılmasını engelleyemez. Buna göre, meselâ, tip sözleşme yöntemini kullanan tarafın, çok sayıda farklı tipte sözleşme hazırlayarak, genel işlem koşullarına ilişkin hükümleri dolanması mümkün değildir¹⁴.

Borçlar Kanununun 20 nci maddesinin 3 üncü fıkrası ise şu şekildedir: “*genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz*”. Bu hüküm sayesinde, kanundaki tanıma (BK. m. 20/I) uyan bir genel işlem koşulunun, sözleşmenin kuruluşu esnasında taraflar arasında özel olarak tartışılrsa bile genel işlem koşulu olmaktan çıkmayacağı benimsenmiştir. Böylece, uygulamada sık sık karşılaşılan bir durum göz önünde tutulmuştur. Gerçekten, uygulamada tip

C. 84, S. 5, 2010, s. 3079; **Altop**, s. 258.

¹² **Yelmen**, Adem, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013, s. 12; **Moll / Melms**, § 10 Rn. 91; **Säcker**, Franz Jürgen / **Rixecker**, Roland / **Oetker**, Hartmut, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241–432, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2012, Rn. 1; **Altop**, s. 258.

¹³ **Yelmen**, s. 27; **Koç**, s. 81; **Kuntalp**, s. 91.

¹⁴ **Koç**, s. 81; **Dizdar**, s. 88; **Yelmen**, s. 27.

sözleşmelerin büyük bir çoğunluğunda, sözleşmenin tüm hükümlerinin tek tek okunduğu, tartışıldığı ve bu şekilde kabul edildiğine dair düzenlemelere yer verilmektedir. İşte, 20 nci maddenin 3 üncü fıkrası sayesinde, tüm bu durumlar, genel işlem koşullarının emredici düzenlemesine tâbi olmuştur. Meselâ, çok sayfalı tip sözleşmelerde sayfalardan her birine katılanın bu türden açıklamalarla birlikte imza atması, genel işlem koşullarına ilişkin emredici hükümleri dolanmaya yetmez.

Aynı maddenin son fıkrası gereğince, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmeler, her durumda standart sözleşme olarak kabul edilmektedir. Bu sayede, söz konusu sözleşmeler, kesin olarak genel işlem koşullarının emredici düzenlemesine tâbi kılınmaktadır. Buna göre, elektrik, su ve doğal gaz gibi tekel niteliğindeki kamu hizmetlerini sunan kişi ve kurumlar tarafından önceden tek taraflı olarak hazırlanan standart sözleşmelerdeki genel işlem koşullarının da mutlak surette emredici düzenleme kapsamında değerlendirilmiş olması isabetli bir çözüm yolu olmuştur¹⁵.

III. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

Genel işlem koşullarının denetimi üçe ayrılır. Bunlar, “yürürlük denetimi”, “yorum denetimi” ve “içerik denetimi”dir. Yürürlük denetimi, genel işlem koşulunun sözleşme içeriğine dahil olup olmadığının tespiti aşamasıdır. Yorum denetimi ise, sözleşme içeriğine dahil olduğu belirlenen genel işlem koşulunun (açık ve anlaşılır olmaması veya birden fazla anlama gelmesi durumunda) yorum yoluyla denetlenmesini ifade eder. Son olarak, içerik denetiminde, bu denetim aşamaları işe yaramadığı takdirde (dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde, karşı tarafın durumunu ağırlaştırır veya onun aleyhine olan) genel işlem koşulunun geçerliliği denetlenir. Borçlar Kanununda yürürlük denetimi 21 ve 22 nci maddelerde; yorum denetimi 23 üncü maddede ve içerik denetimi ise 24 ve 25 inci maddelerde düzenlenmiştir¹⁶.

¹⁵ **Demir**, s. 219. Bu tür sözleşmelerde, genel işlem şartları bakımından “ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacı”nın aranmayacağı yönünde bkz., **Yelmen**, s. 28.

¹⁶ **Sirmen**, s. 112-113; **Yalman / Bostancı / Kızır**, s. 22; **Dizdar**, s. 88. Genel işlem koşullarının “bağlayıcılık denetimi” ve “içerik denetimi” şeklindeki ikili tasnifi için bkz., **Havutçu**, s. 40-41. **Oğuzman / Öz**'e göre, 6101 sayılı Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 1 inci maddesi gereğince, sözleşme hükümlerinin yürürlüğüne getirilen sınırlamaların (yazılmamış sayılma hâllerinin) Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Temmuz 2012'den önce kurulmuş olan sözleşmelere uygulanmaması gerekir. Öte yandan, yazarlara göre, 6101 sayılı Kanunun kamu düzenine ilişkin 2 nci maddesi gereğince, içerik ve yorum denetimine ilişkin hükümlerin Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Temmuz 2012'den önce kurulmuş olan sözleşmelere de uygulanması gerekir (bkz.,

A. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YÜRÜRLÜK DENETİMİ

1. SÖZLEŞME KAPSAMINA GİRME VEYA YAZILMAMIŞ SAYILMA

Borçlar Kanununun 21 inci maddesinin 1 inci fıkrasının 1 inci cümlesi gereğince, “*karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır*”. Buna göre, karşı tarafın menfaatine aykırı¹⁷ genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girebilmesi için üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bunlar, genel işlem koşullarını düzenleyen tarafın, sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafa bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi, bu koşulların içeriğini öğrenme imkânı sağlaması ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesidir¹⁸.

