

GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA ŞAŞIRTICI VE BEKLENMEDİK ŞARTLAR

TBK. m. 21/II

(General Terms and Conditions which are Strange to the Contract's
Character and the Features Of the Business)

Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR*

ÖZET

Genel işlem koşulları genellikle karşı tarafın genel kabul beyanı ile sözleşme-
de bağlayıcılık kazanmaktadır. Ancak genel işlem koşulları içerisinde şaşırtıcı
ve beklenmedik 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 ya-
abancı olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. 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.

Abstract

General terms and conditions are generally became valid in a contract with glo-
bal 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, can-
not be interpreted as global 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 Acceptan-
ce, Strange Terms, Confusing Terms, Unusual Terms.

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

I. Genel Olarak

Taraflar sözleşme kurulurken Genel İşlem Şartlarını, toptan kabul etmektedirler. Genel İşlem Şartlarını hazırlayıp sözleşmenin diğer tarafına sunan tarafın güven kuralı çerçevesinde davranıp sözleşmenin içeriğine yabancı olan şartlara yer vermesi gerekir. Bunu sağlayabilmek için Genel İşlem Şartlarını sunan taraf bu şartlar hakkında karşı tarafa yeterli bilgi vermek zorundadır. Bu sayede Genel İşlem Şartları sözleşmenin içeriğine dâhil olur. Bu durum TMK. m. 2'de düzenlenen “*dürüstlük kuralının*” bir yansımasıdır.

TBK'da yapılan değişiklik ile Borçlar Kanununda da resmen uygulama alanı bulan Genel İşlem Şartları önceden hazırlanmış olması ve genel ifadelerle sahip olması dolayısıyla güven kuralı gereği sözleşme şartlarına tamamen yabancı ve sözleşmenin tarafı için yapılan sözleşme ile bağ kurulamayan Genel İşlem Şartları sözleşmede yer alsalar bile TBK. m. 21/II gereği yazılmamış sayılırlar. Bu tür denetime kapsam denetimi de denmektedir¹.

II. Şaşırtıcı Şartlar (Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olma Kavramı)

A. Genel Olarak

Şaşırtıcı şartlar, sözleşmenin karşı tarafının sözleşme yaparken hiç hesaba katmadığı veya makul bir tarafın, yaptığı sözleşme gereği hesaba katması beklenilmeyecek olan şartlardır. Söz konusu şartlara tip sözleşmelerde yer veren işletme sahibi, şartlar somut halde müşteriye bildirilse müşteri tarafından kesinlikle kabul edilmeyeceğini bilincindedir². Şaşırtıcı şartlar, sözleşmenin oluşumdaki taraf iradelerinin uygunluğu ile ilgidir. Söz konusu şartlar, taraf iradesinin uygunluğu içinde yer almadığından öğreti ve mahkeme kararlarına göre sözleşmenin içeriğine dâhil değildir³. Genel işlem şartları bu hükümler olmaksızın sözleşme içeriği olur. Müşterinin kabul beyanı bunları kapsamayacak şekilde yorumlanır⁴.

Genel İşlem Şartlarını içeren tip sözleşmeler okunması için müşteriye verilir. Ancak müşteri tarafından genelde okunmaz ve bütün olarak kabul edilir⁵. Bu du-

¹ Antalya, Gökhan, 6098 Dayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, 303, 309.

² Gauch, P/Schleup, W/Schmid, J/Rey, H/Emmenegger, S.; Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage, 2014 Zürich, PN. 1136, 274; Atamer, 109.

³ Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmenegger, PN, 1136, 274.

⁴ Atamer, 109.

⁵ Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmenegger; PN. 1128c, 270; Atamer, Yeşim, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2000, 109; İnal, Tamer, Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 89, Ocak 2014, 54;

rumlardan müşterinin zarar görmemesi için öncelikle içerik denetiminde kullanılan TBK. m. 25'in yanı sıra diğer bir içerik denetimi TBK. m. 21/II'de belirtilmiştir. Söz konusu hükme göre, “*Sözleşme niteliğine ve sözleşme içeriğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır*” şeklindedir. Bu hükmün dayanak noktası da m. 25'de⁶ olduğu gibi “*dürüstlük*” kuralıdır.

