

GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA ŞAHSÎ (BİREYSEL) ANLAŞMANIN MEVCUDİYETİNİ İSPAT YÜKÜ

*Arş. Gör. Dr. İsmail ATAMULU**

ÖZET

Genel işlem şartları, bu isimle ilk defa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu sayede, tüketicinin korunmasına yönelik kanuni düzenlemelerin benzerleri, bütün borç ilişkilerine uygulanabilir hâle gelmiştir. Sözleşmenin hükümleri, yürürlük, yorum ve içerik denetimine tâbi tutulmaktadır. Bu yolla, sözleşmenin muhtevası tespit edilmektedir. Tarafların; sözleşme şartlarını gerçek anlamda müzakere etmiş olmaları, sözleşmenin şahsî hâle gelmesine yol açar. Şahsî bir sözleşme, tarafların iradelerini serbestçe yansıttıklarını gösterir. Bu nitelikteki bir sözleşme, hiç şüphesiz öncelikle uygulanma özelliğine sahiptir.

Genel işlem şartları müzakere edilmemişse, şahsî sözleşmeden söz edilemez. Bu şartlar hükümsüz olur. Bu bakımdan şahsî sözleşmenin varlığının tespiti gerekir. Şahsî sözleşmenin tespiti ve ispatı, oldukça zordur. Sözleşme muhtevasında yer alan şartların, müzakere edildiği iddiası somutlaştırılmalıdır. Türk Borçlar Kanunu'nda, bu yükün hangi tarafta olduğu, bir kanunî düzenleme

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD, Araştırma Görevlisi (e-mail: atamulu@gmail.com.tr)
Makale Geliş Tarihi: 03.03.2018
Makale Kabul Tarihi: 12.04.2018

ile doğrudan belirlenmiş değildir. Bu konuda, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelikte, Avrupa Konseyi Direktifinde (93/13 AET) ve Alman Medenî Kanununda düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerden kıyasla, şahsî anlaşmanın ispat yükünün hangi tarafta olduğu belirlenebilir.

Anahtar Kelimeler: Genel işlem koşulları, Şahsî anlaşma, İspat yükü

ZUSAMMENFASSUNG

Die allgemeinen Geschäftsbedingungen sind in diesem Titel erstmals im türkischen Obligationenrecht (Gesetz Nr. 6098) festgelegt. Dadurch ist die ähnlich den Bestimmungen des Gesetzes zum Schutz des Verbrauchers für alle Schuldenverhältnisse anwendbar. Die Bestimmungen des Vertrags unterliegen der Einbeziehungskontrolle, Auslegungskontrolle und Inhaltskontrolle. Auf diese Weise wird der Inhalt des Vertrags festgelegt. Die Tatsache, dass die Parteien die Vertragsbedingungen ausgehandelt haben, bringe den Vertrag dem Einzelnen. Ein individueller Vertrag zeigt, dass die Parteien ihren Willen freiwillig widerspiegeln. Ein solcher Vertrag muss natürlich zuerst Anwendung findet werden.

Wenn die allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht verhandelt werden, ist es nicht möglich, von einem individuellen Vertrag zu sprechen. Diese Bedingungen sind nichtig. Aus diesem Grund muss das Bestehen des individuellen Vertrages festgestellt werden. Die Feststellung und Nachweis des individuellen Vertrags ist sehr schwierig. Die Tatsache, dass die in dem Vertrag enthaltenen Bedingungen verhandelt werden, muss konkret sein. Welche Partei dieser Belastung unterliegt, wird nicht direkt durch eine gesetzliche Regelung bestimmt. Im türkischen Obligationenrecht wird nicht unmittelbar durch eine

gesetzliche Regelung bestimmt, zu welcher Partei diese Belastung gehört. Diesbezüglich gibt es Regelungen im Verbraucherschutzgesetzes (Gesetz Nr. 6502), in der Verwaltungsverordnung, in der Richtlinie des Europarats (93/13 EWG) und im BGB. Im Vergleich zu diesen Regelungen kann festgelegt werden, welche Partei die Beweislast für die individuelle Vereinbarung hat.

Schlagwörter: Allgemeine Geschäftsbedingungen, Individualabrede, Beweislast.

1. GENEL İŞLEM ŞARTLARI KAVRAMI¹

Türk hukuk mevzuatına genel işlem şartları müessesesi² bu isim altında ilk defa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile girmiştir (TBK. m. 20-25)³. İlgili

¹ Bu çalışmada 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda kullanılan genel işlem koşulları yerine, uygulamada ve doktrinde daha yaygın kullanılan, ayrıca müesseseyi daha iyi ifade eden, genel işlem şartları teriminin kullanımı tercih edilmiştir. Bu hususta terim sorununa dikkat çeken ve genel işlem şartları kullanımını tercih eden görüş için bkz. **Aydoğdu**, Murat, Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, Ankara 2014, s. 28 vd.

² Genel işlem şartlarına dair düzenlemelerin tarihi süreçteki gelişimi ve özellikle ekonomik gerekçelerin bu safahata etkisi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Aydın**, Ramazan, Die Berücksichtigung des Verbraucherschutzes bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen im deutschen und türkischen Recht, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Hamburg 2007, Schriftenreihe der Forschungsstelle des Türkischen Rechts der Universität Augsburg, Bd. 1, s. 28 vd.; **Meier-Hayoz**, Arthur, Ernst A. **Kramer**, Bruno **Schmidlin**, Eugen **Huber**, vd. Schweizerisches Zivilgesetzbuch Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Bern 1986, Art. 1, kn. 176; **Harke**, Jan Dirk, Allgemeines Schuldrecht, Heidelberg 2010, s. 53, kn. 62; **Zerres**, Thomas, Bürgerliches Recht Eine Einführung in das Zivilrecht und die Grundzüge des Zivilprozessrechts, 7. A. Berlin 2013, s. 278; **Aydın**, Ramazan, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK. m. 5), EÜHFD. C. XI, S. 1, Y. 2016, s. 83-123, (Kısaltılmışı: **Aydın**, Haksız Şartlar), özellikle, s. 85 vd.; **Atamer**, Yeşim M., Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurabilecek Değerlendirme Kriterleri, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2013, s. 103-137, (Kısaltılmışı: **Atamer**, Bireysel Pazarlık), özellikle s. 105 vd.; **Aydoğdu**, s. 19 vd.

³ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce, 08.03.1995 tarihinde yayımlanarak 08.09.1995 tarihinde yürürlüğe giren 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (eTKHK)'un (Değişik: 6/3/2003-4822/7 md.) altıncı maddesinde, taraflarından biri tüketici olan sözleşmelerde, satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe sebep olan sözleşme şartlarının, haksız şart sayılacağı belirtildikten sonra, ilgili hükmün ikinci fıkrasında taraflarından birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartların tüketici için bağlayıcı olmayacağı hüküm altına alınmıştır. Benzer şekilde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundan sonra, 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren ve 4077 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)'un "*Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar*" kenar başlıklı beşinci maddesinin birinci fıkrasında, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde, tüketici aleyhine dengesizliğe sebep olan sözleşme şartlarının haksız şart olduğu; aynı maddenin ikinci fıkrasında ise tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartların kesin hükümsüz olduğu belirtilmiştir. Bu düzenlemeler sayesinde, tüketicinin, taraf olduğu sözleşmelerde korunması amaçlanmıştır. Tüketici hukuku bakımından genel işlem şartları (haksız şartlar) hakkında detaylı bilgi için bkz. **Aydın**, Haksız Şartlar, s. 89 vd.; **Öz**, Turgut, Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2002, s. 128-151; **Havutçu**, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003 (Kısaltılmışı: **Havutçu**, Tüketicinin Korunması). 6098 sayılı Kanun getirdiği yeniliklere rağmen, genel işlem şartlarına dair hükümlerin hazırlanmasındaki özensizlik, ulaşılmak istenen

düzenlemelerle, açıkça hüküm altına alınmış olmasa da⁴, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun (TKHK) tüketiciyi korumayı amaçlayan hükümlerinin benzerleri, tüketici-girişimci (satıcı/sağlayıcı) ayırımı yapılmaksızın getirilmiş oldu⁵. Ancak Türk Borçlar Kanunundaki genel işlem şartları denetiminden farklı olarak, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında, genel işlem şartı niteliği taşımayan ve fakat pazarlık konusu yapılmamış olan şartlar da, haksız şart denetimine tâbi tutulmaktadır⁶. Bu sebeple, Tüketicinin

amacın gerçekleşmesini zora sokmaya elverişlidir. Bu ve benzeri birçok sebeple, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda yer alan genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeler gerek kanunlaşma sürecinde, gerekse Kanun yürürlüğe girdikten sonra birçok eleştiriye maruz kalmıştır. Eleştiriler ve çözüm önerileri için ayrıca bkz. **Atamer**, Yeşim, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Kocayusufpaşaoğlu Armağanı, Ankara 2004, s. 291-331, (Kısaltılmışı: **Atamer**, Armağan). Bu çalışmada, Türk Borçlar Kanunundaki genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeler değerlendirilmiştir. 93/13/AET Sayılı Direktiften ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda yer alan düzenlemelerden, konuyla alakalı olduğu ölçüde istifade edilmiştir.

⁴ **Baş Süzel**, Ece ve Felix, **Aden**, “Battle of Forms” im türkischen AGB-Recht, (Beck-Online die Datenbank), s. 4.

⁵ **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 103; **Aydoğdu**, Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, DEÜHFD. C. 13, S. 2, Yıl: 2011, s. 1-50, (Kısaltılmışı: **Aydoğdu**, Uygulama Alanı) özellikle s. 3; **Yeniocak**, Umut, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, TBBD. Yıl: 2013, S. 107, s. 75-96, özellikle s. 77; **Atamer**, Yeşim, 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, Ankara 2012, s. 9-73, (Kısaltılmışı: **Atamer**, Sempozyum), s. 10; **Aydoğdu**, s. 37-38; **Baş**, Ece, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları Kavramı ve İçerik Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 276-306, özellikle s. 276. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun sadece tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerde uygulanma kabiliyetine sahip olması, bu sözleşmeler dışındaki ilişkilerde meydana gelmesi muhtemel uyumsuzluklarda çözümün nasıl sağlanacağı meselesini gündeme getirmekteydi. Bu noktada, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelere, sözleşme taraflarının nitelikleri yönünden bir sınırlama yapılmaksızın yer verilmiş olması, isabetlidir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile tacirler arasında akdedilen sözleşmeler de, genel işlem şartları denetimine tâbi hâle gelmiştir, **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 103. Antalya ise, TTK. m. 54 vd.’ndaki tacirler arasındaki ilişkilere dair haksız rekabet düzenlemelerinin, Türk Borçlar Kanunundaki genel işlem şartlarına ilişkin hükümlere göre özel niteliği haiz olduğunu belirtmektedir. Bu gerekçeyle yazara göre, tacirler arasındaki ilişkilerde TBK. m. 20-25 hükümleri uygulanma alanı bulmaz, dolayısıyla bu tür ilişkilerde genel işlem şartları denetimi yapılamaz. Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz. **Antalya**, Gökhan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2013, s. 298 vd. Antalya’nın savunduğunun aksine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 17.1.2017 tarihinde verdiği bir kararında, tacirler arasındaki kredi sözleşmesine ilişkin uyumsuzluğun çözümünde, Türk Borçlar Kanununun genel işlem şartlarına dair hükümlerinden istifade etmiştir. İlgili karar metni için bkz. Y. 11. HD. 17.1.2017 T., E. 2016/981, K. 2017/293, (**KBİBB.**, 6098/m. 20).

⁶ **Atamer**, Armağan, s. 291.

Korunması Hakkında Kanun kapsamında yapılan denetim, sadece genel işlem şartları sorununa özgülenmemiştir⁷. Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Şartlar Hakkında 5.4.1993 Tarihli Avrupa Konseyi Direktifi (93/13/AET Sayılı Direktif) de Türk Borçlar Kanunundaki düzenlemelerin aksine ve Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna uygun olarak, sadece müzakere edilmemiş olma kıstasından hareketle, genel işlem şartları içinde yer alsın almasın bütün şartları denetime tâbi tutmayı öngörmektedir⁸.

Genel işlem şartları, sözleşme taraflarından birinin, ileride kuracağı sözleşmelerde, sözleşmenin karşı tarafına değiştirilmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle, önceden tek yanlı⁹ olarak saptamış olduğu sözleşme şartlarıdır (TBK. m. 20/I, c. 1)¹⁰. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, genel işlem şartları tek

⁷ **Atamer**, Armağan, s. 291. Bu sebeple, tüketicinin taraf olduğu bir sözleşme, ileride de detaylı olarak açıkladığı üzere, genel işlem şartları anlamında standart sözleşme özelliği taşımasa bile, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında haksız şart denetimine tâbi tutulabilir. Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz. **Aydın**, Haksız Şartlar, s. 94-95.

⁸ **Atamer**, Armağan, s. 296.

⁹ TBK. m. 20/I hükmünde isabetsiz olarak genel işlem şartlarının düzenleyen tarafından “tek başına” hazırlanması ifadesine yer verilmiştir. Hâlbuki genel işlem şartlarından bahsedebilmek için kullanının bunu tek başına hazırlamış olması zorunlu değildir. Bir sözleşmede, başkası tarafından hazırlanmış şartların kullanılması da, genel işlem şartlarının oluşumuna sebebiyet verebilir. Nitekim daha önce akdedilmiş başka sözleşme hükümlerinden istifade edilmesi, danışmanlar vasıtasıyla birtakım şartların oluşturulması da genel işlem şartlarının meydana gelmesi için yeterlidir. Benzer yönde açıklamalar için bkz. **Akçaal**, Mehmet, Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme, GÜHFD. C. XVIII, Y. 2014, S. 1, s. 49-69, özellikle, s. 53; **Başalp**, Nilgün, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011, s. 26; **Yeniocak**, s. 80. Genel işlem şartları, çoğu zaman üçüncü kişiler tarafından hazırlanmış standartların kullanılmasıyla, sözleşme muhtevasında yer edinir. Aynı yönde açıklamalar ve örnek düzenlemeler için bkz. **BSK OR I/Corrine Zellweger- Gutknecht/Eugen Bucher**, Ahn. Art. 1, kn. 50; **Zerres**, s. 280.

¹⁰ **Eren**, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı Ankara 2017, s. 215; **Kramer**, OR 1, kn. 182; **Yeniocak**, s. 78; **Oğuzman**, M. Kemal, **Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:1, İstanbul 2012, s. 163; **Baş Süzel/Aden**, s. 3; **Grunewald**, Barbara, Karl-Nikolaus **Peifer**, Verbraucherschutz im Zivilrecht, Berlin 2010, s. 17, kn. 36 vd.; **Atamer**, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001, (Kısaltılmışı: **Atamer**, Denetim), s. 61; **Tiftik**, Mustafa ve Zeynep **Özcan**, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Standart Sözleşmelerde İçerik Denetimi, BATİDER, C. 31, S. 1, s. 23-58, özellikle s. 29, 30; **Atamer**, Armağan, s. 324; Genel işlem şartları müessesesi, özellikle işletmelerin kendi faaliyet alanlarında aynı mahiyette birden çok sözleşme akdetme gereğinin bir sonucu olarak uygulanmaya başlamıştır. Bu şartlar sayesinde, karşılaşılmaması muhtemel durumların bü-

tarafli olarak, sözleşmenin muhtevasını belirlemek amacıyla, sözleşme kurulmadan önce hazırlanır¹¹. Bu şartların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz(TBK. m. 20/I, c. 2). Ayrıca bu şartların nasıl hazırlandığı, kâğıda dökülüp dökülmediği, genel işlem şartı olarak nitelendirilmelerinde etkili değildir¹². Belirli sözleşme hükümlerini, genel işlem şartları olarak nitelendirmek için sözleşmenin taraflarının sıfatı yani sübjektif özellikleri ve özellikle taraflar arasındaki ekonomik ve sosyal denge dikkate alınmaz¹³. Zira genel işlem şartı nitelendirmesi, objektif bir kıstasa bağlanmıştır¹⁴. Bu objektif kıstasa, TBK. m. 20/I, c. 1'deki, “*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.*” düzenlemesinde yer verilmiştir. İlgili düzenlemeden hareketle, belli özelliklerin mevcudiyeti hâlinde genel işlem şartlarının tespiti somutlaştırılabilir¹⁵. Öncelikle, genel işlem şartları bir sözleşmenin şartlarını oluşturma amacıyla hazırlanmıştır. Ayrıca bu şartlar, sözleşme kurulmadan önce tek taraflı düzenlenmiştir. Bunun yanında birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan bu şartlar, sözleşmeye dâhil edilmek amacıyla sözleşmenin karşı tarafına sunulmuştur.

yük kısmı değerlendirilerek sözleşmeler şekillendirilebilir, **BSK OR I /Corrine Zellweger-Gutknecht/Eugen Bucher**, Ahn. Art. 1, kn. 47.

