

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ KİŞİLİK HAKKI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Ar. Gör. Başak GÖRGEÇ^(*)

Özet

Çalışmamız 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile tüm sözleşmelerde uygulama alanı bulan genel işlem koşullarının kişilik hakkı kapsamında değerlendirilmesine ilişkindir. Kural olarak sözleşme tarafları sözleşme hükümlerini belirlemede özgür olsalar da sözleşme özgürlüğünün sınırlandırıldığı durumlar mevcuttur. Bu sınırlar arasında yerini alan genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak üzere, önceden ve tek başına hazırladığı ve karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri olarak tanımlanmaktadır. Sözleşme özgürlüğünün bir diğer sınırı ise kişilik hakkı tarafından çizilmektedir. Taraflar, sözleşme hükümleri ile birbirlerinin kişilik hakkını ihlal edemezler. Bir sözleşmede yer alan hüküm, taraflardan birinin kişilik hakkını ihlal ederken aynı zamanda genel işlem koşulu kapsamında da yer alabilir. Bu durumda kişilik hakkının ihlaline ilişkin yaptırımın mı genel işlem koşullarına ilişkin yaptırımların mı uygulanacağı konusu gündeme gelir.

Anahtar Kelimeler: genel işlem koşulları, kişilik hakkı, sözleşme özgürlüğü.

Abstract

This study is about consideration of general standard terms and conditions, which is regularized by the Turkish Obligation Code numbered 6098 and be able to be executed to all contracts, within the personal right. Even the parties are free to determine the terms of the contract, there are some situations that restrict this freedom. General standard terms and conditions as

^(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Elemanı.

one of the restrictions, are contract terms that are determined before and only by one of the parties to be used in several different contracts and offered to the other party. Another boundary of freedom of contract is drawn by the personal right. Parties may not abuse each others personal right by the terms of a contract. A contract term may cause violation of personal right and may be in the content of general standard terms and conditions at the same time. In this case the question of whether the sanction of violation of personal right or the sanction of general standard terms and conditions will be applied, comes to the fore.

Key Words: *general standard terms and conditions, personal right, freedom of contract.*

I. Genel İşlem Koşulları

İki veya daha fazla kişinin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından meydana gelen sözleşme, dünyada yaşanan gelişmeler sonucunda iki tarafın da söz sahibi olduğu görüşmeler sonrasında kurulmaktan gittikçe uzaklaşmaktadır. Tüketicimin fazlalaştığı hayatımızda sözleşmeler, tarafların sözleşme hükümlerinde eşit olarak söz sahibi olduğu hukuki işlemler olmaktan çıkmış, güçlü olan tarafın neredeyse tek elinde hazırlanır hale gelmiştir. Zayıf olan taraf ise sözleşmeyi olduğu gibi kabul etmek ya da sözleşmeden tamamen vazgeçmek arasında seçim hakkına sahip haline gelmiştir.

A. Genel Olarak

Sözleşmelere hâkim olan ilkelerin başında gelen irade serbestisi, iki yöne sahiptir. Sözleşme yapma özgürlüğü yönü ile kişinin dilediği kişi ile sözleşme yapabilmesini ifade eder¹. İstisnalar haricinde kişi istemediği bir sözleşmeye

¹ REHBINDER Manfred, Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması, Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Yeni Alman Yasası Üstüne (Çev. TEOMAN Ömer), Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, İÜHF, C. XLII, S. 1-4, İstanbul 1977, s. 643 (641-653); TEKİNAY S. Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 362; SEROZAN Rona, Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Düzeltilmesi, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1013 (1013-1030); ATAMER Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001, s. 9 (ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi); AY-RANCI Hasan, Sözleşme Kurma Zorunluluğu, AÜFHD, C.52, S. 3, Ankara 2003, s. 229

taraf olmaya zorlanamaz². Sözleşmenin konusunu belirleme ve içeriğini düzenleme özgürlüğü yönü ile kişinin sözleşme konusunu, sözleşme tipine bağlı

vd.(229-252); HAVUTÇU Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 25; YALÇIN Onur, Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Geçerliliği, Ankara 2006, s. 41; EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010 s. 270 vd.; AYAN Mehmet, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Konya 2010, s. 140; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2010, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU), s. 501 vd.; REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1.7.2012'de yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'ndaki değişikliklerde işlenerek güncelleştirilmiş ve genişletilmiş 22. Bası, İstanbul 2011, s. 130; KILIÇOĞLU Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış), Ankara 2011, s. 73 vd.; HATEMİ Hüseyin/GÖKYAYLA Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, s. 58; OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul 2011, s. 24; BAŞALP Nilgün, Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hakimın Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011, s. 221 vd.; COLLINS Hugh, The Impact of The Human Rights Law on Contract Law in Europe, University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Paper No. 13/2011, Nisan 2011, s. 5 vd., <http://www.ssrn.com/abstract=1837429> (Erişim Tarihi 16.03.2012); ARIKAN Mustafa, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), İstanbul 2011, s. 69 (69-74). ANTALYA O. Gökhan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, İstanbul 2012, s. 261; TOPUZ Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 1138.

² Sözleşme özgürlüğünün istisnasını oluşturan sözleşme yapma zorunluluğu, kanundan ya da tarafların önceki taahhüdünden kaynaklanabilir. Kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu, çoğunlukla kamu hukukundan doğmakta olup, örnek olarak PTT, Türkiye Elektrik Kurumu gibi kamu hizmeti veren kamu kurumları, idareleri ya da imtiyaz yolu ile kamu hizmeti yerine getiren işletmelerin gerekli şartları yerine getiren ve başvuruda bulunan herkes ile sözleşme yapma yükümlülükleri olduğu verilebilir. Özel hukuk açısından çok sık rastlanmamakla beraber kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu halleri mevcuttur. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 5'e göre, üzerinde numunedir ya da satılık değildir ibaresi bulunmayan bir malın, ticari bir kuruluşun açıkça görülebilir bir yerinde sergilenmesi onun stokta bulunduğu anlamına gelmekte, satıcı da teşhir etmekte olduğu malların satışından kaçınmaz. Tarafın önceki taahhüdünden kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluğu ise tarafların bir sözleşme yapma vaadi ile sözleşmenin yapılacağına ilişkin vaatte bulunmalarıdır. Sözleşme yapma vaadi kendi başında bir sözleşme olup, tarafların üstlenmiş oldukları borç, vaad edilen sözleşmenin yapılmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 365 vd.; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 26 vd.; AYRANCI, s. 232 vd.; EREN, s. 272 vd.; AYAN, s. 141 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 506 vd.; REİSOĞLU, s. 73 vd.; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 59; OĞUZMAN/ÖZ, s. 194 vd.; BAŞALP, s. 222 vd.; ANTALYA, s. 262 vd.

kalmak zorunda olmadan serbestçe belirleyebilme özgürlüğüne sahip olduğu anlamını taşır. Ancak unutulmaması gereken, tarafların sahip oldukları bu özgürlüklerin bazı sınırlandırmalara da sahip olduğu gerçeğidir. Tarafların sözleşmenin konusu belirlemede ve sözleşme düzenlemede özgür olmaları, sözleşmenin emredici hukuk kurallarına, kişilik hakkına, kamu düzenine ya da ahlak ve adaba aykırı bir sözleşme yapabilecekleri anlamını taşımaz.

Türk hukukunda sözleşmelere ilişkin düzenlemeler esas olarak irade serbestisini dikkate alınarak yapılmıştır. Ancak yapılan her sözleşme, tarafların her ikisinin de iradelerine bağlı olarak gerçekleştirilmemektedir. Bazı sözleşmeler, taraflardan birinin ve genel olarak sözleşme konusu açısından daha güçlü olan tarafın iradesine uygun olarak düzenlenmekte, karşı tarafa ise kabul beyanında bulunma bırakılmaktadır³.

Sözleşme özgürlüğünün tek taraflı kullanıldığı hallerden biri, genel işlem koşullarıdır. Genel işlem koşullarında sözleşme hükümlerini taraflardan biri önceden belirlerken, sözleşmenin diğer tarafını oluşturacak kişinin elinde sadece sözleşmeyi yapma ya da yapmama konusunda bir özgürlük kalmaktadır. Avrupa hukukunda, genel işlem şartları, genel sözleşme şartları, “take it or leave it”, iltihakî sözleşme ifadeleri kullanılmakta olan bu tip sözleşmeler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda⁴ genel işlem koşulları olarak adlandırılmıştır⁵.

TBK düzenlemesinden önce, Türk Hukukunda genel işlem koşullarına ilişkin, tüm sözleşmeleri kapsayacak ölçüde geniş bir koruma hükmü bulunmamaktaydı. TBK’den önce genel işlem koşullarına ilişkin uygulanmakta olan iki düzenleme vardı. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Ka-

³ BAŞALP, s. 225; ALTOP Atilla, Genel İşlem Koşulları, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, İstanbul 2012, Derleyen Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu, s. 30, (ALTOP, Sempozyum) (27-44); ÖZ Turgut, Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları, http://www.iku.edu.tr/TR/iku_gunce/HukukC1S1_2/HukukGunceC1S1_128.pdf, Erişim Tarihi: 16 03 2012, s. 130 (128-151). HAVUTÇU, sözleşme taraflarından güçsüz olanın sahip olduğu sözleşme özgürlüğünün şekli olduğunu, maddi anlamda sözleşme özgürlüğünün varlığından bahsedilemeyeceğini belirtmektedir, s. 30.

⁴ RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 154 vd.; HAVUTÇU, s. 30 vd.; YALÇIN, s. 42; ALTOP Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e Armağan, İstanbul 2007, s. 1, (Makaleye internet aracılığı ile ulaşılmıştır. İnternet Erişimi: <http://demirdemirhukuk.com/AA-Makale2.pdf>, Erişim Tarihi: 20.03.2012); İNAL H. Tamer, Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul 2009, s. 210; EREN, s. 197; KOCAYUSUF-PAŞAOĞLU, §23, s. 229, N. 5; ALTOP, Sempozyum, s. 30; ÖZ, s. 130.

nun⁶, bu kanunda yer alan sözleşmelerdeki haksız şartlar hükmüne dayanılarak çıkarılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik⁷, tüketici sözleşmelerinde yer alan genel işlem koşullarına ilişkin hüküm içeren düzenlemelerdir⁸.