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağına ilişkin 6098 sayılı TBK m. 21/II hükmünün mehzazı 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*” 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 alışılmamış nitelikte olma*” şeklinde ifade edilmiştir⁷. 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 mehzazda olduğu gibi alışılmamış, şaşırtıcı şartlar şeklinde anlamak gerekir⁸.

Alman Hukukunda şaşırtıcı koşullar, terimi kabul edilmişken İsviçre Hukukunda, “*alışılmamış olma*” veya “*işleme yabancı olma*” terimleri benimsenmiştir⁹. Alman ve Türk İsviçre hukuk öğretisi tarafından benimsendiği üzere şaşırtıcı koşulların varlığı için objektif ve sübjektif unsurların olması gerekir¹⁰.

⁶ TBK. m. 25; “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz”.

⁷ “İsviçre Hukukunda ise “*alışılmamış olma*” işleme yabancı olma olarak ifade edilmektedir, **Havutçu**, 135; **Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmenegger**, PN. 1137, 274; **Gauch, Peter, Werkvertrag**, 2011 **Zürich**, PN. 197, 81.

⁸ TBK m. 21/2 hükmü ile Alman Medenî Kanunu § 305c'de yer alan şaşırtıcı koşullar olarak nitelendirilen genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğinden sayılmayacağına kabul edildiği yönünde bkz. **Havutçu**, 135; Yeşim M. Atamer, “*Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar*”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004**, 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**, 259. Kanun koyucu, madde gerekçesinde “*Böylece, Alman Medenî Kanununun (BGB) 305c maddesinde olduğu gibi, şaşırtıcı kuralların sözleşmenin içeriğinden sayılmaması ilkesi benimsenmiştir*” demek suretiyle § 305c hükmünün Türk Hukukuna taşımak istediğini açıkça belirtmiştir.

⁹ **Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmenegger**, PN. 1136, 274.

¹⁰ **Gauch, P/Aeppli, V/ Stöckli, H**, “*Praejudizienbuch zum OR*”, **Rechtsprechung des Bundesgerichts**, 6. Auflage, **Zürich 2006**, PN. 16, Art. 1 OR; **Murat Aydoğdu**, **Türk Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi**, **İzmir, 2014**, 103.

A. Objektif Unsur

Objektif unsur, sözleşmede yer alan şartların sözleşmeye yabancı olmasıdır. Genel işlem koşullarında yer alan şartın, taraflar arasında gerçekleştirilen sözleşmenin özü ile bağdaşmamasıdır¹¹. Sözleşmenin yapılması ile hedeflenen amacın içeriğine uygun onunla ilgisi olmayan şartlardır. Şaşırtıcı şartların özelliği, müşteri ve işletme arasında akdedilen sözleşme açısından ilgili çevrede beklenmedik olmasıdır¹². Aynı şekilde şaşırtıcı şartların sözleşmede yer alan diğer unsurlar da göz önünde tutularak sözleşmenin amacına uygun olmayan unsurların tespit edilmesidir¹³. Bu tespitte sözleşme bir bütün olarak ele alınır. Sözleşme metni içerisinde yer alan koşullar tek tek incelenir. Bu inceleme sonunda sözleşmenin amacına ve tipine aykırı alışılmadık bir durum söz konusu olduğu tespit edilirse bunlarda şaşırtıcı şartlar kapsamında değerlendirilir¹⁴. Bu hollere örnek vermek gerekirse, zor okunan bir yazı stili ile yazılmış metinler¹⁵, sözleşme yapılırken üzerinde görüşülmüş olan konulardan sapılması¹⁶ veya genel işlem şartlarını kullanan kişiye ait reklamlar oluşturur.