Öte yandan, aynı hükmün devamında, söz konusu şartlardan herhangi birine uyulmadığı takdirde, genel işlem koşulunun yazılmamış sayılacağı düzenlenmiştir. Bu hükümlerle birlikte, borçlar hukukunda “*yazılmamış sayılma*” diye yeni bir geçersizlik türü öngörülmüştür. Türk hukukunda hâkim görüşü¹⁹, burada yazılmamış sayılma ile kastedilenin “*yokluk*” olduğu

Oğuzman, M. Kemal / **Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 171).

¹⁷ Genel işlem koşulunun “*karşı tarafın menfaatine aykırı*” olup olmadığının hâkim tarafından yürürlük denetimi aşamasında denetlenmesinin isabetli olmadığı yönünde bkz., **Yelmen**, s. 38; **Aydoğdu**, s. 21; **Atamer**, GİK, s. 28.

¹⁸ **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 14. Baskı, Ankara 2012, s. 220-221; **Kuntalp**, s. 95. Söz konusu şartların düzenleyen tarafından ispat edilmesi gerektiği yönünde bkz., 13. HD. 2.5.2008, E. 2008/4345 K. 2008/6088 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası), (Erişim Tarihi: 20.1.2013). Ayrıca, düzenleyen tarafın söz konusu hükümdeki zorunlu hususları nasıl ispat edeceği hakkında bkz., **Reisoğlu**, Seza, Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi, http://www.google.com.tr/url?sa=t&rc=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCkQFjAA&url=http%3A%2F%2Fww.tb.org.tr%2FDosyalar%2FKonferans_Sunumları%2FSR_Borclar_Kanunu_Genel_Islem_Sartları.doc&ei=xITZUqK5D5SshQeXr4CADw&usq=AFQjCNEoQPXtdo4S94i0FIyZDn6rTLZRIQ&bvm=bv.59568121,d.Bge (Erişim Tarihi: 17.1.2014).

¹⁹ **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2012, s. 119; **Ayan**, Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya 2012, s. 150; **Oğuzman / Öz**, s. 168; **Eren**, s. 221. Ancak, yazılmamış sayılma ile kastedilenin, söz konusu genel işlem koşulunun “*batıl*” sayılması olduğu yönünde ise bkz., **Arıkan**, s. 72. Genel işlem koşulunun batıl sayılması gerektiğinin kabulü hâlinde meydana gelecek sonuçlar hakkında bkz., **Akcaal**, Mehmet, İşletmenin Devri, Ankara 2014, s. 147. **Sirmen**’e göre ise, burada kastedilen söz konusu hükümlerin sözleşmede hiç yer almamış sayılmasıdır (bkz., age., s. 115). Öte

yönündedir. Buna göre, genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması için, bir irade açıklaması veya dava açılması gerekmez.

Meselâ, müşteri (M), bir otobüs bileti satın almak için satış ofisine gitmiş, taşımanın gerçekleşeceği gün, saat ve gidilecek yer konusunda satış elemanı (S) ile anlaşmış, parayı ödemiş ve sonra da (S), bileti basarak (M)'ye vermiş olsun. Bu durumda biletin arkasında yazılı olan genel işlem koşulları sözleşmenin içeriğine dahil olamamıştır. Zira, sözleşme yapıldığı sırada müşteri (M)'ye genel işlem koşullarının içeriğini öğrenme imkânı sağlanmamıştır²⁰. Yine, meselâ, sözleşmenin telefonda kurulması hâlinde genel işlem koşullarının varlığından hiç bahsedilmemişse ilk sebepten; koşullar hakkında bilgi verilmiş ancak karşı tarafa bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlanmamışsa ikinci sebepten dolayı genel işlem koşulu sözleşme kapsamına dahil olmaz²¹.

Borçlar Kanununun 21 inci maddesinin 2 nci fıkrasında, “sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları”nın başka bir koşul aranmaksızın yazılmamış sayılacağı düzenlenmiştir. Bu hükümdeki “sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları” ile kastedilen, “alınmamış, şaşırtıcı koşullar”dır²². Diğer tarafa açıkça bilgi verilip, bunların içeriğini öğrenme imkânının sağlanması ve diğer tarafın da bunları kabul etmesi hâlinde dahi bu nitelikteki genel işlem koşulları hakkında yazılmamış sayılma yaptırımını uygulanır²³. Meselâ, kredi sözleşmelerinde yer verilen, kredi veren kurumun dilediği anda hiçbir gerekçe göstermeksizin hesabı kat edeceğine ve kredi ilişkisine son vereceğine ilişkin koşulların bu sebeple yazılmamış sayılması gerekir²⁴.

yandan, **Yelmen**'e göre, yazılmamış sayılma, “kendisine özgü bir yaptırım türü”dür (bkz., age., s. 67).