2003 yılında TKHK’ya eklenen düzenlemeyle m. 6 uyarınca, “*satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır. Taraflardan birinin tüketici olduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir. Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir. 6/A, 6/B, 6/C, 7, 9, 9/A, 10, 10/A ve 11/A maddelerinde yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen tüketici sözleşmeleri en az on iki punto ve koyu siyah harflerle düzenlenir ve sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik satıcı veya sağlayıcı tarafından derhal giderilir. Bankalık standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların tespit edilmesine ve*

⁶ RG, T. 08.03.1995, S. 22221.

⁷ RG, T. 13.06.2003, S. 25137.

⁸ TKHK m. 6 ve bu hükme dayalı çıkarılan Yönetmelik kapsamında, sadece tüketici sözleşmeleri denetlenmektedir. Tüketici sözleşmesinde yer almakla beraber tarafların aralarında müzakere etmedikleri sözleşme koşulları denetime tabi tutulmuştur. Bu hükümlerin denetime tabi tutulmasının sebebi, mevcut ekonomik sistemde gerekli olan önkoşulların yeniden yaratılması ve taraflar arasında bozulmuş olan güç dengesinin eşitlenmesinin amaçlanmasıdır. Öte yandan bahsi geçen düzenlemelerde yapılan haksız şart tanımlaması ATAMER tarafından eleştirilmektedir. Tanımlarda “iyiniyet” kavramına yer verilmesinin, iyiniyetin hukuki sonucun doğmasına engel bir olgu ya da durumun bilinmemesi ve bilinmesinin gerekmemesi anlamı taşıdığını, bu nedenle burada 93/13/EEC sayılı direktifte değinildiği gibi dürüstlük kuralından bahsedilmesi gerekir. Ayrıca bkz. ATAMER Yeşim, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 295 vd., (ATAMER, Armağan); ÖZ, s. 129; İNAL, s. 212; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §23, s. 231, N. 9; OĞUZMAN/ÖZ, s. 176 vd.; 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 2011, s. 10, (ATAMER, Sempozyum); SİR-MEN Lale, Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, s. 109 vd.; BAŞ Ece, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 276 vd.

bunların sözleşme metninden çıkartılmasının sağlanmasına ilişkin usul ve esasları belirler.” Bakanlık tarafından çıkarılmış olan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik m. 5’e göre ise sözleşme şartının önceden hazırlanması ve özellikle standart sözleşmede yer alması sebebi ile tüketicinin sözleşme şartının içeriğine müdahalede bulunamaması halinde, bu şartın tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesi sonucunda, standart sözleşme olduğu kabul edilirse, bu sözleşmede yer alan bir hükmün belirli unsurlarının ya da münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez. Satıcı ya da sağlayıcı, söz konusu hükmün tüketici ile tartışıldığını ve bu şekilde sözleşmeye eklendiğini ileri sürmekte ise bunu ispatlamak ile yükümlüdür. Aynı maddenin son fıkrasında, yol gösterici olduğu ve sınırlayıcı olmadığı belirtilen bir haksız şart listesinin Yönetmeliğin sonuna eklendiği hatırlatılmaktadır⁹.

Yönetmelik m. 7’de ise satıcı, sağlayıcı ya da kredi veren tarafından sözleşmeye konulan haksız şartların batıl olduğu kabul edilmiş, bu hükümlerin dışındaki hükümler ile sözleşmenin ayakta tutulmasının mümkün olması halinde sözleşmenin bu hükümlerin batıl olmasına rağmen geçerliliğini koruyacağı düzenlenmiştir. TKHK ve Yönetmelik ile sağlanan koruma, tüketici sözleşmeleri ile sınırlı olduğundan genel işlem koşullarına ilişkin genel bir korumanın varlığı ihtiyacı karşılayamamaktaydı.

Yönetmelik m. 8’de ise Avrupa Konseyi’nin 05.04.1993 tarih ve 93/13/EEC sayılı Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Koşullara İlişkin Direktifi uyarınca, meşru bir menfaati olan gerçek ya da tüzel kişilere, hazırlanmış standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların kullanılmasını önlenmesini sağlama amacı ile dava açma hakkı tanınmıştır¹⁰.

⁹ 93/13/EEC sayılı Direktifin ekinde verilen listenin tercümesi olan söz konusu haksız şart listesi için bkz. EK-1.

¹⁰ 93/13/EEC sayılı Direktifin (OJ. 21.04.1993), 7. maddesinin 2. fıkrasında yer almakta olan düzenleme uyarınca, “1. paragrafta belirtilen araçlar, mahkemelerin veya yetkili idari organların genel kullanım için hazırlanan akdi şartların haksız olup olmadığını belirlemeleri ve böylece söz konusu şartların devamlı şekilde kullanımını engellemek üzere uygun ve etkili araçları uygulayabilmeleri amacıyla ulusal mevzuat kapsamında tüketicilerin korunması konusunda meşru bir çıkarıya sahip olan kişi veya kuruluşların mahkemelerde veya yetkili idari organlar önünde ilgili ulusal mevzuat uyarınca harekete geçebilmelerine yönelik hükümleri içerir. (OJ. 21.04.1993). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında haksız şartlara ilişkin düzenleme konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER Armağan, s. 292-329; ALTOP, Sempozyum, s. 33; ÖZ, s. 133; İNAL, s. 221 vd.

TKHK'dan önce ise Türk Hukukunda genel işlem koşullarına karşı koruma istisnai olarak yapılan özel düzenlemeler haricinde¹¹ genel hükümler ile sağlanmaya çalışılmaktaydı. Genel hükümler ile sağlanan koruma, daha çok kanunlarda yer alan emredici hükümlere, kişilik hakkına, ahlaka, dürüstlük kuralına aykırılık, gabin gibi kurumlara dayanmaktaydı¹².

B. Genel İşlem Koşulu Kavramı ve Denetimi

Genel işlem koşullarına ilişkin TBK düzenlemesi ile genel işlem koşullarına karşı oluşturulan korumanın, genel işlem koşulları içeren sözleşmenin taraflarını kimlerin oluşturduğuna bakılmadan uygulanması amaçlanmıştır¹³.

1. Kavram

Genel işlem koşulları, TBK m. 20'de tanımlanmıştır. Söz konusu hükmün ilk fıkrasına göre, genel işlem koşulları, bir sözleşmenin yapılmasında düzenleyen kişinin, ileride birden fazla benzer sözleşmede kullanmak üzere, tek başına hazırladığı ve karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir¹⁴. Söz

¹¹ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 1266/2 (RG, T. 09.07.1956, S. 9353). Bankalar açısından TBK'da hüküm altına alınan genel işlem koşullarının yansımaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KUNTALP Erden, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, s. 81 vd.. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 76/2 hükmü uyarınca, bu kanunun 4. maddesinde yer alan faaliyet konularına ilişkin bankalar ile bireysel müşterileri arasında yapılacak sözleşmelerin şekil yönünden ve içerik anlamında barındırması gereken asgari hususlar ile tip sözleşmelerin uygulanacağı işlemler, kurulun uygun görüşü alınarak kuruluş birlikleri tarafından belirlenmekte, TKHK hükümleri de saklı tutulmaktadır.

¹² ALTOP, s. 2 vd.; İNAL, s. 224; ALTOP, Sempozyum, s. 32; ATAMER, Sempozyum, s. 10.

¹³ ATAMER, Armağan, s. 292; ATAMER, bu düzenleme ile tüketicilerin koruma altına alınmasının yanı sıra tacirlerin de koruma altına alındığını belirtmektedir, bkz. s. 322; ALTOP, s. 4; ALTOP, Sempozyum, s. 33. Tacirlerin tüketiciler kadar yoğun bir korumaya ihtiyaç duymayacaklarının açık olduğuna ilişkin bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §23, s. 228, N. 3; ATAMER, Sempozyum, s. 10; ATAMER, yapılan düzenlemenin olumlu olmasına karşın, düzenlemenin şekillendirilmesi sırasında TKHK düzenlemesinin dikkate alınmamış olduğuna dikkat çekmektedir. ATAMER ayrıca, TKHK düzenlemesinin dikkate alınmamış olmasının yanı sıra, mukayeseli hukukta mevcut düzenlemelerin de incelenmemiş olduğunu hatta aynı dönemde hazırlanan ve TBK m. 25'e oranla daha elverişli ve amaca uygun olduğunu belirttiği TTK düzenlemesinin de göz ardı edildiğini belirtmektedir, bkz. s. 10.

¹⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 156; YALÇIN, s. 43; EREN, s. 197; ATAMER, Sempozyum, s. 12; Baş, s. 279; ALTOP makalesinde, TBK'nın genelinde kullanılan dile uyum sağlanması amacı ile "sözleşme yapılırken" ifadesinin kullanılması yerine "sözleşme kurulurken" ifadesinin kullanılmasının daha uygun olacağını belirtmiştir,

konusu koşulların, sözleşmenin metninde ya da sözleşmenin ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü veya şeklinin farklılık arz etmesi genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesinde önem arz etmez. Alman Medeni Kanunu'nda¹⁵ (BGB), genel işlem koşullarına ilişkin düzenleme §305 vd. da yer almaktadır. BGB'de genel işlem koşullarının tanımını içeren §305/1'e göre genel işlem koşulları, sözleşmenin taraflarından birince diğer tarafa sözleşmenin başlangıcında sunulan ve birden fazla sözleşme için önceden formüle edilen, her türlü sözleşme hükümleridir. Bu hükümlerin fiziksel olarak sözleşmeden ayrılmış olmaları ya da sözleşme metninin bir parçası olmaları, bu hükümler

ALTOP, s. 5; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 61; ALTOP, Sempozyum, s. 36; REİSOĞLU, s. 69; KILIÇOĞLU, s. 112; ARIKAN, s. 69; ANTALYA, s. 299; KUNTALP, s. 90; TOPUZ, s. 1139. Yargıtay 13. HD, E. 2009/9084, K. 2010/235, T. 20.1.2010, "4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4822 Sayılı Kanunla değişik 6.maddesi ile sözleşmelerdeki haksız şart düzenlenmiş ve "Satıcı ve 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 koşulları haksız şarttır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı, değildir. Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması sebebiyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez. Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığı ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir. 4077 Sayılı Kanunun değişik 6. ve 31.maddelerine dayanılarak hazırlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 7.maddesinde "satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tüketici ile akdedilen sözleşmede kullanılan haksız şartlar batıldır" hükmü getirilmiştir. Taraflar arasındaki 8.7.2003 tarihli sözleşmenin 11.maddesinde acentenin sözleşmeye uymaması halinde Türsab Kütahya Çizelgesi'nin uygulanacağı belirtilmiş olup ilgili çizelgede de yazılı belge ile ispat zorunluluğu getirilmekle ve ayrıca ayıplı hizmet yerine sunulan hizmetin tüketici tarafından kabulü halinde tüketicinin ayıplı hizmet iddiasından feragat etmiş sayılacağına ilişkin düzenleme tüketici davacının aleyhine olan ve tüketiciyi külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırılmadığı için açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir."(Kazancı Bilgi Bankası, E.T. 20.03.2012)