¹¹ **Eren**, s. 215; **Akman**, Galip Servet, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, s. 88; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, İstanbul 2010, s. 226; **Atamer**, Denetim, s. 61; **Atamer**, Armağan, s. 324.

¹² **Atamer**, Denetim, s. 61; **Atamer**, Armağan, s. 324.

¹³ **Yeniocak**, s. 80; **Baş**, s. 281-282.

¹⁴ **Atamer**, Denetim, s. 61.

¹⁵ Genel işlem şartlarının unsurları olarak ifade edilen bu özellikler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Atamer**, Denetim, s. 62 vd.; **Aydoğdu**, s. 46 vd.; **Aydoğdu**, Uygulama Alanı, s. 12 vd.; **Baş**, s. 283 vd. Bu unsurları işaret eden Yargıtay kararı için bkz. Y. 11. HD. 17.1.2017 T., E. 2016/981, K. 2017/293, (**KBİBB.**, 6098/m. 20).

Genel işlem şartlarının varlığı hâlinde, sözleşmenin karşı tarafı, kendisine göre daha üstün konumda bulunan tarafça¹⁶ sunulan standart sözleşme¹⁷ muhtevasına müdahale edebilme imkânını kaybetmektedir¹⁸. Genel işlem şartları kullanan taraf, bu şartlar vasıtasıyla iki kazanımı birden elde etmektedir. Öncelikle sözleşmesini standartlaştırmakta, bu sayede tekrar tekrar sözleşme hazırlama yük ve riskinden kurtulmakta; öte yandan akdettiği sözleşmenin kârlı tarafı olmaktadır¹⁹. Bu sebepler, genel işlem şartlarının pratikteki önemini ortaya koymaktadır²⁰.

¹⁶ "...TBK'nın 20-25. maddelerinde de genel işlem koşullarına dair düzenlemelere yer verilmiş olup sözleşmelerde; taraflardan birinin üstün veya avantajlı konumunu kullanarak, karşı tarafa dayattığı, karşı taraf aleyhine düzenlemeler içeren ve iyi niyet kurallarına aykırı olan bölümlerin genel işlem koşulu olarak kabul edilmesi gerektiğinin belirtilmiş olması...", Y. 11. HD. 17.1.2017 T., E. 2016/981, K. 2017/293, (KBİBB., 6098/m. 20). Yüksek Mahkeme'nin birçok kararında olduğu gibi, burada da isabetsiz olarak, dürüstlük kuralı müessesesini ifade etmek üzere, iyi niyet kavramı kullanılmıştır. Nitekim, genel işlem şartlarının denetiminde ölçü iyi niyet değil, dürüstlük kuralıdır. Bu yönde açıklamalar için bkz. **Atamer**, Armağan, s. 326.

¹⁷ Genel işlem şartları ihtiva eden sözleşme, ileride detaylı olarak açıklandığı üzere, standart sözleşme adını alır, **BSK OR I/Corrine Zellweger- Gutknecht/Eugen Bucher**, Ahn. Art. 1, kn. 48; **Başalp**, s. 27. Yeniocak'a göre, bir sözleşmenin matbu olarak hazırlanmış olması, bu sözleşmenin genel işlem koşulları ihtiva ettiği yönünde kuvvetli bir karine teşkil eder, **Yeniocak**, s. 81. Tüketici hukuku bakımından ise, haksız şart denetimi yapılabilmesi için bahse konu sözleşmenin standart olması şart değildir. Birden fazla kullanılmak amacıyla, önceden hazırlanmış olma şartı aranmaksızın da, bir hüküm Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında haksız şart denetimine tâbi tutulabilir. Zira yukarıda da izah ettiğimiz üzere, haksız şarttan bahsedebilmek için pazarlık konusu edilmemiş ve dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde tüketici aleyhine olan bir hükmün varlığı yeterlidir. Ancak Öz'e göre, tüketici hukuku bakımından haksız şartları ihtiva eden sözleşmeler, standarttır. Bu tarz sözleşmeler, satıcı veya sağlayıcı tarafından aynı hükümlerle birden fazla hazırlanıp tüketiciye sunulur ve pazarlık konusu edilmezler, **Öz**, s. 146.

¹⁸ **Harke**, s. 51, kn. 60. **Tiftik/Özcan**, s. 27. Bu durum neticesinde, tarafların sahip olması arzu edilen pazarlık güçlerinin denkliği ilkesi, ihlâl edilmiş olur. Genel işlem şartları denetiminin, bu ihlâle uygulanan bir müeyyide niteliğinde olduğunu savunmak mümkündür. Benzer yönde açıklamalar için bkz. **Engin**, Baki İlkay, Türk hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Koşullarına Karşı Korunması, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010, s. 75-100, özellikle s. 75 vd.

¹⁹ **Grunewald/Peifer**, s. 17, kn. 29,30. Benzer yönde açıklamalar için bkz. **Baş**, s. 278. Bu hükümler çoğu zaman, sözleşmenin tâli noktalarına dairdir. Ancak nadir de olsa, tarafların karşılıklı edimlerinin tek tek belirtilmesi de söz konusu olabilir, **Morin**, Ariane, (Çeviren: Ruzin Dağlı), Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010, s. 33-74, özellikle, s. 35.

²⁰ **Zerres**, s. 278.

2. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DENETİMİ

Genel işlem şartlarının denetim süreci, yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi olmak üzere üç aşamadan oluşur²¹. Denetim safhasında tarafların özelliklerinin de değerlendirmeye katılması gerekir. Sözleşmeler, genel işlem şartları denetiminin yanında, borçlar hukuku kapsamında geçerlilik şartlarını (TBK. m. 27) taşıyıp taşımadıkları yönünde de incelenir²².

2.1. YÜRÜRLÜK DENETİMİ

Genel işlem şartlarının denetiminde öncelikle, ilgili şart veya şartların sözleşme muhtevasına dâhil olup olmadığı tespit edilir. Genel işlem şartının sözleşme muhtevasına dâhil olması sorunu, yürürlük denetimi ile ilgilidir. Yürürlük denetiminde genel işlem şartlarını kullananın, bu şartların sözleşmeye dâhil olabilmesi için gereken şartları yerine getirip getirmediği tespit edilir²³.

Taraflar karşılıklı olarak sözleşme şartları hususunda müzakere etmişse, bunun bir neticesi olarak ilgili şart veya şartlar sözleşmede yer almış olabilir. Bu durumda ilgili şart veya şartlar, bu çalışma bakımından önem arz eden şahsî anlaşma niteliğini kazanır. Şahsî anlaşmanın ise, genel işlem şartları denetimine tabi tutulması mümkün değildir. Bunun yanında, ileride de açıklandığı üzere,

²¹ **KurzKomm/Bollenberger**, § 864a, s. 799, kn. 1. Türk Borçlar Kanunu kapsamında genel işlem şartları, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun anlamında haksız şartlardan, denetim süreci bakımından da ayrılır. Bir şartın haksız olup olmadığının denetimi, pazarlık konusu edilip edilmediğini ve muhtevasının dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde tüketici aleyhine olup olmadığını ihtiva eder. Burada önemli olan, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında bir şartın müzakere edilmemesine rağmen, dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde tüketici aleyhine sonuç doğurmaması hâlinde haksız kabul edilememesidir. Aynı yönde açıklamalar için bkz. **Atamer**, Armağan, s. 296-297.

²² **Atamer** Sempozyum, s. 12.

²³ **Aydın**, s. 69 vd.; **Aydın**, Haksız Şartlar, s. 95 vd.; **Zerres**, s. 281; **Huguenin Claire**, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A. Zürich 2014, kn. 614 vd.; **Atamer**, Denetim, s. 81 vd.; **Gümüüş**, Mustafa Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1 (Madde 1-46), İstanbul 2014, s. 53-54; **Kaşak**, Esra, Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları, İnÜHFD, C. 3, S. 1, s. 415-429, özellikle s. 416; **Yeniocak**, s. 81.

münferiden bir şartın şahsî anlaşma haline gelmesi, diğer genel işlem şartlarının denetime tâbi tutulmasına engel değildir²⁴.

Genel işlem şartları kullanımı konusunda sözleşmenin karşı tarafı açıkça uyarılmamışsa veya genel işlem şartları içerisinde sözleşmenin mahiyetine tamamen yabancı şartlar (sürpriz kayıtlar) mevcutsa, bunların yürürlük denetimini geçmeleri mümkün değildir. Bir hükmün sözleşme muhtevasına dâhil olup olmadığı, yürürlük denetimi neticesinde kesinleşir. Bu safhadaki denetimin tamamlanmasıyla, şartları taşımayan sözleşme hükmü TBK. m. 21'in ifadesiyle, yazılmamış sayılır. İlgili hükümde kullanılan yazılmamış sayılma tabiri, isabetli değildir²⁵. Bu müeyyide ile ifade edilmek istenen, ilgili hükümlerin sözleşmenin muhtevasına dâhil olmamasıdır. Bu netice ise, sözleşmenin baştan eksik ve tamamlanmaya muhtaç olduğunu gösterir²⁶. Burada, hükümsüzlük/butlan meselesi söz konusu değildir²⁷.

2.2. YORUM DENETİMİ

Yürürlük denetiminin akabinde, sözleşme muhtevasına dâhil olan genel işlem şartının anlamının tam tespit edilebilmesi için nasıl yorumlanması gerektiği sorusuna cevap aranır. Bu safha, yorum denetimi adını alır. Genel işlem

²⁴ Bu hususta detaylı açıklamalara, "*Şahsî Anlaşmanın Önceliği*" başlığı altında yer verilmiştir.

²⁵ Aynı yönde görüş ve açıklamalar için bkz. **Aydın**, Haksız Şartlar, s. 99; **Atamer**, Sempozyum, s. 32.

²⁶ **Aydın**, Haksız Şartlar, s. 99-100; **Atamer**, Sempozyum, s. 32. Yazılmamış sayılan hükmün, sözleşmenin kapsamına girmediği yönünde görüş için bkz. **Şeker**, Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, (BK. m. 21/1, 21/2, 24) Yokluk ve Kesin Hükümsüzlük Kıskaçında 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması, İstanbul 2015, s. 34. Genel işlem şartlarının yürürlük denetimine ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Grunewald/Peifer**, s. 20, kn. 41 vd.; **Atamer**, Sempozyum, s. 26 vd.; **Eren**, s. 221-222; **Oğuzman/Öz**, s. 164-166; **Yeniocak**, s. 81 vd.; **Baş Süzel/Aden**, s. 4 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 232 vd.; **Atamer**, Denetim, s. 81 vd.; **Atamer**, Armağan, s. 324 vd. Doktrinde, yürürlük denetimini bağlayıcılık denetimi olarak da isimlendirmektedir, **Havutçu**, Tüketicinin Korunması, s. 105 vd.; **Kaşak**, s. 415 vd. Farklı adlandırılırlar da, yürürlük denetimi ile bağlayıcılık denetimi arasında kapsam bakımından fark bulunmamaktadır.

²⁷ **Aydın**, Haksız Şartlar, s. 99; **Atamer**, Sempozyum, s. 32; **Başalp**, s. 35. Yazılmamış sayılmanın neticeleri hakkında doktrindeki farklı görüşler ve detaylı bilgi için ayrıca bkz. **Aydın**, Haksız Şartlar, s. 99, dn. 111.

şartlarının yorum denetiminde amaç, sözleşme muhtevasına dâhil olmuş olan genel işlem şartlarının muhtevasının, anlamının tam olarak tespit edilmesidir. Ancak bu sayede, bir şartın sahip olduğu muhteva ile son denetim safhası olan içerik denetiminden geçip geçemeyeceği tespit edilebilir²⁸.

Yorum denetimi neticesinde, tarafların müzakere etmek suretiyle belirlenmiş oldukları sözleşme şartlarının uygulanması söz konusu olabilir. Bu durumda, sözleşme şahsî hâle gelir²⁹. Şahsî anlaşmanın neticesi olan şart veya şartların genel işlem şartları ile çatışması ihtimal dâhilindedir. Nitekim bu husus, AMK. §. 305b’de şahsî anlaşmaların genel işlem şartlarına göre uygulanma önceliği olduğu şeklinde hüküm altına alınarak vurgulanmıştır³⁰. Bu durum, ilgili şart veya şartların yorumlanması ihtiyacını doğurur. Türk hukukunda da şahsî anlaşmanın genel işlem şartlarına göre uygulanma önceliğine sahip olduğu kabul edilmektedir³¹.

Genel işlem şartlarının yorumlanmasına dair hüküm getiren TBK. m. 23’te, genel işlem şartı sayılan bir düzenlemenin, açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde, kullananın aleyhine olan yorumun tercih edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu durum doktrinde, belirsizlik ilkesi olarak adlandırılır³².

²⁸ Aydın, s. 80 vd.; Huguenin, kn. 627 vd.; Eren, s. 223; Kocayusufpaşaoğlu, s. 239; Atamer, Denetim, s. 124; Atamer, Armağan, s. 326; Havutçu, Tüketicinin Korunması, s. 148. Benzer yönde görüş için bkz. Oğuzman/Öz, s. 168; Grunewald/Peifer, s. 20, kn. 48; Akman, s. 94-95.

²⁹ Gauch, Peter, Schlupe, Walter R., Schmid, Jörg, Emmenegger, Susan, OR AT, 10. Auflage, Zürich 2014, kn. 1144; Kramer, OR 1, kn. 219; Zerres, s. 283; Yeniocak, s. 90.

³⁰ Aynı yönde açıklamalar için bkz. Zerres, s. 281; Atamer, Sempozyum, s. 20; Yelmen, Adem, Türk Borçlar Hukuku’na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014, s. 59.

³¹ Aydın, Haksız Şartlar, s. 100.

³² Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Atamer, Sempozyum, s. 35-36; Aydın, Haksız Şartlar, s. 102-103.