²⁰ **Atamer**, GİK, s. 29.

²¹ **Arıkan**, s. 72.

²² **Bigat**, Şevket Güney / **Lokmanoğlu**, Ensar, Genel İşlem Şartları Açısından Şaşırtıcı, Süpriz, Beklenmeyen, Haksız, Adil Olmayan ve Çok Anlamlı Koşullar, İBD., C. 83, S. 6, 2009, s. 3150; **Kaşak**, Esra, Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 Sayılı TBK m. 21/2), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 2012, s. 421.

²³ **Kılıçoğlu**, s. 118; **Kuntalp**, s. 96; **Yelmen**, s. 68. Öte yandan, sözleşmeye yabancı her koşulun otomatik olarak sözleşme dışında bırakılmasının uygun olmadığı yönünde bkz., **Sirmen**, s. 116; **Veziroğlu**, s. 3081.

²⁴ **Güngör**, s. 2467; **Dizdar**, s. 89; **Altop**, s. 259-260; **Veziroğlu**, s. 3081. Bkz., 19. HD. 13.2.2013, E. 2012/14777 K. 2013/2711, “...Davacı banka ile dava dışı S...Ltd. Şti. arasında kredi sözleşmesi imzalanmış, davalı Ersan adına kayıtlı taşınmaz üzerinde davacı banka lehine ipotek tesis ettirmiştir. İpotek akid tablosunda ipotek verenin ipotek limiti kadar müşte-

2. YAZILMAMIŞ SAYILMANIN SÖZLEŞMEYE ETKİSİ

Borçlar Kanununun 22 nci maddesinde yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi düzenlenmiştir. Bu hüküm son derece önemlidir. Zira, genel işlem koşuluna ilişkin olarak kanun koyucunun amacı kesinlikle işlemin tamamen geçersiz sayılması değildir. Şayet böyle olsaydı, zayıf taraf esas o zaman mağdur olurdu. Meselâ, müşteri kredi almak için kredi kurumu ile sözleşme yapsın ve bu sözleşmede emredici kurallara aykırı nitelikte genel işlem koşulları olsun. Eğer söz konusu genel işlem koşulları sebebiyle bu sözleşmenin tamamının geçersiz olacağı kabul edilseydi, taraflar arasında sözleşme tamamen ortadan kalkar ve zayıf taraf elde etmek istediği menfaatten mahrum kalırdı²⁵.

Söz konusu maddenin ilk cümlesinde, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümlerinin geçerliliğini koruyacağı öngörülmüştür. Buna göre, yazılmamış sayılan genel işlem koşullarını içeren bir sözleşmenin, söz konusu genel işlem koşulları dışındaki diğer hükümleri geçerli olmaya devam eder. Dolayısıyla, bu hüküm sayesinde, kısmî kesin hükümsüzlük gibi, “kısmen yazılmamış sayılma” yaptırımını öngörülmüştür. Bir başka ifadeyle, burada “kısmî yokluk” yaptırımını söz konusudur²⁶. Bu itibarla, önceden bahsedilen otobüs bileti satış sözleşmesine ilişkin misâl bakımından müşteri (M) ile otobüs firması arasında yapılan bu sözleşme geçerliliğini korur. Ancak, biletin arkasında yazılı olup sözleşme yapıldıktan sonra (M)’ye verilen ve dolayısıyla sözleşme yapıldığı sırada müşteri (M)’nin içeriğini öğrenme imkânına sahip olmadığı genel işlem koşulları yokluk yaptırımına tâbi olur.

Yazılmamış sayılan hükümlerin oluşturacağı boşluk bakımından ise, 6098 sayılı Borçlar Kanununda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Kaynak BGB. §. 306/(2)’de ise, bu durumda kanunî düzenlemelerin geçerli olacağı ifade edilmiştir. Buna uygun olarak, Alman Hukukunda, bahse konu genel işlem koşullarının yerine tamamlayıcı hukuk kurallarının uygulanacağı kabul edilmektedir²⁷. Türk Hukuku bakımından da Türk Medenî Kanununun 1 inci

rek borçlu ve kefil olduğu belirtilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 21 / son maddesine göre sözleşmenin niteliğine ve özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. İpotek akıt tablosunda ipotek verenin ayrıca müteselsil kefil olduğuna ilişkin kayıtlı ipotek sözleşmesinin niteliğine ve özelliğine uygun değildir...” (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası), (Erişim Tarihi: 20.1.2014).