¹⁵ 01.04.1977 yılında yürürlüğe giren ve 31.12.2001 tarihine kadar geçerliliğini koruyan Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Kanun (Gesetz Über Allgemeine Geschäftsbedingungen, kısaca AGB-G) genel işlem koşullarına ilişkin olarak Almanya'da yapılan ilk pozitif düzenleme idi. Bu düzenleme daha sonra BGB'nin 305 vd maddeleri olarak BGB düzenlemesine dâhil olmuş ve yürürlükten kaldırılmıştır. Bu düzenleme uyarınca genel işlem koşulları, sözleşme taraflarından birinin diğerine, sözleşmenin yapılması sırasında sunduğu ve birçok sözleşme için önceden formüle edilen sözleşme koşulları olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu kanun, BGB'ye eklenirken büyük değişiklikler geçirilmemiştir. Her iki düzenleme incelendiğinde hükümlerde büyük farklar olmadığı görülmektedir. Ayrıca AGB-G hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. REHBINDER (Çev. Ömer TEOMAN), s. 647; ÖZ, s. 131; HAVUTÇU, s. 73; ARIKAN, s. 69 vd.

için kullanılan şekil, yazı türü ve büyüklüğü ya da sözleşmenin aldığı şekil genel işlem koşulları olmaları ile ilgili değildir.

Madde gerekçesine bakıldığında, TBK’da yer alan sözleşmeye ilişkin hükümlerin temelinde tarafların karşılıklı olarak sözleşmede yer alacak her konu üzerinde tartışarak pazarlık yaparak anlaştıkları inancı yer almakta olduğu görülür. Diğer bir söyleyişle TBK düzenlemelerinde, tarafların, bir sözleşme hazırlarken bu sözleşmeye dâhil olacak konuları ve sözleşmenin detaylarını beraber belirledikleri kabul edilmektedir. Ancak yaşanan ekonomik ve sosyal gelişmeler tarafların koşullarını birlikte belirledikleri sözleşmelerin yerine taraflardan birinin hazırladığı sözleşmeler ön plana çıkmaya başlamıştır. Genel işlem koşulları içeren sözleşmeler ile sözleşmenin bir tarafı, sözleşmeyi diğer tarafın istediği şekilde kabul etmek ya da sözleşmenin konusu olan edimden vazgeçmek durumunda kalmaktadır. Bu durumun engellenmesi ve tarafların her birinin sözleşme görüşmelerinde söz sahibi olabilmesinin sağlanması amacı ile genel işlem koşullarına ilişkin düzenleme yapılmıştır.

TBK m. 20/1 hükmü uyarınca, sözleşmede yer alan bir hükmün genel işlem koşulu olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle bu hükmün sözleşmenin taraflarından birince tek başına düzenlenmiş olması gerekir. Diğer bir ifade ile sözleşmenin güçlü tarafını olan kişi, sözleşmenin hazırlanması esnasında karşı tarafın görüşünü almadan hükmün sözleşmede yer almasına karar vermiş olmalıdır¹⁶.

Kanun lafzında “düzenleyen” terimine yer verilmesine karşın, bu terimden anlaşılması gereken sadece düzenleyen kişi olmamalıdır. Zira sözleşmenin hazırlanması esnasında taraflardan biri bizzat sözleşme hükümlerini belirleyebileceği gibi bir başkasından da yardım olabilir. Başka birine danışarak hazırlanmış olan hüküm ya da bizzat başkasına sözleşmede yer alacak olan hükümlerin hazırlanması yetkisi verilmiş kişinin belirlediği hüküm genel işlem koşulu olarak değerlendirmeye tabidir. Bunun yanı sıra sözleşme

¹⁶ Yargıtay 13. HD, E. 2006/13233, K. 2007/1091, T. 1.2.2007, “Devre Tatil Sözleşmesinin 27/son maddesinde davalı şirketin tespit ettiği işletme giderlerine itiraz edilmeyeceği belirtilmiş ise de, davacılar ile müzakere edilerek sözleşmeye konulduğu kanıtlanmayan ve sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde davacılar aleyhine dengesizliğe neden olabilecek bu hüküm, 4077 sayılı Kanun kapsamında haksız şart niteliğinde olduğundan geçersizdir.” (Kazancı Bilgi Bankası, E.T. 20.03.2012). KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, bir tarafın hazırladığı ve son şeklini verdiği genel işlem koşulunun bu aşamada herhangi bir hüküm doğurmayacağını, sözleşmenin karşı tarafınca kabul edilmedikçe sözleşmenin içeriğine dahil olmayacağını ve hukuken bir değere sahip olamayacağını belirtmektedir, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §23, s. 229, N.5; ATAMER, Sempozyum, s. 14 vd..

hükümlerini hazırlamakta olan taraf, bir başka sözleşmede yer alan bir hüküm kendi sözleşmesine dâhil etmiş de olabilir. Bu durumda da genel işlem koşullarına ilişkin denetim bu hükümü de kapsayacaktır. Bu nedenle “düzenleyen” ifadesi yerine “kullanan” ifadesine yer verilmesinin daha uygun olacağını düşünmekteyiz¹⁷. Ayrıca BGB’deki düzenlemeye bakıldığında, §305/1’de “kullanan” ifadesine yer verildiği görülür.

Sözleşme hükmünün sözleşme yapıldığı sırada değil daha önceden hazırlanmış olması gerekir. Diğer bir söyleyişle, genel işlem koşulu olan bir hükümden bahsedilebilmesi için bu hükmün sözleşme görüşmelerinde tarafların karşılıklı anlaşmaları sonucunda sözleşmeye eklenmiş değil, taraflardan birinin önceden hazırlayıp sözleşmeye dâhil etmiş olduğu bir hükmün varlığı gereklidir¹⁸.

Önceden ve taraflardan birince tek başına hazırlanmış olan sözleşme hükmü, benzer sözleşmelerde daha sonra da kullanılmak üzere düzenlenmiş olmalıdır. Sözleşmede yer alan hüküm, birden fazla sözleşmede kullanılmak amacı ile düzenlenmiş ise genel işlem koşulu değerlendirmesi kapsamında yer alır. Öte yandan, söz konusu hükmün tek sözleşmede kullanılmış olması yani ikinci bir sözleşmede yer almaması durumu değiştirmez, önemli olan hükmün hazırlanması sırasında sözleşme tarafının bu hükmü başka sözleş-

¹⁷ Aynı yönde, ATAMER, Armağan, s. 324; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 69; ALTOP, Sempozyum, s. 42; ARIKAN, s. 71; ANTALYA, s. 300; ATAMER, Sempozyum, s. 15.

¹⁸ Yargıtay 13. HD, E. 2008/3546, K. 2008/10759, T. 18.9.2008, “Dosya kapsamından takip dayanağı sözleşmenin satıcı tarafından tek yanlı ve matbu olarak hazırlandığı, rakam, isim ve adreslerin yazılarak doldurulduğu ve sözleşmenin on iki punto koyu siyah harflerle düzenlenmediği anlaşılmaktadır. Tüketici aleyhine olan tazminat ve fahiş faiz oranının tüketici ile müzakere edildiği ispat edilememiştir. Bu durumda sözleşmedeki tazminat ve faiz oranına ilişkin hükümlerin haksız şart olduğunun kabulü gerekir.” (Kazancı Bilgi Bankası E.T. 20.03.2012); Yargıtay 15. HD, E. 2002/109, K. 2002/1845, T. 16.4.2002, “Davalı iş sahibinin davadan önce ilk yakınması üzerine yetkili servis elemanlarınca yapılan tamiri saptayan tutanak altında genel işlem şartı olarak konulmuş ibare devam edegelen ve gider artan ya da sonradan çıkan ayıpların ibrası olarak kabul edilemez.” (Kazancı Bilgi Bankası E.T. 20.03.2012). Yargıtay 18. HD, E. 2005/9943, K. 2006/734, T. 7.2.2006 tarihli, üniversite tarafından öğrenim için yurtdışına gönderilen ile yapılmış sözleşmede yer alan hüküm ile ilgili kararında; “Somut olayda, akdın tarafı olan üniversitece tek yanlı hazırlanmış genel işlem şartı niteliğindeki taahhütnamede konulmuş olan cezanın fahiş olduğu ortadadır. Tarafların tacir olmadıkları da göz önüne alındığında, cezanın Borçlar Yasasının 161/son maddesince ve hakkaniyete uygun biçimde indirilmesi suretiyle hüküm tesisi gerekir.” sonucuna varmıştır; benzer kararlar için; Yargıtay 15. HD, E. 2002/6340, K. 2003/143, T. 14.1.2003; Yargıtay 15. HD, E. 2004/3978, K. 2005/1888, T. 30.3.2005; Yargıtay 18. HD, E. 2005/10472, K. 2006/949, T. 14.2.2006; Yargıtay 15. HD, E. 2000/114, K. 2000/612, T. 14.2.2000 (Kazancı Bilgi Bankası E.T. 20.03.2012)

melerde de kullanmayı planlamış olmasıdır. Genel işlem koşulu olabilecek hükmü içeren sözleşmelerin metinlerinin özdeş olması, genel işlem koşulu denetimi için zorunlu değildir. Diğer bir ifade ile sözleşme metinlerinin özdeş olmaması bu sözleşmelerde yer alan ortak hükümlerin genel işlem koşulu sayılmasına engel olmaz¹⁹.

Sözleşme hükmünün bir tarafça tek başına, önceden ve birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanmış olması genel işlem koşullarına ilişkin denetime tabi olması için yeterlidir. Hükmün sözleşmenin ana metninde ya da ekinde yer alması genel işlem koşulu denetiminden muaf olmasına yol açmaz. Aynı şekilde, sözleşmenin diğer hükümleri ile aynı yazı tipi ve şekline sahip olması ya da farklı bir yazı tipi ve şekil ile sözleşmede yer alması karşı tarafın bu hükmü özellikle okuduğu ve ardından kabul etmiş olduğu anlamını taşımaz.