2.3. İÇERİK DENETİMİ

Sözleşme muhtevasına dâhil kabul edilen ve yorumlanarak anlamı tespit edilmiş olan hükmün, dürüstlük kuralına açıkça aykırı olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Genel işlem şartlarının içerik denetimi (TBK. m. 25) olarak adlandırılan bu son safhada, yürürlük ve yorum denetiminden geçen genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı olarak, kullanan lehine sonuç doğurup doğurmadığı tespit edilir. Genel işlem şartları denetiminin en önemli kısmını oluşturan içerik denetimi neticesinde, sözleşmenin muhtevastaki genel işlem şartının geçerli olup olmayacağı tespit edilir³³. İçerik denetimi ile yürürlük denetimi genel işlem şartlarına farklı noktalardan yaklaşırlar. Bunun en güzel misâllerinden biri, beklenemez hükmüdür. Yürürlük denetimi sonucu bir hükmün beklenemez olmasının tespit edilmesi hâlinde, hüküm sözleşme muhtevastına dâhil edilemez. Ayrıca hükmün muhtevastının adil olup olmaması, yürürlük denetimi bakımından önemli değildir. İçerik denetiminde ise önemli olan, hükmün adil olup olmamasıdır³⁴. Bir şartın sözleşme hükmü hâline gelmesine rağmen, içerik denetimi neticesinde geçersiz sayılma ihtimalinin varlığı bu safhayı önemli hâle getirir³⁵. Zira içerik denetiminde, yürürlük denetiminden farklı olarak sözleşme muhtevastına dâhil olmuş genel işlem şartları mevcuttur. Bu şartlar taraflarca kabul edilmiş olmalarına rağmen, kanunkoyucu genel işlem şartlarını kullananın, sözleşmedeki menfaatler dengesini bozmasına engel olmak amacındadır. Bu sebeple, hâkimin dürüstlük kuralını temel kıstas olarak kabul edip, gerçekleştireceği denetim vasıtasıyla, sözleşmeye müdahalesine açıkça müsaade etmiştir. Hâkim, içerik denetimi sonucunda dürüstlük kuralına açıkça aykırı

³³ Benzer yönde açıklama için bkz. **Tiftik/Özcan**, s. 37 vd.; **Zerres**, s. 284 vd.; **Eren**, s. 223-224; **Grunewald/Peifer**, s. 20, kn. 49 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 167-168; **Harke**, s. 63, kn. 72; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 232, 239 vd.; **Yeniocak**, s. 94; **Baş**, s. 290 vd.; **Gümüş**, s. 57 vd.; **Akman**, s. 95 vd.; **Havutçu**, Tüketicinin Korunması, s. 153; **Çınar**, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009, s. 119; **Atamer**, Armağan, s. 326.

³⁴ **Atamer**, Denetim, s. 110.

³⁵ **Atamer**, Sempozyum, s. 41.

olduğunu tespit ettiği genel işlem şartlarının kesin hükümsüz olduğuna karar verir³⁶.

3. GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA İSPAT YÜKÜ

Genel işlem şartlarının denetimi esnasında sözleşmenin tarafları, ispat meseleleri ile karşı karşıya kalmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, genel işlem şartları denetiminin kabul edilmesinin temel gerekçesi, sözleşmedeki menfaatler dengesinin dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde taraflardan biri aleyhine önemli şekilde bozulmuş olmasıdır. Bu sebeple genel işlem şartları niteliğinin tespiti, bu şartların sözleşme içeriğine dâhil olmasının belirlenmesi, dürüstlük kuralına aykırı olup olmadıklarının saptanması gibi gerekliliklerin mevcudiyetinde; genel işlem şartlarını kullanan taraf, sağlanan hukukî koruma bakımından, sözleşmenin diğer tarafına göre hep bir adım geridedir. Bunun en somut misallerinden biri ispat yükünde karşımıza çıkar. Gerçekten de, genel işlem şartları denetiminde ispat yüküne dair tespitlerde, karşı tarafın menfaati ön planda tutulmuştur.

3.1. GENEL OLARAK İSPAT YÜKÜ

3.1.1. İSPAT VE İSPAT YÜKÜ KAVRAMLARI

Bir önermenin doğruluğuna dair karar verilebilmesi amacıyla, bir illiyetin ortaya konulmasına ispat adı verilir³⁷.

Bir kimsenin iddia veya savunmasında haklı olması, davayı kazanması için yeterli değildir. Zira ispat edilemeyen iddia ve savunma sonuca etki etmez.

³⁶ Aydın, Haksız Şartlar, s. 113; Eren, s. 234 vd.; BSK OR I/Corrine Zellweger-Gutknecht/Eugen Bucher, Ahn. Art. 1, kn. 65; Atamer, Sempozyum, s. 61; Tiftik/Özcan, s. 52; Zerres, s. 287; Baş, s. 281; Aydoğdu, s. 133-134; Gümüş, s. 59.

³⁷ Konuralp, Halûk, Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009, s. 8. Doktrinde başka ispat tanımı için ayrıca bkz. Atalay, Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 5.

Bu sebeple, bir davada hangi tarafın, hangi hususu ispat etmesi gerektiğinin tespiti, davanın sonucunu belirler. İşte bu hususa, ispat yükü (ispat külfeti) adı verilir³⁸. İspat yükü kendisine düşen taraf bunu yerine getirmemezse, davayı kaybetme riskiyle karşı karşıya kalır³⁹. Bu durumda ispat yükü, ispatsızlık veya belirsizlik hâlinin sonuçlarının düzenlenmesi anlamına gelir⁴⁰.

3.1.2. İSPATIN KONUSU

İspatın konusu; taraflarca ileri sürülen, üzerinde anlaşma sağlanamamış ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olan vakialardır⁴¹. Taraflarca hazırlama ilkesinin hâkim olduğu davalarda, mahkemeden talepte bulunan taraf, hakkını dayandırdığını varsaydığı olay veya olayları iddia etmelidir⁴². İddia edilmiş olayların ispatı neticesinde, davanın lehe sonuçlanması ihtimali gündeme gelir. Görülmekte olan bir davada ispat yükünün kime ait olduğunun belirlenmesi; hâkimin verdiği kararın, bu yükü yerine getirmeyen taraf aleyhine olması ihtimali

³⁸ **Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, İstanbul 2001, s. 1972; **Pekcanitez**, Hakan, **Atalay**, Oğuz, **Özekes**, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, İstanbul 2017, s. 331; **Umar**, Bilge, **Yılmaz**, Ejder, İsbat Yükü, İstanbul 1980, s. 2; **Bilge**, Necip, **Önen**, Ergun, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 498-499; **Arslan**, Ramazan, **Yılmaz**, Ejder, **Taşpınar Ayvaz**, Sema, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 378; **Muşul**, Timuçin, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2012, s. 321; **Karsh**, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012, s. 551; **Oğuzman**, M. Kemal, **Barlas**, Nami, Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, İstanbul 2015, s. 327. Davanın konusu olayların gerçekleşip gerçekleşmediğinin hangi tarafça ispat edileceği ve bunun davaya etkisi, ispat yükü kurallarınca belirlenir, **Köroğlu**, Emre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'na Göre İspat Yükü, Yargıtay Dergisi, C. 43, Y. 43, S. 1, s. 181-223, özellikle s. 183-184.

³⁹ **Kuru**, s. 1972; **Umar/Yılmaz**, s. 3; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 331; **Bilge/Önen**, s. 499; **Karsh**, s. 551; **Oğuzman/Barlas**, s. 327; **Belgesay**, Mustafa Reşit, İsbat Külfeti, Ülke Broşürleri, Hukuk Serisi No: 1, İstanbul, s. 3; **Uyar**, Talih, Yargıtay Kararlarında İsbat Yükü (MK. m. 6), Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 831-877, özellikle s. 834.

⁴⁰ **Atalay**, s. 9.

⁴¹ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 376; **Başözen**, Ahmet, Medenî Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Ankara, 2010, s. 85.

⁴² **Başözen**, s. 85. Oysa re'sen araştırma ilkesinin hâkim olduğu davalarda hâkim tarafların dayandığı olaylarla bağlı değildir, **Başözen**, s. 86. Taraflarca hazırlama ve re'sen hazırlama ilkeleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 177 vd. Hemen belirtmek gerekir ki, çekişmeli yargıda re'sen araştırma ilkesi istisnadır. Bu durum, HMK. m. 25'te "Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz./Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz.", şeklinde hüküm altına alınmıştır.

sebebiyle önemlidir⁴³. Taraf için bir yükümlülük değil, usûlî bir külfet (yük) olan ispata dair kurallar, hâkimin olayın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda kanaat edinebilmesi için belirsizlik durumunun aşılmasına yardım ederler⁴⁴.

3.1.3. İSPAT YÜKÜNÜ TESPİTTE TEMEL KANUNİ DÜZENLEMELER

Türk hukukunda ispat yükünün paylaşılmasına ilişkin temel esas, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 6. maddesinde hüküm altına alınmış olan, “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.” düzenlemesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 190. maddesinde yer alan “İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.”, hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu sebeple, ispat yükünün kural olarak öncelikle bu hükümlere göre paylaşılması zaruridir⁴⁵.

TMK. m. 6’da, “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.” ifadesiyle, kural olarak taraflardan her birinin hakkını dayandırdığı olguları ispat etmesi gerektiğine ilişkin düzenleme getirmiştir⁴⁶. Bu gerekliliğin yerine getirilmemesi hâlinde, ispat yükü üzerinde olan taraf, aleyhine doğacak sonuçlara katlanmalıdır⁴⁷. TMK. m. 6’da yer alan ispat yüküne ilişkin kuralın tek başına yeterli ol-

⁴³ Başözen, s. 86.

⁴⁴ Başözen, s. 86. Benzer yönde görüş için bkz. Kuru, s. 1975; Bilge/Önen, s. 498-499; Umar/Yılmaz, s. 3.

⁴⁵ Umar/Yılmaz, s. 44. MK. m. 6’da taraflardan her birinin iddialarını ispat ile yükümlü tutulmuş olması, ispat külfetinin sadece davacıda olmadığının bir göstergesidir, Belgesay, s. 4.

⁴⁶ TMK. m. 6 hükmü, mehzaz düzenlemeyi tam anlamıyla karşılamaması sebebiyle haklı olarak eleştiriye uğramıştır. Zira İsviçre Medeni Kanununda ispat yüküne ilişkin ilgili hüküm, “Yasa başka bir çözüm belirlemedikçe iddia edilmiş bir olayın varlığını, bundan (olaydan) kendi lehine haklar doğan kimse ispat etmelidir”, anlamında kaleme alınmıştır, Uyar, s. 832; Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 332.

⁴⁷ Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 331. Benzer yönde görüş için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 327.

maması ve mehzaz düzenlemeyi tam anlamıyla yansıtmaması sebebiyle⁴⁸, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 190. maddesinde “İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiyaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.”, şeklinde düzenleme getirilmiştir⁴⁹.

TMK. m. 6 ve HMK. m. 190’daki düzenlemelerin ortak özelliği, her ikisinin de kanunda özel bir düzenleme bulunmaması hâlinde getirilmiş kurallar olmasıdır⁵⁰. Kanunkoyucu istisnai olarak bazı durumlarda, ispat yükünün iddia da bulunan tarafta değil, diğerinde olmasını kabul etmiştir⁵¹. Genel olarak, normal durumun aksinin ispat edildiği hâllerde⁵², ispat yükünün kanunla belirlendiği durumlarda⁵³ ve karinelerin mevcudiyeti hâlinde⁵⁴ ispat yüküne ilişkin genel

⁴⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 332.

⁴⁹ HMK. m. 190 ile TMK. m. 6 hükümlerinin her ikisi de ispat yüküne ilişkin düzenlemeler olmalarına rağmen, HMK. m. 190’da ispata yönelik olayı kimin ileri sürdüğü değil, o olaydan hangi tarafın hak çıkardığı önemlidir. Hak çıkaran tarafın çoğu zaman davacı olduğu kabul edilse de, her davada ispat yükünün davacıda olduğu savunulamaz. Boşanma davasında, boşanma şartlarının oluştuğunu ispat yükü davacıdayken, zamanaşımını def’inin ileri sürülmesinde, zamanaşımının gerçekleştiğini ispat yükü davalıya düşer, Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 333. Benzer yönde görüş için bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 380.

⁵⁰ İlgili hükümlerin muhtevası ve yürürlüklerine dair açıklamalar için bkz. Köroğlu, s. 187 vd.

⁵¹ Bilge/Önen, s. 501-502; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 333; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 380; Karşlı, s. 556; Oğuzman/Barlas, s. 331 vd.

⁵² Belgesay, s. 6; Uyar, s. 835; Köroğlu, s. 205. Normal bir duruma dayanan tarafın bu iddiasını ispat etmesine gerek yoktur. İspat yükü, normal durumun aksini iddia edene düşer. Meselâ bir sözleşme ilişkisinde asolan fiil ehliyetinin varlığıdır. Zira sözleşme ehliyetinin mevcudiyeti sözleşmenin geçerlilik şartları arasında yer alır. Normal olmayan, sözleşme taraflarında fiil ehliyetinin bulunmamasıdır. Bu sebeple karşı tarafın ehliyetsiz olduğunu iddia eden, ispat yükünü yerine getirmek zorundadır, Karşlı, s. 556-557; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 380.

⁵³ Bazı durumların önemine binaen kanunkoyucu ispat yükünün kimde olması gerektiğini özel olarak düzenlemiştir. Meselâ TMK. m. 287/I’deki düzenlemeye göre, çocuk ana rahmine düşmüşse, davacı, kocanın baba olmadığını ispat etmek zorundadır. Bu gibi hâllerde, TMK. m. 6 ve HMK. m. 190’daki genel ispat yükü kuralı uygulanmaz, ispat yüküne dair bir araştırmaya gerek olmaksızın, bu yükün kanunun öngördüğü tarafta olduğu kabul edilir, Köroğlu, s. 207-208; Karşlı, s. 557; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 381; Uyar, s. 836. Benzer şekilde kanunkoyucu TMK. m. 3’te de ispata ilişkin genel kuraldan ayrılarak, iyi niyetini ileri sürenin iyi niyetin aslı olduğu karinesine dayanması sebebiyle, onun kötü niyetli olduğunu iddia edenin bu iddiasını ispatla mükellef olduğunu benimsemiştir. Bunun yanında kanunkoyucu kötü niyeti ispat etmek zorunda olanın güçlük arz eden ispat şartları altında ezilmesini önlemek amacıyla ispat yükünü nisbeten kolaylaştıran TMK. m. 3/II hükmünü getirmiştir. Hükme göre, kendisine karşı tarafın kötü niyetli olduğunu ispat yükü düşen taraf; iyi niyeti aslolanın durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermediğini ispat ederse, kendisine düşen ispat yükünden kurtulmuş olur. TMK. m. 3’ün ispat yükü bakımından incelenmesi hak-

düzenlemeler olan TMK. m. 6 ve HMK. m. 190'daki hükümlere istisnalar getirildiği kabul edilir⁵⁵.

3.2. GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA İSPATA DAİR KANUNİ DÜZENLEMELER

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun ilgili hükümlerinde, genel işlem şartlarında ispat yüküne dair herhangi bir düzenleme mevcut değildir⁵⁶. Bu sebeple, TMK. m. 6'daki ve HMK. m. 190'daki ispat yüküne ilişkin genel düzenlemelerin genel işlem şartlarının ispatında da uygulanacağı, öncelikle kural ola-

kında detaylı bilgi için bkz. **Alangoya**, Yavuz, İspat Yükü Yönünden MK. 3, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 27, S. 1-4, s. 358-361.

