



6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNUNU'NA GÖRE GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

Inspection Of General Transaction Conditions According To The Turkish Debt Law No 6098

Burcu KESKİN

İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Program Öğrencisi, İstanbul/Türkiye
ORCID: 0000-0002-7439-3623

Cite As: Keskin, B. (2021). "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununu'na Göre Genel İşlem Koşullarının Denetimi", International Social Mentality and Researcher Thinkers Journal, (Issn:2630-631X) 7(46): 1402-1416.

ÖZET

Genel işlem koşulları, benzer sözleşmelerde kullanılmak üzere, önceden tek taraflı olarak hazırlanan ve benzer içeriğe sahip sözleşme koşullarıdır. Bu koşullar, ileride yapılacak olan sözleşmede kullanmak amacıyla önceden hazırlandığı için karşı tarafın bu koşullara müdahale etmesi mümkün olmamaktadır. Bu sebeple de söz konusu genel işlem koşullarında bireysel sözleşmelerin temeli olan tarafların karşılıklı irade uyuşması çoğunlukla bulunmamaktadır.

Söz konusu bu eksikliğin giderilmesi için genel işlem koşullarından haberi olmayan, sosyal ve ekonomik olarak zayıf konumda olan sözleşmenin karşı tarafının; aleyhine olan hususlar hakkında tam bir bilgi sahibi olması ve korunmasının sağlanması amacıyla, kanun yoluyla sözleşmelere müdahale edilmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Söz konusu bu müdahale, genel işlem koşullarının idari ve yargısal olarak denetimi aracılığıyla sağlanmaktadır. Çalışmamızın ana konusunu oluşturan genel işlem koşullarının yargısal denetimi TBK'a göre yürürlük denetimi, yorum denetimi, içerik denetimi olmak üzere üç aşamadan oluşmaktadır.

Bunun yanı sıra genel işlem koşullarının denetimi, TBK çerçevesinde inceleme de 6102 sayılı TTK ve 6502 sayılı TKHK kapsamında da genel işlem koşulları hakkında kanun hükümleri bulunmaktadır. Bu kapsamda genel işlem koşullarını TTK bakımından haksız rekabet ve TKHK bakımından haksız şartlar da incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Genel işlem koşulları, Genel İşlem Koşullarının Denetimi, TTK ve TKHK açısından içerik denetimi

ABSTRACT

General conditions are unilaterally prepared pre-prepared transaction terms and similar content to be used in contracts. Since these terms have been prepared to be used in the future contract, the will of the other party is not reflected in these terms. Therefore, the parties whose general conditions are the basis for a full agreement do not have the will of mutual consensus..

In order to correct this deficiency, the counter party of the contract, which is not aware of the general transaction conditions, is socially and economically weak; It has emerged that the law must be communicated, apart from having a complete knowledge of the issues against him and his protection. This intervention is the administrative and judicial handling of the provisions of the general procedure. Judicial control of the general process of examining the main subject of our study consists of three stages, namely, enforcement control, comment control, content control, according to the TBK

However, in addition to this, there are provisions of the TCC numbered 6102 and TCC numbered 6502 regarding the general transaction conditions within the scope of the TCO. In this context, the general transaction has been examined in terms of unfair competition in terms of TCC and unfair law in terms of TKHK

Key Words: General transaction conditions, Control of General Transaction Conditions, content control in terms of TTK and TKHK

1. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ TANIMI VE UNSURLARI

1.1. Genel Olarak

Genel işlem koşulları, sanayi devriminden sonra hız kazanan ticari hayat, devamında ticari ilişkilerin artmasını ve özellikle büyük firmaların sürekli tekrar eden aynı sözleşmeleri yapmasını gerektirmiştir. Buda zaman kazanma amacıyla sözleşmelerinin daha hızlı yapılması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Bu gereklilik, zaman içerisinde genel işlem koşullu sözleşmelerin oluşumuna neden olmuştur. Genel işlem koşullarının ilk kullanım alanlarının ise demiryolu taşımacılığı alanında yapılan sözleşmeler olmakla birlikte, 1880'li yıllardan günümüze kadar olan süreçte çoğunlukla sigortacılık, bankacılık ve abonelik sözleşmelerinde kullanıldığı görülmektedir (Aydoğdu, 2018) (Sirmen, 2015).

Genel işlem koşullu sözleşme, aynı nitelikte sözleşmenin farklı kişilerle yapılması sonucu tekrar tekrar sözleşme hazırlanması külfetini ortadan kaldırmak amacıyla ve bir tarafça, genellikle güçlü tarafça, önceden hazırlanır. Genel işlem koşullarının sağladığı hız avantajının yanı sıra sözleşmenin karşı tarafının sözleşmeye dahil olmasının önüne geçilmekte ve onlar içinde birçok rizikoyu içinde barındırmaktadır. Bu durumda sosyal ve ekonomik olarak zayıf olan tarafı sözleşmeyi kullenen kabule ya da redde zorlamaktadır. Taraflar arasındaki bu dengesizliğin ortadan kaldırılması amacıyla sosyal devlet anlayışının bir sonucu olarak genel işlem koşullarına devlet müdahalesi zorunlu olmuştur (Antalya, 2018).

Bizim hukuk sistemimizde genel hukuk kuralı olarak; genel işlem koşulları ve yargısal denetimi, 2011 yılında kabul edilen TBK ile birlikte girmiştir. Bizim hukuk sistemimiz, TBK' da sözleşme sonrasındaki yargı yoluyla yapılan yargısal denetimi düzenlemiştir. Yargısal denetim, Türk Borçlar Kanunu'nun yanı sıra, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun, Türk Ticaret Kanunu, 5464 s. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu gibi özel kanunlarda da karşımıza çıkmaktadır.

1.2. Genel İşlem Koşullarının Tanımı

TBK m. 20, genel işlem koşulları, “*Bir sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri*” olarak tanımlanmıştır. TBK m. 20/1'den yola çıkarak, sözleşmenin yapım aşamasında düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden hazırlayarak ya da hazırlatarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir (Antalya, 2018) (Çınar, 2009) (Yelmen, 2014). Genel işlem koşulları TBK m. 20 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Ayrıca genel işlem koşulları; TBK haricinde haksız şartlar başlığı altında TKHK' da ve haksız rekabet başlığı altında TTK' da düzenlenmiştir.

Öncelikle TBK m. 20/1'in ifadesinde, doktrinde haklı olarak eleştirilen bazı noktalar bulunmaktadır. TBK m.20/1'de kullanılan “tek başına” lafzı, genel işlem koşullarını kullanacak olan tarafın herhangi bir yardım almadan hazırlaması gerektiği şeklinde yanlış anlaşılmalara sebep olacak niteliktedir (Yeniocak, 2013). Ancak sözleşmede kullanılacak olan genel işlem koşulları, sözleşmeyi kullanacak kişinin kendisi tarafından hazırlanabileceği gibi üçüncü bir kişiden de yardım alarak da hazırlanabilir.

Yine TBK m. 20/1'de kullanılmış olan “düzenleyen” terimi, kişinin sadece kendisinin hazırladığı genel işlem koşullarının kullanılması gerektiği şeklinde bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Alman Medeni Kanunu'nu BGB'de bu konuda “kullanan, kullanıcı anlamındaki “Verwender” ifadesi kullanılmıştır (Yelmen, 2014) (Atamer, 2001). Yani genel işlem koşullarının kullanacak kişi, önceden hazır olarak basılmış sözleşmeleri veyahut üçüncü bir kişiye hazırlattığı genel işlem koşulunu kullanabilir (Kılıçoğlu, 2020) (Civan, 2015). Sonuç olarak; sözleşmeyi kullanacak olan kişi, söz konusu sözleşmeyi kendisi hazırlayabileceği gibi hazırlama aşamasında yardım alması ya da hazır maktu bir sözleşme metnini kullanması durumunda da yine genel işlem koşullarının denetiminin uygulanması önünde bir engel bulunmamaktadır.

Genel işlem koşullarını içeren sözleşmeler bakımından taraflar, karşılıklı olarak iradeleri uyuştukları andan itibaren söz konusu sözleşme, genel işlem koşullarıyla birlikte bireysel sözleşme niteliği kazanır. Genel işlem koşulları bakımından taraflardan biri, kendi aleyhine olan bir durumu dahi kendi özgür iradesiyle kabul edebilir. Bu durum sözleşme özgürlüğünün bir sonucudur. Genel işlem koşullarını içeren sözleşmeler bakımından uygulamada oluşan sorun, karşı tarafın söz konusu aleyhe sözleşme hükümlerini kapsayan genel işlem koşulları hakkında bilgi sahibi olmaması noktasında toplanmaktadır. Bu sorunu aşmak ancak genel işlem koşullarının denetimi ile mümkün olmaktadır.

TBK m. 20/2'e göre genel işlem şartlarını içeren sözleşme metinlerinin özdeş olması gerekmemektedir. Böylece kanun koyucu, uygulamada kelime değişiklikleriyle, maddelerin yerlerinin değiştirilmesi vb. şekillerde sözleşme hükümlerinin aynı olmaktan çıkarılarak sözleşmelerin genel işlem koşullu olmadığı iddiasında bulunularak kanunun dolanılmasının önüne geçmiştir. Bu konuda genel işlem koşullarında önemli olan sözleşmenin şeklinden öte amacıdır (Altop, 2006). Genel işlem şartlarının birden fazla sözleşmede kullanılması amacıyla tek taraflı olarak hazırlanmış olması yeterlidir.

1.3. Genel İşlem Koşullarının Unsurları

1.3.1. Sözleşmenin Kurulmasından Önce Tek Taraflı Olarak Hazırlanması

Genel işlem koşulunu içeren bir sözleşmeden bahsedebilmemiz için sözleşmeyi kullanacak olan tarafın sözleşme kurulmadan önce tek taraflı olarak sözleşme metnini hazırlamasıdır. Burada önemli olan, genel işlem koşullu sözleşmenin birden fazla sözleşmede kullanılması amacıyla tek taraflı olarak hazır bulundurulmasıdır. Bu kapsamda genel işlem koşulları, genel ve soyut niteliktedir (Eren, 2018) (Aydoğdu, 2018) (Yelmen, 2014).