²⁵ Kuntalp, s. 96.

²⁶ Eren, s. 221. Aynı yönde bkz., Yalman / Bostancı / Kizir, s. 22.

²⁷ Schulze, Reiner / Schulte-Nölke, Hans, Handkommer BGB, 7. Auflage, Baden-Baden 2012,

maddesinden hareketle aynı sonucu kabul etmek mümkündür²⁸.

Aynı maddenin ikinci cümlesi gereğince, bu durumda düzenleyenin²⁹, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyeceği ifade edilmiştir³⁰. Kanun koyucu, bu hüküm sayesinde sözleşmeyi düzenleyen Borçlar Kanununun 27 nci maddesinin 2 nci fıkrasının 2 nci cümlesinden kıyasen yararlanmasını engellemiştir. Söz konusu hükme göre, kısmî kesin hükümsüzlük durumunda, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz olur (BK. m. 27/II, c. 2)³¹.

Bununla birlikte, yazılmamış sayılan hükümler, söz konusu sözleşmenin esaslı unsurlarını teşkil ediyorsa, sözleşmenin tamamı geçersiz hale gelir. Çünkü, 6098 sayılı Borçlar Kanununun 2 nci maddesinin 1 inci fıkrası gereğince, sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmaları gerekmektedir³².

B. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YORUM DENETİMİ

Sözleşmenin içeriğine dahil olduğu belirlenen genel işlem koşullarının yorum yoluyla denetlenmesi, Borçlar Kanununun 23 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm gereğince, genel işlem koşullarında yer alan bir hükmün, açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanması gerekmektedir. Borçlar Kanununun 23 üncü maddesi, hem Roma Hukukundan beri kabul edilen “*sözleşmenin, şüphe hâlinde düzenleyen aleyhine yorumlanması ilkesi (in dubio contra stipulatorem)*”³³’nin bir uygulamasıdır hem de BGB. § 305c /

BGB § 306 Rn. 6. Ayrıca, yazarlar, şayet bu durumda somut olaya uygulanacak herhangi bir hüküm mevcut değilse, söz konusu boşluğun istisnaen sözleşmenin tamamlayıcı yorumu suretiyle tamamlanması gerektiğini belirtmektedirler (bkz., **Schulze / Schulte-Nölke**, BGB § 306 Rn. 6).

²⁸ **Yelmen**, s. 70-71.

²⁹ Sözleşmenin diğer tarafının Borçlar Kanununun 27 nci maddesinin 2 nci fıkrasının 2 nci cümlesinden kıyasen yararlanmasının mümkün olduğu yönünde bkz., **Koç**, s. 83.

³⁰ Bu hükümle birlikte, genel işlem koşulları bakımından, kanun gereği bir sözleşme yapma zorunluluğu öngörüldüğü yönünde bkz., **Demir**, s. 221.

³¹ **Yelmen**, s. 70; **Veziroğlu**, s. 3081; **Koç**, s. 83.

³² Aynı yönde bkz., **Yelmen**, s. 73; **Sirmen**, s. 117.

³³ Bu ilkenin “*belirsizlik ilkesi*” olarak adlandırıldığı yönünde bkz., **Atamer**, GİK, s. 35. “*Açık olmama kuralı*” şeklinde adlandırıldığı yönünde ise bkz., **Karagöz**, Veli, Tip İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezaî Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi, AÜHFD., C. 8, S. 1-2, 2004, s. 603.

II ile uyumludur. Zira, Alman Hukukunda da, kullanan aleyhine yorum ilkesi benimsenmiştir³⁴. Böylece, genel işlem koşullarının yorumlanmasıyla ilgili olarak, güven ilkesini esas alan bir yorum yöntemi benimsenmiştir³⁵.

Söz konusu hükmün uygulanabilmesi için, genel işlem koşulu niteliğindeki hükmün ya açık ve anlaşılır olmaması ya da birden fazla anlama gelmesi gerekir. Meselâ, arabanın görüldüğü gibi ve hiçbir ayıptan sorumlu olmaksızın satıldığına ilişkin bir genel işlem koşulu öngörülebilir. Bu durumda, söz konusu sorumluluk sınırlandırmasının arabanın gizli ayıpları bakımından da geçerli olup olmayacağı belirsizdir. Ancak, Borçlar Kanununun 23 üncü maddesi gereğince, birden fazla anlamdan düzenleyen aleyhine ve (müşteri) karşı taraf lehine olan tercih edilmelidir. Bu sayede, söz konusu sınırlandırmanın gizli ayıplar bakımından uygulanamayacağı kabul edilmelidir³⁶. Yine, meselâ, aynı konuda özel hüküm bulunmasına rağmen, düzenleyen, sözleşmede bir de genel işlem koşulu öngörmüşse, genel işlem koşulu özel hükümle çeliştiği için uygulanamaz³⁷.

C. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İÇERİK DENETİMİ

1. TEK YANLI OLARAK DEĞİŞTİRME YASAĞI

Uygulamada, sadece genel işlem koşullarını düzenleyen lehine olmak üzere, bu koşulların tamamının veya bir kısmının değiştirilmesi konusunda düzenleyene yetki veren kayıtlarla sıkça karşılaşılmaktadır. İşte, bu kayıtların önüne geçebilmek adına, Borçlar Kanununun 24 üncü maddesinde genel işlem koşullarını değiştirme yasağı öngörülmüştür. Gerçekten, söz konusu hükümde, 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 kayıtların yazılmamış sayılacağı düzenlenmiştir. Buna göre, genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede, düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine sözleşmeyi değiştirme yetkisi veren kayıtlar da yazılmamış sayılma yaptırımına tâbidir. Bir başka ifadeyle, değiştirme yasağının yaptırımı da, bu yasağa aykırı kayıtların yazılmamış sayılmasıdır.

³⁴ *Schulze / Schulte-Nölke*, BGB § 305 c Rn. 4.

³⁵ *Demir*, s. 221; *Yelmen*, s. 84; *Holmes / Thuirmann*, s. 350; *Güngör*, s. 2469; *Dizdar*, s. 89; *Veziroğlu*, s. 3082; *Özel*, s. 160-161; *Kartal*, Doğan, Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008, s. 104.

³⁶ *Atamer*, Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Baskı, İstanbul 2001, s. 134, dn. 62.

³⁷ *Arıkan*, s. 71-72. Aynı yönde bkz., *Eren*, s. 222.

Dolayısıyla, genel işlem koşullarında karşı taraf aleyhine sözleşmeyi değiştirme yetkisi veren kayıtlar, yok hükmündedir. Öte yandan, bahse konu sözleşme ise, bu kayıtlar olmaksızın yapılmış kabul edilir. Böylece, kanun koyucu tarafından burada da kısmî yokluk yaptırımını kabul edilmiştir³⁸. Meselâ, kredi sözleşmelerinin pek çoğunda yer alan ve kredi kuruluşuna faiz oranlarını tek taraflı olarak arttırma yetkisi tanıyan koşulların artık yazılmamış sayılması gerekir³⁹.

Ancak, Borçlar Kanununun 24 üncü maddesinde düzenlenen değiştirme yasağında “yazılmamış sayılma” yaptırımına atıf yapılmış olması, doğru bir nitelendirme olmamıştır. Zira, yazılmamış sayılma, yürürlük denetiminin yaptırımıdır. Hâlbuki, değiştirme yasağı, içerik denetiminin bir konusudur. Genel işlem koşullarında içerik denetiminin yaptırımını ise, Borçlar Kanununun 27 nci maddesi gereğince kesin hükümsüzlük olmalıdır. Bu bakımdan, içerik denetimi kapsamında yer alan bir husus, yürürlük denetimi yaptırımına tâbi tutulmuştur⁴⁰.

Düzenleyen için değiştirme yasağı, sadece karşı taraf aleyhine (düzenleyen lehine) sözleşmeyi değiştirme yetkisi veren kayıtları kapsar. Dolayısıyla, düzenleyen tarafından karşı taraf lehine değiştirme yetkisi tanıyan kayıtların öngörülmesi geçerlidir. Meselâ, banka ile yapılan sözleşmede “banka, para piyasalarındaki gelişmelere göre faiz oranını indirme yetkisine sahiptir” şeklinde bir genel işlem koşulu öngörülmüş olsun. Böyle bir hüküm, karşı taraf (müşteri) aleyhine değil, lehine olduğundan geçerlidir⁴¹.

Söz konusu maddede, değiştirme yasağının, hem sözleşmenin bir hükmünü değiştirmeyi hem de yeni düzenleme getirmeyi kapsadığı belirtilmiştir. Ancak, maddede ayrı bir şekilde yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlardan bahsedilmesine ihtiyaç yoktur. Çünkü, yeni düzenleme getirilmesi de, sözleşmenin değiştirilmesi niteliğindedir⁴².

³⁸ Eren, s. 221. Aynı yönde bkz., Demir, s. 222. Ancak, bu tür kayıtların kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olduğu yönünde ise bkz., Koç, s. 84.

³⁹ Altop, s. 260; Dizdar, s. 89. Kuntalp'e göre ise, bankalar tüketicilerle yaptıkları banka ve kredi kartı sözleşmelerinde faiz değişikliğine gidebilirken, tacirlerle yaptıkları aynı nitelikteki sözleşmede değişiklik yapma yasağına tâbi olacaktır (bkz., age., s. 97).

⁴⁰ Yelmen, s. 108.

⁴¹ Eren, s. 221. Aynı yönde bkz. Kılıçoğlu, s. 119; Demir, s. 222.

⁴² Kılıçoğlu, s. 119.