⁵⁴ Karine; belli bir olaydan, belli olmayan bir olay için çıkarılan sonuçtur, **Umar/Yılmaz**, s. 165; **Kuru**, s. 2006; **Bilge/Önen**, s. 505; **Karşlı**, s. 558; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 382; **Köroğlu**, s. 209. Karineler fiilî ve kanunî olmak üzere ikiye ayrılırlar. Fiilî karine, yaşam deneyimine dayanır ve belli olan bir olaydan belli olmayan olay için çıkarılan sonuçlardır. Kural olarak, fiilî karine lehine olan taraf, o hususu ispat etmiş sayılır ve yine kural olarak fiilî karinenin aksini karşı taraf ispat edebilir. Kanunî karine ise, belli olan bir olaydan belli olmayan olay için kanun tarafından çıkarılan sonuçtur. Kanunî karine lehine olan taraf, o olayı ispat etme yükünden kurtulur. Kanunî karineler de, kesin kanunî karineler ve adî kanunî karineler olmak üzere iki başlık altında incelenebilir. Kesin kanunî karinelerde, bu karinenin aksini ispat mümkün ve caiz değildir. Meselâ, TMK. m. 1020/III' de yer alan, "*Kimse tapu sicilindeki bir kaydın bilinmediğini ileri süremez.*" hükmüne göre, tapu sicilindeki bir kaydın bilinmediği iddia edilemez. Bunun ispatı da mümkün değildir. Adî kanunî karinelerin ise, aksinin ispatı mümkündür. Bunlar aksi ispat edilinceye kadar delil niteliklerini devam ettirirler. Misalen, TMK. m. 285/I' de yer alan "*Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.*" hükmü, adî kanunî karinedir. Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün içinde doğan çocuğun babasının koca olmadığı ispatı mümkündür. Karineler ve bunların ispat yükü üzerindeki etkileri için ayrıca bkz. **Umar/Yılmaz**, s. 165 vd.; **Atalay**, s. 46 vd.; **Kuru**, s. 2006 vd.; **Bilge/Önen**, s. 505-507; **Pekantez/Atalay/Özkes**, s. 565; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 382-383; **Karşlı**, s. 558-559; **Muşul**, s. 325-326; **Oğuzman/Barlas**, s. 334 vd.; **Köroğlu**, s. 207 vd.

⁵⁵ İspat yüküne ilişkin genel hükümlere getirilen istisnalar hakkında detaylı bilgi için bkz. **Kuru**, s. 1978 vd.; **Bilge/Önen**, s. 501 vd.; **Pekantez/Atalay/Özkes**, s. 333 vd.; **Karşlı**, s. 556 vd.; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 380 vd.; **Oğuzman/Barlas**, s. 332 vd. Ayrıca ikrar edilen olguların varlığı hâlinde de, ispat yüküne ilişkin genel kuralların istisnaları mevcuttur. Şöyle ki, hâkim önünde ikrar edilen olgular artık çekişmeli sayılmaz. Bu durum HMK. m. 188/I' de, "*Tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakalar, çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez.*" hükmüyle açıkça belirtilmiştir. İspatı gerekmeyen bir olayın varlığı hâlinde ispata ilişkin bir yükün bulunmadığı sonucu çıkar. İkrar ile ispat yükü arasındaki ilişki hakkında detaylı bilgi için bkz. **Umar/Yılmaz**, s. 191 vd.; **Oğuzman/Barlas**, s. 332-333. Somut olayda, hangi tarafın ispat külfeti altında bulunduğunu belirlemek için ileri sürülen teoriler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Belgesay**, s. 5-6.

⁵⁶ **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 132; **Baş Süzel/Aden**, s. 3; **Atamer**, Sempozyum, s. 24.

rak kabul edilmelidir⁵⁷. Ancak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılmış olan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelikte (Haksız Şartlar Yönetmeliği) ispat yüküne ilişkin özel düzenlemeler mevcuttur.

TKHK. m.5/III, c. 2’de, “Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür.” hükmü ile sözleşmeyi düzenleyene, standart şartın münferiden tartışıldığı iddiasını ispat yükü getirilmiştir⁵⁸. Aynı düzenlemeye, Haksız Şartlar Yönetmeliğinin madde 5/II, c. 2 hükmünde de yer verilmiştir⁵⁹. Bunun yanında 93/13/AET Sayılı Direktifin, “Denetim Ölçütü” başlıklı 3. maddesinin 2. fıkrasının 2. alt paragrafında, “Girişimci, Standart sözleşmenin bir koşulunun bireysel sözleşme konusu yapıldığını iddia ederse, bunu ispat yükü altındadır.”, düzenlemesine yer verilerek aynı yönde tutum benimsenmiştir. Tüketicinin, genel işlem şartlarını düzenleyen karşısındaki dezavantajlı konumu dikkate alındığında, ilgili düzenleme isabetlidir⁶⁰. Tüketicinin korunmasına yönelik mevzuatta yer alan ilgili düzenlemeler, tüketicinin taraf olduğu standart sözleşmelere dairdir. Bunun yanında, yukarıda da izah edildiği üzere, tüketicinin taraf olduğu sözleşme

⁵⁷ **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 133.

⁵⁸ Esasen ilgili düzenleme, TMK. m. 6 ve HMK. m. 190 hükümlerine uygunluk arz eder. Benzer yönde görüş için bkz. **Aydoğdu**, Uygulama Alanı, s. 10.

⁵⁹ 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun altıncı maddesinin beşinci fıkrasında, bir standart şartın münferiden tartışıldığını iddia eden satıcı veya sağlayıcının bunu ispatla mükellef olduğu düzenlenmişti. Bu Kanun uyarınca çıkarılan ve 25137 sayılı ve 13.06.2003 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik’in beşinci maddesinin üçüncü fıkrasında bir standart şartın münferiden tartışıldığının ispatının, bunu iddia eden satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından gerçekleştirileceği hüküm altına alınmıştı. Yürürlükten kalkmış olan ilgili hükümlerin uygulandığı dönemdeki ispat yüküne dair açıklamalar için bkz. **Aydın**, s. 249. Görüldüğü gibi 4077 sayılı Kanun zamanında bir standart şartın müzakere edildiği iddiasının ispatı, Kanuna göre bunu iddia eden satıcı veya sağlayıcı tarafından, Yönetmeliğe göre ise, aynı iddiadaki satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından gerçekleştirilmek zorundaydı. 6502 sayılı Kanun ve buna bağlı olarak çıkarılan Yönetmelik ile 4077 sayılı Kanun dönemindeki, Kanun ile Yönetmelik arasındaki çelişki giderilmiştir. Gerek 6502 sayılı Kanunda, gerekse Haksız Şartlar Yönetmeliği’nde standart bir şartın müzakere edildiği iddiasına sahip olan düzenleyenin, bu iddiasını ispatla yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

⁶⁰ Aynı yönde görüş için bkz. **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 127.

standart olmasa bile haksız şartlar denetimine tâbi tutulabilir⁶¹. Meselâ, münferiden tek bir defa kullanılmak amacıyla hazırlanmış bir sözleşme, hükümleri müzakere edilmeksizin tüketici tarafından kabul edilebilir. Bu sözleşmede müzakere edilmeden ya da edilmesine imkan tanınmadan yer almış şartlar dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa, ilgili şartlar haksız kabul edilir. Bu durumda, tüketici bu şart veya şartların müzakere edilmediğini iddia ediyorsa, TMK. m. 6 ve HMK. m. 190 gereği bu iddiasını ispat etmelidir⁶². Nitekim TKHK. m.5/III, c. 2, Haksız Şartlar Yönetmeliği madde 5/II, c. 2 ve 93/13/AET Sayılı Direktifin 3. maddesinin 2. fıkrasının 2. alt paragrafındaki düzenlemelerin tamamı, standart sözleşmenin varlığı hâlinde uygulanma kabiliyetine sahiptir. Genel işlem şartlarının unsurları kısmında da belirtildiği üzere, genel işlem şartlarından bahsedebilmek için, standart bir sözleşmenin varlığı şarttır. Bu sebeple, standart şartları ihtiva etmeyen bir anlaşmanın genel işlem şartları denetimine tâbi tutulması mümkün değildir.

TKHK. m. 5/III'nin birinci cümlesinde ise, "*Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.*", hükmüne yer verilmiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun aksine, daha sonra getirilmiş bir düzenleme olmasına rağmen, Türk Borçlar Kanununda genel işlem şartlarında ispat yüküne dair hükümlere yer verilmemiştir. Bu durum hiç şüphesiz bir eksiklik olarak değerlendirilebilir.

Genel işlem şartlarında ispat yükünün dağılımına ilişkin Türk Borçlar Kanununda hüküm bulunmaması, yukarıda da belirttiğimiz üzere, ispata dair genel düzenlemeler olan TMK. m. 6 ve HMK. m. 190'ın uygulanmasını gündeme getirir. Ancak Türk Borçlar Kanunundaki genel işlem şartlarıyla benzer

⁶¹ Aydın, Haksız Şartlar, s. 95; Atamer, Armağan, s. 328. Burada sadece haksız genel işlem şartlarının denetlenebileceği yönünde görüş için bkz. Aydoğdu, s. 174 vd.

⁶² Aydın, s. 249; Atamer, Armağan, s. 299-300.

amaca hizmet eden Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda ve Haksız Şartlar Yönetmeliğinde ispat yüküne ilişkin genel düzenlemelerden ayrılan hükümlere yer verilmiştir. Bu yolla, korunmaya daha fazla muhtaç olan tüketicinin sırtından ispat yükü alınmıştır. Buna rağmen Türk Borçlar Kanununun uygulama alanına giren durumlarda, genel işlem şartlarının mağduru olan tarafın ispat yükü altında olması, düzenlemeyle ulaşılmak istenen amaca ters düşmektedir. Bu sebeple, tüketiciyi korumaya yönelik mevzuatın ispat yüküne dair hükümleri, Türk Borçlar Kanununun genel işlem şartlarına dair düzenleme bulunmayan hâllerde kıyasen uygulanabilir⁶³. Bu kabul, 93/13/AET Sayılı Direktife de uygunluk arz eder. Ayrıca Direktifin Ekinde yer alan listenin “*Madde 3 Fıkra 3’te Anılan Türde Koşullar*” başlıklı 1. maddesinin “i” bendinde, sözleşmenin kurulmasından önce tüketicinin fiilen bilgi sahibi olamadığı şartları, aksi ispat edilemeyecek şekilde, tüketicinin kabul ettiğinin öngörülmesine ilişkin kayıtların, kötüye kullanılabilir olduğu belirtilmiştir. Bu sayede, sözleşmeye konulacak hükümlerle, tüketicinin ispat imkânının kaldırılmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Benzer düzenlemeye, Haksız Şartlar Yönetmeliğinin “*Haksız Sözleşme Şartları*” başlıklı Ekinin, birinci fıkrasının “ğ” bendinde, “*Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, geri dönülemez bir şekilde kabul ettiğini öngören şartlar,*”, ifadeleriyle yer verilmiştir.

Türk Borçlar Kanununun genel işlem şartları anlamında mehzaz düzenlemesi olan, Alman Medeni Kanununun⁶⁴ genel işlem şartlarına ilişkin hükümleri arasında (§ 305-310), sınırlı da olsa ispat yüküne dair düzenlemelere yer verilmiştir. Şöyle ki, sadece içerik denetimi bahsinde 309. paragrafta yer alan, hâkime takdir yetkisi vermeyen yasak şartlar başlığı altında 12. bentte, ispat

⁶³ Benzer yönde görüş için bkz. **Eren**, s. 230-231; **Atamer**, Sempozyum, s. 24.

⁶⁴ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun genel işlem şartlarına dair düzenlemeleri, farklılıklar ihtiva etmekle birlikte, Alman Medenî Kanununun benzer düzenlemelerinden esinlenilerek düzenlenmiştir. Bu hususta detaylı açıklama için bkz. **Baş Süzel/Aden**, s. 3.

yüküne ilişkin düzenleme mevcuttur. İlgili hükme göre, kullananın ispat yükünü diğer taraf aleyhine değiştirdiği şartlar; özellikle, karşı tarafa kullananın sorumluluk alanında bulunan hususlar için ispat yükü getiren veya karşı tarafa bazı vakıaları teyit ettiren kayıtların sözleşme içerisinde yer alması hâlinde, hâkimin başka bir değerlendirme yapmasına gerek olmaksızın, bu hükümleri geçersiz sayacağı düzenlenmiştir⁶⁵.

Genel işlem şartları denetiminde, gerek bir şartın standart olarak nitelendirilmesinde, gerekse denetim safahatında ispat yükünün hangi tarafta olduğunun belirlenmesi önem arz eder. Genel işlem şartlarına ilişkin kanunî düzenlemelerin getirilme amacının, sözleşmede yer alan şartlarla menfaatler dengesinin dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde karşı taraf aleyhine önemli oranda bozulmasını önlemek olduğu göz önünde bulundurulursa, ispat yükünün tespi-

⁶⁵ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 250; **Atamer**, Denetim, s. 41; **Aydoğdu**, s. 155-156. Alman Medeni Kanunu içerik denetimine ilişkin üçlü bir sistem getirmiştir. Buna göre, genel işlem şartlarından bazıları hâkimin takdirine bırakılmaksızın her hâlde geçersiz sayılmıştır. Bunlar: Kısa vadeli fiyat artışları, ifadan kaçınma hakkı, takas yasağı, ihtar, mehil, tazminat taleplerinin götürü tespiti, cezai şart, ağır ihmal hâlinde sorumluluk, temerrüt, imkânsızlık, kısmi temerrüt kısmi imkânsızlık, tekeffül, vaat edilen niteliklerden dolayı sorumluluk, sürekli borç ilişkilerinin süresi, sözleşme tarafının değişmesi, temsilcinin sorumluluğu, ispat külfeti, bildirimlerin ve beyanların şekli başlıkları altında 309. paragrafta zikredilmiştir. Bu kayıtların varlığı hâlinde kesin kanunî bir karine kabul edilmiştir ve bunların sözleşme muhtevasında yer almaları hâlinde doğrudan geçersiz sayılacakları hüküm altına alınmıştır. Bu kayıtların dürüstlük kuralına aykırı olmadığının ispatına imkân verilmemiştir. İlgili hüküm hakkında detaylı bilgi için bkz. **Aydın**, s. 95-96; **PWW/K.P. Berger**, § 309; **Atamer**, Denetim, s. 302-305; **Palandt/Grüneberg**, § 309; **Havutçu**, Tüketicinin Korunması, s. 177-178. Diğer yanda ise, hâkimin takdirine bağlı olarak geçersiz sayılabilecek bir grup hükme yer verilmiştir. Bunlar: Kabul ve ifa süreleri, mehil, dönme hakkının saklı tutulması, değiştirme hakkının saklı tutulması, varsayımsal beyanlar, varma varsayımı, sözleşmelerin tasfiyesi başlıkları altında, ilgili Kanunun 308. paragrafında düzenlenmişlerdir. 308. paragrafta sayılan kayıtlardan birinin sözleşmede yer alması hâlinde hâkim bunun dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığını takdir eder. Bu kayıtların varlığı bir karine teşkil eder. Ancak 309. paragraftakinden farklı olarak bunların varlığının dürüstlük kuralına aykırı olmadığı ispat edilmesi mümkündür. İlgili hüküm hakkında detaylı bilgi için bkz. **Aydın**, s. 96-97; **PWW/K.P. Berger**, § 308; **Atamer**, Denetim, s. 301-302; **Palandt/Grüneberg**, § 308; **Havutçu**, Tüketicinin Korunması, s. 177-178. Son olarak ise genel bir düzenleme ile denetim normu getirilerek, hâkime karşı tarafı dürüstlük kuralına aykırı şekilde mağdur edecek hükümleri kesin hükümsüz sayma yetkisi verilmiştir. İlgili hüküm, Alman Medeni Kanununun 307. paragrafında düzenlenmiştir. İlgili hüküm hakkında detaylı bilgi için bkz. **Aydın**, s. 97 vd.; **PWW/K.P. Berger**, § 307; **Palandt/Grüneberg**, § 307; **Havutçu**, Tüketicinin Korunması, s. 168 vd.; **Atamer**, Denetim, s. 301; **Çınar**, s. 140 vd.

tinde de onun bu durumunun değerlendirmeye etki etmesi gerekir. Zira yukarıda belirttiğimiz gibi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile buna bağlı mevzuatta, 93/13/AET Sayılı Direktifte eğilim bu yöndedir.

4. GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA ŞAHSÎ (BİREYSEL) ANLAŞMA VE İSPATI

Genel işlem şartlarının varlığından ve dolayısıyla denetiminden bahsedebilmek için sözleşmenin şahsî anlaşma niteliğinde olmaması gerekir. Bu sebeple taraflar arasındaki anlaşmanın şahsî olup olmadığının belirlenmesi ayrı bir ehemmiyeti haizdir. Şahsî anlaşmanın varlığının ispatı ise, bu soruna çözüm getirme noktasında büyük kolaylık sağlar.

4.1. ŞAHSÎ ANLAŞMA

Tarafların karşılıklı müzakere ve pazarlıkları sonucu oluşmuş anlaşmalar, karşı tarafın gerçek iradesini genel işlem şartları kullananın baskısı altında kalmadan sözleşmeye yansıttığının göstergesidir⁶⁶. Genel işlem şartları üzerinde tarafların müzakere etmeleri, anlaşmaya şahsî nitelik kazandırır⁶⁷. Şahsî anlaşma tâbiri, sadece üzerinde müzakere edilmiş bir şartı ifade edebileceği gibi, tamamı pazarlık konusu edilmiş sözleşme için de kullanılabilir. Şahsî anlaşmanın mevcudiyeti, tarafların eşit ve özgür şekilde sözleşmeye etki etme imkânı olduğunu ortaya koyar⁶⁸. Bu şekilde oluşturulmuş bir sözleşme, artık genel işlem şartları anlamında standart⁶⁹ değil, şahsî bir sözleşmedir⁷⁰. Bu sözleşme ile

⁶⁶ Benzer yönde açıklamalar için bkz. Aydın, s. 83; PWW/K.P. Berger, § 305b, kn. 1.

⁶⁷ Furrer Andreas ve Anton K. Schnyder, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3. Auflage, Art. 1-183, Zürich 2016, OR 1, s. 20, kn. 49; PWW/K.P. Berger, § 305b, kn. 2.

⁶⁸ Atamer, Bireysel Pazarlık, s. 104.

⁶⁹ Standart sözleşmelerde, taraflardan birinin önceden hazırlamış olduğu sözleşme muhtevası o hâliyle kabul edilir. Karşı taraf ekonomik, sosyal vb. sebeplerle sözleşme şartlarına müdahale edemez ve herhangi bir değişiklik yapmaksızın sözleşmeyi kabul eder, Bahtiyar, Mehmet, Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması, Yargıtay Dergisi, C.22, S. 1-2, Ocak-Nisan 1996, s. 86; Çınar, s. 52. Standart sözleşmeler sayesinde, genel işlem şartları kullanan

karşı taraf, genel işlem şartları kullanmak isteyen soyut ve genel düzenlemelerine karşı, somut hükümlerin metne dahilini sağlayabilmektedir⁷¹.

Karşı tarafa müzakere imkânı tanımadan, sadece genel işlem şartları hususunda yapılan açıklama, aydınlatma, bilgilendirme, anlaşmayı şahsî hâle getirmez⁷². Zira sözleşmenin karşı tarafının sadece bilgi sahibi olması, müzakere imkânı olduğu sonucunu doğurmaz. Bu durumda, ilgili taraf çoğu zaman bu şartlara etki etme imkânına sahip değildir. Ancak genel işlem şartları kullananın müzakere imkânı tanımış olması rağmen, karşı tarafın bu müzakereden istifade etmeden sözleşmenin tarafı hâline gelmesi mümkündür. Bu yolla meydana gelen sözleşme, yine şahsîdir. Nitekim genel işlem şartları kullananın bu şartların muhtevasını ciddi şekilde tartışmaya açmış olması ve karşı tarafa da fiilî olarak müdahale imkânı tanınması, müzakerenin varlığını kabul edilebilir hâle getirir⁷³.

Şahsî anlaşma, sözleşmeler için öngörülmüş olan şartları haiz olmalıdır⁷⁴. Bu anlaşma için şekil şartı öngörülmemiştir. Anlaşma, yazılı olabileceği

taraf, aynı amaçla birden fazla benzer sözleşme akdetme ihtimali söz konusu olduğu için hem zamandan tasarruf etmekte, hem de aynı konuya ilişkin birden fazla sözleşme ve akabinde davranın muhatabı olmaktan kurtulmaktadır. Ancak standart sözleşmeler zamanla sözleşmeyi hazırlayanın işini kolaylaştırmak yerine, dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde sözleşmenin karşı tarafının aleyhine hükümler ihtiva eder hâle gelmiştir. Bu şartlar, menfaatler dengesinin karşı taraf aleyhine aşırı derecede bozulması neticesini doğurmuştur. Benzer yönde görüş için bkz. **Atamer**, Denetim, s. 1-2; **Çınar**, s. 51; **Havutçu**, Ayşe, Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetimi- Bir Yargıtay Kararı Hakkında Düşünceler, İzmir Barosu Dergisi, S. 4, Ekim 1998, (Kısaltılmışı: **Havutçu**, İçerik Denetimi), s. 29. Standart şartların, kullanan lehine ve dolayısıyla karşı taraf aleyhine doğurduğu neticeler hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Morin**, s. 39 vd. Uygulamada bu tip sözleşmeleri ifade etmek için, standart tâbirinin yanında; tip, kitle-sel, seri, formler, çerçeve, kalıp gibi terimler de kullanılmaktadır. **Aydoğdu**, Uygulama Alanı, s. 6; **Aydoğdu**, s. 41-42. Bunun yanında isabetli olmamakla birlikte, bu tür sözleşmeler için iltihaki (katılmalı) sıfatı da kullanılmaktadır. Aynı yönde tespit için bkz. **Aydoğdu**, Uygulama Alanı, s. 6; **Tiftik/Özcan**, s. 28.

⁷⁰ **Akman**, s. 86; **PWW/K.P. Berger**, § 305b, kn. 2; **Atamer**, Denetim, s. 73; **Atamer**, Sempozyum, s. 20; **Havutçu**, Tüketicinin Korunması, s. 1; **Palandt/Grüneberg**, § 305b, kn. 2; **Havutçu**, İçerik Denetimi, s. 28.

⁷¹ **Palandt/Grüneberg**, § 305b, kn. 1.

⁷² **PWW/K.P. Berger**, § 305b, kn. 2.

⁷³ **Aydın**, Haksız Şartlar, s. 93; **Aydın**, s. 62.

⁷⁴ **PWW/K.P. Berger**, § 305b, kn. 1.

gibi, şekil şartı olmaksızın da (sözlü) gerçekleştirilebilir⁷⁵. Anlaşma, yazılı gerçekleştirildiği takdirde, bunun el yazısı ya da makine aracılığıyla yazılmış olması farklı netice doğurmaz⁷⁶. Bu anlaşmanın, zımnî olarak gerçekleştirilmesi de mümkündür⁷⁷.

Genel işlem şartlarının tanımında da yer verildiği üzere; ancak birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere önceden hazırlanmış olan şartlar, genel işlem şartı sayılabilir⁷⁸. Birden fazla sözleşmede kullanılma amacının mevcudiyeti yeterlidir, bunun fiilen gerçekleşmiş olması aranmaz⁷⁹. Genel işlem şartlarının bu amaçla oluşturulmaları, standart sözleşme meydana getirme gayesinin somut bir sonucudur. Bu sayede, genel işlem şartları kullanan, dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde karşı tarafın (müşterinin) aşırı derecede aleyhine olan şartlarla dolu standart sözleşmeleri, risk üstlenmeden akdetme imkânı bulur⁸⁰. Ayrıca, genel işlem şartlarının varlığından bahsedebilmek için bunların kullanan tarafından sözleşmeye dâhil edilmek amacıyla karşı tarafa sunulmuş olmaları gerekir⁸¹. Genel işlem şartlarının önceden hazırlanarak karşı tarafa sunulmuş olmaları, bunların müzakereye açık olmadıkları yönünde bir karinedir⁸². Bir kül

⁷⁵ Aydın, s. 83; PWW/K.P. Berger, § 305b, kn. 2.

⁷⁶ Palandt/Grüneberg, § 305b, kn. 2.

⁷⁷ Palandt/Grüneberg, § 305b, kn. 2.

⁷⁸ Grunewald/Peifer, s. 20, kn. 37; Atamer, Denetim, s. 66; Zerres, s. 280.

⁷⁹ Atamer, Denetim, s. 67. Aydoğdu, Uygulama Alanı, s. 17-18. Ancak matbu olarak hazır bulunan şartların, bir defa kullanılmak üzere sözleşmeye dâhil edilmek istenmesi bunların genel işlem şartı olması özelliğini ortadan kaldırmaz. Meselâ bir avukat tarafından hazırlanmış olan kira sözleşmesi metninin, sadece bir kira sözleşmesi için müvekkil dahi olmayan biri tarafından kullanılması, bu sözleşmede yer alan hükümlerin genel işlem şartları denetimine tabi tutulmasını engellemez. Nitekim burada ilgili şartlar, avukat tarafından, birden fazla kullanılmak amacıyla hazırlanmış olma özelliğine sahiptir.

⁸⁰ Benzer yönde açıklamalar için bkz. Zerres, s. 278.

⁸¹ Atamer, Denetim, s. 69. Burada önemli olan genel işlem şartlarının kim tarafından sunulduğudur. Genel işlem şartlarını kimin kaleme aldığı önemli değildir. Karşı tarafı, icabını genel işlem şartları çerçevesinde gerçekleştirmek zorunda bırakan da, genel işlem şartı kullanandır, Atamer, Denetim, s. 69.

⁸² Bu karineye, 93/13/AET Sayılı Direktifin 3. maddesinde; “Bir sözleşme şartının belirli unsurlarının veya münferit bir sözleşme koşulunun bireysel görüşme konusu yapılmış olması, sözleşmenin tamamı dikkate alındığında hala ortada bir standart sözleşmenin varlığı kabul edilebiliyorsa, sözleşmenin diğer kısımlarına bu maddenin uygulanmasını engellemez.”, hükümüyle de yer verilmiştir. Müzakere edilmemiş bir hükümden bahsedebilmek için, bu hükümü

olarak sunulan genel işlem şartları, karşı tarafın müdahalesine kapalıdır⁸³. Bu sebeple, karşı tarafın genel işlem şartları ihtiva eden bir sözleşmenin şartlarını değiştirme ihtimali bulunmamaktadır⁸⁴. Eğer genel işlem şartları sunulan tarafın sözleşme şartlarına müdahale etmesi söz konusuysa ve sözleşme hükümleri tarafların karşılıklı müzakere ve pazarlıkları sonucu oluştuğu anlaşılıyorsa, artık genel işlem şartlarının varlığından söz edilemez⁸⁵. Nitekim bu hususa AMK. §. 305/I, c. 3 hükmünde açıkça yer verilmiştir.

Sözleşmenin pazarlık neticesinde oluşturulup oluşturulmadığının tespiti meselesini tacirler arasında gerçekleştirilen işlemler bakımından da değerlendirilen Atamer, sözleşme değerinin yüksek olduğu durumlarda karşı tacirin, genel işlem şartlarını anlaması ve pazarlıkta bulunması için gereken düşük masrafa katlanmasının, makul bir beklenti olduğundan hareket etmektedir. Tacir, eğer bu eylemlerden kaçınıyorsa, sözleşme şartlarının pazarlık konusu edildiğinin kabulü gerekir⁸⁶. Yazar, bu noktada tacirler arasındaki işlemlerde, bir milyon Euro'ya karşılık gelen Türk Lirası'nı ifade eden işlem değerinin kıstas olabileceğini belirtmektedir. Tacirler arasında bu meblağın üzerindeki işlemlerin pazarlık konusu edildiğinin ön kabulü gerekir. Ancak bu durumlarda dahi, tacirler arasındaki bağımlılık ilişkisi göz ardı edilmemelidir⁸⁷. Nitekim ekonomik bağımlılık sebebiyle, genel işlem şartları kullanan tacirle, sözleşme kurmak dışında bir

kullanan tarafından sözleşme kurulmadan önce hazırlanmış ve karşı tarafa sunulmuş olma, sözleşmenin karşı tarafının bu hüküm üzerinde tartışma imkânına sahip olmama, özelliklerini haiz olması gerekir, **Morin**, s. 35 vd.

⁸³ **Atamer**, Sempozyum, s. 12.

⁸⁴ **BSK OR I/Corrine Zellweger- Gutknecht/Eugen Bucher**, Ahn. Art. 1, kn. 51. Benzer yönde açıklamalar için bkz. **Aydoğdu**, Uygulama Alanı, s. 9.

⁸⁵ **Atamer**, Denetim, s. 72; **Yelmen**, s. 59. Ancak TBK. m. 20/III'te, "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." düzenlemesine yer verilerek, genel işlem şartları kullananın karşı taraf üzerindeki üstünlüğüne dayanarak aslında müzakereye açılmamış olan sözleşme hükümlerinin pazarlık sonucu belirlenmiş olduğu izlenimi oluşturması engellenmiştir. İlgili hükmün karşıt anlamından da, şahsî sözleşmenin genel işlem şartları denetimine tabi tutulamayacağı anlamı çıkarılabilir, **Atamer**, Denetim, s. 21; **Baş**, s. 281; **Yelmen**, s. 60.

⁸⁶ **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 134.

⁸⁷ **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 137.

seçeneği olmayan tacirin genel işlem şartlarını pazarlık konusu etmemesi kuvvetle muhtemeldir⁸⁸. Bunun yanında, tacirler arasında tesis edilen işlemlerde sözleşme metninin değiştirilmiş olması şart değildir. Karşı tarafa pazarlık imkânının tanınmış olması ya da karşı tarafın pazarlık etmesinin gerekli olduğunun kabul edildiği durumlar, anlaşmayı şahsî hâle getirir⁸⁹.

Tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerde, değiştirilen veya üzerinde müzakere edilen şartların şahsî anlaşmaya dönüştüğü, diğerlerinin ise genel işlem şartı olmaya devam ettiği kabul edilebilir. Ancak tacirlerin taraf olduğu sözleşmelerde, müzakere edilmiş şartların mevcudiyeti, diğer şartlar için de müzakere imkânının tanındığı ön kabulünü gerektirir⁹⁰. Nihayetinde tacirler arasındaki genel işlem şartları denetiminden geçirilen işlemlere, tüketici işlemlerine nazaran daha az müdahalede bulunulmalıdır⁹¹.

4.2. ŞAHSÎ ANLAŞMANIN ÖNCELİĞİ

Genel işlem şartları ile şahsî anlaşmanın çatışması söz konusu olabilir. Şahsî anlaşma, muhtevasının müzakere edilmiş olması sebebiyle, genel işlem şartlarının karşısında yer alır⁹². Bu anlaşma, genel işlem şartları karşısında fonksiyonel olarak hiyerarşik üstünlüğe sahiptir⁹³. Bu sebeple, genel işlem şartlarının

⁸⁸ **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 130.

⁸⁹ **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 134-135.

⁹⁰ **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 135.

⁹¹ **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 126.

⁹² **Furrer/Schnyder**, Handkomm, OR 1, s. 20, kn. 49.