Sözleşmenin esaslı unsurlarında taraflar anlaştıktan sonra sözleşmenin yan veya ikincil unsurlarının düzenlendiği genel işlem koşulları ile sosyal ve ekonomik olarak zayıf olan tarafın müdahalesi olmayan hatta ne yazıldığı dahi bilmediği koşullar sözleşmeye dahil edilir. Bu genel işlem koşulları bazen konunun önemsememesi, bazen de sözleşme yapmaya ivedilikle ihtiyaç duyulması gibi sebeplerden kaynaklı olarak, karşılıklı pazarlık yapılmadan kabul edilmektedir (Eren, 2018) (Kılıçoğlu, 2020).

Ancak tarafların önceden hazırlanmış sözleşme metinlerinin kullanılması konusunda anlaşmaları durumunda ya da ortak olarak tarafsız bir kişiye hazırlanması durumunda artık genel işlem koşullarından bahsedilmesi mümkün olmamaktadır. Bu durumda artık bireysel sözleşme hükümleri söz konusu olmaktadır (Atamer, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55,F.1,(f) ile Karşılaştırmalı Olarak, 2012).

1.3.2. Birden Fazla Sözleşme İçin Hazırlama

Genel işlem koşullarının bir diğer unsuru birden fazla sözleşmede kurulmak amacıyla hazırlanmasıdır. Bu noktada hazırlanan sözleşme metinlerinin fiili olarak kaç kere kullanıldığına bir önemi bulunmamaktadır. Doktrinde genel kabul gören görüşe göre birden fazla sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanmış olan sözleşme metninin bir sefer kullanılması genel işlem koşulu için yeterlidir (Aydoğdu, 6098 s. Türk Borçlar Kanunda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, 2011).

Son olarak söz konusu metinlerin özdeş olmaması da genel işlem koşullarına özgü kanunların uygulanmasını engellemeyeceğine göre karşı tarafa dayatılan tüm sözleşmeler genel işlem koşulu olarak değerlendirilmelidir.

1.3.3. Sözleşmenin Diğer Tarafının Bilgilendirilmesi

Tek taraflı olarak aynı nitelikte birden fazla sözleşme için hazırlanan genel işlem koşulları; genellikle çok uzun, karmaşık, bazen de çok küçük yazı puntosu ile yazılarak karşı tarafın, sözleşmeyi okumasını zorlaştırılacak ya da okunsa dahi anlaşılmayacak nitelikte halde yapılmaktadır (Kocayusufpaşaoğlu,2017). Bu durumda da zayıf konumda bulunan kişinin bu söz konusu koşulları okumaları, tek tek tartışmaları uygulamada mümkün olmamaktadır.

Bazı durumlarda genel işlem koşulları, yazı türü olarak karşı tarafın dikkatini çekecek şekilde yazılsa ve bu hükümler okunabilse dahi içerik bakımından kullanılan kelimeler, olağan alışagelmış kelimeler olmamaktadır. Bu durumda normal bir kişi, genel işlem koşulunu anlayamamakta ve sonuçlarıyla ilgili bir sonuca varamamaktadır (Kocayusufpaşaoğlu, 2017). Böylece çoğu zaman zayıf konumda olan kişi neyi kabul ettiğini bilmeden genel işlem koşullarını kabul etmektedir.

Genel işlem koşullarında, herhangi bir şekil şartı bulunmamakla birlikte, ilişkilendirme anlaşmasıyla sözleşme kapsamına dahil olur (Şeker, 2015). İlişkilendirme kelime anlamı olarak da iki veya daha fazla ayrı şeyi birbirine ilişkili duruma gelmesidir. İlişkilendirme anlaşması ile genel işlem koşulları sözleşmenin içeriğine dahil olur ve bireysel sözleşme hükmü niteliği kazanır (Yelmen, 2014).

Genel işlem koşullarına bireysel sözleşme niteliği kazanması için öncelikle sözleşmeyi hazırlayan taraf, karşı tarafa açıkça genel işlem koşullarının sözleşmede kullanılması hakkında bilgi verme yükümlülüğü altına girmektedir. Sözleşme hakkında karşı tarafa örtülü olarak bilgi verilmesi ya da karşı tarafın kendi imkanlarıyla bilgi sahibi olabilecek durumda olması iddiaları bu noktada geçerli değildir (Havutçu, 2015). Bilgilendirme yapılırken, karşı tarafın kültür, tecrübe ve eğitim durumunu göz önüne alınarak ona göre bir aydınlatmada bulunulması gerekmektedir. Aksi takdirde bilgi verilmesi şartının yerine getirilmediği kabul edilir ve yürürlük denetiminden kaçınılamaz (Yeniocak, 2013).

Bu noktada bilgilendirme yapılmadığı halde yargısal denetimden kaçınmak amacıyla sözleşme metnine, tüm hükümlerin tartışılarak kabul edildiği ibaresinin yazılmış olması, TBK m. 20/3 gereğince tek başına genel işlem koşullarına bireysel sözleşme niteliği kazandırmaz (Antalya, 2018) (Eren, 2018). Ayrıca uygulamada genel işlem koşullarının, tek tek okunması veya tartışılması çok zaman alacağından genel işlem koşullarının bireysel sözleşme niteliği kazanması çok zordur. Ancak ticari hayat düşünüldüğünde çok sayıda ve hızlı şekilde yapılan sözleşmelerde karşı tarafın uzun uzun ve tek tek bilgilendirilmesi çok zordur. Bu nedenle bilgilendirme yükümlülüğünde aradığımız kriter, dürüstlük kuralına uygun olarak karşı tarafın genel işlem koşulları hakkında bilgi edinmesine fırsat tanınmasıdır (Hatemi&Gökyayla, 2017).

Bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği konusunda ispat yükü, genel işlem koşullarını kullanan taraftadır (Antalya, 2018) Genel işlem koşullarını kullanan tarafın, söz konusu hükümleri karşı tarafın bilgisi dahilinde kendi özgür iradesiyle verdiği ve söz konusu sözleşmenin artık bireysel sözleşme niteliğinde olduğunu ispatlaması gerekmektedir. Burada TKHK m. 5/3'te düzenlenen "Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür." hükmünden yola çıkılarak ispat yükünün genel işlem koşullarını kullanan tarafa ait olduğu sonucuna varılabilir (Atamer, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55,F.1,(f) ile Karşılaştırmalı Olarak, 2012).

1.4. Genel İşlem Koşullarının Hukuki Niteliği

Genel işlem koşullarının doktrinde iki tane hukuki nitelendirme bulunmaktadır. Tarihsel süreç içerisinde genel işlem koşulları ilk olarak "norm teorisi" olarak nitelendirilmiş, ilerleyen zamanlarda norm teorisi yerini sözleşme teorisine bırakmıştır (Bağrıaçık, 2013).

Norm teorisi, 1928 yılında Almanya'da ortaya çıkmış (Aydoğdu, Genel İşlem Koşulları Şerhi, 2018) ve 1955 yılında da Alman Federal Mahkemesi bu görüşü terk etmiştir (Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2001). Norm teorisi, genel işlem koşulları hakkında uzun yıllar uygulanmıştır. Norm teorisine göre genel işlem koşulları, kanun hükmü benzeri olarak kabul edilmektedir.

Ancak genel işlem koşulları norm teorisine göre kanun niteliğine sahip olur ve herkesi bağlaması gerekir. Sadece sözleşmenin taraflarını bağlayan ve onları ilgilendiren sözleşme koşullarının kanun hükmü gibi kabul edilmesi ve kanun gücü verilmesi doğru değildir. Bunun yanı sıra Anayasa'da belirlenen organlar dışında herhangi bir kişi ya da kurum genel bağlayıcı hüküm koyamayacağı açıktır. Ayrıca genel işlem koşulları norm teorisi ışığında değerlendirilirse, genel işlem koşulları hakkında bilgilendirme ve karşılıklı irade uyumu olmasa dahi genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olması durumuyla karşılaşılmakta ve zaten güçlü olan taraf daha da güçlü kılınmaktadır (Civan, 2015) (Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2001).

Sözleşme teorisine göre ise; genel işlem koşulları, sözleşme niteliğinde kabul edilmektedir (Eren, 2018). Sözleşme teorisine göre tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanları varsa genel işlem koşulları sözleşmeye dahil olur (Civan, 2015). Zaten sözleşmenin var olabilmesi için gerekli ilk koşul, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıdır. Bu noktada genel işlem koşullarının geçerlilik kazanması ve sözleşmeye ile ilişkilendirilmesi de bu koşula bağlıdır.

2. 6098 SAYILI TBK'A GÖRE GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

2.1. Genel Olarak

İlişkilendirme anlaşmasıyla sözleşmeye dahil olan genel işlem koşulları için idari ve yargısal denetim olmak üzere temelde iki tür denetimi bulunmaktadır (Aydoğdu, Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, 2014). Biz incelememizi TBK' a göre yaptığımız için daha çok yargısal denetim üzerinde duracağız.

Yürürlük denetimi, TBK' da üç denetim aşamasından oluşmaktadır. Buna göre; ilk önce yürürlük denetimi diğer adıyla uygulama ya da kapsam denetimi, sonrasında yorum denetimi, içerik denetimi ve içerik denetimini ise kendi içerisinde TBK m. 27 çerçevesinde yapılan genel içerik denetimi ve özel içerik denetimi olarak inceleyeceğiz (Eren, 2018).

2.2. Yürürlük Denetimi

Yürürlük denetimi TBK m. 21'e göre "Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin yapılması sırasında genel işlem koşullarını kullananın karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlaması ve karşı tarafında bu koşulları kabul etmesine bağlıdır." şeklinde tanımlanmıştır.