Objektif unsurun ilgili sözleşmede bulunup bulunmadığının tespitinde, sözleşmenin taraflarının birbirleri ile anlaştıkları, irade beyanlarının birbirine uygun olduğu andır¹⁷. Genel işlem koşullarında şaşırtıcı şartları kullanan taraf, müşterisine şüpheli, tartışmalı ve açık olmayan şartlar sunmaktadır¹⁸. Yüksek mahkeme şaşırtıcı şartları hukuki bir sorun olarak serbestçe değerlendirmektedir¹⁹. Mahkeme şartları incelerken, şart müşterinin hukuki durumunu ne kadar çok ihlal ediyorsa, mahkeme kararlarında bir o kadar alışılmadık olarak değerlendirilmiştir²⁰.

Şaşırtıcı şartlarda, 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 tarafında üzerinde uzlaştığı sözleşme çekirdeğini mantıklı, anlamlı bir şekilde tamamlamayan hükümler söz konusudur²¹. Doktrinde objektif unsur, yapılan işleme yabancı bir hükmün

¹¹ Giger, Hans, *Geltung und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, in: *Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht*, Bd.12. Herausgegeben von Giger/Schleup Zürich 1983, 34; Huguenin, Claire, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zürich, 2004, PN. 407, 66; Havutçu, 136.

¹² Atamer, 111.

¹³ BGer 4A_291/2009 E. 2.5.

¹⁴ BGH, *Urteil* vom 26-03-1987 - VII ZR 196/86 (Hamm), in: NJW 1987, 2080.

¹⁵ BGE 119 II 443 E. 1b S. 446.

¹⁶ BGer 5C. 134/2004 E. 4.2.

¹⁷ BGE 135 III 1 E. 2.1 s.7.

¹⁸ Koller, Alfred, *OR AT, Bern 2006*, § 23 PN. 42, 45 ve 47.

¹⁹ BGE 138 III 411 E. 3.4, S. 414.

²⁰ BGE 109 II 452 E. 4, s. 457.

²¹ BGE 108 II 416, 418.

sözleşmede yer almasının zorunluluğu olarak anlaşılmıştır²². Yabancılık unsurunun tespitinde kanunda düzenlenmiş olan sözleşmenin tipinin yasada düzenleniş şekline bakılacak ve bundan aşırı bir sapma olan yani sözleşme tipinin adeta değiştirilmiş olduğu hallerde beklenmezlik hali kabul edilir²³. Bu kıstas kanunda düzenlenmeyen sözleşmeler için de geçerlidir. Ancak değerlendirme yapılırken sözleşme tipinin uygulamada karşılaşılan içeriğinden aşırı bir sapmanın olması aranır. Somut olaylarda ölçü alınacak kıstas, müşterilerin önlerine gelen sözleşmedeki içeriktir²⁴. Objektif unsura örnek vermek gerekirse, “*Araba kiralama genel işlem şartlarında, kiracının para ödemesi karşılığı olarak, kiralayan tam kasko sigortasını üstleniyor. Ancak diğer taraftan kiracıya, arabaya taksirli veya sözleşmeye aykırı davranarak veya karayolları trafik kanununa göre doğacak zararlardan tam sorumlu olacağına ilişkin şartın*”²⁵ öngörülmesi, “*bankaya mevduat sahiplerinin kimliklerini kontrol etmeden ödeme yetkisinin verilmesi*”²⁶ şartı, eser sözleşmesinde, sözleşmeden dönecek olan iş sahibinin ödeyeceği tazminatın, İBK. m. 377(TBK. m. 484)’de belirtilen ve genel zarar indirim yükümlülüğünden farklı olarak hesaplanması²⁷, “*Yapı işlerinde tecrübesi olmayan bir müşterinin mimarla yaptığı sözleşme ile “son hesap” koşulu taraflar arasında kararlaştırılmıştır. Bu şarta göre, mimar işlerin bitiminde enson tutar ne ise müşteri onu ödeyecektir. Mahkeme sözleşmede yer alan ve bütün masrafları müşteriye yükleyen şartı, şaşırtıcı ve beklenmedik saymıştır*”²⁸ kararlar şaşırtıcı şartlara örnek olarak gösterilebilir.

