

**SÖZLEŞMENİN NİTELİĞİNE VE İŞİN ÖZELLİĞİNE
YABANCI OLAN GENEL İŞLEM KOŞULLARI
(6098 sayılı TBK m. 21/2)**

Esra KAŞAK*

ÖZET

Genel işlem koşulları genellikle karşı tarafın global kabul beyanı ile sözleşmede bağlayıcılık kazanmaktadır. Ancak genel işlem koşulları içerisinde sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan hükümler varsa açıkça ikaz edilmiş olmadıkça genel işlem koşullarını bu şekilde kabul eden karşı tarafın iradesi, bu koşulları da kapsadığı şeklinde yorumlanamaz. Bu hâlde sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılır ve sözleşmenin bunun dışındaki hükümleri ise geçerliliğini korur. Genel işlem koşullarını kullanan taraf, bu durumda yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.

Anahtar Kelimeler: Genel İşlem Koşulları, Bağlayıcılık Denetimi, Global Kabul, Yabancı Koşullar, Şaşırtıcı Koşullar, Alışılmamış Koşullar.

**GENERAL TERMS AND CONDITIONS WHICH ARE
STRANGE TO THE CONTRACT'S CHARACTER AND THE
FEATURES OF THE BUSINESS**

(the law no. 6098 of Turkish Code of Obligations, Article 21/2)

ABSTRACT

General terms and conditions are generally became valid in a contract with global acceptance of the other party. But if there are some strange terms against the contract's character and the features of the business, unless expressly cautioned, other party's volition, who globally accepted general terms and conditions, cannot be interpreted as global

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi,
esrclskn@gmail.com

acceptance also includes these strange terms. In this case, general terms and conditions, which are against the contract's character and the features of the business, are respected as unwritten and other terms of the contract stay valid. Party, using general terms and conditions, cannot claim that he did not conclude the contract unless the terms respected as unwritten exist.

Keywords: General Terms and Conditions, Validity Control, Global Acceptance, Strange Terms, Confusing Terms, Unusual Terms.

GİRİŞ

Günümüzde sözleşmelerin genel işlem koşulları kullanılarak yapılması, taraflar arasındaki sözleşme eşitliğinin genel işlem koşulları kullanan lehine bozulmasına, karşı tarafın sözleşmeyi kurmak için ancak genel işlem koşullarını değiştirmeden kabul etmek zorunda bırakılmasına sebep olmaktadır. Bağlayıcılık, yorum ve içerik denetimi ile hâkime genel işlem koşulları kullanılarak yapılan bir sözleşmeye müdahale yetkisi tanınarak sözleşmede bozulan dengenin kurulması amaçlanmaktadır. Bağlayıcılık denetimi vasıtasıyla genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dâhil sayılması için gerekli şartların yerine getirilip getirilmediği tespit edilir. Bu çalışmada bağlayıcılık denetimi başlığı altında incelenen sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşulları konusu işlenmiştir.

I. Genel İşlem Koşullarının Global Kabul İle Sözleşme İçeriği Hâline Getirilmesi

Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken genel işlem koşulları kullanan tarafın, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir (TBK m. 20/1). Genel işlem koşullarının kullanıldığı bir sözleşmede genellikle karşı taraf, kendisine genel işlem koşullarının içeriğinin öğrenilmesi imkânı sunulmasına rağmen genel işlem koşullarını okumadan ve içeriğini anlamadan sözleşme yapmayı kabul eder ve bu durum doktrinde “*global kabul*” olarak ifade edilir¹. Bu hâlde karşı taraf

¹ Yeşim, M. Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Basım, 2 nci Bası. İstanbul 2001, s. 102, (Denetleme); Ayşe Havutçu, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin

genel işlem koşulları içinde yer alan hükümlerin sözleşme içeriğine dâhil olmasını kabul etmiş sayılır ve güven kuramı uyarınca karşı tarafın beyanı bu şekilde değerlendirilir². Buna karşılık, karşı tarafın genel işlem koşullarının tamamını okuyup anladıktan sonra kabul etmesi hali ise “*tam kabul*” olarak nitelendirilmektedir³.

Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları, TBK m. 21/1 hükmüne göre, genel işlem koşulları kullanan tarafın, karşı tarafı genel işlem koşullarının varlığı hakkında açıkça bilgilendirmesi, karşı tarafa genel işlem koşullarının içeriğini öğrenme imkânı sağlaması ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesi ile kural olarak tarafları bağlar. Aksi hâlde genel işlem koşulları sözleşmeye yazılmamış sayılır (TBK m. 21/1).