Sözleşmenin genel işlem koşullarıyla birlikte kurulabilmesi için söz konusu genel işlem koşullarını kullanan taraf, sözleşme kurulmadan önce sosyal ve ekonomik olarak zayıf konumda olan sözleşmenin karşı tarafını genel işlem koşullarının kullanıldığı hakkında uyarmalı ve karşı tarafa genel işlem koşullarının içeriğini öğrenme olanağını da vermiş olması gerekmektedir (Kocayusufoğlu, 2017). Yürürlük denetimi ile TBK m. 1'de düzenlenen ve sözleşmenin temel unsurunu oluşturan, tarafların birbirine uygun irade beyanlarıyla sözleşmenin kurulmasını sağlamak amaçlanmaktadır.

Tarafların birbirine uygun irade beyanlarının varlığı güven teorisi çerçevesinde değerlendirilir. Güven teorisi ile dürüstlük kuralına uygun olarak, durumun özelliklerine göre karşı tarafın öne sürülen irade beyanına hangi anlamı vermesi beklenilmekte ise o anlama üstünlük tanıyan bir prensiptir (Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2001) (Bağrıaçık, 2013). Güven teorisi ile tarafların sözleşme kurulması sırasında dış dünyaya yansıyan irade beyanları sonucu karşı tarafta oluşan güvenin korunması amaçlanmaktadır (Atamer, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55.F.1,(f) ile Karşılaştırmalı Olarak, 2012). Sonuç olarak, yürürlük denetimiyle amaçlanan; güven teorisiyle vasıtasıyla

dürüstlük kuralına uygun olarak sözleşmenin kurulup kurulmadığının incelenmesidir. Böylece tarafların dış dünyaya yansıyan irade beyanları ile somut olayın haklı gösterdiği noktada oluşan güvenin dikkate alınması sağlanmaktadır.

Aslında yürürlük denetimi, güven teorisi içerisinde bir ilişkilendirme anlaşmasının varlığının denetlenmesidir. İlişkilendirme anlaşması, önceden hazırlanan genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil edilmesidir. İlişkilendirme anlaşmasının var olması ve genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olması için; genel işlem koşulunun varlığı hakkında karşı tarafa bilgi verilmesi ya da en azından bunları öğrenme imkânı sağlanması ve sözleşmenin genel işlem koşullarıyla kurulduğunu bilinçli bir şekilde kabul etmesi gerekmektedir (Antalya&Doğancı, 2018). Bu konuda aradığımız karşı tarafa genel işlem koşullarının içeriği hakkında bilgi verilmesi değildir; bu konuda olması gereken karşı tarafa dürüstlük kuralına uygun olarak öğrenme fırsatı verilmiş olmasıdır (Atamer, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55,F.1,(f) ile Karşılaştırmalı Olarak, 2012). Aksinin kabulü durumunda genel işlem koşullarını kullanan tarafa, karşı tarafa içerik hakkında tek tek bilgi verilmesi ve karşı tarafın bu koşullarını anlamasını sağlamak gibi bir külfet yüklenmesi sonucunu ortaya çıkarır. Ayrıca yürürlük denetiminin amacının genel işlem koşullarının içeriğinin incelenmesi değildir, burada amaçlanan ilişkilendirme anlaşmasının varlığının incelenmesidir.

Taraflar, ilişkilendirme anlaşmasını en geç sözleşmenin kuruluş aşamasında gerçekleştirmelidir. İlişkilendirme anlaşması herhangi bir şekil şartına tabi değildir (Civan, 2015). Sözleşmede genel işlem koşullarının yer aldığı konusunda karşı tarafa açıkça bilgi verilmesi ve genel işlem koşullarının içeriğinin de öğrenilme fırsatının verilmesi gerekmektedir (Doğancı, 2018). Bu şartlar gerçekleştirilirse genel işlem koşulları sözleşme ile ilişkilendirilmiş olur.

Bu noktada bilgilendirme veya içeriğin öğrenilme imkânı tanınmasının yanı sıra karşı tarafın bu hükümleri kabul etmesi de önemlidir. İlişkilendirme anlaşmasının kurulması ve genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olması için karşı tarafın kabul beyanının da bulunması gerekir. Bu kapsam da sözleşmenin kabulü; açık, kapalı ve global kabul ile gerçekleştirilebilir.

Açık kabul, sözleşmenin, herhangi bir tereddütte mahal verilmeyerek, yoruma gerek duyulmadan ve doğrudan doğruya anlaşılabilir beyanıdır (Antalya, 2018). Açık kabulde kişi, kendi zihin dünyasında genel işlem koşullarını anlamalı, irdelemesini yoruma gerek duyulmadan net bir irade açıklamasıyla "kabul ediyorum" veya "kabul etmiyorum" şeklinde dış dünyaya yansıtmalıdır.

Kapalı kabul ya da örtülü kabul ile sözleşme hükümleri karşısında açık kabulde olduğu gibi kişinin açıkça beyanını açıklamaması veya somut olarak iradeyi gösteren davranışlarla sözleşmeyi kabul etmesi veya ret etmesidir (Antalya, 2018). Kapalı kabulde iradeyi gösteren davranış, güven teorisi çerçevesinde yorumlanır. Dürüstlük kuralına uygun olarak ve somut olayın özelliklerine göre ya da taraflar arasında daha önceden mevcut olan iş ilişkisinin tekrarlama gibi durumlarda, kapalı kabulün uygulanması gibi durumlarda genel işlem koşulları hakkında da kapalı kabul uygulanabilir (Eren, 2018). Ayrıca tarafların karşılıklı görüşmesi mümkün olmayan durumlarda tarafların iradelerini açıkça belirtmesi çok zordur.

Kapalı kabul, en çok açık bir alanda ilan usulü yapılan bildirimlerde görülür. Bu şekildeki ilanlarda, genel işlem koşulu olarak kabul edilir ve karşı tarafın kapalı kabulü olduğu var sayılır. Alman hukukunda bulunan kanuni düzenlemeye göre; açık bir yerde ilan edilen genel işlem koşulları, makul ve normal olan bir üçüncü kişi tarafından fark edebilecek şekilde yapılmalıdır (Antalya, 2018). Genel işlem koşullarının kabulü için öncelikli kabul, açık kabuldür. Bunun yanı sıra istisnai durumlarda kapalı kabulün uygulanması da mümkündür.

Genel işlem koşulları açısından en çok görülen kabul, global kabuldür. Global kabulde sözleşmenin karşı tarafı sözleşmeyi okumadan bir bütün olarak kabul etmektedir. Global kabul, kabul beyanını açıklayacak kişinin, her bir sözleşme sayfasına imzasını veya parafını atması, sözleşmenin son sayfasına ise adını soyadını ve imzasını atmasıyla gerçekleşir (Aydoğdu, 6098 s. Türk Borçlar Kanunda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, 2011).

Bu tür kabullerde zayıf konumda bulunan tarafın korunması ihtiyacı daha fazladır. Çünkü global kabulde, kişi genel işlem koşullarının içeriğinden habersiz olarak sözleşmeyi imzalamaktadır. Ancak TBK m. 20/3 gereğince zayıf konumda olan tarafın genel işlem koşullarını global olarak kabul etmesi, söz konusu genel işlem koşullarının müzakere edildiği anlamına gelmemektedir. Sonuç olarak, global kabul tek başına genel işlem koşullarına bireysel sözleşme niteliği kazandırmaz ve bu durum genel işlem koşulları denetiminin

yapılmasına da engel teşkil etmemektedir (Aydoğdu, Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, 2014).

Yürürlük denetiminin düzenlendiği TBK m. 21'in birinci fıkrası menfaate aykırı genel işlem koşullarını düzenlerken, ikinci fıkrası şaşırtıcı genel işlem koşullarını düzenlemektedir. TBK m. 21/1'e göre; karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânının karşı tarafa sağlanması ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, söz konusu genel işlem koşullarına "yazılmamış sayılma yaptırımı" uygulanır.

Öncelikle doktrinde TBK m. 21/1 düzenlemesinde yer alan "karşı tarafın menfaatine aykırı" ifadesi haklı olarak eleştirilmektedir (Yelmen, 2014) (Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2001). Yürürlük denetimi aşamasında menfaate uygunluk incelenmesi içerik denetimini gerektirmektedir. Bu sebeple menfaate uygunluk incelenmesi içerik denetimi aşamasında yapılmalıdır. Alman hukukunda "karşı tarafın menfaatine aykırı olma" şeklinde bir denetim sebebi bulunmamaktadır. Alman Medeni Kanun'u § 305'te genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olmasının şartları düzenlenmiştir. Bu konuda mehaz kanundan ayrılmaktayız. Bu konuda kanun koyucu, yürürlük denetimine gereğinden fazla ağırlık vermiş ve içerik denetiminin yanında yürürlük denetimi ikincil bir denetim safhasına dönüşür (Atamer, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55,F.1,(f) ile Karşılaştırmalı Olarak, 2012).

Yürürlük aşamasında yapılması gereken incelemede, sadece genel işlem koşulları hakkında karşı tarafa bilgi verilip verilmediği ve onun bilgisi dahilinde sözleşmeye dahil edilip edilmediği incelenmelidir. Burada aradığımız "bilgi verme" genel işlem koşullarının içeriği hakkında bilgilendirme olmayıp, kurulacak olan sözleşme de genel işlem koşullarının kullanıldığı bilgisi (Aydoğdu, Genel İşlem Koşulları Şerhi, 2018). Yürürlük denetimi aşamasında yapılması gereken inceleme;

- ✓ Genel işlem koşullarının kullanan tarafça karşı tarafa açıkça bilgi verme,
- ✓ Ayrıca içeriğin öğrenilmesi için fırsat verme,
- ✓ Son olarak da bu iki şartın gerçekleşmesi koşuluyla karşı tarafın kabul etmesidir (Eren, 2018).