Türk Borçlar Kanunu m. 21/II’de yer verilen düzenlemede, “*sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılır*” hükmünde ise, genel işlem şartlarının objektif unsuruna yer verilmiştir. Söz konusu hükümlerle işletmeci ile müşterinin yaptığı sözleşmede, metnin herhangi bir yerine sıkıştırılmış yapılan sözleşmeye yabancı olan şartlardır. Bu tür şartlar genelde müşterinin asıl edim yükümlülüğünü önemli ölçüde genişleten ve kısıtlayan hükümlerdir²⁹. Bu ko-

²² Schöenenbeger, W/Jaeggi, P. İn: *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 1 a (Art. 1-17) Zürich 1973*, PN. 499, Art. 1 OR; Soyer, Polat, *Genel İş Koşulları*, İzmir 1987, 84; Atamer, 111.

²³ BGE 109 II 452, 458.

²⁴ Soyer, 84; Atamer, 111.

²⁵ BGE 119 II 443, E. 1b, S. 446 f.

²⁶ BGE 116 II 459 E. 2a. S. 461 f.

²⁷ Gauch/Schleup/ Schmid/Rey/Emmenegger, PN. 1138a, 275.

²⁸ BGE 119 II 443 ff., 445 ff.

²⁹ Kaşak, Esra, *Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları*, İÜHFĐ. C. 3, S. 1, 2012, 423; Yelmen, Adem, *Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları*, Ankara 2014, 106; “...Mahkemece toplanan deliller ve bilirkişi raporuna göre, dava konusu ipotek senedinin 2. maddesinde yer alan kefalet kaydınının 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 20/I. maddesine göre genel işlem koşulu, aynı yasanın 21/son maddesine göre de şaşırtıcı kural olduğu zira banka ile davalı arasında yapılmış ayrı bir kefalet sözleşmesi bulunmadığından davalının kefil olarak sorumluluğunu öngören ipotek sözleşmesindeki hükmün şaşırtıcı kural olarak nitelendirilmesi gerektiği,6098 sayılı TBK’nun söz konusu maddeleri nitelikleri iti-

nyuyla ilgili olarak Yargıtay vermiş olduğu bir kararında³⁰, taraflar arasında yapılan sözleşmenin 12/f hükmünde yer alan “*telefon devrinin sözleşmede bulunan şaşırtıcı nitelikteki bir şart*” olduğu kanaatine varıp bu durumun kamu düzenine aykırı olduğu bu nedenle de hükümsüz olacağını kabul etmiştir.

B. Sübjektif Şartlar

Sözleşmenin işletmecinin karşısında yer alan tarafının içinde bulunduğu durumu gösterir. Sözleşmenin tarafı olan kişi makul ve dürüstlük kuralına göre, sözleşme içeriğine ne anlam veriyor veya vermesi gerekir sorusunun cevabını sübjektif unsur oluşturmaktadır. Burada ilgili kişiden tamamen kendi içinde bulunduğu durumun gereği olan davranış şekli beklenir. Sübjektif unsur, somut sözleşmede nelerin hesaba katılacağı nelerin de hesaba katılmayacağı durumlarını ifade eder. Sübjektif şartların tespitinde ilgili kişinin bilgi düzeyi esas alınmaz. Bunun yerine ortalama bir müşterinin durumu ve anlayışı esas alınır. Somut olaydaki sözleşmenin kuruluşundaki