Genel işlem koşulu içeren sözleşmeye, sözleşmede yer alan bu koşulların her birinin ayrı ayrı tartışıldığı ve bu şekilde kabul edildiğine ilişkin kayıtların konulması da bu hükümleri genel işlem koşulu olmaktan çıkarmamaktadır²⁰. Diğer bir ifade ile genel işlem koşullarının tarafların üzerinde müzakere ederek sözleşmeye dâhil edildiğine ilişkin hükümler, bu koşulları genel işlem koşulu olarak tanımlanmaktan alıkoyamaz.

Genel işlem koşulları ile ilgili hükümler, sundukları hizmetin kanun ya da yetkili makamlardan alınan izin ile yürütmekte olan kişi ya da kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın uygulanır. Bu düzenlemenin varlığı, genel işlem koşullarına büyük bir uygulama alanı sağlar²¹. Zira günlük hayatta yapılan sözleşmelerin büyük bir çoğunluğu, kanu-

¹⁹ HAVUTÇU, s. 84; ALTOP, bu düzenlemenin genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerinin dolanılması yasağının somut görünümü olarak kanunda yer almasının olumlu bir gelişme olduğunu belirtmektedir, s. 6; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 66; ALTOP, Sempozyum, s. 37; REİSOĞLU, s. 70; KILIÇOĞLU, s. 113; ARIKAN, s. 70; ANTALYA, s. 301; ATAMER, Sempozyum, s. 19.

²⁰ HAVUTÇU, s. 88; ALTOP, s. 6 vd; REİSOĞLU, s. 71; ALTOP, Sempozyum, s. 37; ANTALYA, s. 302; ATAMER, Sempozyum, s. 21.

²¹ ALTOP, Sempozyum, s. 38 vd. ALTOP, Sempozyumda Elektrik İdaresi ile arasında geçen bir olaya değinmiş, yeni satın alınan dairenin elektrik sözleşmesini üzerine almak için idare başvurduğunda eski malikin ödememiş olduğu elektrik faturalarını ödememesi halinde kendisi ile sözleşme yapılmayacağı, üstelik faturaların ödenmediğinin bu görüşme sayesinde belirlendiğini, elektriğin faturaların ödenmemesi halinde derhal kesileceği cevabı ile karşılaşmıştır. Yaşamış olduğu olayın söz konusu hükmün gerekliliğine güzel bir örnek olduğunu belirtmiştir.

nun izin vermesi ya da yetkili makamdan alınan izin ile yürütülen hizmetlere ilişkindir. Bu kişi ya da kuruluşların hazırlamış oldukları sözleşmeler, TBK m. 20/1 kapsamında genel işlem koşulu olarak değerlendirilmeye yeterli olmayacak hükümlerden oluşsa dahi bu kişiler tarafından hazırlanan sözleşmeler genel işlem koşulları düzenlemelerinin kapsamında yer alır. Bu sözleşmelere; hastanelerle yapılan hasta kabul sözleşmeleri, bankalar ile yapılan kredi sözleşmeleri²² ya da kredi kartı sözleşmeleri, cep telefonu abonelik sözleşmeleri, paket tur sözleşmeleri, hizmet sözleşmeleri örnek olarak verilebilir²³.

2. Genel İşlem Koşullarının Kapsam Denetimi

Sözleşmede yer alan bir hükmün genel işlem koşullarına ilişkin şartları sağlaması halinde tabii tutulacağı ilk denetim kapsam denetimidir²⁴. Kapsam denetiminde, söz konusu genel işlem koşulunun sözleşme kapsamında yer alıp almayacağı değerlendirilir. TBK m. 21 uyarınca, iki ihtimalde sözleşmede yer alan genel işlem koşulu yazılmamış sayılır. Öncelikle bu ihtimaller üzerinde durulması gerekir.

TBK m. 21/1, karşı tarafın menfaatine aykırı bir genel işlem koşulunun söz konusu olduğu durumlarda, bu genel işlem koşulunun sözleşme kapsamında yer alması için, sözleşmeyi hazırlayan tarafın uyarıda bulunmasını

²² Bankalar ile yapılan birçok sözleşmede, özellikle kredi sözleşmesi, mevduat ve genel hesap sözleşmeleri, kiralık kasa sözleşmeleri, dış ticaretin finansmanına yönelik sözleşmeler ve benzeri hukuki ilişkilerde yer alan tüm koşullar genel işlem koşulları kapsamında yer alabilir. Bu koşullara, faiz, komisyon, mali yükümlülükler, banka kayıtlarının kesin delil teşkil edeceğine ilişkin kayıtlar, sözleşmenin sona erme şartları, akreditif açma kayıtları örnek olarak gösterilebilir. Bu hükümler uygulamada banka ile sözleşme imzalamak isteyen müşterinin tartışma konusu yapamayacağı ancak müzakere edilerek kabul ettiğine ilişkin yazılı bir beyanın altını imzalayarak kabul ettiği sözleşme hükümleridir, ayrıntılı bilgi için bkz. YALÇIN, s. 44; KUNTALP, s. 91 vd..

²³ Öte yandan bir avukatın taraflar arasındaki menfaat dengesini kurma amacı ile önceden ve tek başına hazırlamış olduğu metni tarafların olurlarına sunmuş olması halinde genel işlem koşulunun varlığından bahsedilmesi mümkün değildir. Zira bu ihtimalde, tarafların önceden üçüncü bir kişi tarafından hazırlanmış olan sözleşme üzerinde değişiklik yapma imkanları mevcut olup, tarafların her ikisinin de menfaatlerinin korunması amaçlanmakta, taraflardan herhangi birinin güçsüz konumunda bulunmasından bahsedilmesi söz konusu olamamaktadır. ATAMER, sözleşme tarafı olacak kişilerin, üçüncü bir kişi, kurum ya da kuruluş tarafından hazırlanmış genel işlem koşullarının sözleşmede kullanılması konusunda anlaşmaları halinde de genel işlem koşulunun varlığından artık bahsedilemeyeceğini, taraflar arasındaki bu sözleşmenin bireysel bir sözleşme halini aldığını belirtmektedir, bkz. s. 18.

²⁴ ATAMER, kapsam denetimini yürürlük denetimi olarak adlandırmaktadır, bkz. ATAMER, Sempozyum, s. 11. Tüketici sözleşmelerinde genel işlem şartlarının yürürlük (kapsam) denetimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SİRMEN, s. 113 vd.

aramıştır²⁵. Genel işlem koşulları içeren bir sözleşme ile karşılaşan tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının bulunması kanun düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere doğrudan geçersiz kabul edilmemiştir. Diğer bir söyleyişle, genel işlem koşullarının karşı tarafın menfaatine aykırı olması halinde dahi geçerli olma ihtimalleri bulunmaktadır. Bu düzenleme yukarıda bahsedilen sözleşme özgülüğünün bir uzantısı olduğu söylenebilir.

Genel işlem koşulunun sözleşme kapsamına dâhil olabilmesi için, sözleşmeyi sunan tarafın, diğer tarafa, söz konusu hüküm veya hükümlerin varlığı hakkında açıkça bilgi vermelidir²⁶. TBK m. 21/1'in lafzına bakıldığında sözleşmeyi sunan tarafa, genel işlem koşulları hakkında açıkça bilgi verme yükümlülüğü yüklenmiştir²⁷. Bu durumda sözleşmeyi hazırlamış

²⁵ Sözleşme hükmü ile sözleşme taraflarından birinin ve çoğunlukla güçlü olan tarafın hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin hükümler, genel işlem koşullu sözleşme olarak karşı tarafın menfaatine aykırı olduğundan, diğer şartların da varlığı halinde bu kapsamda değerlendirilir. Genel işlem koşullarına ilişkin düzenleme henüz mevcut olmadan önce bu hükümlerle ilgili bkz. SEROZAN, s. 1024. Genel işlem koşullarına ilişkin açıkça bilgilendirme yükümlüğü, sözleşmede yer alan ve karşı tarafın aleyhine olan hükümler hakkında açıkça bilgi verilmesi ve karşı tarafın bu konuda uyarılması gerektiği anlamını taşır. Alman Hukukunda da kabul edildiği üzere genel işlem koşulunu sözleşmeye eklemiş olan taraf bu yönde bir uyarıda bulunur, açıklama yaparsa ve karşı taraf, bu açıklamaların ardından sözleşme hükmünü kabul ettiğini beyan ederse bu durumda genel işlem koşulu içeren sözleşme, bireysel anlaşma haline gelir. Diğer bir ifade ile sözleşme tarafları önceden hazırlanmış sözleşme hükmü üzerinde müzakerede bulunmuş ve taraflar müzakere sonrasında genel işlem koşulu teşkil edecek hükmün sözleşmeye dâhil olması konusunda anlaşmaya vardıkları takdirde genel işlem koşulundan bahsedilemeyecek, bireysel bir sözleşmenin var olduğu kabul edilecektir, ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 75 vd. Genel işlem koşulu içeren sözleşmenin varlığı halinde, sözleşmeyi hazırlayan tarafa sözleşmede genel işlem koşullarının yer aldığını bildirmemesi, diğer bir ifade ile sözleşmenin karşı tarafının genel işlem koşullarının varlığından haberdar olmaması durumunda iradelerin uyuşmasından bahsedilemeyeceği ve bu nedenle bu genel işlem koşullarının sözleşme kapsamında yer almayacağı konusunda bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §23, N. 5, dnp. 2; ATAMER, Sempozyum, s. 27; TOPUZ, s. 1144 vd..