TBK m. 21/1'e göre sosyal ve ekonomik olarak zayıf konumda olanın menfaatine aykırı durumlarda bu hükümlerin yürürlüğü zayıf tarafın bu hükmü bilmesi, en azından öğrenme imkânı tanınmış olması ve kendi iradesiyle kabul etmiş olmasına bağlıdır. Bu nedenle karşı tarafın genel işlem koşullarının varlığı hakkında uyarılması gerekmektedir. Yapılacak olan uyarı, en geç sözleşmenin kurulması aşamasında gerçekleşmelidir (Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2001). Ancak konut finansman sözleşmeleri için, TKHK m. 33 maddesi gereğince sözleşme koşullarını içeren bilgi formunun sözleşme öncesi verilmesi zorunludur. Ayrıca bilgi formunun tüketici tarafından incelenebilmesi için sözleşmeden önce makul bir sürenin verilmesi gerekmektedir. Ancak söz konusu bu hüküm konut finansmanı sözleşmelerine özgüdür. TBK'da bu yönde bir hüküm olmadığı için söz konusu hükmün sadece konut finansman sözleşmesi için geçerli olduğunun kabulü gerekir (Aydoğdu, Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, 2014).

TBK m. 21/2'de ise sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı genel işlem koşulları yani şaşırtıcı genel işlem koşulları için yürürlük denetimi düzenlenmiştir. TBK m. 21/2'e göre "Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları" da yürürlük denetimi sonucunda yazılmamış sayılır. Şaşırtıcı genel işlem koşulları, kabul eden tarafın önceden hesaplayamayacağı ve sözleşme konusu işin özelliğine yabancı kayıtlar, karşı tarafın kabul beyanının içinde yer almamaktadır (Antalya, 2018) (Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2001) (Kocayusufpaşaoğlu, 2017). Şaşırtıcı genel işlem koşullarını sözleşmenin tamamını incelendiğinde yadrganacak olan hükümler olarak tanımlamak mümkündür (Oğuzman&Öz, 2020).

Şaşırtıcı işlem koşulları için Alman ve İsviçre doktrinde objektif ve sübjektif olmak üzere iki unsur aranmaktadır. Objektif unsur, genel işlem koşulunun sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı olmasıdır. Sübjektif unsur ise, makul ortalama bir kişinin dürüstlük kuralına uygun olarak söz konusu genel işlem koşulunu beklenmemesidir (Aydoğdu, Genel İşlem Koşulları Şerhi, 2018) (Civan, 2015). Doktrinde Türk hukuk sisteminde sadece objektif unsurun bulunduğunu ve şaşırtıcı genel işlem koşullarının sübjektif unsuru içerik denetiminin kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bir görüşte mevcuttur (Antalya, 2018) (Doğancı, 2018).

Her ne kadar şaşırtıcı genel işlem koşulları, yürürlük denetimi başlığı altında düzenlenmiş olsa da şaşırtıcı genel işlem koşulları bir yönüyle de sözleşmenin içeriğine ve işin özelliğine yabancı olması nedeni ile bir içerik incelenmesi yapılmasını gerektirmektedir. Bu sebeple doktrinde şaşırtıcı genel işlem koşulu denetiminin, yürürlük denetimi aşamasında yapılması haklı olarak eleştirilmektedir (Aydoğdu, Genel İşlem Koşulları Şerhi, 2018) (Bağrıaçık, 2013).

TBK m. 21 gerekçesine göre, şaşırtıcı koşul hakkında TBK m.21/1'de aranan karşı tarafa açıkça bilgi verilmiş olması ve karşı tarafında bunu kabul etmiş olması şartlarının sağlanması yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanmasına engel değildir. Bir genel işlem koşulunun şaşırtıcı koşul olup olmadığı konusunda tereddüt edilirse, lehe yorum ilkesi gereğince şaşırtıcı koşul olarak kabul edilmesi gerekir (Aydoğdu, Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, 2014).

2.2.1. Yazılmamış Sayılmanın

TBK m.21'e göre yürürlük denetiminin yaptırımı yazılmamış sayılmadır. Ancak doktrinde yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği hakkında bir fikir birliği bulunmamaktadır. Yazılmamış sayılma yaptırımı, bizim hukukumuzda İsviçre Borçlar Kanunu Kıymetli Evrak Hukukunda bulunan "Nicht Geschrieben" kavramının Türkçe 'ye çevrilmesi sonucu) girmiştir (Akbulut, 2016).

Yazılmamış sayılmanın hukuki niteliğinin kısmi yokluk, kısmi butlan ve esnek hükümsüzlük olduğu yönünde görüşler mevcuttur.

Genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olması ve yürürlük kazanabilmesi için karşı tarafın sözleşmede genel işlem koşullarının kullanıldığı hakkında bilgilendirilmesi ve karşı tarafında bunu kabul etmesi gerekir (Eren, 2018) (Oğuzman&Öz, 2020). Bir sözleşmenin kurulması için tarafların birbirine uygun irade beyanları bulunmalıdır. Ancak kişinin bilgisi dahilinde olmayan bir konuda irade beyanında bulunması beklenemeyeceği için sözleşmede kurucu unsur eksikliği bulunmaktadır. Sonuç olarak burada kurucu unsur eksikliği bulunduğu için yokluk yaptırımı söz konusudur. Yürürlük denetimi ile incelenen, genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olması için ilişkilendirme anlaşmasının geçerli olarak kurulup kurulmadığıdır. Hukuki anlamda hiç var olmamış bir sözleşmenin kısmi hükümsüzlüğünden söz edilebilmesi mümkün değildir (Eren, 2018). Bu sebeple yazılmamış sayılmanın hukuki niteliğinin yokluk olarak kabul edilmesi daha uygundur (Eren, 2018) (Akbulut, 2016). Bizimde katıldığımız bu görüş gereğince yürürlük denetimi sonucunda genel işlem koşullarının sözleşme ile ilişkilendirilmesi konusunda tarafların iradelerinin aynı yönde olup olmadığı noktasında sözleşmenin kurucu unsuru incelenir. Bu noktada genel işlem koşullarının amacı dikkate alındığında genel işlem koşullarının tamamının yok hükmünde olması ve sözleşmeye tamamen dahil edilmemesi duruma uygun düşmemektedir (Akbulut, 2016).

Yokluğu savunan görüşten sonra gelen ikinci çoğunluk görüş, kesin hükümsüzlük (butlan) görüşüdür. Kesin hükümsüzlük, bir hukuki işlemin kurucu unsurları tam olmakla birlikte geçerlik şartlarını ilgilendirecek düzeyde eksikliklerin bulunmasıdır (Kılıçoğlu, 2020). TBK m. 27/1'e göre kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına aykırı olan veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Doktrinde bu görüşü savunan yazarlara göre sözleşmenin kurucu unsurlarında bir eksiklik olmadığını, tarafların esaslı unsurlarında anlaşmaları durumunda sözleşmenin kurulmuş olarak kabul edileceğini, bu sebeple de yokluk yaptırımından bahsedilemeyeceğini savunmaktadırlar (Arıkan, 2012) (Reisoğlu, 2013). Kısmi geçersizlik görüşünü savunan yazarlara göre ayrıca TBK m. 22'in lafzından kanun koyucunun asıl amacının hükümsüzlük olduğunun anlaşıldığı ancak TBK m. 27/2'nin yürürlük denetimi açısından uygulanmasının önüne geçmeyi amaçladığını savunmaktadırlar (Altop, 2006). Ayrıca değiştirme yasağının düzenlendiği TBK m. 24'ün gerekçesinde, kanun koyucunun yazılmamış sayılma ile kısmi hükümsüzlüğü kast ettiğini yazması ve genel işlem koşullarıyla sözleşmenin esaslı unsurları değil yan unsurları düzenlenmesinin sonucu olarak tarafların esaslı unsurlarda anlaşmalarından sonra yazılmamış sayılmanın kısmi yokluk olarak nitelendirilmemesini savunmaktadırlar (Hatemi&Gökyayla, 2017).

Yokluk ve hükümsüzlük dışında son dönemlerde "modern hükümsüzlük teorisi" başlığı altında esnek hükümsüzlük olarak nitelendirilen görüşlerde mevcuttur. Bu görüşü savunan yazarlara göre TBK m. 27'de düzenlenen kesin hükümsüzlük yaptırımı sadece kanun koyucu tarafından belirlenmiş olan bir geçersizlik türüdür ve bütün geçersizlikler bire bir TBK m. 27'e uygun olmak zorunda değildir. Bununla birlikte karşı tarafın genel işlem koşullarını global olarak kabul iradesi de mevcut olduğu içim, sözleşmenin kurucu unsurlarında da bir eksiklik bulunmadığını için tam bir yokluk da söz konusu olmamaktadır. Esnek hükümsüzlük görüşüne göre yazılmamış sayılma, kendine özgü bir yaptırım türü olarak karşımıza çıkmakta,

bazı durumlarda kısmi hükümsüzlükten daha ağır ya da yokluktan daha hafif bir yaptırım olarak nitelendirilmektedir (Arıkan, 2012) (Antalya, 2018) (Doğancı, 2018) (Yelmen, 2014).

Yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanması durumunda sözleşmeye etkisi ise genel işlem koşullarının, sözleşmenin içeriğine baştan itibaren dahil olmamasıdır. Bu durumda yazılmamış sayılan genel işlem koşulu geriye etkili olarak taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmaz (Şeker, 2015). Bir hükmün yazılmamış sayılmasıyla birlikte, o genel işlem koşulu, sözleşmede artık yokmuş yani hiç var olmamış gibi olur ve sözleşme kalan hükümlerle geçerli olarak devam eder. Bu noktada TBK m. 22'e göre, sözleşmeyi hazırlayan taraf söz konusu hüküm olmazsa sözleşmeyi hiç imzalamayacağı iddiasına dayanamaz. Böylece kanun koyucu tarafların TBK m. 27/2'e dayanmalarının önüne geçmeyi amaçlamıştır (Antalya, 2018). Ancak kanun koyucunun özellikle "sözleşmeyi hazırlayan taraf" olarak belirtmesi, sözleşmeyi kullanan tarafı bağlarken, sosyal ve ekonomik olarak zayıf konumda olan tarafı bu şekilde bir kuralla bağlamamaktadır (Aydoğdu, Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, 2014).