Ayrıca, Borçlar Kanununun 24 üncü maddesinde, değiştirme yasağına tâbi olan kaydın genel işlem koşulunun bulunduğu sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alması arasında herhangi bir fark olmadığı ifade edilmiştir⁴³.

2. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI HÜKÜMLERİN AKİBETİ

Borçlar Kanununun 25 inci maddesi gereğince, genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümlerin konulması mümkün değildir. Kanun koyucu, bu madde sayesinde, genel işlem koşulları arasında yer alan, dürüstlük kurallarına aykırı olarak hem karşı tarafa zarar veren hem de onun durumunu ağırlaştırıcı koşulları geçersiz saymıştır⁴⁴. Bu itibarla, Borçlar Kanununda, Medenî Kanununun 2 nci maddesinde düzenlenmiş olan dürüstlük kuralının genel işlem koşulları bakımından özel bir uygulamasına yer verilmiştir. Buna göre, sözleşmede karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte genel işlem koşuluna yer verilmişse, bunun dürüstlük kurallarına aykırı olarak konulup konulmadığı değerlendirilir. Şayet bu koşulun dürüstlük kuralına aykırı olarak konulduğu sonucuna varılırsa, söz konusu koşul geçersiz sayılır. Buradaki geçersizliğin türü, kısmî kesin hükümsüzlüktür. Bu sebeple, geçersiz oldukları sonucuna varılanlar dışındaki genel işlem koşulları geçerliliklerini korurlar⁴⁵. Meselâ, yükümlülüklerini yerine getirmeyen karşı tarafı ölçüsüz derecede yüksek bir tazminatla mükellef kılan genel işlem koşullarının bu kapsamda geçersiz sayılması mümkündür.

Borçlar Kanununun 25 inci maddesinde genel işlem koşullarında içerik denetimi için hâkime tanınan tek ölçütün dürüstlük kuralı olması doktrinde⁴⁶

⁴³ Aslında sözleşmede düzenleyen lehine diğer taraf aleyhine değiştirme yapılamayacağına ilişkin ifadenin, tek başına hem asıl sözleşmeyi hem de ayrı bir sözleşmede böyle bir düzenleme yapılmasını kapsadığı yönünde bkz., **Kılıçoğlu**, s. 119.

⁴⁴ Ceyhan 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin Tüketici Mahkemesi sıfatıyla baktığı davanın, E. 2012/118 K. 2012/395 sayılı kararının gerekçesinde "...yine 6098 sayılı BK'nun 25. maddesindeki "genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağı" şeklindeki madde normu yönünden de dürüstlük kuralına aykırı olarak tüketicinin aleyhine olan ve durumunu ağırlaştırıcı herhangi bir hizmet karşılığı olmaksızın dosya masrafı alınmasına ilişkin sözleşme şartının geçersiz olduğu, giderek bu yönden de alınan ücretin tüketiciye iadesi gerektiği..." ifade edilmiştir. Söz konusu karar, Yargıtay tarafından onanmıştır. Bkz., 13. HD. 5.3.2013, E. 2013/3682 K. 2013/5249 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası), (Erişim Tarihi: 20.1.2013).

⁴⁵ **Yalman / Bostancı / Kızır**, s. 22-23; **Yelmen**, s. 130. Aynı yönde bkz., **Demir**, s. 223-224; **Eren**, s. 222; **Koç**, s. 85. Öte yandan, dürüstlük kurallarına aykırı olarak konulan bu hükümlerin, yazılmamış sayılacağı yönünde bkz., **Kılıçoğlu**, s. 119; **Öz**, s. 7-8.

⁴⁶ **Atamer**, GİK, s. 41-42; **Yelmen**, s. 89; **Sirmen**, s. 122. Aynı yönde bkz., **Demir**, s. 224; **Dizdar**, s. 89-90.

eleştirilmiştir. Buna göre, bir genel işlem koşulunun içerik denetimi yapılırken, bu koşulun dürüstlük kurallarına aykırı nitelikte olup olmadığını tespiti yarayacak olan kanunî ölçütlere kanunda yer verilmemiş olması önemli bir eksikliktir. Altop'a göre⁴⁷ de, kanun koyucu, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in Ek'inde olduğu gibi, geçersiz sayılacak bazı genel işlem koşullarını saymayı tercih edilebilirdi. Bu sayede, geçersiz sayılması gerektiği tartışmasız olan bazı tipik genel işlem koşulları örnek kabilinden sayılmış ve uygulamaya yol gösterilmiş olurdu.

SONUÇ

Kanun koyucu tarafından, genel işlem koşullarının 6098 sayılı yeni Borçlar Kanununun 20 ilâ 25 inci maddeleri arasında düzenlenmiş olması sayesinde, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu dönemindeki eksiklik giderilmiştir. Bu itibarla, 6098 sayılı Borçlar Kanunundaki genel işlem koşullarına ilişkin emredici genel hükümlerin, tüketici – tüketici olmayan ayırımı yapılmaksızın her tür sözleşmede uygulanması mümkündür.