bariyle emredici hüküm olup kamu düzenine ilişkin olduğundan TBK'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 2. Maddesi uyarınca geçmişe etkili olarak uygulanacağı gibi 7. Maddesi gereğince de yürürlükteki davalara da uygulanması gerektiği, sonuç itibarıyla dava ve takibin dayanağı olan ipotek sözleşmesindeki kefaletle ilişkin hükümlerin genel işlem koşulu ve şaşırtıcı kural olması sebebiyle 6098 sayılı TBK. m. 21/son gereğince, kredi borcundan dolayı davalının müşterek borçlu müteselsil kefil sıfatıyla sorumluluğuna gidilemeyeceği kanaatine varıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Karar temyiz edilmiştir. Uyuşmazlık tacirler arasında düzenlenen genel kredi sözleşmesi ve bu sözleşme uyarınca kullanılacak kredilerin teminatı amacıyla ipotek resmi senesinde yer alan kefalet akdinden kaynaklanmaktadır. Tarafların sıfatı sözleşmenin ve sözleşmenin ve kefaleti de içeren ipotek akdinin yapıldığı tarih ve nitelikleri de gözetildiğinde somut olay bakımından TBK. m. 20 ve 21. Maddeleri ile 6101 sayılı Kanunun 7. Maddesinin uygulama yeri bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemece taraflar arasındaki Genel Kredi Sözleşmesinin teminatı olarak verilen ipotegin düzenlendiği ipotek resmi senesinde, davalının aynı zamanda kefalet limiti miktarınca müteselsil kefil olduğu da hükme bağlanmış olup mahkemece davalının kefaletinin geçerli olduğu kabul edilerek sonucuna göre bir kara verilmesi gerekirken, somut olaya uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. Anılan nedenlerle kararın bozulmasına oybirliği ile karar verilmiştir” Y. 19. HD. T. 11.12.2013.E. 14739/19771 K. (Karar Yayınlanmamıştır).

³⁰ “...Mahkeme iddia, savunma, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre davalı bayinin başka şirketlere ait LPG ürünlerini sattığı, davacı tarafından sözleşmenin feshinin haklı olduğu, talep edilen 15.000 USD cezai şartın makul olduğu ve sözleşmenin 21. Maddesince ödenmesi gerektiği, kar kaybının sözleşmenin feshi tarihinden itibaren davacının yeni bir bayi ile anlaşabileceği tarihe kadar geçecek makul bir süreyle sınırlandırılması kanıtlanmadığı, telefon kayıtlarının davalı adına olduğu dikkate alındığında sözleşmenin **12/f maddesine konulan telefon devrinin sözleşmede buluna şaşırtıcı nitelikte kayıt olduğu, kamu düzenine aykırı nitelikte olup, bu nedenle hükümsüz olduğunun kabul edildiği**, ayrıca bayilik sözleşmesi feshedildiğinden davalının haksız rekabet teşkil edecek eyleminin bulunmadığı ve bu husustaki taleplerinin yerinde olmadığı, 3. Kişilerle yapılan sözleşmelerinin de iptalinin istenemeyeceği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir...” Y. 16. HD. T. 26.12.2008., E. 4057/12536, (Karar Yayınlanmamıştır).

özellikler bu şekilde değerlendirmeye katılmaktadır. İşletmenin bu şartları da değerlendirerek müşterisinin kabul beyanına anlam vermesi gerekir.

Genel işlem şartlarını içeren sözleşmelerde sözleşme içeriğinde yer alan sözleşme içeriğine aykırı şartlar hakkında karşı tarafın ilgisi çekilmiş gerekli uyarımlar yapılmış ise, artık söz konusu Genel İşlem Koşulunun alışılmadık veya şaşırtıcı olduğu söylenemez³¹. Müşterinin dikkatini çekmek ise iki şekilde söz konusu olur. Bunlardan ilki, ilgili şartın basılış tarzı itibarıyla koyu ve büyük puntolarla basılması veya ayrı ve büyük bir başlıkla söz konusu hükmün varlığına işaret edilmesi şeklinde diğer şartlardan ayrılması, ikincisi ise, sözleşmenin tarafı olan işletme tarafından ilgili müşterinin sözlü olarak uyarılması şeklinde gerçekleşir³².