Yazılmamış sayılma yaptırımı sonucunda oluşan boşluk, önce tamamlayıcı hukuk kurallarıyla, bunun yeterli olmaması durumunda somut olayın özelliğine göre taraf iradelerine göre boşluk doldurulmalıdır (Eren, 2018).

2.3. Yorum Denetimi

Genel işlem koşullarının yürürlük denetiminden sonra gelen ikinci denetim, TBK m. 23'te düzenlenen "Yorum Denetimi"dir. TBK m. 23'e göre "Genel işlem koşullarında bulunan bir koşul açık ve anlaşılır değilse, ya da birden fazla anlama geliyorsa düzenleyenin aleyhine karşı tarafın lehine olacak şekilde yorumlanır." Yorum denetimiyle açık ve anlaşılır olmayan ya da birden fazla anlama gelecek şekilde düzenlenen genel işlem koşullarının neyi kastettiği yani tarafların gerçek iradeleri belirlenmeye çalışılır (Yelmen, 2014). Böylece içerik denetiminin konusunun belirlenmesi amaçlanmaktadır (Antalya&Doğancı,2018).

Yorum denetimiyle, açık ve anlaşılır olmayan genel işlem koşuluna, tarafların söz konusu koşullara yükledikleri anlamlar bakımından ortaya çıkan farklılıklar sonucu oluşan uyuşmazlıklar giderilmeye çalışılmaktadır. Bu amaçla da TBK m. 23' de "Yorumlamanın, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine olarak yapılması" gerektiği düzenlenmiştir. Ancak bu yorum kuralı öncesinde, TBK m. 19'a göre bir sözleşmenin yorumlanmasında tarafların kullandıkları kelimelere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri dikkate alınarak yorum yapılır. Bu kapsamda genel işlem koşullarının yorumlanmasını "genel yorumlama" ve "özel yorumlama" şeklinde gerçekleştirebiliriz (Civan, 2015) (Yelmen, 2014).

Genel işlem koşullarının yorumlanması, öncelikle başvurulacak olan genel yorum, belli metod ve ilkelerden oluşmaktadır. Genel yoruma ilişkin ilk metod, tarafların kullandıkları kelimeler, bu kelimelerin anlamları ve dilbilgisi kurallarıdır. Tarafların sözleşme metninde kullandıkları kelimelere sözleşmenin kurulduğu tarihteki günlük dildeki anlamını kastettikleri kabul edilir (Oğuzman&Öz, 2020). Bu konuda ikinci metod ise sözleşmenin bir bütün olarak dikkate alınmasıdır. Aksinin kabulü durumunda sözleşmenin bir parçasını olan genel işlem koşulunun sözleşme ile olan bağlantısının kopmasına sebep olmaktadır (Kocayusufpaşaoğlu, 2017). Son olarak sözleşmenin yapıldığı sıradaki şartlar ve sözleşme sonrası tarafların davranışları dikkate alınarak yorum yapılır ve bu yorum yapılırken sözleşme öncesindeki yazışmalar, yerel adetler vb. kaynaklardan yararlanılabilir (Oğuzman&Öz, 2020).

Bu genel yorum metodlarıyla birlikte yorum ilkelerini de göz ardı etmemek gerekir. Öncelikle TMK m. 2 dikkate alınarak dürüstlük kuralına uygun olarak yorum yapılmalı, bu noktada sözleşmenin özü ve sözü esas alınmalıdır (Kılıçoğlu, 2020). Bu ilkenin yanı sıra, güven teorisiyle tarafların iradelerinin de yorumlanması gerekmektedir (Eren, 2018) (Yeniocak, 2013). Tarafların irade beyanları yorumlanırken TMK m. 2'de düzenlenmiş olan dürüstlük kuralına uygun ve iyiniyetli, dürüst normal bir insanın vereceği anlam ve sözleşmenin bütünü dikkate alınarak yapılır (Doğancı, 2018). Dürüstlük kuralına, hüküm gerekçesinde "Düzenleyenden, sözleşme koşullarını dürüstlük kurallarının gerektirdiği önemi vererek hazırlaması beklenir." şeklinde dikkat çekilmiştir. Bu noktada genel işlem koşulları hazırlanırken, düzenleyen taraf her bir koşulu normal bir kişinin anlayabileceği şekilde hazırlamaya özen gösterilmelidir. Böylece sözleşmenin kurulması anındaki güven ortamı korunabilir.

Bir diğer yorum ilkesi de "kanuna uygun yorum" ilkesidir. Bu ilke ile kanun tamamlayıcı hükümlerine uyan yorum üstün tutulup, tamamlayıcı hükümlerden ayrılan hükümler bakımından ise daraltıcı yorum yapılır. Bu nokta da güven teorisi kapsamında yapılan yorum sonrası, "tamamlayıcı yorum" ve devamında "daraltıcı yorum" ilkeleri uygulanmalıdır (Antalya, 2018).

Bir diğ er yorum ilkesi ise, bireysel sözleş me niteliğ i kazanmış sözleş me hükümlerine öncelik tanınmasıdır (Atamer, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55,F.1,(f) ile Karşılaştırmalı Olarak, 2012). Bu yorum ilkesi sonucu genel işlem koşulları ile bireysel sözleş me hükümünün çatışması durumunda, bireysel sözleş me hükümüne öncelik tanınır. Alman Medeni Kanun § 305b'de " Bireysel sözleş me anlaşmalarının genel hüküm ve koşullara göre önceliğ i vardır." ifadesiyle açıkça düzenlenirken TBK' da bu yönde açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak değ iştirme yasağ ının düzenlendiğ i TBK m. 24'ün dolaylı olarak bu durumu ifade etmektedir (Akbulut, 2016).

Son olarak da Roma Hukukundan gelen"İn dubio contra stipulatorem" yani "sözleş me ş üphe halinde düzenleyen aleyhine yorumlanır" ilkesinin bir sonucu olarak (Altop, 2006). Genel işlem koşuluna özgü bir yorum türü olan lehe yorum söz konusu olmaktadır. Lehe yorum, TBK m. 23'te açıkça düzenlenmiştir. TBK m. 23'e göre, genel işlem koşullarında yer alan bir sözleş me hükümü açık ve anlaşılır değ ilse veya birden fazla anlama geliyorsa, genel işlem koşulunu hazırlayan tarafın aleyhine, karşı tarafın lehine olacak şekilde yorumlanır (Eren, 2018).

TBK m. 23 gerekçesinde " düzenleyen aleyhine karşı tarafın lehine" yorum kuralının temelini, 4721 sayılı TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralın oluşturduğ u ve dürüstlük kuralının özel bir uygulaması olduğ una dikkat çekilmiştir. Genel işlem koşullarındaki açık ve anlaşılır olmayan koşulların sorumluluğ unu sözleşmeye etkisi olmayan tarafa yüklenmemesi gerekir (Atamer, Sözleş me Özgürlüğ ünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Ş artlarının Denetlenmesi, 2001). Lehe yorum kuralı aynı zamanda 5 Nisan 1993 tarihli Avrupa Konseyi Direktifi m. 5'te "Hüküm hakkında tereddüt oluşması halinde tüketici lehine yorum yapılması gerektiğ i" şeklinde de düzenlemiştir (Atamer, Sözleş me Özgürlüğ ünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Ş artlarının Denetlenmesi, 2001).

Ancak İsviçre Federal Mahkemesi düzenleyen lehine yorumu uygularken bazı koşullar aramaktadır. Bu koşullar, lehe yorumun tali olarak uygulanması gerektiğ i ve bu sebeple de öncelikle diğ er yorum yöntemlerine başvurulur şeklinde özetleyebiliriz. Eğer genel yorum yollarıyla çözüme ulaşılamazsa lehe yorum yoluna başvurulur. İkinci olarak da sadece matbu olan sözleşmeler için uygulanmalıdır (Bağrıaçık, 2013). Bu uygulama yukarıda yapılan açıklamalar ışığında bizim hukuk sistemimiz açısından da benzer özellikler taşımaktadır.

Bu noktada tüm yorum aşamalarını tüketildikten sonra her halükârda sözleşmenin ekonomik ve sosyal olarak zayıf konumda olan tarafın aleyhine sonuç çıkıyorsa bu durumda artık içerik denetimine önüne geçilmelidir (Civan, 2015).

2.4. İçerik Denetimi

İçerik denetimi, genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına aykırı olması ve buna bağı lı olarak hakkın kötüye kullanılması temeline dayanmaktadır (Eren, 2018) (Doğancı, 2018). İçerik denetiminin amacı, sözleşmeyi kullanan tarafın sözleş me özgürlüğ ünü kullanmış olmasına rağmen karşı taraftaki kişinin sözleşmeye müdahil olamaması sebebiyle iradesinin sözleşmeye yansımadağ ından, yürürlük ve yorum denetiminden geçen dürüstlük kuralına uygun olmayan genel işlem koşullarının, son aşamada yapılacak içerik denetimi ile karşı tarafın sözleş me özgürlüğ ünün korunması amaçlanmıştır (Aydoğ du, Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Ş artların Denetimi, 2014).

İçerik denetimi öncelikle genel hükümler olan TBK m. 27'e göre yapılır daha sonra TBK m. 24 ve TBK m. 25'de düzenlenen genel işlem koşullarına özgü içerik denetimi yapılır (Eren, 2018).