²⁶ Yargıtay 13. HD, E. 2011/3576, K. 2011/10221, T. 27.6.2011, "Konut Kredisi Sözleşmesinde, "Müşteri işbu sözleşme hükümleri çerçevesinde kullanılan kredi dolayısıyla, ödenmesi gereken her türlü vergi, resim, harç, sigorta primi, operasyon masrafını... Bank Asya'ya ödemekle yükümlü olduğunu kabul ve taahhüt eder" hükmü mevcuttur. Ancak, bu ücret ve masrafların hangi sebeplerle alınacağına dair sözleşmede ve bilgi formunda açıklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Davalı banka, sadece kredinin verilmesi için zorunlu olan masrafları tüketiciden isteyebilir. Kredi verilmesi için gereken zorunlu masrafların neler olduğu konusunda ispat yükü ise davalı bankaya aittir. Aksi halde, 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." (Kazancı Bilgi Bankası, E.T. 20.03.2012)

²⁷ ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 86; HAVUTÇU, s. 109; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §23, s. 234, N. 16; ANTALYA, s. 304; ARIKAN, s. 72; ATAMER,

olan taraf, sözleşme metnini karşı tarafa sunma ile bu yükümlülüğünü yerine getirmiş kabul edilmeyecek, açık bir şekilde karşı tarafı koşulların varlığı konusunda bilgilendirecektir. Aksi takdirde genel işlem koşulu sözleşme kapsamında yer almaz. Ancak genel işlem koşulu hakkında açıkça bilgilendirmek tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda genel işlem koşulu içeren sözleşmeyi kabul edecek olan tarafın bu koşulun içeriğini öğrenme imkânına sahip olması da gerekir. Kabul beyanında bulunacak olan taraf, sözleşmede genel işlem koşullarının bulunduğu konusunda bilgilendirilmiş ancak kendisine bu koşulların içeriğini öğrenme imkânı sağlanmamışsa, açıklayacağı kabul beyanı, söz konusu genel işlem koşulunu sözleşme kapsamına dâhil etmeye yetmez²⁸. Diğer bir ifade ile kabul beyanı, beyanda bulunacak olan tarafın açıkça genel işlem koşulunun bulunduğuyla ilişkin bilgilendirilmesi ve bu koşulun içeriği hakkında bilgi sahibi olabilme imkânına sahip olması sonucunda açıklanmış ise genel işlem koşulu sözleşme kapsamında yer alır.

makalesinde genel işlem koşulları düzenlemesine ilişkin bir öneriye de yer vermiştir. Bu öneri ile kapsam denetimi konusunda TBK’da olmayan, “eğer açıkça bilgi verme, kullananın (kanun lafzıyla düzenleyenden) beklenemeyecek güçlükleri beraberinde getiriyorsa, sözleşmenin kurulduğu yerde yapılacak bir ilan yoluyla karşı tarafın uyarılması da mümkündür. Aksi takdirde genel işlem şartları sözleşme içeriği olmaz.” Düzenlemesine yer verilmesinin isabetli olacağını ileri sürmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER, Armağan, s. 330; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §23, s. 235, N. 18; ATAMER, Sempozyum, s. 28.

²⁸ Genel işlem koşulunun sözleşme kapsamında dâhil olması için, kabul beyanın bilinçli kabul olması gerekir. Bu kabul beyanı, kabul edilen sözleşme ve sözleşmede yer alan hükümler hakkında tam bilgi sahibidir. Genel kabul, kabul beyanında bulunan kişinin genel işlem koşullarını okumadan, içeriği hakkında bilgi sahibi olmadan bu hükümlerin sözleşme kapsamına dâhil olmasını kabul etmesidir ki bu durumda genel işlem koşulu yazılmamış sayılır. Örtülü irade beyanları ile genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına dâhil olması, diğer bir ifade ile genel işlem koşullarını sözleşmeye ekleyen taraf, karşı tarafı örtülü olarak uyardıysa, TBK düzenlemesi göz önünde bulundurulduğunda, açıkça bilgilendirme aranması sebebi ile mümkün olmayacaktır. Genel işlem koşullarının, sözleşmenin yapıldığı yerde afiş vb. bir yolla ilan edilmiş olması ya da çoğaltılıp yayınlanması halinde, sözleşmenin karşı tarafı olan kişinin, bu hükümleri bilme yükümlülüğünün bulunmaması, gazete vb. yayın araçları takip etmek zorunda olmaması sebebi ile bu şekilde yapılacak bilgilendirmeleri örtülü olarak kabul ettiği söylenemez. Sözleşmenin karşı tarafına verilen fatura, makbuz, kullanma talimatı gibi belgelerin genel işlem koşulları barındırması halinde, yapılan sözleşmenin bu yolla değiştirilmesinin mümkün olmadığı, bu genel işlem koşullarının sözleşmeye dâhil olamayacağı kabul edilmelidir. Benzer şekilde uçak, tren, otobüs biletleri, sinema ya da tiyatro giriş kartları gibi belgelerde yer alan genel işlem koşulları da taraflar arasında yapılan sözleşme kapsamında sayılmaz, sözleşmeler bu hükümler olmaksızın kurulurlar, ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 99vd.; HAVUTÇU, s. 111 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §23, s. 232 vd, N. 11 vd; ANTALYA, s. 306; TOPUZ, s. 1146.

Sözleşmede yer alan genel işlem koşullarının içeriği hakkında karşı tarafa bilgi edinme imkânının tanınması, sözleşme metninin ekleri ile birlikte karşı tarafa sunulması, genel işlem koşullarının bulunduğu belirtilmesi ve koşul okunduğu zaman anlaşılır olmasını içerir²⁹. Sözleşmeyi sunan tarafın, karşı tarafın sözleşmede yer alan genel işlem koşulunun içeriğini öğrenebilme imkânını engellemesi, tam sözleşme metninin karşı tarafa verilmemesi şeklinde olabileceği gibi, metnin tamamının verilmesine karşın koşulların yazımı içeriğinin anlaşılmasını engeller nitelikte olması halinde de söz konusu olur. Genel işlem koşulunun sözleşme konusunda uzman kişiler açısından anlaşılmasının mümkün olması, söz konusu hükmü okuyan herkes açısından da anlaşılır olacağı anlamını taşımadığından herkesçe rahat anlaşılır bir metin sunulması gereklidir.

Genel işlem koşullarının kapsam denetimine tabi tutulurken dikkat edilmesi gereken bir nokta da sözleşmenin asıl metninde yer almayan ancak sözleşmeyi tamamlayan hükümlerin de bu denetime tabi olacağıdır. Genel işlem koşullarının tanımı yapılırken belirtildiği üzere, sözleşmenin metninde, ekinde ya da ayrı olarak sözleşme tarafına sunulan ve genel işlem koşullarına ilişkin diğer şartları ihtiva eden düzenlemeler de genel işlem koşulları olarak değerlendirilmektedir. Bu noktada bu hükümler de sözleşmenin asıl metninde yer alan genel işlem koşullarının tabi olduğu bütün denetimlere tabi olacaktır³⁰.

²⁹ ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 97 vd.; HAVUTÇU, s. 111; ATAMER, Armağan, s. 308; ÖZ, s. 130; ANTALYA, s. 305.

³⁰ Bir hizmet sözleşmesinde yer almasa dahi, işverenin işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin genel düzenlemeler hazırlaması da sözleşme kapsamında değerlendirilen düzenlemeler arasında yer alacaktır. Bu durumda bu düzenlemelerin de genel işlem koşullarına ilişkin denetimlere tabi oldukları söylenebilir. Konuya ilişkin özel bir düzenleme olan TBK m. 399 hükmü uyarınca, işveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimatlar verebilir. İşçiler, bu talimat ve düzenlemelere dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymakla yükümlüdür. İşverenin işçilerin davranışları ve işin görülmesine ilişkin hazırlayacağı genel düzenlemeler de genel işlem koşullarına ilişkin şartları taşıyabilir. Genel bir düzenlemeden bahsedildiğinden, burada işveren tarafından, birden çok işçiye sunulan ve onlarla müzakere edilmeden hazırlanmış bir düzenlemeden bahsedilmektedir. Bu durumda bu düzenlemelerin de denetime tabi tutulabileceği ileri sürülebilir. Zira bu düzenlemeler de işçi ile işveren arasında sözleşmenin bir parçasıdır ve bu genel düzenlemelere uygun davranılması, işçinin hizmet sözleşmesine aykırı davranışı sonucunu doğurur.

Bu konu incelenirken, iş yeri uygulaması olarak adlandırılan ve işverenin iş sözleşmesi devam ederken iş yerinde uygulanmaya koyduğu bazı değişiklikler de söz konusu olabilir. İş yeri uygulaması, işverenin uygulamada bulunurken ileride bağlayıcı olmasını düşünmemiş olsa dahi, işçilerin aynı türde yararları devamlı olarak elde etmesine imkan sağla-

TBK m. 21/2’de ise sözleşmenin niteliğine ve işin niteliğine yabancı olan genel işlem koşullarına ilişkin kapsam denetimi düzenlenmiştir. Bu hükme göre, sözleşmede yer alan ve sözleşme ile işin niteliğine yabancı olan genel işlem koşulları yani şaşırtıcı hükümler yazılmamış sayılır³¹. Bu ihtimalde, sözleşmenin diğer tarafına genel işlem koşulunun varlığı hakkında açıkça bilgi verilmesi ya da bu konuda bilgi edinme imkânına sahip olması ve bu şekilde vereceği bir kabul beyanı, genel işlem koşulunu sözleşme kapsamına dâhil etmede yeterli olmadığı gibi, genel işlem koşulunun sözleşme kapsamı dâhilinde olması için aranmamaktadır.

BGB §305c/1’e göre de genel işlem koşulları, özellikle sözleşmenin dış görünüşüne kıyasen karşı tarafın karşılaşmayı tahmin etmeyeceği derecede olağandışı olduğu durumlarda sözleşmenin kapsamında yer almazlar³². TBK düzenlemesi ile paralel bir düzenleme olan BGB §305c/1 hükmünde de sözleşmeye yabancı olan genel işlem koşullarının diğer bir ifade ile şaşırtıcı hükümlerin sözleşme kapsamında kabul edilmediğine yer verilmiştir.

dığı ve bu imkanları sağlamaktan vazgeçme hakkını saklı tutmadığı davranışlar ya da işçilere sözleşmeleri dışında sağlanan imkanlar olarak tanımlanabilir. İş yeri uygulamasından bahsedilebilmesi için, işveren tarafından bu uygulamadan vazgeçme hakkının saklı tutulmamış olması gerekir. Söz konusu uygulamanın sözleşme kapsamında dahil olabilmesi için devamlılık da aranan şartlardan biridir. Bu konuda devamlılık ile kastedilenin arka arkaya üç kez tekrarlanan bir uygulamanın varlığı olduğu kabul edilmektedir. Diğer bir ifade ile iş yeri uygulamasının sözleşme kapsamında değerlendirilebilmesi, söz konusu uygulamanın en azından üç kez düzenli olarak tekrarlanmış olmasına bağlıdır. Aynı bir düzenlemede yer almamalarına rağmen iş yerinde uygulanmaya başlanması sonucunda iş yeri uygulaması halini alan durumlar da iş sözleşmesi kapsamında değerlendirilir. İş yeri uygulaması sayılabilecek değişikliklerin işçi lehine olması arandığından iş yeri uygulamasının genel işlem koşulları kapsamında değerlendirilmesine gerek yoktur. Zira iş yeri uygulaması olarak nitelendirilebilecek bir uygulamadan bahsedilebilmesi için işçinin lehine bir gelişmeden bahsedilmesi gerekir. İşçi aleyhine uygulanmaya başlanmış bir durumun iş yeri uygulaması olarak nitelendirilmemesi bu uygulamanın işveren ile işçi arasındaki sözleşme kapsamında değerlendirilmesi engeller. Bu sebeple de söz konusu uygulama genel işlem koşulları kapsamında dikkate alınabilir bir uygulama olmaktan yoksun olur. Ayrıca bkz. ÇELİK, s. 112 vd.; SÜZEK, s. 70 vd.

³¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 165 vd.; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 108 vd.; HAVUTÇU, s. 133; ATAMER, Armağan, s. 324; ALTOP, s. 7; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §23, s. 238, N. 21; REİSOĞLU, s. 73; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 62; OĞUZMAN/ÖZ, s. 173; ALTOP, Sempozyum, s. 41; ANTALYA, s. 309; ATAMER, Sempozyum, s. 29.

³² AGB-G’de genel işlem koşullarının somut bir sözleşmede uygulanmasına ilişkin koşulların yerine gelmesinin, sözleşmenin dış görünümüne göre sözleşmenin karşı tarafının bunu göz önünde bulundurması gerekmekte ise bu genel işlem koşulları sözleşmenin ögesi halinde gelmezler şeklinde bir düzenleme bulunmaktaydı, REHBINDER (Çev. TEOMAN Ömer), s. 648 vd.; ATAMER, Armağan, s. 324; ALTOP, s. 8.

Kapsam denetimi bir görüşe göre kendi içinde iki bölüme ayrılmaktadır. Genel kapsam denetimi olarak adlandırılan ilk bölümde ilişkilendirme ve yürürlük denetimi yapılır. İlişkilendirme denetiminde, TBK m. 21/1 hükmü uyarınca hükümleri düzenleyen tarafın karşı tarafa genel işlem koşullarına ilişkin açıkça bilgi verip vermediği ve bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlayıp sağlamadığı denetlenir. Yürürlük denetiminde ise bu koşulların karşı tarafça kabul edilip edilmediği ve genel işlem koşullarının sözleşmenin niteliğine ve işin niteliğine yabancı olup olmadığı araştırılır. Özel kapsam denetimi bölümünde ise şaşırtıcı kural denetimi yani TBK m. 21/2 denetimi yapılır³³.

TBK m. 21’de bahsedilen durumlarda yaptırım olarak “yazılmamış sayılma” ifadesi kullanılmıştır³⁴. Yazılmamış sayılma, Türk Hukuku açısından

³³ ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 81 vd.; HAVUTÇU, s. 106; AN-TALYA, s. 303 vd.

³⁴ Avrupa Konseyi Sözleşmeler Hukuku Prensipleri hükümlerine de değinilmesi gerekir. Article 6/301 hükmünde haksız şartlar tanımlanmıştır. Bu madde uyarınca, taraflar arasında açıkça müzakere konusu edilmemiş bir sözleşme hükmü, sözleşme ile tarafların hak ve borçları arasında belirgin bir dengesizlik oluşmasına sebep olacak şekilde sözleşmenin karşı tarafı açısından dezavantaj yaratmakta, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmekteyse haksız şart olarak adlandırılır. Tacirler arasındaki sözleşmede yer alan ve taraflarca açıkça müzakere edilmemiş olan bir hüküm, ancak ticari teamülden belirgin bir şekilde ayrılmakta ise haksız şart olarak kabul edilir (aynı doğrultuda KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §23, s. 228, N. 3). Şartların saydamlığı başlığı ile düzenlenmiş olan Article 6/302 uyarınca, açıkça müzakere konusu edilmemiş hükümlerin sade ve anlaşılır bir dille düzenlenmeli ve iletilmelidir. Haksızlık denetiminin kapsamı, Article 6/303’te düzenlenmiştir. Bu başlık altında, kanun hükümlerine, üye devletlerin ya da Avrupa Birliğinin taraf olduğu uluslararası konvansiyonlara dayanan ve özellikle taşımacılık alanındaki sözleşme hükümlerine haksızlık denetimi yapılmaz düzenlemesine yer verilmiştir. Article 6/304’te ise “Article 6/305’te sayılan ve sınırlayıcı olmayan şartlar listesi, tüketici ile yapılan sözleşmelerde yer almaları ve açıkça müzakere edilmemeleri halinde haksız şart olarak kabul edilecek şartları içermektedir” ifadesine yer verilmiştir. Article 6/306 haksız şartların etkileri başlığı altında, haksız şartların onları tedarik etmeyen sözleşme tarafını bağlamayacağı düzenlenmiştir. Sözleşmenin haksız şartlar olmaksızın ayakta kalabilmesi mümkünse, sözleşme taraflarını bağlar. Bu düzenleme uyarınca, sözleşmedeki haksız şartlar, bu şartları tedarik eden sözleşme tarafını bağlarken sözleşmenin karşı tarafı bu şartlar ile bağlı değildir. Bu durumda sözleşmenin karşı tarafı, sözleşmedeki şartların haksızlığına rağmen uygulanıp uygulanmayacağına karar verme hakkına sahiptir. Sözleşmenin karşı tarafı olan ve haksız şartlar ile bağlı olmayan taraf, bu hükümlerin bağlamazlığını herhangi bir hukuki işlem ile ispatlamak yükümlülüğü altında değildir. Sözleşme ise haksız şartlar olmaksızın varlığını sürdürebilmekteyse bağlılığını her iki taraf içinde sürdürür. Böylece sözleşmenin karşı tarafının sözleşmenin sağladığı avantajlardan mahrum bırakılmaması ve sözleşmenin diğer hükümleriyle mümkün olduğu sürece ayakta tutulmasının sağlanması amaçlanmaktadır. Sözleşmenin haksız şartlar olmaksızın ayakta tutulmasının sağlayıcı açısından daha avantajsız bir durum yaratmasına bağlı savunma ileri sürülmesi de söz konusu değildir. Bu etkiden kaçınmak için yeterli şartların sağlanması tedarik edenin elindedir. Sözleşmenin

sözleşmelerin geçersizlik türleri arasında alışılmış bir geçersizlik türü değildir. Bu nedenle yazılmamış sayılma ifadesinin ayrı bir geçersizlik türü mü olduğu yoksa genel geçersizlik türlerinden birinin kapsamında mı olduğunun tespit edilmesi gerekir. TBK m. 22 uyarınca yazılmamış sayılma, sözleşmede yer alan genel işlem koşullarına ilişkin olup sözleşmenin diğer hükümleri geçerliliklerini korumaktadır. Bunun yanı sıra sözleşmeyi düzenleyen taraf, genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağı bilseydi sözleşmeyi yapmayacağına ilişkin iddiada bulunması da TBK m. 22 ile imkânsız hale getirilmiştir³⁵. Diğer bir ifade ile sözleşmeyi düzenleyen kişi, genel işlem koşulları olmadan sözleşmeyi yapmayacak olduğu iddiasında bulunamayacak ve genel işlem koşullarından arındırılmış sözleşme ile bağlı olacaktır.

TBK’da düzenlenen yazılmamış sayılma, BGB’nin §305 ve §305c düzenlemelerinde sözleşmenin bir parçası olmama olarak yer almaktadır³⁶. Bu noktada BGB düzenlemesinde sözleşme dışında bir unsur olarak görüldüğü ve sözleşmeye hiçbir dâhil olmadığı kabul edilmektedir. TBK düzenlemesinden farklı olarak BGB § 306 uyarınca, genel işlem koşulları tamamen veya kısmen sözleşmenin parçası olarak kabul edilmemiş ya da hükümsüz ise sözleşmenin geri kalanı geçerliliğini korur. Sözleşmenin parçası olmayan ya da hükümsüz olan hükümlerden nedeni ile oluşan boşluklar kanun hükümleri ile doldurulur. Sözleşmenin kanun hükümleri ile tamamlanmasına rağmen ayakta tutulması taraflardan biri için katlanılması beklenemeyecek bir zorluk yaratmakta ise sözleşme hükümsüz olur. BGB § 306 düzen-

esaslı noktalarında haksız şartların öngörülmüş olması ve haksız şartlar olmadan sözleşmenin ayakta tutulması hukuken imkânsız ise artık haksız şartlar dışında kalan sözleşmenin tarafları bağladığından bahsedilemeyecek, sözleşme geçersiz olacaktır. Ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz. Principles of The Existing EC Contract Law (Aquis Principles), Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms, München 2007, s. 234-255. ATAMER de eserinde, genel işlem koşullarının sözleşme kapsamında yer almayacağına tespit edilmesinden sonra, sözleşmenin bu hükümler olmadan ayakta kalıp kalamayacağına tespit edilmesi gerektiğine değinmektedir. Sözleşmenin objektif esaslı noktalarının genel işlem koşulları ile düzenlenmiş olması ihtimalinde artık bu hükümler olmadan sözleşmenin geçerliliğini korumasının mümkün olmadığını bu nedenle sözleşmenin hiç kurulmadığının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir, ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 120 vd. Yazılmamış sayılma yaptırımını düzenleyen söz konusu hükmün gerekçesinde, İsviçre Borçlar Kanununun bono, poliçe ve çeke ilişkin hükümlerinde yer alan yazılmamış sayılma düzenlenmesinden esinlenilmiş olduğunun belirtilmesinin yerine TTK’nın ilgili hükümlerine atıf yapılmasının, zira bu hükümlerdeki düzenlemenin de yazılmamış sayılma yaptırımını içerdiğini konusunda bkz. ATAMER, Sempozyum, s. 31.

³⁵ ALTOP, s. 8; ANTALYA, s. 310 vd.