Doktrinde *Kuntalp*, hüküm karşısında karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları ile bunlar dışındaki genel işlem koşulları arasında ayırım yapmaktadır. Müellif, hükmün gerekçesinin, genel işlem koşullarının varlığı hakkında bilgi verip bunları öğrenme imkânının sağlanmasının karşı tarafın kabulüne bağlı olarak sözleşme kapsamına girme açısından yeterli görürken; özellikle karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının varlıklarına ilişkin bilgilendirme yapılmasını, bu nitelikteki koşulların tek tek gösterilmesini aradığını ifade etmektedir. Müellife göre, bu durumda bankaların, müşterilerine imzalatacakları sözleşmelerde yer alan genel işlem koşullarının varlığı hakkında bilgi vermekle yetinmeyip, ayrıca onların menfaatlerine aykırı genel işlem koşulları hakkında tek tek bilgilendirme yapmaları gerekecektir⁴.

Atamer, madde metninde “*karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları*” denilmek suretiyle bağlayıcılık denetimi ile geçerlilik

Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Güncel Yayınevi, İzmir 2003, s. 111-112; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4 üncü Bası, İstanbul 2008, § 23 N 19.

² Atamer, Denetleme, s. 102; Havutçu, s. 112.

³ Atamer, Denetleme, s. 102; Havutçu, s. 111.

⁴ Erden Kuntalp, “*Bankalar ve Genel İşlem Koşulları*”, Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara 2011, s. 94-95.

denetiminin birbirine karıştırıldığını ifade etmektedir⁵. Yazara göre “yürürlük denetimi aşamasında hakim, GİK’in karşı tarafın menfaatine olup olmadığı üzerinde durmaz. Bu aşamada son derece nötr bir inceleme yapmaktadır ve hiçbir şekilde taraflar arasındaki dengenin bozulup bozulmadığı dikkate alınmaz...Eğer GİK kullandığını karşı tarafa bildirmez, metni 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 uyararak ve

-GİK metninden haberdar olma imkânını karşı tarafa vermek.”

Yazar, bundan başka sözleşmenin kurulması aşamasında genel işlem koşulu kullananın genel işlem koşulunun içeriği hakkında bir bilgi verme yükümlülüğünün olmadığını; nitekim madde metninde sadece genel işlem koşulu kullanıldığı konusunda karşı tarafı açıkça uyarması gerektiğinden bahsedildiğini belirtmektedir⁶.

Kanaatimizce TBK m. 21/1 hükmü ile global kabul dışlanmamış⁷; genel işlem koşullarının bağlayıcılık kazanması bakımından, bu koşulların “varlığı” hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verilmesi ve içeriğinin öğrenilmesi “imkânının sağlanması” yeterli görülmüş; “içeriğinin öğrenilmesi” ise şart kılınmamıştır. Madde metninde yer alan “bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verilmesi” ifadesi “genel işlem

⁵ Yeşim M. Atamer, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, Hukukî Perspektifler Dergisi, 2005, s. 111, (Tasarı).

⁶ Yeşim M. Atamer, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara 2011, (Karşılaştırmalı), s. 28.

⁷ Dizdar, “...global kabul ile müşteri genel işlem şartlarının içeriğini bilmeyeceğinden genel işlem şartları ile sözleşmenin ilişkilendirilmesi mümkün olmayacaktır. Ayrıca Tasarının 21/1 fıkrası hem global kabulü reddetmekte 21/2 maddesi ise sanki global kabul geçerliymiş gibi genel işlem şartlarının alışılmamış, şaşırtıcı şartlar içermesi durumunda global kabul ile ilişkilendirme anlaşması geçerli olarak kurulmuş olmasına karşın, sözleşmedeki alışılmamış, şaşırtıcı şartların karşı taraf için bağlayıcı olmayacağını ifade etmektedir.” görüşünü savunmaktadır, bkz. Ali Murat Dizdar, “Genel İşlem Şartları”, Bankacılık Dergisi, Mart 2010, s. 93. Oysa TBK m. 21/1 yalnızca genel işlem koşullarının bağlayıcılık kazanması bakımından, bunları öğrenme imkanının sağlanmasını yeterli görmüş, öğrenilmesini şart kılınmamıştır, bu düşüncüyü hükmün lafzı ve bizatihi m. 21/2 hükmünün varlığı haklı göstermektedir.