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 anlaşılmaktadır. 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 yapacaktır.

Yazılmamış sayılan genel işlem şartları, başlangıçtan itibaren sözleşmenin muhtevasına dâhil değildir. Bu sebeple bahsedilen şartlar, taraflar arasındaki ilişkide esas aranmaz. Yine bunlar, sözleşmenin muhtevasına dâhil olmadığından taraflar arasında hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz³³. TBK. m. 22'de, “*Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez*” şeklindedir. Bu durumda, genel işlem şartlarını kullanan taraf, yazılmamış şartlar sözleşme kapsamına girmediği için sözleşmeyi hiç yapmayacak olduğunu ileri süremez. Bu sayede genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin TBK. m. 27/II

³¹ Havutçu, Ayşe, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi, Nisan 2011, 41; Koller, § 23, PN. 43-44; Topuz, Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, 1153; Aydoğdu, 103; Atamer, 112.

³² Koller, AT, § 23 PN. 44; Atamer, 112.

³³ Koller, § 23 PN. 39 vd.; Schwenger, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006, PN. 45.07, 316; Havutçu, 133-235; Aydoğdu, 100; Yelmen, 107; Kaşak, 424.

hükmü aracılığıyla dolanılmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır³⁴. Bu durum zaten madde gerekçesinde “*bu düzenlemeyle, Alman Medenî Kanununun (BGB) 306 ncı maddesinin üçüncü fıkrasından ayrılmıştır. Böylece sözleşmeyi düzenleyenın Tasarınının 27. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmünden kıyas yoluyla yararlanması önlenmiş bulunmaktadır. Sözleşmenin diğer tarafının ise, söz konusu hükümden yararlanabileceğinde duraksama yoktur.*” şeklinde yer almıştır.

Alman Medeni Kanununda genel işlem şartlarının yazılmamış olması ile ilgili bizim Borçlar Kanunumuzda olmayan önemli bir düzenlemeye yer verilmiştir. Gerçekten de, BGB § 306 /II’de, sözleşmenin kapsamına dâhil olmayan hükümlerin oluşturduğu boşluğun kanuni düzenlemeler ile doldurulacağına değinilmiştir. Türk Borçlar Kanununda bu yönde herhangi bir düzenleme bulunmamakla beraber, TBK’nun genel hükmü olan m. 2/I-II’den yararlanılabilir. Çünkü söz konusu bu maddede, sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmanın sağlanması durumunda, tali unsurların üzerinde durulmasa bile sözleşme kurulmuş sayılır. Aynı şekilde TMK. m. 1/II gereğince, “**Kanunun özüyle ve sözüyle değindiği tüm konularda uygulanacağı**” düzenlenmiştir. Bundan dolayıdır ki, taraflar arasındaki somut duruma uygulanabilir bir hüküm yoksa TBK. m. 2 ve TMK. m. 1 çerçevesinde çözüm bulunabilir. Yargıtay olayla ilgili bir kararında³⁵, yok sayılan sözleşme hükmü bakımından hâkimi mevzuata yönlendirmiştir.

TBK. m. 22 c. 2 hükmü beraberinde önemli bazı sorunları da getirmektedir. Yazılmamış sayılan genel işlem şartlarının sözleşmenin esaslı unsuru olması durumunda, sorunun nasıl çözüleceği konusu önemlidir. Çünkü TBK. m. 22 c. 2 hükmü gereği, işletme, yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. Bu hükümden hareket edildiğinde, yazılmamış sayılan şartlar esaslı bile olsalar sözleşmenin ayakta tutulmasına ve devam etmesine karar vermek gerekir. Ancak bu sonuç kabul edilemez. Çünkü TBK. m. 2/I’e göre, taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşamazlarsa, sözleşme kurulamaz. Esaslı noktalarda uyuşmanın sağlanması sözleşmenin kurulması için olmazsa olmazdır. Buradan hareketle, “*Yazılmamış sayılan bir hüküm, sözleşmenin esaslı noktasını teşkil ediyorsa, genel*

³⁴ Yelmen, 108.