TBK m. 27 'e göre bir genel işlem koşulunun; kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olması ya da sözleşmenin konusu imkânsız ise kesin hükümsüzlük söz konusu olur. Bu kapsamda genel içerik denetimi ile anlatmak istediğ imiz, genel borçlar hukuku kurallarıyla denetim yapılmasıdır. Bu kapsamda kamu düzenini toplumun çıkarlarının korunması olarak tanımlanabilir (Kılıçoğ lu, 2020). Emredici hukuk kurallarına aykırılık ise tüm hukuk sistemi içerisinde değ erlendirilir ve bu hukuk kurallarının aksine taraflar karar veremez (Kılıçoğ lu, 2020). Ahlaka aykırılık ise toplumdan topluma, zamandan zamana göre değ iş en toplumun genelin kabul ettiğ i değ er yargılarıdır (Oğuzman&Öz, 2020).

Ayrıca genel işlem koşulu bulunan sözleşmelerde irade sakatlığı, aşırı yararlanma gibi iptal yaptırımının uygulanması gereken bir durumda iptal hükümleri uygulanır (Eren, 2018). Ayrıca sözleşmenin genel işlem koşulları denetiminden geçmesi iptal hükümlerine başvurulmasına engel olmamaktadır.

TBK m. 25'e göre genel işlem koşullarına, karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştıracak nitelikte dürüstlük kuralına aykırı hükümler konulamaz. Genel hükümler dışında TBK m. 25 genel işlem koşullarının denetimi için dürüstlük kuralına aykırılık ve aleyhe olma koşulları birlikte aramaktadır (Antalya, 2018).

TBK m. 25'e göre genel işlem koşullarının özel içerik denetiminden bahsedebilmemiz için dört adet şart bulunmaktadır. Bunlar (Eren, 2018).;

- ✓ Öncelikle genel işlem koşulunun yürürlük denetiminden geçmesi ve sözleşme hükmü haline gelmiş olması,
- ✓ Yedek bir hukuk hükmünün değiştirilmiş veya boşluk bulunan noktaların tamamlanmış olması,
- ✓ Yorum denetimi sonucu sözleşmenin karşı taraf aleyhine kurulmuş olması,
- ✓ Özel içerik denetimine tabi tutulması için dürüstlük kuralına aykırı olması gerekir.

TBK m. 25 genel işlem koşullarıyla ilgili özel bir düzenleme getirerek geniş bir dürüstlük kuralından bahsetmiştir. Dürüstlük kuralı, TMK m. 2'e göre "herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır." TMK m. 2'e göre dürüstlük kuralı, dikkate alınırken toplumun ahlaki değerleri, örf ve adetleri, hakkın doğumuna sebep olan ilişkiler dikkate alınarak belirlenir (Oğuzman&Barlas, 2008).

Bir genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına uygunluğu incelenirken BGB 307, 308, 309; TTK m. 551/1-f, TKHK m. 5 ve AB yönergesi m. 3-4 hükümleri dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır (Eren, 2018). Alman Medeni Kanun'u § 307'e göre şüphe halinde; kanuni düzenleme temel amacından sapmışsa ve sözleşmeden kaynaklanan temel hak ve yükümlülüklerin yerine getirilmesinin önüne geçiyorsa dürüstlük kuralına aykırılık söz konusudur (Yelmen, 2014). Bir genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına uygunluğu konusunda değerlendirme yapılırken, ortalama makul bir insanın durumu dikkate alınarak objektif değerler dikkate alınmalı ve bununla birlikte subjektif olarak da sözleşmenin kuruluş anındaki şart ve durumlar ile taraflar arasındaki güç dengesi dikkate alınmalıdır (Aydoğdu, Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, 2014).

Yargıtay ise dürüstlük kuralını incelerken TMK m. 2, m. 24 ve TBK'da ise m. 26'da karşılığını bulan BK m. 19 sözleşme özgürlüğü hükmünden yararlanmaktadır (Antalya, 2018). Dürüstlük kuralına uygun olmayan haksız genel işlem koşullarına örnek olarak; masrafların ve vergilerin sadece tek tarafa yükletileceğine yönelik koşullar, faiz oranının keyfi olarak geriye dönük olarak tek taraflı artırılabilirliği şeklindeki koşullar verilebilir (Aydoğdu, Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, 2014).

Sonuç olarak; içerik denetiminin uygulanabilmesi için, dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine olacak şekilde açık yarar dengesizliğinin var olması gerekmektedir. Bu durumun tespiti için iki aşamalı inceleme modeli ileri sürülmüştür. Bu modele göre; öncelikle objektif yarar, sözleşme ile aynı nitelik ve özellikteki benzer bir sözleşmeyi aynı yer, aynı zaman ve aynı sınırlar içinde başka bir kişi ile yapması halinde haklı ve makul ölçüdeki yararlar göz önüne alınarak tespit edilir; daha sonra objektif yarar ve sözleşmedeki yarar kıyaslanarak dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı incelenir (Doğancı, 2018).

İçerik denetiminin düzenlendiği TBK m. 25'in gerekçesine göre, dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine olan genel işlem koşullarının, TBK m. 27 anlamında kesin hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Buradaki kesin hükümsüzlük gerekçede de haklı olarak belirtildiği üzere kısmi hükümsüzlüktür. Yani içerik denetimi sonucu dürüstlük kuralına aykırı bulunan genel işlem koşulunun hükümsüzlüğü söz konusudur, sözleşmenin geri kalanını etkilememektedir. Ayrıca TBK m.25 gerekçesi genel hüküm TBK m. 27'den ayrılmış ve TBK m. 27/2'nin ikinci cümlesinin burada uygulanamayacağına dikkat çekmiştir. Yani taraflar, geçersizliğine karar verilen genel işlem koşulu olmasa sözleşmeyi hiç yapmayacaklarını ileri süremezler. Kanun koyucu, TBK m. 25 hükmü ile genel işlem koşulları için TBK m. 27'den farklı olarak daha özel bir koruma sağlamaya çalışmaktadır. Hükmün gerekçesinde belirtildiği üzere "ahlaka aykırılık" noktasına varmasa bile "dürüstlüğe aykırı" olabilecek her türlü genel işlem koşullarını bu kapsamda değerlendirilmelidir.

TBK m. 25'in uygulanması her ne kadar hukuki olarak tam olarak doğmuş olan bütün sözleşme tipleri için uygulansa da en çok uygulama alanı olan tüketici sözleşmeleri ve her iki tarafın tacir olduğu sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler için TKHK ve TTK'da düzenlemeler bulunmaktadır. Bu kapsamda TBK'da düzenlenen içerik denetiminin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda doktrinde tartışma bulunduğundan bu iki sözleşme türünü ayrı ayrı incelemek daha faydalı olacaktır.

Bu doğrultuda ilk olarak TTK kapsamında içerik denetimini inceleyeceğiz. Ticari sözleşmelerde kullanılan genel işlem koşulları bakımından iki açıdan sorun oluşmaktadır. TTK m. 55/1-f’de dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak haksız rekabet olarak düzenlenmiştir. TTK m.55/1-f hükmü, TBK m. 25 hükmüyle aynı doğrultudadır. Ancak yaptırım olarak TBK m. 25 kısmi hükümsüzlük yaptırımını düzenlemiş, TTK’da ise TTK m. 56’da haksız rekabete özgü davalar düzenlenmiştir. Bu davalar; haksız rekabetin haksızlık durumunun tespitini, haksız rekabetin menfi ve haksız rekabet sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlı veya yanılıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini veya kaçınılmaz ise tecavüzün önlenmesi için haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını, eğer haksız rekabet durumunda kusur bulunuyorsa zararın tazminini yaptırımlarının düzenlenmiş ve TBK m. 58 öngörülen şartların varlığında manevi tazminatı sağlayıcı davalardır (Ceylan, 2020).

Söz konusu bu durum, haksız rekabetin kendine özgü dava yolları bulunması sebebiyle doktrinde özellikle her iki tarafın tacir olduğu genel işlem koşulları için TBK m. 25’nin uygulanması ya da her iki hükmün birlikte uygulanmasının mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır. Bu tartışmanın ortaya çıkmasının bir diğer kaynağı da TTK m. 18/2 gereğince tacirlerin basiretli iş adamı olarak davranma yükümlülüğü bulunması ve tacirler arası güçler dengesinin bozulup bozulmadığıdır.

Bu noktada TBK m. 20 vd. hükümlerinin tüm genel işlem koşullarını kapsayıcı nitelikte olması sebebiyle, herhangi bir ayırım yapmaksızın her iki tarafın tacir olduğu sözleşmeler için de uygulanması gerekmektedir (Atamer, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55,F.1,(f) ile Karşılaştırmalı Olarak, 2012). Aksi görüşe göre TTK m. 18/2 gereğince tacirlerin basiretli olması gerektiği ilkesinden yola çıkarak, haksız rekabet kapsamında değerlendirildiği için TTK’ a özgü yaptırımların uygulanmalı bu nokta da TBK hükümlerine başvurulmamalıdır (Antalya, 2018).

Bizim de katıldığımız TBK hükümlerinin tacirler açısından da uygulanabileceği görüşünü kabul eden yazarlara göre haksız rekabette öncelikli olarak “yanıltıcılık” koşulu aranmaktadır. Ancak genel işlem koşulları bakımından böyle bir koşul söz konusu değildir (Atamer, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55,F.1,(f) ile Karşılaştırmalı Olarak, 2012). Ayrıca TTK hükümleri genel işlem koşulları hakkında uygulanması sonucu oluşan boşluğa yine TBK hükümleri uygulanmalıdır (Aydoğdu, Genel İşlem Koşulları Şerhi, 2018).

Bu kapsamda genel işlem koşullarının denetimi hakkındaki hükümlerin tacirler açısından da uygulanmalıdır. Çünkü küçük veya orta ölçekli işletmelerin daha büyük ölçekteki işletme sahipleriyle yapacakları sözleşmeler, her ne kadar ticari iş niteliğinde olsa da küçük ölçekli işletmelerin de korunma ihtiyaçları açıktır (Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2001) (Aydoğdu, Genel İşlem Koşulları Şerhi, 2018). Bu konuda TTK m. 1’in atfı da dikkate alındığında TTK’ nın yanında TBK’ hükümleri de uygulanmalıdır.