koşullarının içeriği hakkında açıkça bilgi verilmesi” şeklinde anlaşılmalıdır⁸. Eğer bu amaçlanmış olsaydı madde metninde tekrar *“içeriğinin öğrenilmesi imkânının sağlanması”*ndan bahsedilmezdi. Kanununun 21/1 inci maddesinde geçen şartların anlamlı bir bütün oluşturabilmesi için *“bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verilmesi”* ifadesi, genel işlem koşulları kullanan tarafın, sözleşmeyi bireysel bir sözleşme ile değil genel işlem koşulları kullanılarak yapacağı hususunda karşı tarafı açıkça bilgilendirmesi/uyması şeklinde anlaşılmalıdır. Bunun yanında genel işlem koşulları kullanan taraf, karşı tarafa genel işlem koşullarının içeriğinin öğrenilmesi imkânını da sağlamalıdır. Ancak genel işlem koşulları kullanan tarafın bunun ötesinde genel işlem koşulları içinde yer alan hükümlerin her biri hakkında ayrı ayrı karşı tarafı bilgilendirmesi şart değildir. Burada genel işlem koşullarının içeriğinin mutlak anlamda öğrenilmesi şart koşulmak istenseydi madde *“bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verilmesi ve içeriğinin öğrenilmesi imkânının sağlanması”* şeklinde değil *“bu koşulların içeriği hakkında açıkça bilgi verilmesi”* şeklinde formüle edilirdi. Ayrıca maddenin ikinci fıkrasında *“sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı hükümlerin”* yazılmamış sayılacağına ilişkin hüküm de bu yorumu haklı göstermektedir. Zira genel işlem koşullarının içeriği hakkında karşı tarafın açıkça bilgilendirilmesi durumunda artık genel işlem koşulları içerisinde yer alan düzenlemelerin karşı taraf bakımından şaşırtıcı, alışılmamış olma niteliği ortadan kalkacak ve hükmün ikinci fıkrasının uygulama alanı kalmayacaktır.

Genel işlem koşulları, hukuki ilişkilerin genelinde karşı tarafın global kabul beyanı ile sözleşmede bağlayıcılık kazanmaktadır. Ancak TBK m. 21/1’de öngörülen şartların yerine getirilmesi ile genel işlem

⁸ Kılıçoğlu, “yasa herhangi bir bilgilendirmeyi değil açıkça bilgilendirmeyi şart koşturmaktadır. O hâlde sözleşmeyi tek taraflı olarak hazırlayan tarafın diğerine sözleşme ve genel işlem koşulları hakkında genel açıklamalar yapması yeterli değildir. Bilgilendirme samimi, açık, tereddüde yer vermeyecek şekilde gerçekleşmelidir. Maddede bilgilendirmenin “diğer tarafın genel işlem koşullarının içeriğini öğrenme imkânı sağlama” şeklinde gerçekleşmesi aranmaktadır. O hâlde sözleşmeyi tek taraflı olarak hazırlayan, diğer tarafı “bunun içeriğini öğrenme imkânı sağlayacak” şekilde ve kapsamda bilgilendirmiş olmalıdır.” Görüşünü savunmaktadır, Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (Yeni Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış), 14. Bası, Ankara 2011, s. 115.

koşulları sözleşme içeriği olsa da karşı tarafın global kabul beyanı, güven kuramına göre değerlendirildiğinde, genel işlem koşulları içinde yer alan bazı hükümlerin bağlayıcılık kazanmadığı sonucuna varılır. TBK m. 21/2’de düzenlenen, genel işlem koşulları içerisinde yer alan sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan hükümler bakımından böyle bir durum söz konusudur. Genel işlem koşulları içerisinde sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı hükümler varsa, güven kuramı gereği, global bir kabul ile genel işlem koşullarını kabul eden karşı tarafın iradesi, açıkça ikaz edilmiş olmadıkça bu koşulları da kapsadığı şeklinde yorumlanamaz⁹. Bu hâlde sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşulları dışındaki hükümler geçerliliğini korur ve genel işlem koşulu kullanan taraf, yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez (TBK m. 22).

II. Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olma Kavramı

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağına ilişkin 6098 sayılı TBK m. 21/2 hükmünün mehzatı Alman Medenî Kanunu § 305c’dir. Ancak Alman Medenî Kanununun ilgili hükmü “*hâlin icaplarına ve özellikle sözleşmenin dış görünümüne göre kullananın karşısında yer alan sözleşme tarafının hesaba katamayacağı derecede alışılmamış nitelikte olan genel işlem şartları sözleşme kapsamına dâhil olmuş sayılmaz*”¹⁰ biçimindedir. Görüldüğü üzere “*sözleşmenin niteliğine ve işin özelliklerine yabancı olma*” kavramı, Alman Medenî Kanununda “*hâlin icaplarına ve özellikle sözleşmenin dış görünümüne göre kullananın karşısındaki sözleşme tarafının hesaba katamayacağı derecede*

⁹ Atamer, Denetleme, s. 109; Havutçu, s. 133-134; Kocayusufpaşaoğlu, § 23 N 20; Lale Sirmen, “*Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartları*”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara 2012, s. 115; Ernst A. Kramer, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2009, § 2, N 237; Alois G. Schuler, Über Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Verlag Stämpfli&Cie AG, Bern 1978, 118-119.

¹⁰ Çeviri için bkz. Atamer, Denetleme, s. 300.

alışılmamış nitelikte olma” şeklinde ifade edilmiştir¹¹. Hükmün gerekçesinde bu fıkra ile Alman Medenî Kanununda yer alan şaşırtıcı koşulların sözleşmenin içeriğinden sayılmaması ilkesinin benimsendiği vurgulandığı için sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olma kavramını mehzada olduğu gibi alışılmamış, şaşırtıcı şartlar şeklinde anlamak gerekir¹².

Somut olayın hâl ve şartları ile sözleşmenin niteliği dikkate alındığında, genel işlem koşulları içerisinde yer alan bir hükmün güven kuramı gereği, genel işlem koşullarını global olarak kabul eden karşı taraf bakımından alışılmamış, şaşırtıcı olması hâlinde, ilgili hükmün sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olduğundan söz edilir¹³. “*Sözleşmenin niteliği*”nden anlaşılması gereken sözleşmenin türüdür. Eğer akdedilen sözleşme tipik bir sözleşme ise kanundaki düzenleniş biçimi, atipik bir sözleşme ise sözleşmenin uygulamada karşılaşılan içeriği dikkate alınır¹⁴. Sözleşmenin karakterini değiştiren veya kanunî düzenlemelerden yahut uygulamadaki içeriğinden önemli ölçüde ayrılan hükümler sözleşmenin niteliğine yabancı olarak kabul edilir¹⁵. “*İşin*

¹¹İsviçre Hukukunda ise “*alışılmamış olma*” işleme yabancı olma olarak ifade edilmektedir, bkz. Havutçu, s. 135 ve orada atf yapılan yazarlar.

¹² TBK m. 21/2 hükmü ile Alman Medenî Kanunu § 305c’de yer alan şaşırtıcı koşullar olarak nitelendirilen genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğinden sayılmayacağı kabul edildiği yönünde bkz. Havutçu, s. 135; Yeşim M. Atamer, “*Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar*”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 325, (Yeni Açılımlar); Atilla Altop, “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi*”, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, s. 259. Kanun koyucu, madde gerekçesinde “*Böylece, Alman Medenî Kanununun (BGB) 305c maddesinde olduğu gibi, şaşırtıcı kuralların sözleşmenin içeriğinden sayılmaması ilkesi benimsenmiştir*” demek suretiyle § 305c hükmünü Türk Hukukuna taşımak istediğini açıkça belirtmiştir.

¹³ Atamer, Denetleme, s. 111; Havutçu, s. 136; Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Schulthess 2006, N 419; Peter Gauch/Walter R. Schlupe/ Jörg Schmid/ Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 9 Auflage 2008, § 9 N 1141; Veli Karagöz, “*Tip Sözleşmelerde Öngörülen Cezaî Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi*”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S. 1-2, 2004, s. 602.

¹⁴ Atamer, Denetleme, s. 111; Havutçu, s. 136.

¹⁵ Atamer, Denetleme, s. 111; Huguenin, N 424; Otto Palandt, Beck’sche Kurz Kommentare, Band 7, Bürgerliches Gesetzbuch, Verlag C.H. Beck, München 2010, § 305c N 3; Ingeborg Schwenzler, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2006; § 45 N 45.07.