³⁵ Belediyelerin EGO İşletmeleri ile tüketiciler arasında düzenlenen “Doğalgaz Abonman Sözleşmeleri”; Özel Hukuk Kurallarına tabi, iltihaki sözleşmelerdir. Hukukumuzda sözleşme özgürlüğü varsa da, tekel durumundaki İdareler, sözleşmelere, kamu yararına, kamu düzenine aykırı hükümler koyamazlar. Bu nedenle, Enerji ve Tabii kaynaklar Bakanlığının, “**Doğalgaz Satış Fiyatı Kararları Tebliği**”ndeki üst sınırı aşacak tarifeler ve sözleşmede bu tarifelerin uygulanmasına imkân verecek maddeler tüketiciyi bağlamayacağından, dava halinde, hâkim, sözleşmenin İdari Yargıda iptal edilmesini istemeden, **yasa koyucu gibi hareket etme yetkisine dayanarak, hukuk devleti ve sosyal adalet ilkesi gereğince tüketiciyi koruyacak şekilde, yasaya aykırı şekilde konulan sözleşme hükmünü yok sayarak, Bakanlık tebliği doğrultusunda gerçek alacak ve borç miktarını tespit etmelidir.** (YİBK., 5.4.1944 gün ve 4/12 s.) (Y. 13.HD. T. 18.03.1996, E. 1734/2495 K. Naklen Kazancı Otomasyon) (UT. 03.04.2015).

işlem şartlarını ihtiva eden sözleşme kurulamaz” sonucuna varılabilir. Sözleşme kurulmayınca da genel işlem şartları taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmaz. Çünkü genel işlem şartları sözleşmenin içinde yer alan bir unsurdur. Asıl olmayınca onun bir parçası olan genel işlem şartları da olmaz.

Yazılmamış sayılan kısım sözleşmenin ikinci derecedeki noktalarına ilişkin olduğunda sözleşmenin kurulması bakımından herhangi bir problem mevcut değildir. Sözleşme TBK. m. 22 c. 2 çerçevesinde, sözleşmenin tarafı yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı, sözleşmeyi yapamayacak olduğunu ileri süremez³⁶.

IV. Hükümün Yabancı Olması ile Haksız Olması Arasındaki

Genel işlem koşulları içinde yer alan bir hükümün “*sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı*” olması ile “*haksız*” olması birbirinden farklıdır³⁷. Somut olayın hâl ve şartları ile sözleşmenin niteliği dikkate alındığında genel işlem koşulları içerisinde yer alan bir hükümün karşı taraf bakımından beklenilmez olması hâlinde, ilgili hükümün sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olduğundan söz edilir. Haksız genel işlem koşulunda, sözleşmede yer alan karşı tarafın hukuki durumunun hakkaniyete aykırı olarak ihlal edilmesidir³⁸. Bu durum şaşırtıcı şartlarda ne bir ön şart ne de şaşırtıcı şartların kullanımında bir sebep teşkil eder. Şaşırtıcı şartlar, sözleşmede yer alan genel işlem şartlarının karşı tarafça global olarak kabulünde önem arz eden tarafların iradelerinin uyuşmasıyla ilgili bir hukuki durumdur. Şaşırtıcı şartların yazılmamış sayılmasının sebebi, güven sorumluluğu ile ilgilidir. Bundan dolayıdır ki, şaşırtıcı şartlar ilk etapta zayıf durumda olan karşı tarafı korumayı amaçlayan bir araç değildir. 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 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.

³⁶ Yelmen, 110.

³⁷ Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmenegger, PN. 1139c, 277; Atamer, 110; Kaşak, 425.

³⁸ Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmenegger, PN. 1139c, 277; Havutçu, 140.