Borçlar Kanununun 20 nci maddesindeki genel işlem koşullarının tanımında yer alan “*tek başına*” ifadesinin yanlış anlaşılması için bunun, karşı taraf dahil edilmeksizin sözleşme koşullarının hazırlanması şeklinde anlaşılmasında yarar vardır. Yine, tanımda yer alan, sözleşmeyi “*düzenleyenin, ... karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri*” şeklindeki ifade de hükmün uygulama alanını daraltmaya müsaittir. Hâlbuki, söz konusu hükmün uygulanması bakımından önemli olanın kimin genel işlem koşullarını düzenlediği değil, kimin onları kullandığıdır. Dolayısıyla, genel işlem koşullarını düzenleyen ve onları karşı tarafa sunanın farklı kişiler olması, hükümlerin genel işlem koşulu şeklinde nitelendirilmesinin önüne geçmemelidir.

Genel işlem koşullarının denetimi kapsamında, öncelikle Borçlar Kanununun 21 inci maddesinin ilk fıkrasında sayılan şartları taşımayan genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağı belirtilmiştir. Böylece, Borçlar hukukunda “*yazılmamış sayılma*” diye yeni bir geçersizlik türüne yer verilmiştir. Söz konusu hüküm, yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisine dair 22 nci madde ile birlikte değerlendirildiğinde, yazılmamış sayılmadan anlaşılması gereken ise, kısmî yokluktur. Ayrıca, kanun koyucu, 21 inci maddenin 2 nci fıkrası sayesinde, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine

⁴⁷ Altop, s. 260. Yelmen'e göre, dürüstlük kuralının içeriğinin belirlenmesinde bu hususların göz önünde tutulması gerekirdi (bkz., age., s. 97).

yabancı; şaşırtıcı koşulların da yazılmamış sayılacağını açıkça hükme bağlamıştır.

Borçlar Kanununun yorum denetimine ilişkin 23 üncü maddesi sayesinde, kanun koyucu, Roma Hukukundan beri kabul edilen “*sözleşmenin, şüphe hâlinde düzenleyen aleyhine yorumlanması ilkesi*”ni açık bir şekilde kabul etmiştir. Söz konusu ilkenin uygulanabilmesi için gerekli olan ise, genel işlem koşullarında yer alan bir hükmün ya açık ve anlaşılır olmaması ya da birden çok anlama gelmesidir.

Genel işlem koşullarında içerik denetimine dair hususlar ise, Borçlar Kanununda 24 ve 25 inci maddelerde düzenlenmiştir. Bu kapsamda, öncelikle 24 üncü madde ile, genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine değiştirme yasağına yer verilmiştir. Böylece, uygulamada sadece genel işlem koşullarını düzenleyen lehine olmak üzere, bu koşulların tamamının veya bir kısmının değiştirilmesi hususunda düzenleyene yetki veren kayıtlar geçersiz sayılmıştır. Bu tip kayıtların yaptırımı da kanun koyucu tarafından “*kısmen yazılmamış sayılma*” olarak belirlenmiştir. Böylece geçersizlik sadece söz konusu kayıtlar ile sınırlanmıştır.

Borçlar Kanununun dürüstlük kurallarına aykırı nitelikteki hükümlerin akıbetine ilişkin 25 inci maddesi gereğince, sözleşmede karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte genel işlem koşuluna yer verilmiş ve bu koşul dürüstlük kurallarına aykırı nitelikteyse, söz konusu koşul geçersiz sayılır. Borçlar Kanununun 25 inci maddesinde içerik denetimini gerçekleştirecek olan hâkime verilen tek ölçütün dürüstlük kuralı olması ise eleştiriye açıktır. Gerçekten, genel işlem koşulunun dürüstlük kurallarına aykırı olup olmadığını tespiti yarayacak ölçütlere kanunda yer verilebilirdi.

KAYNAKÇA

- Akçaal**, Mehmet, İşletmenin Devri, Ankara 2014.
- Altop**, Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Reyegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 254-260.
- Arıkan**, Mustafa, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, (İstanbul, 3-4 Haziran 2011), İstanbul 2011, s. 69-74.
- Aslan**, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Bursa 2013.
- Atamer**, Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Baskı, İstanbul 2001 (Sözleşme Özgürlüğü).
- Atamer**, Yeşim M., Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (F) İle Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, (Ankara, 8 Nisan, 2011), Ankara 2011, s. 7-78 (GİK).
- Ayan**, Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya 2012.
- Aydoğdu**, Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, DEÜHFD., C. 13, S. 2, 2011, s. 1-50.
- Bigat**, Şevket Güney / **Lokmanoğlu**, Ensar, Genel İşlem Şartları Açısından Şaşırtıcı, Sürpriz, Beklenmeyen, Haksız, Adil Olmayan ve Çok Anımlı Koşullar, İBD., C. 83, S. 6, 2009, s. 3147-3157.
- Bostancı**, Şebnem, Genel İşlem Şartları, <http://www.hukukiboyut.com/arsiv/d2009112493649.pdf>, (Erişim Tarihi: 20.01.2014).
- Demir**, Mehmet, 2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel İşlem Koşulları'na İlişkin Maddelerinin (m. 20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri, TBBD., S. 76, 2008, s. 217-230.
- Dizdar**, Ali Murat, Genel İşlem Şartlar, Bankacılar Dergisi, S.72, İstanbul 2010, s. 85-93.
- Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 14. Baskı, Ankara 2012.