Genel işlem koşulları hükümlerinin tacirler açısından uygulanabilirliği sorununun yanı sıra ortaya çıkan diğer bir tartışmalı konuda, sözleşmede her iki tarafın kendi genel işlem koşullarına başvurusu durumunda hangisinin geçerli olarak kabul edileceği konusudur. Doktrinde bu durum “battle of the forms”olarak adlandırılmaktadır (Antalya, 2018).

Doktrinde oluşan bu uyuşmazlığın çözümü hakkında son söz teorisi, düzenleyici kuralların uygulanması, sözleşme konusu edimi yerine getirecek olan tarafın genel işlem koşullarını üstün tutan olmak üzere üç ayrı görüş bulunmaktadır (Bağrıaçık, 2013)

Son söz teorisine göre görüşmeler aşamasında son kez kendi genel işlem koşullarına atf yapan tarafın genel işlem koşulları kabul edilir (Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2001). Buna göre taraflardan biri son kez kendi genel işlem koşuluna atf yaptığı zaman bu icaba anında ret cevabı verilmezse geçerli olarak kabul edilir (Antalya, 2018). Düzenleyici kuralların uygulanması gerektiğini öne süren görüşe göre ise birbirleriyle çatışan genel işlem koşullarının uygulanmaması sonucu oluşan boşluk, sırayla emredici hukuk kurallarıyla ve tamamlayıcı hukuk kurallarıyla tamamlanır. Eğer boşluğun doldurulabileceği bir kanun hükmü bulunmuyorsa ya da söz konusu tamamlayıcı hükümler somut olayın özelliklerine uymuyorsa, taraf iradeleri dikkate alınarak yapılacak yorumla oluşan boşluk doldurulmaya çalışılır (Kocayusufoğlu, 2017). Bu konudaki diğer bir görüş olan sözleşmenin konusu olan edimi yerine getirecek olan tarafın genel işlem koşullarının kabul edilmesini öne süren görüşe göre son söz teorisinin tersi olarak ilk icapta bulunan tarafa üstünlük tanındığı için menfaatler dengesi yine sağlanamamaktadır (Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2001)

TTK'nın yanı sıra tüketiciler açısından TBK hükümlerinin uygulanması da içerik denetimi açısından bir diğer sorundur. Şöyle ki; TKHK haksız şartları ile TBK m. 25 anlamında içerik denetimi de çakışmakta ve tüketiciler açısından TBK m. 25'in uygulanabilirliği sorunu bulunmaktadır. Tüketici sözleşmesi niteliği taşıyan genel işlem koşullarının içerik denetimi ilk olarak 5 Nisan 1993 tarihli 93/13 Sayılı Avrupa Direktifleri ile düzenlenmiştir. Bu direktifler dikkate alınarak TKHK ve bu kanunla bağlantılı olarak Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır (Aydoğdu, Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, 2014).

TKHK' a göre tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçla hareket eden gerçek veya tüzel kişidir. Tüketici işlemi ise; TKHK m. 1//de mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere, ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemler olarak tanımlanmıştır. Tüketici işlemleri için genel işlem koşulları, TKHK bakımından haksız şartlar başlığı altında TKHK m. 5' de " Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır." şeklinde tanımlanmıştır. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğe göre dürüstlük kuralına aykırılık ve tüketici aleyhine dengesizlik şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

TKHK m. 5'e göre önceden hazırlanmış ve tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Yani genel işlem koşullarını kullanan tarafın, sosyal ve ekonomik olarak zayıf konumda olan tarafın görüş ve teklifleri çerçevesinde genel işlem koşullarında değişiklik yapmaya hazır olması veya müzakere etmeye hazır olduğunu karşı tarafın anlayabileceği şekilde göstermesi ve karşı tarafın değişiklik yapabilme imkanını fiilen tanıyarak yapmalıdır (Kocayusufpaşaoğlu, 2017). Söz konusu sözleşmede haksız şartın oluşması hususunda sözleşmenin tamamı dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Nitekim sözleşme hükmü ile bozulan denge, sözleşmenin başka bir hükmü ile giderilmiş ve söz konusu menfaatler arasındaki dengesizlik durumun sözleşmenin kendi içeriği dahilinde giderilmiş olur (Baş, 2013).

Tüketiciler için okuma zorluğu yaratacak ve anlaşılmaz şekilde yazılmış sözleşme koşullarının önüne geçilmesi amacıyla TKHK m. 4' de tüketici sözleşmelerinin en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık ve sade, okunabilir bir şekilde düzenlenmesi ve bunların bir nüshasının kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi belirtilmiştir. Bu hüküm sadece genel işlem koşullarını içeren sözleşmeler için değil, TKHK kapsamındaki tüm sözleşmeler için geçerlidir. TBK' da bu yönde bir kural bulunmadığı için tüketici sözleşmesi niteliği taşımayan sözleşmeler için bu kural uygulama alanı bulamayacaktır (Aydoğdu, Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, 2014).

Sonuç olarak, genel işlem koşullarını içeren bir tüketici sözleşmesinde TBK ve TKHK hükümleri şartlarının mevcut olması durumunda birlikte uygulanabilir. Bu durumda TKHK ile düzenlenmeyen yürürlük ve yorum denetimi açısından TBK hükümlerine başvurulmalı daha sonra içerik denetimi açısından tüketiciye daha fazla koruma sağlayan TKHK haksız şartlar hükümleri uygulanmalıdır.

İçerik denetiminin özel görünümü olan değiştirme yasağı ise TBK m. 24'de düzenlenmiştir. TBK m. 24'e göre değiştirme yasağı, genel işlem koşulunu içeren sözleşme ya da atıf yapılmış ayrı bir sözleşmede yer alan ve sözleşme hükümlerini tek taraflı olarak kendi lehine, karşı tarafın aleyhine olacak şekilde genel işlem koşulunu değiştirme ya da yeni hüküm getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır (Oğuzman&Öz, 2020). TBK m. 24'de özellikle "tek taraflı" ifadesi kullanıldığı için, söz konusu değişikliklerin sözleşmenin taraflarından birisi tarafından yapılması söz konusu olmakta; bu noktada sözleşmeyi kullanan tarafın dışındaki kurum ve kuruluşların yaptıkları, ya da yeni kanunlar sebebiyle oluşan değişiklikler bu kapsamda değerlendirilmemektedir (Kılıçoğlu, 2020).

Değiştirme yasağına aykırı genel işlem koşulları bakımından kanun koyucu TBK m.25'de düzenlenen içerik denetiminden farklı bir yere koymuş ve özel olarak dikkat çekmiştir. Şöyle ki; TBK m. 25'de yaptırım olarak kısmi butlanı tercih ederken, TBK m. 24 bakımından kısmi butlana göre daha ağır bir yaptırım olan yazılmamış sayılmayı tercih etmiştir.

TBK m. 25'in gerekçesinde içerik denetimi sonucunda TBK m. 27'in uygulanacağı ancak TBK m. 27/2 fıkrasının yani "kısmi geçersizliğin sübjektif şartının içerik denetimi için kabul edilemeyeceği"

belirtilmiştir. Ancak bu derecede önemli bir husus, gerekçede kanun hükmünde düzenlenmeliydi (Yelmen, 2014).

Kısmi hükümsüzlük yaptırımı sonucunda sözleşmede oluşan boşluk, çoğu zaman hâkim tarafından tamamlayıcı hukuk kurallarıyla tamamlanır. Ancak oluşan boşluk doldurulurken taraf menfaatleri dikkate alınmalı ve bozulan denge sözleşmeye uygun olacak şekilde düzenlenmelidir (Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2001).

3. SONUÇ

Sanayi devrimiyle beraber ticari hayatın hız kazanması ve sözleşmelerin daha hızlı yapılması ihtiyacı sonucunda önceden, hazır bulunan ve sözleşme yapılacak muhatabın hiçbir şekilde müdahalesinin olmadığı sözleşme koşulları ortaya çıkmıştır. Genel işlem koşulları adını alan bu koşullar, zaman içerisinde sosyal ve ekonomik olarak zayıf konumda olan tarafın korunması ihtiyacını da beraberinde getirmiştir.

Normal şartlarda sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tarafların birbirine uygun irade beyanlarıyla oluşan sözleşmelere devlet müdahale etmemektedir. Ancak genel işlem koşullarına taraflardan birinin iradesinin hiç yansımaması ve sözleşmeyi yapmak ya da yapmamak zorunda bırakıldığı için sosyal devlet anlayışıyla ortaya çıkan dengesizliğin düzeltilmesi ihtiyacı oluşmuştur. Bu kapsamda da TBK ve çeşitli kanunlarda genel işlem koşullarının denetimi düzenlenmiştir.

TBK m. 20-25 arasında düzenlenen genel işlem koşullarının denetimi yürürlük, yorum ve içerik denetimi olmak üzere üç aşamadan meydana gelmektedir. Yürürlük denetimi, TBK m. 21/1'de karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağı düzenlenmiştir. Öncelikle yürürlük denetimi aşamasında menfaate uygunluk denetiminin yapılmamalıdır. Menfaat incelemesi doktrinde de haklı olarak belirtildiği gibi içerik denetiminin konusunu oluşturmaktadır.

Yürürlük denetimi sırasında incelenmesi gereken önceden düzenlenen kullanıma hazır genel işlem koşullarını yapılmak istenen sözleşme ile ilişkilendirilmesini sağlayan ilişkilendirme anlaşmasının varlığı incelenmelidir. İlişkilendirme anlaşmasının var olabilmesi için karşı taraf, sözleşmenin genel işlem koşullarıyla kurulduğu konusunda bilgilendirilmeli, içeriğini öğrenme imkânı kendisine tanınmalı ve karşı tarafında kabul beyanı bulunmalıdır. Bu şartları taşıyan ilişkilendirme anlaşması sonucunda soyut olan genel işlem koşulları sözleşmeye dahil olur ve somut bir hal alır.