özellikleri” ile anlatılmak istenen somut olayın özellikleridir. Genel işlem koşullarının kullanıldığı bir sözleşmede, sözleşmenin türü bakımından yabancı nitelikte olmasa bile, sözleşme görüşmeleri sırasındaki hâl ve şartlar dikkate alındığında genel işlem koşulları içerisinde yer alan bir hüküm, karşı taraf bakımından beklenilmez nitelikte olabilir¹⁶. Burada sözleşme görüşmeleri sırasında genel işlem koşulu kullanan tarafın söz ve davranışları, verdiği reklamlar, kullandığı afiş veya kataloglar dikkate alınır¹⁷.

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı hükümlerin sözleşmenin içeriğine dâhil sayılmamasının sebebi karşı tarafın global kabul beyanının güven kuramı gereğince bu hükümleri de kapsayacak şekilde yorumlanamaması, bu hükümler üzerinde taraflar arasında bir irade uyuşması olmamasıdır¹⁸. Bu sebeple genel işlem koşulları içerisinde yer alan sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı bir hükme özel olarak dikkat çekilmiş ve bu hüküm kabul edilmiş ise bu hâllerde TBK m. 21/2 uygulama alanı bulmaz; çünkü sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan hüküm, artık karşı taraf bakımından beklenilmez,

¹⁶ Atamer, s. 111; Havutçu, s. 136-137; Kocayusufpaşaoğlu, § 23 N 20; Huguenin, N 424; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmeneger, § 9 N 1141b; Palandt, § 305c N 3.

¹⁷ Atamer, s. 111; Havutçu, s. 137; Palandt, § 305c N 3; Jürgen Basedow (Redakteur: Wolfgang Krüger; Herausgeber: Kurt Rebmann/Franz Jürgen Säcger/Roland Rixecker), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck München 2003, § 305c N 6. Doktrinde maddenin uygulanması bakımından hükmün yalnızca sözleşmenin niteliğine ve işin özelliklerine yabancı olmasının yeterli olmayacağı; aynı zamanda karşı tarafı tuzağa düşürücü veya kandırıcı bir etkiye (Überrumpelungs-oder Übertölpelungseffekt) de sahip olması gerektiği belirtilmektedir (Bkz. Horst Locher, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2. Auflage, Verlag C.H.Beck, München 1990, s. 51).

¹⁸ Havutçu, s. 139-140; Atamer, Tasarı, s. 111; Alfred Koller/ (Theo Guhl/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey), Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Schulthess Zürich 2000, § 13 N 50; Eugen Bucher/(Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Helbing&Lichtenhahn Basel Genf München 2003, 3. Auflage, Art. 1 N 60; Schwenger, § 45 N 45.07. Atamer, düzenlemenin karşı tarafın durumunu dikkate almadığını, şaşırtıcı hükümlerin karşı tarafın onların kullanılmasını hesaba katamayacağı hâllerde sözleşme içeriği olamayacağını, sözleşmenin niteliğine “genel olarak” yabancı olan her hükmün otomatik olarak sözleşmeden dışlanamayacağını haklı olarak belirtmektedir (Tasarı, s. 111-112; aynı yönde Sirmen, s. 116).

şaşırtıcı bir hüküm olmaktan çıkmıştır¹⁹. Burada ispat yükü genel işlem koşullarını kullanan tarafa aittir²⁰. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşulunun koyu ve büyük puntolarla yazılması suretiyle bu koşula karşı tarafın dikkati çekilebilir²¹.

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı hükümler, genellikle karşı tarafın aslî edim yükümünü önemli ölçüde genişleten²² ve kısıtlayan hükümler²³ ile genel işlem koşulları kullanan tarafın kanunî yükümlülüklerini alışılmış olanın dışında kaldıran²⁴ hükümler şeklinde olabilir.

Mahkeme kararlarında yetkili mahkemeyi değiştiren hükümler²⁵, bir bankanın imza taklidi neticesinde yetkili olmayan kişilere ödeme yapması durumunda hesap sahibine karşı sorumlu olmayacağına ilişkin hüküm²⁶, iş sahibini kendisine danışmadan her türlü masrafla yükümlü tuttuğu için mimarın işi denetlemesi ve iş sahibinin nihaî masraf teklifini onaylamasına ilişkin hüküm beklenemez nitelikte kabul edilmiştir²⁷. Bunun yanı sıra müşterinin kiraladığı arabanın kasko sigortası şartlarında yer alan ve kiralayanın hafif ihmali ile meydana gelecek zararın dahi sigorta kapsamı dışında kalacağına ilişkin hüküm²⁸, ipoteğe ilişkin metnin içerisine yer alan ve karşı tarafı aynı zamanda müteselsil kefil yapan hüküm²⁹ şaşırtıcı nitelikte kabul edilmiştir.