³⁶ ATAMER, Armağan, s. 325; ALTOP, s. 7.

lemesine genel olarak bakıldığında TBK düzenlemesi ile aralarında büyük ayrılık olduğu görülmektedir. Zira TBK uyarınca düzenleyen tarafın sözleşmenin hükümsüz olduğuna ilişkin herhangi bir iddia ileri sürmesine imkân tanınmaz ve sözleşmenin genel işlem koşulları haricinde geçerli olacağı belirtilmişken, BGB’de sözleşmenin genel işlem koşulları olmaksızın herhangi bir şekilde ayakta tutulması taraflardan biri için kendisinden beklenemeyecek derecede güçlük yarattığında sözleşmenin tamamının geçersiz olacağı düzenlenmiştir. BGB § 306’da kısmi hükümsüzlük durumuna yer verildiğini söylemek mümkündür³⁷, öte yandan TBK’da yer alan yazılmamış sayılmanın nasıl bir geçersizlik olduğu konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre yazılmamış sayılma, esnek geçersizlik yaklaşımı kapsamında kesin hükümsüzlükten daha ağır bir geçersizliktir. Bu görüş uyarınca yazılmamış sayılma sui generis bir geçersizlik türüdür ve yokluk ile kesin hükümsüzlük arasında bulunmaktadır³⁸. Zira yazılmamış sayılma yaptırımı, sadece genel işlem koşullarına ilişkin hükümler ile korunmakta olan tarafça ileri sürülebilir. Diğer bir ifade ile sözleşmeyi düzenleyen kişi, genel işlem koşulunun yazılmamış sayılmasına dayanarak sözleşmenin de hükümsüz olduğu iddiasında bulunamazken, korunan taraf yazılmamış sayılan genel işlem koşulunun bulunduğu sözleşmenin de geçersiz olduğunu ileri sürme hakkını haizdir. Ancak korunan taraf bu iddiada bulunmadıkça ne sözleşmenin karşı tarafı bu geçersizliğe dayanabilir ne de hâkim bu geçersizliği re’sen dikkate alabilir. Sınırlı esnek geçersizlik olarak adlandırılan bu görüş uyarınca, TBK m. 27’de öngörülmuş ve doktrin tarafından kabul edilen kesin hükümsüzlük hali, çürütülmediği sürece klasik kesin hükümsüzlüğün mevcut olduğundan bahsedilir. Kesin hükümsüzlük halinin çürütülmesi iki şekilde karşımıza çıkabilir. İlk olarak kanunda yer alan yasaklayıcı hükmün anlamı ve amacı klasik kesin hükümsüzlükten farklı bir yaptırımın söz konusu olduğunu sonucuna ulaşılmasına neden olabilir. İkinci ihtimal ise kesin hükümsüzlüğün uygulanması gerektiği sonucunun yasaklayıcı hükmün incelenmesinden çıkarılabilmesine karşın, kesin hükümsüzlüğün uygulanması halinde bu hükmün amacına ters düşecek sonuçlar yaratmasıdır. Bu hallerin varlığı

³⁷ Alman Hukukunda, tamamen ya da kısmen genel işlem koşullarının sözleşmeye dâhil olmasına izin verilmemesi, yokluk türünde bir geçersizlik olup, Türk Hukukundaki yokluk ile aynı anlamı taşımamaktadır. Alman Hukukunda, butlan terimi ile hem tam hem kısmi kesin hükümsüzlük hem de yokluk kastedilmektedir, HAVUTÇU, s. 145.

³⁸ ANTALYA, s. 310; TOPUZ, s. 1159.

durumunda klasik kesin hükümsüzlükten ayrılmak gerekir³⁹. TBK'nın genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağına ilişkin düzenlemesi de bu kapsamda değerlendirildiğinde, kesin hükümsüzlükten ayrılmanın ilk ihtimalde belirtilen durumdan kaynaklandığı söylenebilir.

TBK m. 22 düzenlemesine bakıldığında yazılmamış sayılma, yazılmamış sayılan genel işlem koşulunu sözleşmeye ekleyen taraf açısından etkisini göstermektedir. Sözleşmenin tamamına etkili olmayan bir yazılmamış sayılma yaptırımının bulunması, kısmi hükümsüzlüğün söz konusu olduğunu düşündürmektedir⁴⁰. Ancak TBK m. 27/2'de düzenlenmiş olan kısmi hükümsüzlük halinde, sözleşmenin geçerli olmayan hükümlerinin bulunmaması halinde tarafların sözleşmeyi yapmayacakları anlaşılıyor ise, kısmi hükümsüzlük sözleşmenin tamamına sirayet eder ve sözleşme kesin hükümsüz olur. Öte yandan tarafların iradelerinden kısmi hükümsüzlük sebebi ile geçerli olmayan hükümler olmasa da sözleşme ile bağlı olma isteği anlaşılabilirse sözleşme ayakta tutulur. Genel işlem koşulunu düzenleyen tarafın farazi iradesinin sözleşmeyi ayakta tutmak olduğunu yönünde kanunda düzenleme olması, bu geçersizliğin kısmi hükümsüzlükten ayrılmasına neden olmaktadır. Bu konuda karar verecek olan hâkim, tarafların iradelerini tespit ederek sözleşmede kısmi bir hükümsüzlük mü olduğunu yoksa sözleşmenin tamamının mı hükümsüz olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirleyecektir⁴¹.

TBK m. 22 düzenlemesine bakıldığında ise kısmi hükümsüzlükten farklı olarak tarafların iradelerinin, kısmi hükümsüzlükte olduğu gibi ne yönde olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. TBK m. 22 emredici bir düzenleme ile taraflardan birinin genel işlem koşulları olmaksızın sözleşmeyi yapmayacak olma iradesinin söz konusu olmayacağını, sözleşmenin bu şartlar haricinde geçerli olacağını belirtmektedir. Ayrıca genel işlem koşullarını hazırlayan tarafın bu konuda herhangi bir itirazda bulunması, sözleşmeyi genel işlem koşulları bulunmaksızın yapmayacağını belirtmesinin de m. 22 ile önüne geçilmiştir. Bu nedenle genel işlem koşullarına ilişkin yaptırımın kısmi hükümsüzlük olduğunu ileri sürmek TBK'da genel işlem koşullarına ilişkin düzenleme ile tam olarak örtüşmemektedir. Madde

³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §43, s. 592, N.31.

⁴⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 165 vd.; ARIKAN, s. 72.

⁴¹ BAŞPINAR Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, (Kısmi Butlan), s. 29 vd.

gereğesinde, sözleşmenin karşı tarafının TBK m. 27/2 hükmünden yararlanabileceği belirtilmiştir. Ancak TBK m. 27/2'de düzenlenen kısmi hükümsüzlükte taraf, hükümsüz olan sözleşme hükümleri olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağını iddia edebileceğine yer verilmiştir. Genel işlem koşulları açısından bakıldığında, karşı tarafın bu iddiada bulunması pek olası değildir, zira varlığı konusunda bilgilendirilmediği, içeriğini öğrenme imkânından yoksun bırakıldığı bir hükmün ya da sözleşme niteliği ile örtüşmeyen bir hükmün yokluğu halinde bu sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürmesi söz konusu olmaz⁴².

Diğer görüş ise yazılmamış sayılmanın yazılı şekle tabi bir sözleşmede yer alan bir hükmün yazılı şeklin dışında bırakılması anlamını taşıdığı ancak genel işlem koşullarının mutlaka yazılı sözleşmelerde yer alması gerektirdiği de belirtilmiştir. Bu görüşe göre TBK düzenlemesi ile kesin hükümsüzlük sonucuna varılması amaçlanmıştır. Ancak burada kabul edilen geçersizlik kesin hükümsüzlükten daha ağır olduğundan yazılmamış sayılmanın yokluk anlamını taşıdığı ileri sürülmektedir. Yokluk halinden bahsedilmesinin gerekçesi olarak ise yazılmamış sayılmanın, karşı tarafın sözleşmeyi kabul ettiğine ilişkin beyanın bu hükümleri kapsamadığı, bu hükümler açısından irade beyanında bulunmadığı dolayısıyla bu hükümlerin yok hükmünde olduğu ileri sürülmektedir⁴³.

⁴² ATAMER, burada genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması ile sözleşme kapsamında yer almamaları anlamının çıkarılması gerektiğini, bu durumda sözleşme kapsamında bulunmayan bir hükmün yokluğuna dayanılarak sözleşmenin tamamının geçersiz olması gerektiğinin iddia edilmesinin de mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Yazara göre, yazılmamış sayılma ile kastedilen durum sözleşmenin kapsamında yer almamaktır ve sözleşme kapsamında yer almayan bir hükmün yokluğuna dayanarak tüm sözleşmenin geçersiz olması gerektiği iddia edilemez, bu nedenle de düzenleyen tarafın kısmi butlanda mevcut olan bu imkândan faydalanamayacağını açıkça düzenlenmesine gerek yoktur, ATAMER, Armağan, s. 325.

⁴³ OĞUZMAN/ÖZ, s. 173; TOPUZ, s. 1157; ATAMER, Sempozyum, s. 32. ATAMER, TBK m. 21 denetimi ile m. 25 denetimlerinin başta kanun koyucu olmak üzere bir çok kişi tarafından karıştırıldığını ileri sürmektedir. TBK m. 21 düzenlemesinde yer alan yazılmamış sayılma halinin, sözleşme taraflarının genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamında dahil olup olmaması konusunda herhangi bir anlaşmaya varmamış oldukları durumlarda söz konusu olduğunu belirtmektedir. Diğer bir ifade ile sözleşme taraflarının irade beyanları, genel işlem koşullarının sözleşmede yer alması konusunda uyuştuğundan bahsedilmesinin mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Bu durumda kısmi kesin hükümsüzlükten bahsedilmesinin ise imkansız olduğunu, zira tarafların üzerinde anlaştıkları sözleşme hükümlerinin emredici hukuk kurallarına aykırı olmadığını, genel işlem koşulları üzerinde taraflar arasında herhangi bir anlaşmanın gerçekleşmemiş olduğunu haklı olarak belirtmektedir.