Ayrıca TBK m. 21/2'de sözleşmenin içeriğine aykırı olan şaşırtıcı genel işlem koşulları düzenlenmiştir. Şaşırtıcı genel işlem koşulları; sözleşme ile ilgisi bulunmayan, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine uygun olmayan karşı tarafın beklemediği ya da düşünmediği genel işlem koşullarıdır. Bir genel işlem koşullu sözleşmenin ilgisiz bir başlığı altında düzenlenmiş olan genel işlem koşulları da şaşırtıcı genel işlem koşulları olarak nitelendirilmektedir. Aslında şaşırtıcı genel işlem koşullarının denetimi de aslen içerik denetimini gerektirmektedir.

Şaşırtıcı genel işlem koşullarının TBK m. 21/1'den farkı, şaşırtıcı genel işlem koşulları hakkında karşı tarafa bilgi verilmiş olsa dahi, yazılmamış sayılacağıdır. Bu durum TBK m. 21'in gerekçesinde ifade edilmiştir. Aslında içerik denetiminde incelenmesi gereken şaşırtıcı genel işlem koşullarını kanun koyucunun içerik denetiminden farklı olarak düzenlemesi, şaşırtıcı genel işlem koşullarını kısmi hükümsüzlükten daha ağır bir yaptırım olan yazılmamış sayılmaya tabi tutmak amacıyla yürürlük denetimi başlığı altında düzenlendiği düşünülebilir. Ancak yine de şaşırtıcı genel işlem koşullarının ayrı bir hüküm olarak düzenlenmesi daha doğru olur.

Yürürlük denetiminin yaptırımı "yazılmamış sayılma" olarak düzenlenmiştir. Ancak yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği konusunda doktrinde bir tartışma mevcuttur. Bir kısım yazarlara göre yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği kısmi yokluktur. Bazı yazarlar ise kısmi hükümsüzlük olduğunu savunmaktadır. Bu iki görüş dışında bir de yazılmamış sayılmanın kendine özgü bir yaptırım türü olduğunu savunan esnek hükümsüzlük görüşü bulunmaktadır.

Yürürlük denetimi aşamasında taraflar arasında kurulacak olan sözleşmenin genel işlem koşullarıyla kurulması amacıyla ilişkilendirme anlaşmasının varlığı incelenmektedir. Bir kişi bilgisi dahilinde olmayan bir hükmü kabul etmesi mümkün değildir. Bu da ilişkilendirme anlaşması bakımında kurucu unsurlarda eksiklik bulunmaktadır. Kurucu unsurlardaki eksiklik durumunda sözleşmenin yokluğu söz konusu olmaktadır. Genel işlem koşullarının amacı açısından bakıldığında burada aslında bir kısmi yokluk söz konusudur. Yazılmamış sayılma yaptırımı sonucunda oluşan boşluğa ise önce tamamlayıcı hukuk kurallarına başvurulmalı,

tamamlayıcı hukuk kurallarının yeterli olmaması durumunda somut olayın özelliğine göre taraf iradeleri dikkate alınarak boşluk doldurulmalıdır.

Yürürlük denetiminden sonra ikinci yapılan denetim, yorum denetimidir. Yorum denetimiyle yürürlük denetiminden geçen ve sözleşme ile ilişkilendirilen genel işlem koşullarından; anlamı açık olmayan ve anlaşılır olmayan koşullar, kullananın aleyhine karşı tarafın lehine olarak yorumlanır.

Yürürlük denetimi ve yorum denetiminden sonra içerik denetimi yapılmaktadır. İçerik denetimi, dürüstlük kuralına aykırı olan genel işlem koşullarının incelenmesidir. İçerik denetimi sonucunda dürüstlük kuralına aykırı olan genel işlem koşulları, hükümsüzlük yaptırımına tabidir.

İçerik denetimi iki aşamalı olarak yapılır. İlk inceleme TBK m. 27 kapsamında genel bir içerik denetimi yapılır. TBK m. 27'e göre genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olan hükümler geçersizlik yaptırımına tabidir. TBK m.27'den sonra TBK m. 25'de düzenlenen içerik denetimi ile genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına uygunluğu incelenecektir. Ancak TBK m. 25 kapsamında yapılan içerik incelemesi durumunda TBK m.27'den farklı olarak sözleşmeyi hazırlayan taraf, söz konusu hüküm olmasa bu sözleşmeyi hiç yapmayacağı iddiasında bulunamaz.

İçerik denetiminin bir görünümü de TBK m. 24' de düzenlenen değiştirme yasağıdır. Bu hükme göre sözleşmeyi kullanan tarafa, sözleşme hükümlerini tek taraflı değiştirme yetkisi veren genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Görüldüğü gibi değiştirme yasağının içerik denetiminden ayrıldığı nokta, yaptırım türüdür. İçerik denetimi kısmi hükümsüzlük söz konusuysen, değiştirme yasağı için yazılmamış sayılma yaptırımı tercih edilmiştir.

TKHK bakımından içerik denetimi haksız şartlar başlığı altında düzenlenmiştir. Haksız şartlar; TKHK m. 5' de tüketici ile müzekkere edilmeden sözleşmeye dahil edilen, dürüstlük kuralına uygun olmayan koşulların haksız şartlar olduğu ve hükümsüzlüğüne karar verilmesi gerekliliği düzenlenmiştir. Bu kapsam da bir tüketici sözleşmesinde yer alan genel işlem koşulları bakımından öncelikle yürürlük denetimi, sonrasında yorum denetimi uygulanır daha sonra TBK m. 27, TKHK m. 5 haksız şartlar denetimi şeklinde yapılması sonrasında şartların varlığı durumunda, TBK m. 25 denetimi yapılabilir. Bu anlamda TBK m. 25 daha genel bir içerik denetimi sağlamaktadır.

İçerik denetimi TTK'da ise haksız rekabet başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak doktrinde TBK kapsamında yapılan içerik denetiminin tacirler açısından uygulanmaması gerektiği yönünde görüşler mevcuttur. Bu görüşü savunan yazarlara göre tacirlerin TTK kapsamında basiretli iş adamı olmaları gerektiği için TBK kapsamında genel hükümlerden yararlanmaması gerekmektedir. Ancak tüm tacirlerin eşit koşullara sahip olmadığı bir gerçektir. Bazı ticari işletmeler piyasada daha güçlü iken bazıları ise daha zayıf konumdadır. Bu sebeple küçük çaplı işletme tacirlerinin daha büyük çaplı işletme tacirlerine karşı da korunması gerektiği bir gerçektir. Bu kapsamda genel işlem koşullarının amacının sosyal ve ekonomik olarak zayıf olan tarafı korumak olduğu için TBK çerçevesinde yapılan denetim ile

Tacirler ile ilgili genel işlem koşulları hakkında tartışmalı olan ikinci konu ise iki tacirin kendi genel işlem koşullarına atıfta bulunması ve bu koşulların çatışması durumunda nasıl bir yol izleneceğidir. Bu durumda yapılması gereken, doktrinde çoğunluğun ve bizim de katıldığımız görüşe göre söz konusu genel işlem koşulu hakkında tarafların irade uyuşması bulunmadığı için kısmi yokluk yani yazılmamış sayılır. Bu durumda oluşan boşluk ise tamamlayıcı hukuk kurallarıyla tamamlanır.

KAYNAKÇA

Akbulut, P. E. (2016). Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık .

Altop, A. (2006). Türk Borçlar Kanunu Tasarı'nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi. İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu (s. 141-160). İstanbul: İstanbul Ticaret Odası.

Antalya, G. (2018). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1. İstanbul: Legal Yayıncılık.

Arıkan, M. (2012). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması Kavramı ve Bunun Sözleşmeye Etkisi. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,, 19-28.

Kocayusufpaşaoğlu, N. & Hatemi,H., Serozan,R.,Arpacı, A. (2017). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Filiz Kitabevi.

- Atamer, Y. (2001). Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Atamer, Y. (2012). 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 ve Sempozyumu . Ankara: Bankacılık Enstitüsü Yayınları.
- Aydoğdu, M. (2011). 6098 s. Türk Borçlar Kanunda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1-50.
- Aydoğdu, M. (2014). Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Aydoğdu, M. (2018). Genel İşlem Koşulları Şerhi. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Bağrıaçık, S. N. (2013). İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 141-176.
- Barlas, K. O. (2008). Medeni Hukuk Giriş, 15. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Baş, E. (2013). 6098 s. Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi 2013. İstanbul: Filiz Kitapevi.
- Ceylan, E. (2020). Tüketici Hukukunda Haksız Ticari Uygulamalar ve Uygulama Örnekleri . Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 123-147.
- Civan, O. E. (2015). Genel İş Koşulları. İstanbul: Beta Kitabevi.
- Çınar, Ö. (2009). Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık.
- Antalya G.& Doğancı E. D.(2018). Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının Bunun TBK m. 20 vd.'daki Görünümlerinin ve TTK m.55 f.1 ile TBK m.20 vd. Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma Dergisi, 823-860.
- Doğancı, E. D. (2018). Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Eren, F. (2018). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Yetkin Yayınevi.
- Hatemi H. & Gökyayla, E. (2017). Borçlar Hukuku Genel Bölüm. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Havutçu, A. (2015). Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İle İlişkilendirilmesinde Düzenleyen (GİŞ Kullanan) İçin Getirilen Külfetler. İzmir Barosu Dergisi, 244-270.
- Oğuzman K. & Öz T. (2020). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Kılıçoğlu, A. M. (2020). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Turhan Yayınevi.
- Reisoğlu, S. (2013). Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Beta Yayınevi.
- Sirmen, L. (2015). Genel İşlem Şartları Kavramı. İzmir Barosu Dergisi, 207-226.
- Şeker, M. (2015). Yazılmamış Sayılma. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Yeniocak U. (2013). Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 75-96.
- Yelmen, A. (2014). Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları . Ankara: Yetkin Yayınları.