⁹³ **Palandt/Grüneberg**, § 305b, kn. 1; **PWW/K.P. Berger**, § 305b, kn. 1. Genel işlem şartlarının öncelikli ve en sık karşılaşıldığı durum; sözleşme taraflarından üstün olanın, dilediği muhtevayı daha zayıf olana kabul ettirmesi hâlidir. Ancak bunun yanında, sözleşme taraflarının karşılıklı olarak genel işlem koşulları kullanmaları da mümkündür. Bu durum doktrinde, “karşılıklı genel işlem şartlarının çatışması”, “battle of forms” olarak adlandırılmaktadır. Bu hususta detaylı tespitler ve bu durumda çözümün nasıl getirileceği hakkında doktrinde ileri sürülmüş olan teorilere dair açıklamalar için bkz. **Atamer**, Denetim, s. 115 vd.; **Baş Süzel/Aden**, s. 6 vd.; **Büyüksağış**, Ender, Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Sözleşmesi Perspektifinden Çelişen Genel İşlem Şartları, UAÜHFD, Haziran 2015, S. 5, s. 135-157. Tarafların genel işlem şartlarının çatışması durumu, daha çok tüketicinin taraf olmadığı sözleşmelerde, sözleşmenin subjektif noktalarında söz konusu olmaktadır. Nitekim taraflar çoğu zaman kendi genel işlem şartlarına atıf yapmakta ve bunların uygulanacağı varsayımından hareketle

dan, şahsî anlaşmayla doğrudan veya dolaylı olarak çatışanlar, kesin hükümsüzdür⁹⁴. Güven teorisi gereği de, muhatabın, kontrolü dışında önceden formüle edilmiş sözleşme muhtevasını istemediği, bunun yerine kendisinin düzenlediği sözleşmenin geçerli olması yönündeki beklentisi, makul olandır⁹⁵. Ayrıca şahsî anlaşmada taraflar arasındaki güven temelli bağlantının genel soyut düzenlemelere göre daha sıkı olması, bu sözleşmelerin öncelikli uygulanmasının temel gerekçesidir⁹⁶.

Şahsî sözleşmenin varlığı için, müzakerenin gerçekten ve fiilen yapılmış olması şarttır⁹⁷. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere, genel işlem şartları kullanan taraftan karşı tarafa ciddî olarak müzakere imkânı tanınmış olması da, şahsî anlaşmanın oluşmasına sebebiyet verebilir. Bir hükmün müzakere, pazarlık konusu edilip edilmediğini tespit ederken esas alınacak husus, karşı tarafın, sözleşmenin şekillenmesine etki edip etmediğidir. Taraflar arasında bozulmuş olan sözleşme özgürlüğü dengesinin, müzakere ve pazarlık yoluyla karşı tarafa tanınan imkân neticesinde, yeniden doğması gerekir⁹⁸. Sözleşmede yer alan tüm hükümler taraflarca gerçekten ayrı ayrı tartışılmak suretiyle, özellikle karşı tarafın müdahalesi sonucu tamamen veya kısmen değiştirilerek kabul edilmişse, sözleşmenin tamamı şahsî sözleşmeye dönüşmüş olur⁹⁹. Sözleşme hükümlerinin tamamı değil ancak bir kısmı üzerinde müzakere edilmiş ve bu

sözleşmeyi akdetmektedir. Eğer taraflardan biri, atf yaptığı genel işlem şartlarının kendisi için subjektif esaslı nokta olduğu iddiasını taşıyor ve bu şartların kesin hükümsüz olması hâlinde sözleşmeyi akdetmeyeceğini ileri sürüyorsa, bu durumu ispat etmelidir. Sözleşme ancak bu şartla, subjektif esaslı nokta hususunda anlaşılabilmesi sebebiyle geçersiz olabilir. Bu yönde detaylı açıklamalar için bkz. **Atamer**, Denetim, s. 118-119; **Baş Süzel/Aden**, s. 11-12.

⁹⁴ **Palandt/Grüneberg**, § 305b, kn. 3,4; **Kramer**, OR 1, kn. 212.

⁹⁵ **Gauch/Schlupe/Schmid**, kn. 1132.

⁹⁶ **Gauch/Schlupe/Schmid**, kn. 1132. Şahsî anlaşmanın standart sözleşmeye göre öncelikli uygulanmasının, hakkaniyet gereği olduğu yönünde görüş için bkz. **Aydoğdu**, Uygulama Alanı, s. 11.

⁹⁷ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 246. **Açıkgöz**, Osman, Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, İstanbul 2013, s. 328.

⁹⁸ **Atamer**, Armağan, s. 297. **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 128; **Atamer**, Sempozyum, s. 22-23. Benzer yönde açıklamalar için bkz. **Açıkgöz**, s. 329.

⁹⁹ **Atamer**, Sempozyum, s. 21..

pazarlık konusu hâline getirilmişse, sadece ilgili hükümler bakımından şahsî anlaşmanın varlığı kabul edilebilir. Pazarlık konusu edilmeyen diğer düzenlemeler genel işlem şartları denetimine tabi olur¹⁰⁰. Pazarlık imkânı tanınarak oluşmuş bir sözleşme, genel işlem şartları denetimine tabi tutulamaz¹⁰¹. Bilakis bu sözleşme, öncelikle uygulanma özelliğine sahiptir¹⁰². Bu durum, özel hükümün genel hüküm karşısında önceliği (lex specialis derogat legi generali) ilkesine de uygundur¹⁰³.

Türk Borçlar Kanununda somut bir düzenleme bulunmamasına rağmen, genel işlem şartı karşısında şahsî anlaşmanın önceliği hususu, 31.12.2001 tarihine kadar geçerli olan Genel İşlem Şartları Hakkında 9.12.1976 Tarihli Alman Yasasının 4. maddesinde mealen; “*Bireysel anlaşma ile sözleşmeye dâhil edilen hükümler, genel işlem şartlarına göre önceliğe sahiptir.*” şeklinde yer almıştır. 01.01.2002 tarihinden itibaren Genel İşlem Şartları Hakkındaki Yasa, Alman Medenî Kanunu (BGB) kapsamına alınmıştır. BGB.’nin 305b paragrafında da 9.12.1976 tarihli Yasa’nın benzeri düzenlemeye yer verilmiştir. İlgili hükme göre, şahsî anlaşma genel işlem şartlarına göre önceliğe sahiptir¹⁰⁴. İlgili düzenleme, genel işlem şartlarının şahsî anlaşma hükümleri ile çatıştığı durumlara ilişkindir. Nitekim öncelikle uygulanma, birden fazla seçeneğin varlığını gerekli kılar. Bu seçenekler ise, uygulanma kabiliyetine sahip olan genel işlem şartları ile şahsî anlaşmadır. Bu yönüyle değerlendirildiğinde, şahsî anlaşmanın önceliği

¹⁰⁰ **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 129. Bunun yanında, müzakereler sonucunda standart sözleşmenin hiç değiştirilmeden muhafaza edilmesi de söz konusu olabilir. Çok ender rastlanacak böyle bir durumda da şahsî anlaşma meydana gelmiş olur, fakat bunun ispatı çok zordur. Aynı yönde açıklamalar için bkz. **Atamer**, Sempozyum, s. 26

¹⁰¹ Benzer yönde açıklamalar için bkz. **Aydın**, Haksız Şartlar, s. 93, 101; **Grunewald/Peifer**, s. 20, kn. 39; **Atamer**, Sempozyum, s. 20; **Harke**, s. 54-55, kn. 63.

¹⁰² **Aydın**, s. 83; **PWW/K.P. Berger**, § 305b, kn. 1; **Gauch/Schluep/Schmid**, kn. 1131; **Aydoğdu**, Uygulama Alanı, s. 10; **Yeniocak**, s. 91; **Grunewald/Peifer**, s. 20, kn. 47; **Huguenin**, kn. 613; **Atamer**, Denetim, s. 72, 124; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 236; **Karagöz**, Veli, Tip Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, s. 1-2, s. 593-606, özellikle s. 605; **Yelmen**, s. 55.

¹⁰³ **Aydın**, s. 83; **Kramer**, OR 1, kn. 210.

¹⁰⁴ **Palandt/Grüneberg**, § 305b, kn. 1; **Aydın**, s. 83; **Harke**, s. 62, kn. 71.

ilkesi, yorum denetimi safhasında da önem arz eder. Bu ilke, genel işlem şartlarının yorumlanmasında başvurulan özel kurallardan biridir¹⁰⁵.

Standart şartların mevcudiyeti hâlinde, bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmün müzakere edilmiş olması, anlaşmanın geri kalan kısmının denetimden geçirilmesine engel teşkil etmez¹⁰⁶. Nitekim müzakere edilen ya da müzakere imkânı sağlandığı hâlde değiştirilmeden kabul edilen şartlar, şahsî anlaşma hâlini alırken, diğer standart şartlar denetime tâbi tutulur. Her ne kadar Türk Borçlar Kanununda bu hususa dair bir hüküm bulunmasa da, Haksız Şartlar Yönetmeliğinin 5. maddesinin 3. fıkrasında, sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılması hâlinde, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olmasının, sözleşmenin kalan kısmına haksız şartlar denetiminin uygulanmasını engellemeyeceği, hüküm altına alınmıştır. İlgili hükmün, kıyasen, genel işlem şartları denetiminde de uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır.

Hukukumuzda, Alman Medenî Kanununun 305b hükmü benzeri bir düzenleme bulunmaması sebebiyle; şahsî sözleşmelere öncelik verilmesinin temel gerekçesi, borçlar hukukunun asli ilkelerinden olan sözleşme özgürlüğüdür¹⁰⁷. Nitekim genel işlem şartları yoluyla, sözleşme taraflarından birinin bu

¹⁰⁵ Aydın, Haksız Şartlar, s. 100.

¹⁰⁶ Ulsan, M. İlhan, Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi, İKÜHFD. Aralık 2004, s. 27-47, özellikle s. 37; Atamer, Denetim, s. 76.

¹⁰⁷ Benzer yönde tespit için bkz. Atamer, Sempozyum, s. 20. Sözleşme özgürlüğü ilkesi Anayasa'nın 48. maddesinin 1. fıkrasında "*Herkes, ... sözleşme hürriyetine sahiptir.*" şeklinde, TBK'nın 26. maddesinde "*Sözleşme özgürlüğü*" başlığı altında "*Taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*" şeklinde ifade edilmiştir. TBK. m. 26'daki "*...kanunda öngörülen sınırlar...*" ifadesi ise TBK. m. 27/1'de, "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ...olan sözleşmeler kesin hükümsüzdür.*" şeklinde hüküm altına alınmıştır. Sözleşme özgürlüğü hususunda detaylı bilgi için bkz. Eren, s. 316 vd.; Erman, Hasan, Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 38, S. 1-4, İstanbul 1973, s. 601-620.

özgürlüğü daraltılmaktadır¹⁰⁸. Sözleşme özgürlüğünün kural olması sebebiyle, hukuk düzeni elden geldiğince tarafların iradelerini ön planda tutarak, sözleşme akdedilmesine müsaade etmiştir. Ancak bazı önemli gördüğü alanlarda, tarafların iradelerine doğrudan müdahale ederek, menfaatler dengesinin aşırı derecede bozulmasına engel olmayı da ihmal etmemiştir. Genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeler de, bu amaç kapsamında 6098 sayılı Kanunda (m. 20-25) yerini almıştır. Gerçekten de, taraflardan biri genel işlem şartları vasıtasıyla, diğer tarafın sözleşme serbestisini, sözleşme akdedip akdetmeme seçeneğine kadar indirgemektedir¹⁰⁹. Böyle bir durumda, taraflardan birinin muhteva belirleme imkânı elinden alınmaktadır. Konuralp'in de belirttiği gibi, bu taraf bakımından sözleşme akdetmek yerine, sadece karşı tarafın sunmuş olduğu sözleşmeye katılma hâli ortaya çıkmaktadır¹¹⁰.

4.3. ANLAŞMANIN ŞAHSÎ OLDUĞUNU İSPAT YÜKÜ

Sözleşme şartlarının, birden fazla sözleşmede kullanılma amacı taşımadan oluşturulduğunu ispat yükü, hiç şüphesiz, genel işlem şartlarını kullanandır¹¹¹. Bu durumda karşı tarafın, muhatap olduğu genel işlem şartlarının birden fazla sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlandığını ispat etmesi beklenmemelidir.

Genel işlem şartlarını kullanan taraf, yukarıda izah ettiğimiz anlamda, şahsî sözleşmenin varlığını iddia ediyorsa, bunu ispat etmek zorundadır¹¹². TKHK. m. 5/III, c. 2'de "*Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür.*" hükmü ile sözleşmeyi düzenleyene, standart şartın münferiden tartışıldığı iddiasını ispat yükü

¹⁰⁸ **KurzKomm/Bollenberger**, § 864a, s. 799, kn. 1; **Zerres**, s. 279.

¹⁰⁹ **Konuralp**, s. 63. Genel işlem şartlarının kullanımı hâlinde, sözleşmenin karşı tarafının sözleşme özgürlüğüne hiç sahip olmadığı yönünde görüş için bkz. **Başalp**, s. 27.

¹¹⁰ **Konuralp**, s. 63-64.

¹¹¹ **Aydoğdu**, Uygulama Alanı, s. 10.

¹¹² **Havutçu**, Tüketicinin Korunması, s. 131.

getirilmiştir¹¹³. Aynı düzenlemeye Haksız Şartlar Yönetmeliğinin madde 5/II, c. 2 hükmünde de yer verilmiştir. 93/13/AET Sayılı Direktifin 3. maddesinde yer alan “*Girişimci, standart sözleşmenin bir koşulunun bireysel görüşme konusu yapıldığını iddia ederse bunu ispat yükü altındadır.*” düzenlemesiyle de, bu yükün, girişimcide yani genel işlem şartlarını kullanan tarafta olacağı hüküm altına alınmıştır. Bu durum, müzakerenin gerçekleşmediği yönünde, kuvvetli bir emareyi işaret eder¹¹⁴.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda, bu hususa ilişkin doğrudan bir düzenleme mevcut değildir. Ancak 20. maddenin 3. fıkrasında, “*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.*” hükmü ile genel işlem şartlarını kullananın, bu şartların müzakere edilerek şahsî anlaşma hâline getirildiği iddiasını destekleyen kayıtları, şahsî anlaşmanın ispatı için tek başına yeterli kabul etmemiştir. Artık genel işlem şartları kullanan, şahsî sözleşmenin varlığını ispat yükünü; sözleşme hükümlerinin karşılıklı müzakereler sonucu oluştuğunu ve bu sebeple sözleşmenin şahsî hâle geldiğini, sözleşmede veya herhangi başka bir metinde yer alan her bir hükmün tartışılarak kabul edildiğini gösteren kayıtlarla yerine getiremez¹¹⁵.

¹¹³ Tüketicinin, genel işlem şartlarını düzenleyen karşısındaki dezavantajlı durumu dikkate alındığında ilgili düzenleme isabetlidir. Aynı yönde görüş için bkz. **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 127. Daha önce de belirttiğimiz üzere, ilgili düzenlemenin ilk cümlesinde (TKHK. m. 5/III, c. 1) “*Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.*”, hükmüne yer verilerek, sözleşme şartının tüketici ile temasa geçmeden hazırlandığı hâllerde, müzakere edilmemiş olduğu kabulünden hareket edilmiştir.

¹¹⁴ **Aydın**, s. 249.

¹¹⁵ Havutçu'nun da belirttiği gibi, genel işlem şartlarını kullananın bu kayıtların varlığını ispat ederek üzerine düşen ispat yükünden kurtulma imkânı tanımak, ona aşırı kolaylık sağlamak anlamına gelir, **Havutçu**, Tüketicinin Korunması, s. 132.

Tüketicinin korunmasına dair zikrettiğimiz düzenlemelerin, kıyasen Türk Borçlar Kanuna tâbi ilişkilerde de uygulanması mümkündür¹¹⁶. 93/13/AET Sayılı Direktife uygun olan tutum da budur. İlgili hükümler gereği, genel işlem şartlarının müzakere edildiğini, pazarlık konusu yapıldığını yani genel işlem şartlarının şahsî sözleşmeye dönüştüğünü ispat yükü, genel işlem şartlarını kullanan taraftadır¹¹⁷. Genel işlem şartları kullanan tarafın, sözleşmenin belli hükümlerinin müzakere edildiğini ispat etmesi, diğer hükümlerin de müzakere edildiği sonucunu doğurmaz. Bu hükümlere dair ispat yükü, hâlâ genel işlem şartları kullanan taraftadır¹¹⁸. Bu durum, tüketicinin taraf olduğu veya tüketiciler arasında akdedilen sözleşmeler için kabul edilmektedir. Ancak bununla birlikte, tacirler arasında akdedilen sözleşmelerde müzakere edilmiş şartların bulunması genel işlem şartları kullanan tacir lehine sonuç doğurur. Şöyle ki, tacirler arasındaki sözleşmede yer alan müzakere edilmiş şartlar, diğer şartlar için de müzakere imkanı tanındığına karine oluşturur¹¹⁹. Karşı tacir tarafından, bu karinenin aksi, ilgili şartların müzakere edilmediğinin ya da hiç olmazsa bunlar hakkında müzakere imkanı tanınmadığının ortaya konulmasıyla ispat edilebilir.