³⁹ Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmenegger, PN. 1139c, 277; Atamer, 110; Havutçu, 140.

⁴⁰ Kaşak, 425.

⁴¹ Atamer, 110; Havutçu, 141.

SONUÇ

1. TBK m. 21/1'de genel 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 karşıma 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.

2. “Yazılmamış sayılma”, sözleşmenin içeriğine dâhil olmama şeklinde anlaşılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşulunun sözleşmenin içeriğine dâhil olmadığı hâller sözleşmenin objektif ve esaslı noktalarını oluşturuyorsa sözleşme kurulmuş sayılır. Hâkim TMK. m. 1/I gereği ve TBK. 2/I-II gereğince sözleşmede düzenlenmemiş olan hususları tamamlayarak uyumsuzluğu çözer. Bu hâlde genel işlem koşullarını kullanan taraf, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. Ancak yazılmamış sayılan hususlar sözleşmenin esaslı unsurlarını teşkil ederse sözleşme kurulmamış sayılır.

3. 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 (örneğin, sözleşmenin bir kısmında şartların koyu ve büyük yazılması) söz konusu hüküm içerik denetimine tâbi tutularak TBK. m. 25'e göre geçersiz kılınabilir.

KISALTMALAR

Abs.	: Absatz (Fıkra)
Art.	: Artikel (madde)
AT.	: Allgemeine Teil (Genel Kısım)
Auflg.	: Auflage (bası)
B.	: Band (Cilt)
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896.
BGE.	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (ohne Zusatz: Amtliche Sammlung)
BGer.	: Bundesgericht (Schweiz)
BSK.	: Basler Kommentar

C.	: Cilt.
dpn.	: dipnot
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi.
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İÜHFĐ.	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
m.	: madde
NJW.	: Neue Juristische Wochenschrift.
OR.	: Bundesgesetz vom 30 aAerz 1911 betreffend die ergaenzung des Schweizerisches Zivilgesetzbuches (fünfter Teil: Obligationenrecht) (İsviçre Borçlar Kanunu)
PN.	: Paragraf Numarası
S.	: Sayı
s.	: sahife
T.	: Tarih
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TMK.	: Türk Medenî Kanunu
UT.	: Ulaşım Tarihi
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
ZGB.	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)

KAYNAKÇA

- 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.
- Murat Aydoğdu:** Türk Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi, İzmir, 2014.
- Antalya, Gökhan:** 6098 Dayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükmeler, C. I, İstanbul 2012.
- Atamer, Yeşim M.:** Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2000.
- Atamer, Yeşim M.:** “*Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar*”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004 (Yeni Açılımlar).
- Gauch, Peter:** Werkvertrag, Zürich 2011.
- Gauch, P/Schleup, W/Schmid, J/Rey, H/Emmenegger, S.;** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Zürich 2014.

- Gauch, P/Aeppli, V/ Stöckli, H:** “Praejudizienbuch zum OR”, Rechtsprechung des Bundesgerichts, 6. Auflage, Zürich 2006.
- Giger, Hans:** Geltung und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschaeftsbedingungen, in: Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Bd.12. Herausgegeben von Giger/Schleup Zürich 1983.
- Havutçu, Ayşe:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükmülerinin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi, Nisan 2011.
- Huguenin, Claire:** Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, 2004.
- İnal, Tamer:** Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar: Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 89, Ocak 2014, 54.
- Kaşak, Esra:** Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları, İÜHFD. C. 3, S. 1, 2012.
- Koller, Alfred;** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, OR AT Grundlagen des Obligationenrechts Entstehung der Obligationen, Bern 2006.
- Schönenbeger, W/Jaeggi, P.** İn: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 1 a (Art. 1-17) Zürich 1973.
- Schwenzer, Ingeborg:** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006.
- Soyer, Polat:** Genel İş Koşulları, İzmir 1987.
- Topuz, Murat:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013.
- Yelmen, Adem:** Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014.