Genel işlem koşulları içerisinde yer alan bir hüküm, bu hükmün metin içerisinde ilgisiz bir yere konulması sebebiyle bulunduğu yer

¹⁹ Atamer, Denetleme, s. 112; Havutçu, s. 139; Basedow, § 305c N 8; Huguenin, N 423; Bucher, § 23 N 42; Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG Bern 2009, § 23 N 44.

²⁰ Bucher, § 23 N 43.

²¹ Atamer, Denetleme, s. 112; Basedow, § 305c N 8.

²² Atamer, Denetleme, s. 111.

²³ Havutçu, s. 137; Koller, (Guhl/ Schnyder/ Druey), § 14 N 52.

²⁴ Kocayusufpaşaoğlu, § 23 N 20.

²⁵ BGE 49 I 50; 52 I 267; 91 I 11, 93 I 323, Bu kararlar hakkında bkz. Atamer, Denetleme, s. 112-113; Koller, § 23 N 50, 51.

²⁶ BGE 109 II 116, kararın özeti için bkz. Atamer, Denetleme, s. 114.

²⁷ BGE 109 II 452, kararın özeti için bkz. Atamer, Denetleme, s. 114; Schwenzer, § 45 N 45.07; Huguenin, N 422.

²⁸ BGE 119 II 443, kararın özeti için bkz. Atamer, Denetleme, s. 114; Schwenzer, § 45 N 45.07; Huguenin, N 422.

²⁹ BGE 49 II 185, kararın özeti için bkz. Koller, § 23 N 41.

bakımından da beklenemez nitelikte olabilir³⁰. Örneğin, genel işlem koşulları içerisinde yer alan cezaî şart hükmünün, tarafların uymakla yükümlü olduğu davranışların veya sözleşmeye aykırı davranışların yaptırımını düzenleyen hükümlerin arasında yer alması gerekir³¹. Ayrıca bir kira sözleşmesinde, taraflar arasında sözleşmenin her yıl yenilenmesi şeklinde bir uygulama gelişmiş ise, sözleşmenin feshedilmemesi hâlinde zımnen uzayacağına ilişkin genel işlem koşulları içerisinde konulan hüküm, karşı taraf bakımından şartırtıcı nitelikte kabul edilir³².

III. Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Koşulların Yazılmamış Sayılması

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılır (TBK m. 21/2). Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Yazılmamış sayılma yaptırımı, doktrinde Alman Medenî Kanunu § 305c’de olduğu gibi “*sözleşmenin kapsamına dâhil olmama*” şeklinde anlaşılmaktadır³³. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına dâhil olmadığı hâllerde hâkim, objektif esaslı noktalar üzerinde anlaşma olduğuna kanaat getirirse, sözleşmede düzenlenmemiş olan hususları tamamlayarak değerlendirme yapacaktır³⁴.

³⁰ Kocayusufpaşaoğlu, § 23 N 20; Karagöz, s. 602; Huguenin, N 424; Gauch/Schluep/Schmid/Emmeneger, § 9 N 1141b; Wolfgang Fikentsher, Schuldrecht, 8. Auflage, Walter De Gruyter, Berlin 1992, § 26 N 142.

³¹ Karagöz, s. 602.

³² Fikentsher, § 26 N 142.

³³ Dizdar, s. 89; Sirmen, s. 115. Atamer, düzenleme ile yazılmış olanın yazılmamış sayılması gibi bir mantık hatasına düşüldüğünü, ayrıca genel işlem koşullarının yazılı olma şartının 21 inci maddede aranmadığını, ister yazılı olsun ister olmasın, yazılmamış sayılma ile sözleşme içeriği olmamanın anlaşılması gerektiğini belirtmektedir (Tasarı, s. 112). Konu ile ilgili olarak Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 2.6.1998 tarih ve 4263/6098 sayılı kararında “*Gerek Ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre Mahkeme İçtihatları ile bilimsel öğretilerde, genel işlem şartlarının (veya iltihak sözleşmelerinin) uyumsuzluk hâlinde hâkim tarafından kontrolünde, açık olmayan kayıtların metni kaleme alınan aleyhine yorumlanacağı, alışılmamış kayıtların geçersiz, şartırtıcı kayıtların ise (sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmayacağı) müferrid sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanmayacağı, kişilik haklarını sınırlayan kayıtların hükümsüz olacağı ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır.*” demek suretiyle alışılmamış ve şartırtıcı şartlar arasında ayırım yapmıştır (Kararın eleştirisi için bkz. Atamer, Denetleme, s. 115; Kocayusufpaşaoğlu, § 23 N 20).