Ulusal ve uluslararası mevzuat birlikte değerlendirildiğinde, genel işlem şartlarına yönelik bir denetimin söz konusu olduğu hâllerde, şahsî bir anlaşmanın mevcudiyetini iddia eden tarafın genel işlem şartlarını kullanan taraf olduğunu söylemek mümkündür. Bu sonuç, TMK. m. 6 ve HMK. m. 190'daki genel ispat yükü düzenlemeleriyle de örtüşmektedir. Nitekim 93/13/AET Sayılı Direktifte ve standart sözleşmenin söz konusu olduğu durumlarda¹²⁰ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda ve ona bağlı mevzuatta yer alan düzenlemelerde

¹¹⁶ **Atamer**, Sempozyum, s. 24.

¹¹⁷ **Uluslan**, s. 37; **Atamer**, Denetim, s. 76-77; **Atamer**, Sempozyum, s. 24.

¹¹⁸ Tüketici hukukundaki haksız şartlar bakımından, aynı yönde değerlendirme için bkz. **Öz**, s. 147.

¹¹⁹ **Atamer**, Bireysel Pazarlık, s. 135.

¹²⁰ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve ilgili mevzuat kapsamında, standart sözleşme bulunmaksızın haksız şartlar denetimi söz konusu olduğunda ise yukarıda da belirttiğimiz üzere TMK. m. 6 ve HMK. m. 190 anlamında genel ispat kuralları geçerlidir.

bunu destekler niteliktedir. Ancak Türk Borçlar Kanununda, genel düzenlemelerle aynı yönde hükümler öngörülmesine rağmen, genel işlem şartları müessesesi kapsamında şahsî anlaşmanın varlığını ispat yükü, TBK. m. 20/III ile ağırlaştırılmıştır. Sözleşmenin karşı tarafı, genel işlem şartlarının söz konusu olduğu bir durumda, ilgili şartları müzakere ettiğini beyan etse ve genel işlem şartları kullanan bu beyanı ispat etse bile, sözleşme şahsî sözleşme hâlini almaz, genel işlem şartları denetimine tâbi olmaya devam eder¹²¹. Bu hiç şüphesiz ispat yükünün yerine getirilmesi amacıyla kullanılan araçlar için öngörülmüş kanunî bir sınırlamadır. Genel işlem şartları kullananın şahsî anlaşmanın varlığını ispat etmesi, bu şartlarda hiç kolay olmaz. Böyle bir durumda, sözleşme görüşmelerine ilişkin kayıtlar, taraflar arasındaki yazışmalar vb., ispat vesikası olarak kullanılabilir¹²². Sözleşme metni üzerinde yapılmış oynamaların, alınmış notların, standart metinden ayrılan hususların varlığı da, şahsî anlaşmanın mevcudiyetinin ispatı için kullanılabilir. Benzer şekilde, taraflar sözleşme müzakerelerini rızaları dâhilinde, ses ve/veya görüntü kaydetmeye yarayan araçlar vasıtasıyla kayıt altına alabilirler¹²³. Bunun yanında, taraflar aralarındaki sözleşmeden bağımsız olarak, müzakerenin yapıp yapılmadığı, yapıldıysa bunun hangi hususları ihtiva ettiğine dair bağımsız bir sözleşme akdedebilir. Ancak ilgili düzenlemeler de, TBK. m. 20/III hükmü gereği, genel işlem şartı kabul edilir. Nitekim ilgili düzenlemede, genel işlem şartları ihtiva eden sözleşmeye veya ayrı bir

¹²¹ **Havutçu**, Tüketicinin Korunması, s. 132. Genel işlem şartları kullanan taraf, söz konusu kayıtların, doğrudan kendisi tarafından sözleşmeye konulmadığını, diğer tarafın kendi özgür iradesi ile gerçekten ilgili şartlar üzerinde müzakere edildiğini, bu şartların incelendiğini ve karşı tarafa değişiklik yapma imkânı tanındığını ispat etmelidir, Benzer yönde görüş için bkz. **Kılıçoğlu**, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 116.

¹²² **Atamer**, Sempozyum, s. 25. Öz'ün de belirttiği gibi; buradaki ispat, müzakere konusu edilmiş olmanın, yani maddi bir vakıanın ispatıdır. Maddi vakıanın ispatı her türlü delille mümkündür. Fakat özellikle, standart şartları kullanan tarafın göstereceği tanıkların sübjektif olma ihtimali göz ardı edilmemelidir, **Öz**, s. 147.

¹²³ Yeniocak'ın da belirttiği gibi, bankalar kredi sözleşmesinde icaplarına dair metnin kredi sözleşmesi imzalanmadan önce müşteriye verildiğine dair bir metni müşteriye imzalatmaktadır. Banka, bu yolla müşteriye düşünme imkânı verildiğini iddia etmektedir. Hâlbuki bu metin, kredi sözleşmesi ile aynı anda imzalanmaktadır. Yazarın da belirttiği gibi, genel işlem şartlarının fonksiyonunu kaybetmemesi için mahkemelerin bu hususlara dikkat etmesi gerekir, **Yeniocak**, s. 84.

sözleşmeye konulan ve bu şartların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtların, tek başına, onları genel işlem şartı olmaktan çıkarmayacağı ifade edilmiştir¹²⁴.

Sözleşmenin karşı tarafının, gerçekten genel işlem şartları üzerinde müzakere ve pazarlık etme imkânının varlığına rağmen, bundan faydalanmaması ya da baskı altında kalmadan, standart sözleşmeyi olduğu gibi kabul etmesi de, şahsî anlaşmanın oluşmasına sebep olabilir¹²⁵. Hiç şüphesiz böyle bir durumda, kullananın, şahsî anlaşmanın varlığını ispat etmesi daha da zorlaşır. O halde, genel işlem şartları kullanan tarafın, müzakere imkânının tanındığını ispat etmesi yeterlidir.

Yargıtay, özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesi kapsamında, haksız şartları konu edinen kararlarında, şahsî anlaşmanın mevcudiyetini ispat külfetinin, genel işlem şartları kullanan tarafta olduğuna hükmetmektedir. Nitekim 13. Hukuk Dairesi'nin 02.02.2008¹²⁶ ve 28.03.2012¹²⁷ tarihli kararları, bu yönde tesis edilmiştir.

¹²⁴ Açıkgöz, taraflar arasında müzakere yapıp yapılmadığı ya da müzakerenin hangi şartlarda gerçekleştirildiğinin ispatında kolaylık sağlayabilmesi gayesiyle ön sözleşme yapılabileceğini belirtmektedir, **Açıkgöz**, s. 329.

¹²⁵ **Atamer**, Sempozyum, s. 26.

¹²⁶ "...Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir... Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında 22.12.1995 tarihli sözleşme incelendiğinde; sözleşmenin davacı banka tarafından matbu, standart olarak hazırlanıp boş olan kısımların rakam, isim ve adresler yazılarak doldurulduğu, sözleşmenin on iki punto koyu siyah harflerle düzenlenmediği görülmektedir. Davacı, tüketici aleyhine olan ve tüketiciyi kart kullanımını ücreti adı altında bir külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırıldığını iddia ve ispat edememiştir. Böyle olunca sözleşmedeki kredi kartı üyelik ücreti alınacağına dair hükmün açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla davacı bankanın bu sözleşme hükmüne dayalı olarak kredi kartı kullanıcısı davalıdan ücret istemesi olanaklı değildir..." Y. 13. HD. 2.5.2008 T., E. 2008/4345, K. 2008/6088, (**KBİBB.**, **6502/m. 5**). Aynı yönde Yüksek Mahkeme kararları için bkz. YHGK. 16.3.2016 T., E. 2016/13-245, K. 2016/330, (**KBİBB.**, **4077/m. 6**); Y. 13. HD. 23.02.2017 T., E. 2015/6637, K. 2017/2427, (**KBİBB.**, **6502/m. 5**);

¹²⁷ "...Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir... Hemen belirtmek gerekir ki, davalı banka, sadece kredinin verilmesi ve yapılandırılması için zorunlu olan masrafları tüketiciden isteyebilir. Kredi verilmesi ve yapılandırılması için gereken zorunlu masrafların neler olduğu konusunda ispat yükü ise davalı

5. ŞAHSİ ANLAŞMANIN İSPATINDA, İSPAT VE DELİL SÖZLEŞMELERİ

5.1. İSPAT VE DELİL SÖZLEŞMELERİ

Sözleşmede, ispat yükünün hangi tarafta olduğuna dair hükümler yer alabilir. Bu durum, ispat yükü sözleşmesinin varlığını işaret eder¹²⁸. Benzer şekilde, genel işlem şartları arasında delil sözleşmesine de yer verilmesi mümkündür¹²⁹. Bunun anlamı, uyuşmazlık hâlinde, belli hususların ancak taraflarca kararlaştırılan belli deliller vasıtasıyla ispat edilebileceğidir (HMK. m. 193/D)¹³⁰. Özellikle banka kredi sözleşmelerinde bu tarz şartlara sıkça yer verilmektedir. Müşteri ile banka arasında uyuşmazlık çıkması hâlinde, sadece bankanın tutmuş olduğu kayıtlarla ispatın sağlanabileceğine dair şartlar bunun misâlidir¹³¹.

bankaya aittir. Aksi hâlde, diğer ücret ve masraflar başlığı altında maktuen belirlenen bir miktarın tüketiciden alınacağına dair hükmün yukarıda açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğunun kabulü gerekir. Öyle olunca, mahkemece, davalı bankadan bu yönde delilleri sorulduktan sonra, konusunda uzman bilirkişi ya da heyetinden kredinin kullanılması ve yapılandırılması için zorunlu masrafların neler olduğunun ve miktarının tespiti için rapor alınması, davacının 27.11.2007 tarihinde kullandığı ilk kredi için yaptığı masrafları talep edip edemeyeceği hususu da tartışılarak hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken bu yönler gözetilmeksizin eksik inceleme ile yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...”, Y. 13. HD. 28.3.2012 T., E. 2012/3533, K. 2012/8419, (KBİBB., 6502/m. 5)

¹²⁸ **Köroğlu**, s. 218. İspat yükü sözleşmeleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **Taşpınar**, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 173 vd.

¹²⁹ Özellikle kesin delille ispat zorunluluğunun ortadan kaldırılması noktasında, en uygun yol delil sözleşmesidir. Bu sebeple delil sözleşmeleri uygulamada sık kullanılmaktadır, **Taşpınar**, s. 229. Mülga 4077 sayılı Kanunun 22. maddesinin 6. fıkrasının ilk cümlesinde, “*Degeri besyüz milyon lira ve üstündeki uyusmazliklarda tüketici sorunlari hakem heyetlerinin verecekleri kararlar, tüketici mahkemelerinde delil olarak ileri sürülebilir.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Benzer bir düzenlemeye, güncel mevzuatta yer verilmemiştir. Ancak bu durum, tüketici hakem heyeti tarafından verilen kararların, taraflar arasındaki uyuşmazlıkta delil olarak kullanılmasına engel teşkil etmez.

¹³⁰ Delil sözleşmesinin bu türüne münhasır delil sözleşmesi adı verilir. Delil sözleşmesinin diğer türü olan münhasır olmayan delil sözleşmesinde ise, taraflar delil sözleşmesi ile delillerini hasretmezler. Bunun yanında, iddiaların başka deliller vasıtasıyla da ispat edilebileceği kararlaştırılır, **Konuralp**, s. 62. Delil sözleşmesi hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Taşpınar**, s. 182 vd.

¹³¹ Bu hususta misâller için bkz. **Yavuz**, Nihat, Öğreti ve Uygulamada Sözleşmedeki Haksız Şartlar (Haksız Sözleşme Şartı), Ankara 2012, s. 197 vd.

5.2. İSPAT VE DELİL SÖZLEŞMELERİNİN GENEL İŞLEM ŞARTLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Taraflar arasında, ispat yükünün hangi tarafta olduğunu belirlemeye yönelik ispat yükü sözleşmesi söz konusu olduğunda, hiç şüphesiz sözleşmeye öncelik verilmesi gerekir. Ancak sözleşmenin ispat yükünün dağılımına dair, özellikle bu yükün karşı tarafta olduğunu belirten hükümlerinin de, genel işlem şartları denetiminden geçirilmesi zaruridir¹³².

İspat sözleşmelerindeki duruma benzer şekilde, ispat vasıtalarını sınırlandıran delil sözleşmeleri de, genel işlem şartları denetimine tabidir¹³³. Burada dikkat edilmesi gereken husus, delil sözleşmesinin hükümlerinin geçerli olup olmadığı tartışmasının, hâlâ ihtiyaç kalması durumunda, genel işlem şartları denetiminden sonra yapılması gerekliliğidir. Zira çoğu zaman dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden bu hükümler, yürürlük ve yorum denetimini geçseler bile, içerik denetimi neticesinde kesin hükümsüz kabul edilirler. Hatta bu hükümler çoğu zaman, genel işlem şartları denetimine gerek olmaksızın, kamu düzenine aykırılık teşkil ettikleri için kesin hükümsüzdür¹³⁴. Bu durumda, kanun tarafından tanınmış her türlü ispat vasıtasından istifade edilmesine imkân tanınmalıdır¹³⁵. Hatta aşağıda da izah ettiğimiz üzere, Alman Medenî Kanununun 309. paragrafı ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in EK-1'inde Haksız Sözleşme Şartları başlığı altında yer alan 1. fıkranın

¹³² **BSK OR I/Corrine Zellweger- Gutknecht/Eugen Bucher**, Ahn. Art. 1, kn. 62. Ancak aşağıda da değinildiği üzere, BGB § 309/12'de ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in EK-1'inde Haksız Sözleşme Şartları başlığı altında yer alan 1. fıkranın "n" bendinde bu duruma özgü düzenlemelere yer verilmiştir.

¹³³ Özellikle banka kredi sözleşmelerinde; müşteri ve/veya kefiller ile banka arasında çıkacak ihtilaflarda banka defter ve kayıtlarının delil olacağı, bunlara itiraz edilemeyeceği, şeklinde şartlara yer verilmektedir, **Taşpınar**, s. 229; **Konuralp**, s. 64; **Karadağ**, Özgür, Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Ankara 2014, s. 73. Uygulamada, bankalar tarafından kullanılan delil sözleşmesi misalleri için bkz. **Taşpınar**, s. 229, dn. 60.

¹³⁴ **Atamer**, Denetim, s. 285. Benzer yönde açıklamalar için bkz. **Yavuz**, s. 200 vd.

¹³⁵ **Atamer**, Denetim, s. 285.