- Güngör**, Hayriye Gonca, Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşullarına Bakış ve Öneriler (II), LHD., C. 3, S. 31, 2005, s. 2465-2473.
- Havutçu**, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.
- Holmes**, Eric Mills / **Thuirmann**, Dagmar, A New and Old Theory For Adjudicating Standardized Contracts, Georgia Journal of International and Comparative Law, Volume 17, Issue 3, 1987, s. 323-429.
- Karagöz**, Veli, Tıp İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezaî Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi, AÜHFD., C. 8, S. 1-2, 2004, s. 593-606.
- Kartal**, Doğan, Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008.
- Kaşak**, Esra, Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 Sayılı TBK m. 21/2), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 2012, s. 415-429.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2012.
- Koç**, Nevzat, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hükümlere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 2, S. 12, 2007, s. 71-147.
- Kuntalp**, Erden, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, (Ankara, 8 Nisan, 2011), Ankara 2011, s. 81-102.
- Küçükyağcı**, Arzu, Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması, AÜHFD., C. 53, S. 4, 2004, s. 101-123.
- Moll**, Wilhelm / **Melms**, Christopher, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 2012.
- Oğuzman**, M. Kemal / **Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 10. Baskı, İstanbul 2012.
- Öz**, M. Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 1. Baskı, İstanbul 2011.

- Özel**, Çağlar, Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri, Sosyo Ekonomi Dergisi, Ocak-Haziran 2006-1, s. 153-166.
- Özuysal**, Neslihan, Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011.
- Rehbinder**, Manfred, Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması (Çev. Teoman, Ömer), Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, İÜHFİM. Özel Sayısı, C. 13, S. 1-4, İstanbul 1977, s. 641-653.
- Reisoğlu**, Seza, Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi, http://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCkQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tbb.org.tr%2FDosyalar%2FKonferans_Sunumlari%2FSR_Borclar_Kanunu_Genel_Islem_Sartlari.doc&ei=xlTZUqK5D5SshQeXr4CADw&usg=AFQjCNEoQPXtdo4S94i0FIyZDn6rTLZRIQ&bvm=bv.59568121,d.Bge (Erişim Tarihi: 17.1.2014).
- Säcker**, Franz Jürgen / **Rixecker**, Roland / **Oetker**, Hartmut, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241–432, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2012.
- Schulze**, Reiner / **Schulte-Nölke**, Hans, Handkommer BGB, 7. Auflage, Baden-Baden 2012.
- Sirmen**, A. Lâle, Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, (Ankara, 8 Nisan, 2011), Ankara 2011, s. 109-134.
- Staudinger**, J. von / **Coester**, Michael, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 2008.
- Tekinay**, Selâhattin S. / **Akman**, Sermet / **Burcuoğlu**, Halûk / **Altöp**, Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- Ulusan**, İhsan, Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/makale-milhanulusan-1.htm> (Erişim Tarihi: 17.1.2014).
- Veziroğlu**, Cem, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları, İBD., C. 84, S. 5, 2010, s. 3073-3083.

- Yalman**, Süleyman / **Bostancı**, Yağın / **Kızır**, Mahmut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Genel İşlem ve Koşulları İle İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi, KBD., Y. 40, S. 23, 2012, s. 18-23.
- Yavuz**, Nihat, Taksitle Satım Sözleşmelerinde Tüketicilerin (Alıcıların) Genel İşlem Şartları Arasında Yer Alan Kayıtlara Karşı Korunması, THD., S. 8, Nisan 2007, s. 29-33 (Taksit).
- Yavuz**, Selçuk, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından Haksız Şartlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007 (Tüketici).
- Yelmen**, Adem, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013.
- Yıldırım**, Abdülkerim, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler, GÜHFD., C. 17, S. 1-2, 2013, s. 1015-1047.

KISALTMALAR CETVELİ

AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bent
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch
BK.	: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu
c.	: cümle
dn.	: dipnotu
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
GÜHFD.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: fıkra
HD.	: Yargıtay Hukuk Dairesi
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KBD.	: Konya Barosu Dergisi
LHD.	: Legal Hukuk Dergisi
m.	: madde
Rn.	: Randnummer
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
THD.	: Terazi Hukuk Dergisi
Y.	: Yıl