³⁴ Atamer, Karşılaştırmalı, s. 32; Sirmen, s. 116.

Genel işlem koşulları kullanan tarafın, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyeceği de TBK m. 22’de hükme bağlanmıştır. Madde gerekçesinde “(b)u düzenlemeyle, Alman Medenî Kanununun (BGB) 306 ncı maddesinin üçüncü fıkrasından ayrılmıştır. Böylece sözleşmeyi düzenleyen Tasarının 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmünden kıyas yoluyla yararlanma önlenmiş bulunmaktadır. Sözleşmenin diğer tarafının ise, söz konusu hükümden yararlanabileceğinde duraksama yoktur.” denmektedir³⁵.

IV. Hükümün Yabancı Olması ile Haksız Olması Arasındaki İlişki

Genel işlem koşulları içinde yer alan bir hükmün “sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı” olması ile “haksız” olması birbirinden farklıdır³⁶. Somut olayın hâl ve şartları ile sözleşmenin niteliği dikkate alındığında genel işlem koşulları içerisinde yer alan bir hükmün karşı taraf bakımından beklenilmez olması hâlinde, ilgili hükmün sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olduğundan söz edilir³⁷. Haksız genel işlem koşulu ise karşı tarafın menfaatlerini hakkaniyete aykırı biçimde ihlâl eden hükümlerdir³⁸. Bir hüküm aynı anda hem sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı hem de haksız olabileceği gibi, sadece sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı veya sadece haksız olabilir³⁹. Bir başka anlatımla genel işlem koşulları içerisinde yer alan bir hüküm içerik denetimine ilişkin m. 25’i ihlâl etmediği hâlde m. 21/2’yi ihlâl edici nitelikte olabileceği gibi; TBK m. 21/2’yi ihlâl etmediği için bağlayıcılık kazanan bir hüküm, m. 25’i ihlâl ettiği için batıl sayılabilir⁴⁰. Bu sebeple sözleşmenin niteliğine ve işin

³⁵ Atamer, Kanunun bu düzenlemesini eleştirmekte, 22 nci maddede bağlayıcılık denetimi ile geçerlilik denetiminin birbirine karıştırıldığına, m. 21’de ele alınan sorunun bir butlan sorunu değil, sözleşmenin içeriğini tespit etme sorunu olduğuna, genel işlem koşulunun sözleşmenin içeriği olmadığı hâllerde taraflara sözleşmenin kalanını ayakta tutma veya tutmama konusunda bir seçenek tanınmadığına, m. 27/2’yi dışlama ihtiyacının sözleşmenin kurulması aşamasında değil, sözleşmenin içeriğinin denetlenmesi sonucunda kısmî butlanın ortaya çıkması hâllerinde önem taşıyacağına dikkat çekmektedir (Tasarı, s. 113).

³⁶ Atamer, s. 110; Havutçu, s. 140; Kocayusufpaşaoğlu, § 23 N 21; Bucher, § 23 N 40.

³⁷ Bkz. yukarıda başlık II, A.

³⁸ Havutçu, s. 140.

³⁹ Atamer, s. 110; Havutçu, s. 140; Kocayusufpaşaoğlu, § 23 N 21; Palandt, § 305c N 4.

⁴⁰ Palandt, § 305c N 4.

özelliğine yabancı nitelikte bir hüküm, karşı tarafın özel olarak bu hükme dikkati çekilip ve karşı tarafça kabul edilerek sözleşmede bağlayıcılık kazanmış olsa bile içerik denetimine tâbi tutularak m. 25'e göre geçersiz kılınabilir⁴¹.

SONUÇ

1. 6098 sayılı TBK m. 21/1 ile karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları kullanan tarafın, karşı tarafı genel işlem koşullarının varlığı hakkında açıkça bilgilendirmesi, genel işlem koşullarının içeriğini öğrenme imkânı sağlaması ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesi ile kural olarak tarafları bağlayacağı hükmü getirilmiştir. Aksi hâlde genel işlem koşulları sözleşmeye yazılmamış sayılır. Bu hüküm ile genel işlem koşullarının “*global kabul*” beyanı ile sözleşme içeriği olabileceği dışlanmamıştır.