“n” bendindeki düzenlemelerde öngörülen hâllerin varlığında, ispat yükünün karşı tarafta olduğuna dair şartlar, doğrudan dürüstlük kuralına aykırı kabul edilir. Hâkim, ilgili hükümlerin dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapmaksızın, bunların kesin hükümsüzlüğüne karar verir¹³⁶. İçerik denetimi safhasına gelmiş ispat yüküne dair düzenlemelerin, dürüstlük kuralına uygunluğu incelenirken; anayasada temeli olan, hak arama özgürlüğü ve savunma hakkının yanı sıra, ilgili şartların usûlî taraf eşitliğini önemli ölçüde bozup bozmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır¹³⁷. Ancak bununla birlikte, delil sözleşmesi taraflardan birinin ispat hakkını kullanımını imkânsız kılıyorsa ya da fevkalade güçleştiriyorsa, HMK. m. 193/II hükmü gereği geçersizdir. Bu durumda, genel işlem şartları denetimine gerek kalmaz. Zira ilgili şart, kanun gereği kesin hükümsüzdür. HMK. m. 193/II hükmü, sözleşme şahsî nitelikte olsa bile uygulanma kabiliyetine sahip genel bir düzenlemedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, delil sözleşmesinin ispat hakkını imkânsız kılması ya da fevkalade güçleştirmiş olması hâlinde, kanun gereği (HMK. m. 193/II) kesin hükümsüz olmasıdır. İspat hakkını imkânsız hale getirmeyen ya da fevkalade güçleştirmeyen sınırlamalara, HMK. m. 193/II hükmü uygulanamaz. Bu durumda, ilgili düzenlemelerin genel işlem şartları denetimine tâbî tutulmasına bir engel yoktur.

Alman Medenî Kanununun, “*Yargıca Takdir Yetkisi Vermeyen Yasak Şartlar*” başlıklı 309. paragrafının “*İspat Yükü*” nü düzenleyen 12. bendinde, kullananın ispat yükünü diğer taraf aleyhine değiştirdiği şartların, kanunî düzenlemeden sapmanın caiz olduğu hâllerde bile, geçersiz sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Böyle bir durumda hâkim, doğrudan bu şartları kesin hükümsüz kabul eder¹³⁸. İlgili düzenlemede, misâlen iki durum belirtilmiştir¹³⁹. Buna göre,

¹³⁶ PWW/K.P. Berger, § 309, kn. 94.

¹³⁷ Benzer yönde açıklamalar için bkz. Taşpınar, s. 244; Konuralp, s. 67.

¹³⁸ PWW/K.P. Berger, § 309, kn. 94.

¹³⁹ Bu hususta detaylı bilgi için bkz. PWW/K.P. Berger, § 309, kn. 96 vd.

özellikle karşı tarafa, kullananın sorumluluk alanında bulunan hususlar için ispat yükü getiren ve karşı tarafa bazı vakıaları teyit ettiren kayıtlar genel işlem şartları içerisinde yer almaları hâlinde geçersiz sayılır. Burada ifadesini bulan ispat yükü, kanun ya da içtihatlarla genel işlem şartları kullananın üzerinde olduğu kabul edilen ispat yüküdür¹⁴⁰. Benzer düzenlemeye, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in EK-1'inde Haksız Sözleşme Şartları başlığı altında yer alan 1. fıkranın "n" bendinde de yer verilmiştir. İlgili düzenlemeye göre, tüketicinin özellikle, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmenin, gösterebileceği delilleri ölçsüz derecede sınırlandırmanın veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemenin ve bu suretle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkânını ortadan kaldırmanın veya sınırlandırmanın amaçlandığı şartların, haksız şart sayılacağı kabul edilmiştir. Bu hükümlerden hareketle, ispat sözleşmesi niteliğindeki, genel işlem şartları arasında yer alan, karşı taraf aleyhine neticeler doğuran ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden şartların da geçersiz sayılmaları gerekir¹⁴¹. Bunun yanında, ilgili hükümlerin kapsamına girmemekle birlikte, ispat ya da delil sözleşmesi niteliği taşıyan sözleşme şartlarının, diğer bütün hükümler gibi genel işlem şartları denetiminden geçmesine bir engel yoktur.

Tüketici sözleşmesi bakımından Yargıtay da, 20.01.2010 tarihli bir kararında, yazılı delille ispatı öngören şartı, haksız şart olarak değerlendirmiş ve bu şartın hüküm tesis ederken göz önünde bulundurulamayacağına hükmetmiştir¹⁴².

¹⁴⁰ PWW/K.P. Berger, § 309, kn. 94.

¹⁴¹ Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Taşpınar, s. 221 vd.

¹⁴² Y. 13. HD. 20.01.2010 T., E. 2009/9084, K. 2010/235. Karar metninin ilgili kısmı için bkz. Yelmen, s. 153, dn. 88. Yüksek Mahkeme ilgili kararında, ispata ilişkin şartın tüketici ile müzakere edilmemesi sebebiyle, hükme esas alınamayacağını belirtmiştir.

Türk Borçlar Kanununda, genel işlem şartları bağlamında ispat yüküne dair düzenlemeler bulunmamakla birlikte, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a bağlı olarak çıkarılmış yönetmeliklerde, tüketicinin taraf olduğu münferit sözleşme tipleri için, ispat yüküne dair özel düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemelerin aksine olarak, ispat yükü üzerinde bulunan tarafı değiştiren şartlar, kesin hükümsüz olur. Meselâ, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 17. 24. ve 29. maddelerinde ispat yükünün kredi verende olduğu; Taksitle Satış Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik'in 7. maddesinde, ispat yükünün satıcı ve sağlayıcıda olduğu; Devre Tatil ve Uzun Süreli Tatil Hizmeti Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 5. 6. ve 14. Maddelerinde, ispat yükünün satıcı veya sağlayıcıya ait olduğu; Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin "İspat Külfeti" başlıklı 9. maddesinde, bu külfetin reklam verende olduğu; Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 11 ve 18. maddelerinde, ispat yükünün konut finansmanı kuruluşunda olduğu; Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik'in 5. ve 8. maddelerinde, ispat yükünün satıcıda olduğu; Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin 5. 10. ve 20. maddelerinde, ispat yükünün satıcı veya sağlayıcı da olduğu; hüküm altına alınmıştır. Ancak Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin "Cayma Hakkının Kullanımı" başlıklı 11. maddesinde, genel tutumdan farklı olarak, cayma hakkını kullandığını ispat yükünün tüketicide olduğu düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, mesafeli sözleşmelerde tüketici kendisine tanınan cayma hakkını kullandığı iddiasında ise, bunu ispat etmelidir.

SONUÇ

Genel işlem şartları müessesesi, Türk hukuk sistemine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile girmiştir (TBK. m. 20-25). İlgili düzenlemeler, genel işlem şartlarının; yürürlük, yorum ve içerik denetimine tâbî kılınmasını öngörmektedir. Bu düzenlemelerle, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda, tüketicinin korunması amacıyla getirilmiş hükümlerin benzerleri, sözleşme ta-

raflarının sıfatına bakılmaksızın mevzuata girmiştir. Genel işlem şartlarına dair düzenlemelerin mehzatı, Alman Medenî Kanunudur. Bunun yanında, Avrupa Konseyi direktifleri de bu yönde düzenlemeler yapılmasını gerekli kılmıştır. Türk Borçlar Kanununda genel işlem şartlarına dair düzenlemelere yer verilmesi isabetli olmakla birlikte, bunların hazırlanmasındaki özensizlik dikkat çekmektedir. Bu eksiklikler giderilirken ya da yorumlanırken, ulusal ve uluslararası mevzuattan istifade edilmesi bir gerekliliktir.

Genel işlem şartlarının belki de en temel meselesi, tarafların sözleşme hükümleri üzerinden müzakere edip etmediğinin tespitidir. Taraflardan üstün konumda olan, kendi menfaatini ön planda tutmak gayesiyle karşı tarafa elinde hazır bulunan standart sözleşmeyi kabul ettirme çabasıdadır. Bu çaba, çoğu zaman zor durumda olan ya da konu hakkında bilgisi bulunmayan karşı tarafın, kendisine sunulan metni müdahalede bulunmaksızın kabul etmesi şeklinde sonuç vermektedir.

Sözleşmenin standart olması, genel işlem şartları denetimine tabi kılınmasına yol açar. Bu denetim neticesinde, genel işlem şartları kullanan taraf arzulanığı menfaati elde edememe riskiyle karşı karşıya kalır. Genel işlem şartları kullanan bu riskten kurtulmak amacıyla, sözleşme şartlarının karşı tarafla müzakere edildiğini ispat etme çabasına girer. Her ne kadar 6098 sayılı Kanun'da, bu hususta bir düzenleme bulunmasa da, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun ve Alman Medenî Kanunundaki ilgili düzenlemeler, kıyasen Türk Borçlar Kanununun uygulanma alanındaki ilişkilerde de uygulanmalıdır. Bu sayede, bir şartın müzakere edildiğinin ispatına dair yükün, genel işlem şartları kullananda olduğu kabul edilebilir. Bunun yanında, tarafların sözleşme muhtevasında ispat yüküne ve delil sözleşmesine dair düzenlemelere yer vermeleri de mümkündür. Eğer bu düzenlemeler, ispat hakkının kullanımını imkânsız hâle getiriyorsa ya da fevkalade zorlaştırıyorsa, Hukuk Muhakemeleri Kanunu

gereği, kesin hükümsüz olur. Bu etkiye sahip olmayan sözleşme hükümleri ise, genel işlem şartları denetimine tâbî olmaya devam eder.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Açıkgöz, Osman, Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, İstanbul 2013.

Akçaal Mehmet, Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme, GÜHFD. C. XVIII, Y. 2014, S. 1, s. 49-69.

Akman, Galip Servet, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976.

Alangoya, Yavuz, İspat Yükü Yönünden MK. 3, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 27, S. 1-4, s. 358-361.

Antalya, Gökhan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2013.

Atalay, Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların İspatı, İzmir 2001.

Atamer, Yeşim M., Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurabilecek Değerlendirme Kriterleri, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2013, s. 103-137, (Kısaltılmışı: **Atamer**, Bireysel Pazarlık).

Atamer, Yeşim, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Kocayusufpaşaoğlu Armağanı, Ankara 2004, s. 291-331, (Kısaltması: **Atamer**, Armağan).

Atamer, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001, (Kısaltması: **Atamer**, Denetim).

Atamer, Yeşim, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları”, Türk hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, Ankara, s. 7-73, (Kısaltması: **Atamer**, Sempozyum).

Aydın, Ramazan, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK. m. 5), EÜHFD. C. XI, S. 1, Y. 2016, s. 83-123, (Kısaltılmışı: **Aydın**, Haksız Şartlar).

Aydın, Ramazan, Die Berücksichtigung des Verbraucherschutzes bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen im deutschen und türkischen Recht, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Hamburg 2007, Schriftenreihe der Forschungsstelle des Türkischen Rechts der Universität Augsburg, Bd. 1.

Aydoğdu, Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, DEÜHFD. C. 13, S. 2, Yıl: 2011, s. 1-50, (Kısaltılmışı: **Aydoğdu**, Uygulama Alanı).

Aydoğdu, Murat, Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi, Ankara 2014.

Bahtiyar, Mehmet, Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması, Yargıtay Dergisi, C.22, S. 1-2, Ocak-Nisan 1996.

Baş, Ece, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları Kavramı ve İçerik Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 276-306.

Baş Süzel, Ece ve **Aden**, Felix, “Battle of Forms” im türkischen AGB-Recht, (Beck-Online die Datenbank).

Başalp, Nilgün, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011.

Başözen, Ahmet, Medenî Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Ankara, 2010.

Belgesay, Mustafa Reşit, İsbat Külfeti, Ülke Broşürleri, Hukuk Serisi No: 1, İstanbul.

Bilge, Necip, **Önen**, Ergun, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.

Büyüksağış, Ender, Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Sözleşmesi Perspektifinden Çelişen Genel İşlem Şartları, UAÜHFD, Haziran 2015, S. 5, s. 135-157.

Çınar, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009.

Engin, Baki İlkey, Türk hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Koşullarına Karşı Korunması, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010.

Eren, Fikret, 6098 Sayılı Tük Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı Ankara 2017.

Erman, Hasan, Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 38, S. 1-4, İstanbul 1973, s. 601-620.

Furrer Andreas ve Anton K. **Schnyder**, Handkommentar zum SchweizerPrivatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3. Auflage, Art. 1-183, Zürich 2016.

Gauch, Peter, **Schluep**, Walter R., **Schmid**, Jörg, **Emmenegger**, Susan, OR AT, 10. Auflage, Zürich 2014.

Grunewald, Barbara ve Karl-Nikolaus **Peifer**, Verbraucherschutz im Zivilrecht, Berlin 2010.

Gümüş, Mustafa Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1 (Madde 1-46), İstanbul 2014.

Harke, Jan Dirk, Allgemeines Schuldrecht, Heidelberg 2010.

Havutçu, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003 (Kısaltması: **Havutçu**, Tüketicinin Korunması).

Havutçu, Ayşe, Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetimi- Bir Yargıtay Kararı Hakkında Düşünceler, İzmir Barosu Dergisi, S. 4, Ekim 1998, (Kısaltması: **Havutçu**, İçerik Denetimi).

Honsell, Henrich, Nedim Peter **Vogt**, Wolfgang **Wiegand**, Caterina **Ammann** vd. Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. A. Basel 2015, (**BSK OR I/İşleyen**).

Huguenin Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A. Zürich 2014.

Karadağ, Özgür, Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketicinin Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Ankara 2014.

Karagöz, Veli, Tıp Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, s.1-2, s. 593-606.

Karlı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012.

Kaşak, Esra, Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, s. 415-429.

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, İstanbul 2010.

Konuralp, Halûk, Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009.

Koziol, Helmut, Peter **Bydlinski** ve Raimund **Bollenberger**, Kurzkomentar zum BGB, Wien 2007, (**KurzKomm**/İşleyen).

Köroğlu, Emre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'na Göre İspat Yükü, Yargıtay Dergisi, C. 43, Y. 43, S. 1, s. 181-223.

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, İstanbul 2001.

Kuru, Baki, **Arslan**, Ramazan, **Yılmaz**, Ejder, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2011.

Meier-Hayoz, Arthur, Ernst A. **Kramer**, Bruno **Schmidlin**, Eugen **Huber**, vd. Schweizerisches Zivilgesetzbuch Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Bern 1986, (**Kramer**, Art. 1).

Morin, Ariane, (Çeviren: Ruzin Dağlı), Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010, s. 33-74.

Muşul, Timuçin, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2012.

Oğuzman, M. Kemal, **Barlas**, Nami, Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, İstanbul 2008.

Oğuzman, M. Kemal, **Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:1, İstanbul 2012.

Öz, Turgut, Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2002, s. 128-151.

Pekcanitez, Hakan, **Atalay**, Oğuz, **Özekes**, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, İstanbul 2017.

Prütting, Hans, Gerhard **Wegen**, ve Gerd **Weinreich**, BGB Kommentar, Köln 2015, (PWW/İşleyen).

Şeker, Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, (BK. m. 21/1, 21/2, 24) Yokluk ve Kesin Hükümsüzlük Kıskaçında 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması, İstanbul 2015.

Taşpınar, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.

Tiftik, Mustafa ve Zeynep **Özcan**, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Standart Sözleşmelerde İçerik Denetimi, BATİDER, C. 31, S. 1, s. 23-58.

Umar, Bilge, **Yılmaz**, Ejder, İsbat Yüğü, İstanbul 1980.

Ulusan, M. İlhan, Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi, İKÜHFD. Aralık 2004, s. 27-47.

Uyar, Talih, Yargıtay Kararlarında İsbat Yüğü (MK. m. 6), Faruk Erem Armağani, Ankara 1999, s. 831-877.

Yavuz, Nihat, Öğreti ve Uygulamada Sözleşmedeki Haksız Şartlar (Haksız Sözleşme Şartı), Ankara 2012.

Yelmen, Adem, Türk Borçlar Hukuku'na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014.

Yeniocak, Umut, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, TBBD. Yıl: 2013, S. 107, s. 75-96.

Zerres, Thomas, Bürgerliches Recht Eine Einführung in das Zivilrecht und die Grundzüge des Zivilprozessrechts, 7. A. Berlin 2013