2. TBK m. 21/1'de global kabul yeterli görüldüğü için maddenin ikinci fıkrasında sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre, somut olayın hâl ve şartları ile sözleşmenin niteliği dikkate alındığında genel işlem koşulları içerisinde yer alan bir hükmün karşı taraf bakımından beklenilmez olması halinde, ilgili hükmün sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olduğundan söz edilir ve bu hüküm yazılmamış sayılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı hükümler genellikle karşı tarafa karşı tarafın aslî edim yükümünü önemli ölçüde genişleten ve kısıtlayan hükümler ile genel işlem koşulları kullanan tarafın kanunî yükümlülüklerini alışılmış olanın dışında kaldıran hükümler şeklinde çıkmaktadır.

3. “*Yazılmamış sayılma*”, sözleşmenin içeriğine dâhil olmama şeklinde anlaşılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşulunun sözleşmenin içeriğine dâhil olmadığı hâllerde hâkim, objektif esaslı noktalar üzerinde anlaşma olduğuna kanaat getirirse, sözleşmede düzenlenmemiş olan hususları tamamlayarak uyumsuzluğu çözecektir. Bu hâlde genel işlem koşullarını kullanan taraf, yazılmamış

⁴¹ Atamer, s. 110; Havutçu, s. 141; Kocayusufoğlu, § 23 N 21.

sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.

4. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olma ile haksız olma farklı kavramlardır. Bir hüküm aynı anda hem sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı hem de haksız olabileceği gibi, sadece sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı veya sadece haksız olabilir. Bu sebeple sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı nitelikte bir hüküm, karşı tarafın özel olarak bu hükme dikkati çekilip ve karşı tarafça kabul edilerek sözleşmede bağlayıcılık kazanmış olsa bile içerik denetimine tâbi tutularak m. 25'e göre geçersiz kılınabilir.

KISALTMALAR CETVELİ

s.	: sayfa
N	: Numara
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
m.	: madde
C.	: Cilt
S.	: Sayı

KAYNAKÇA

Altop, Atilla, “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi*”, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 254-260.

Atamer, Yeşim M., “*Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar*”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, (Yeni Açılımlar), s. 291-331

Atamer, Yeşim M., “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*”, Hukukî Perspektifler Dergisi, 2005, (Tasarı), s. 109-115.

Atamer, Yeşim M., “*Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak*”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara 2011, s. 9-73. (Karşılaştırmalı).

Atamer, Yeşim, M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Basım, 2 nci Bası, İstanbul 2001, (Denetleme).

Basedow, Jürgen (Redakteur: Wolfgang Krüger; Herausgeber: Kurt Rebmann/Franz Jürgen Säcger/Roland Rixecker), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gezezbuch, Band 2 a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2003.

Bucher, Eugen/(Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Helbing&Lichtenhahn Basel Genf München 2003, 3. Auflage.

Dizdar, Ali Murat, “Genel İşlem Şartları”, Bankacılık Dergisi, Mart 2010, s. 85-93.

Fikentsher, Wolfgang, Schuldrecht, 8. Auflage, Walter De Gruyter, Berlin 1992.

Gauch, Peter/Schluop, Walter R./Schmid, Jörg/Emmeneger, Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 9 Auflage 2008.

Havutçu, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Güncel Yayınevi, İzmir 2003.

Huguenin, Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Schulthess 2006.

Karagöz, Veli, “Tip Sözleşmelerde Öngörülen Cezaî Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S. 1-2, 2004, s. 594-606.

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (Yeni Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış), 14. Bası, Ankara 2011.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4 üncü Bası, İstanbul 2008.

Koller, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG Bern 2009.

Koller, Alfred/(Guhl, Theo/Schnyder, Anton K./Druey, Jean Nicolas), Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Einschluss des Handels-und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Schulthess Zürich 2000.

Kramer, Ernst A., Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2009.

Kuntalp, Erden, “Bankalar ve Genel İşlem Koşulları”, Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara 2011, s. 81-102.

Locher, Horst, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2. Auflage, Verlag C.H.Beck, München 1990.

Palandt, Otto, Beck’sche Kurz Kommentare, Band 7, Bürgerliches Gesetzbuch, Verlag C.H. Beck, München 2010.

Schuler, Alois G., Über Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Verlag Stämpfli&Cie AG, Bern 1978.

Schwenzer, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2006.

Sirmen, Lale, “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartları”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara 2011, s. 109-134.