Genel işlem koşullarının yazılmamış sayılmasının yok hükmünde oldukları da ileri sürülebilir. Genel olarak yokluk, bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının bulunmaması hali olarak tanımlanır ve yokluk hali hukuki işlemin tamamına ilişkindir⁴⁴. Örneğin, evlendirme memurunun önünde evlenmeye beyanlarının açıklanmaması evliliğin yokluğu sonucunu doğurur, evlenme beyanında bulunanlardan birinin yetkili memur önünde bu iradesini açıklamış olması tek başına yeterli olmadığı gibi yokluk sonucunu da değiştirmez. Genel işlem koşulu da kapsam denetiminden geçemediği takdirde yazılmamış sayılır yani sözleşme yok sayılır. Ancak genel işlem koşullarının söz konusu olduğu durumlarda genel işlem koşullarının yazılmamış, sözleşmenin ise varlığını bu hükümlerden yoksun olarak devam ettireceğinden bahsedilmektedir. Diğer bir ifade ile genel işlem koşullarına ilişkin yokluk, sözleşmenin tamamını etkilememektedir. Bu nedenle genel işlem koşullarına ilişkin yaptırımının yokluk olduğu kabul edildiğinde burada tüm sözleşmeyi kapsamayan bir nevi kısmi yokluk halinden bahsedildiği söylenebilir.

3. Genel İşlem Koşullarının Yorum Denetimi

Bir sözleşmede yer alan genel işlem koşulunun kapsam denetiminden geçmesi, yani sözleşme kapsamında yer aldığı kabul edilmesi halinde tabi olacağı denetim yorum denetimi olacaktır⁴⁵. Yorum denetiminin, sözleşmede yer alan, geçerli olarak kabul edilmiş olan genel işlem koşulunun yorumlanmasına ilişkin kullanılması kabul edilen ilkesi, TBK m. 23’de düzenlenmiştir. TBK m. 23’e göre, genel işlem koşullarında yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması ya da birden fazla anlama gelebilmesi hallerinde, söz konusu hüküm genel işlem koşulunu düzenleyen tarafın aleyhine, karşı tarafın lehine yorumlanır⁴⁶.

⁴⁴ TOPUZ, s. 1155 vd..

⁴⁵ Genel işlem koşullarının yorumlanmasında İsviçre ve Almanya Hukuklarında farklılık mevcuttur. İsviçre’de genel işlem koşullarının yorumlanması konusunda, somut sözleşmenin özellikleri dikkate alınarak yorum yapılırken, Almanya’da ise genel işlem koşullarının birden fazla sözleşmede uygulanmasının söz konusu olması sebebi ile genelleyici bir yorum yöntemi tercih edilmektedir, ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 130 vd.; ATAMER, Sempozyum, s. 35.

⁴⁶ ATAMER, makalesinde vermiş olduğu genel işlem koşullarına ilişkin düzenleme önerisinde, bir kaydın, yerini aldığı yedek hukuk kuralının temelindeki asli düşünce ile bağdaşmasının imkânsız olduğu, sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve borçları, sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek oranda sınırlandırması ya da açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmamış olması durumlarında ölçüsüz mağduriyetin varlığı kabul edilir şeklinde bir düzenlemenin bulunması gerektiğini belirtmektedir, bkz. ATAMER, Armağan, s. 331; HAVUTÇU,

Yorum denetimine yer veren BGB §305c/2 ise yorumlanmasında tereddüt edilen genel işlem koşullarının kullananın aleyhine yorumlanacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme dikkate alındığında TBK m. 23'ün BGB §305c/2 ile paralel bir düzenlemeye sahip olduğu söylenebilir. Genel olarak bakıldığında Roma Hukuku'ndan beri kabul edilen bir yorum şekli olan sözleşmeyi düzenleyen tarafın aleyhine yorum, burada kanun koyucu tarafından özel olarak belirtilmiştir. Sözleşmeyi düzenleyen tarafın, sözleşme metnine hâkim olduğu düşüncesi gereği, sözleşmede anlamı tereddüt yaratan bir hükmün varlığı halinde karşı tarafın menfaati korunmalıdır. Açık ve anlaşılır olmayan her genel işlem koşulu, kendisini düzenleyen ya da BGB ifadesi ile kullananın aleyhine, karşı tarafın lehine yorumlanacaktır. Madde gerekçesine bakıldığında da açık olmayan ve nasıl bir anlam taşıdığı belirlenemeyen genel işlem koşullarının, Roma Hukuku'ndan beri hâkim olan "sözleşme şüphe halinde düzenleyen aleyhine yorumlanır" ilkesine tabi tutulduğu görülmektedir⁴⁷.

TBK m. 23 düzenlemesinde düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorum yapılması gerektiğinden bahsedilmektedir. Burada yapılacak olan yorum sırasında dikkate alınması gereken bir husus da yapılacak yorumun, genel işlem koşulunu içerik denetiminden çıkarıp çıkarmayacağına ilişkindir. Karşı taraf lehine yorum yapılmasına rağmen ve bu yönde yapılacak her yorum içerik denetimini aşmaya yetmeyecek ise bu durumda, yorum denetimi aşamasının atlanması doğrudan içerik denetimine geçilmesi gerekir. Zira bu durumda genel işlem koşulu her ne kadar karşı tarafın lehine yorumlansa da içerik denetimine tabi olacağından geçerlilik kazanmasından bahsedilemeyecektir⁴⁸.

4. Değişirme Yasağı

TBK m. 24'e göre genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede düzenleyene tek taraflı olarak karşı taraf aleyhine sözleşmenin bir hükmünü

s. 149 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §23, s. 239, N. 22; REİSOĞLU, s. 75; KILIÇOĞLU, s. 115; OĞUZMAN/ÖZ, s. 175; ARIKAN, s. 73; ANTALYA, s. 312; SİRMEN, s. 118 vd..

⁴⁷ ALTOP, s. 8. TKHK'da da belirsizlik ilkesi olarak anılan benzer düzenleme uyarınca, sözleşme hükmünün yorumlanmasında düzenleyenin aleyhine yorum ilkesine başvurulmaktadır, ayrıca bkz. ATAMER, Armağan, s. 300.

⁴⁸ ATAMER, Sempozyum, s. 37 vd. Buna karşılık yapılacak yorumlardan bir tanesinin genel işlem koşulunun içerik denetimini aşması sağlayacak olması ancak diğerinin aşmasının mümkün olmadığı durumlarda, söz konusu yorumlardan hangisinin karşı tarafın daha çok lehine olduğuna bakılması gerekir.

değiştirme ya da yeni bir düzenleme getirme yetkisi verilmesi halinde bu yetkinin tanındığı sözleşme hükmü yazılmamış sayılır⁴⁹. Aynı şekilde, genel işlem koşullarını içeren sözleşmenin içinde yer almasa da ayrı bir sözleşme ile genel işlem koşulları içeren sözleşmede düzenleyene tek taraflı olarak ve karşı tarafın aleyhine değiştirme yetkisi veren hükümler de yazılmamış sayılır.

BGB’de yer almayan bu hüküm uyarınca, genel işlem koşulları ihtiva eden bir sözleşmenin hükümlerinin değiştirilmesi konusunda tek tarafa yetki verilmesi mümkün olmayacaktır. Sözleşmeyi düzenleyene karşı güçsüz konumdaki karşı tarafı koruma amacı ile getirilmiş bu hüküm ile düzenleyenin sözleşmenin yapılması aşamasında sahip olduğu sözleşmeyi yönlendirme yetkisini sözleşmenin sona ermesine kadar geçen sürede de devam ettirmesini ve bu yolla karşı tarafın aleyhine düzenlemeler getirmesi engellenmek istenmiştir.

Ana sözleşmede ya da sonradan yapılan sözleşmede düzenleyene sözleşme hükümlerini tek taraflı değiştirme yetkisi veren bu genel işlem koşulları da yazılmamış sayılma yaptırımına tabi tutulmuştur⁵⁰. Bu durumda, kapsam denetiminde olduğu gibi, sözleşmeye değiştirme yasağına aykırı bir hüküm konulması halinde bu hükümde yok hükmünde olacaktır.

5. Genel İşlem Koşullarının İçerik Denetimi

Düzenleyen tarafından bir sözleşmede yer verilen bir genel işlem koşulu kapsam denetiminden geçmiş yani karşı tarafın bu hükmün varlığına karşı uyarılmış, içeriğini öğrenme imkânına sahip olmuş ve şartıtcı hüküm olmadığı için karşı tarafın kabulü ile sözleşme kapsamında yer almış olması halinde içerik denetimden bahsedilebilir⁵¹. Unutulmaması gerekir ki genel iş-

⁴⁹ Yargıtay 13. HD, E. 2010/13371, K. 2011/4123, T. 21.3.2011, “Sözleşme uyarınca geri ödeme sırasında bankanın efektif veya döviz satış kurunun kredinin kullandırıldığı tarihteki kurdan düşük olması halinde kredinin ilk kullandırıldığı tarihteki kurun esas alınacağı hüküm altına alınmıştır. Yabancı paranın kurundaki artışların banka lehine yararlanabilecek iken kurdaki düşüklükten tüketicilerin yararlandırılmaması haksız şart niteliğindedir. Bu husus dikkate alınmalıdır.” (Kazancı Bilgi Bankası, E.T. 20.03.2012)

⁵⁰ Bu düzenleme ile kredi sözleşmelerinde yer alan, kredi kuruluşuna faiz oranlarını tek taraflı olarak değiştirme yetkisi veren koşullar geçersiz olacaktır, ayrıca bkz. ALTOP, s. 8; REİSOĞLU, s. 73; KILIÇOĞLU, s. 116; OĞUZMAN/ÖZ, s. 175 vd.; ARIKAN, s. 73; ATAMER, Sempozyum, s. 59 vd.; SİRMEN, s. 128 vd..

⁵¹ Liberal düşüncenin sonucu olarak tarafların üzerinde anlaşmış olduğu, kurulmuş bir sözleşmenin hâkim tarafından denetlenmesi ve gerekli olması halinde müdahalede bulunmasına ilişkin herhangi bir düzenleme hem Türk Hukukunda hem de İsviçre Hukukunda

lem koşulunun anlamı açık ve belirli olmadığı hallerde yorum denetimi uyarınca düzenleyen aleyhine ve karşı taraf lehine yorumlanarak yorum denetiminden geçmiş olur. İşte sözleşme kapsamında yer alan ve tüm sonuçlarını doğurma imkânına sahip olan genel işlem koşulunun tabi olacağı son denetim içerik denetimidir. İçerik denetimini düzenleyen TBK m. 25 uyarınca genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, sözleşmenin karşı tarafının aleyhine olan ya da karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz⁵². BGB § 307/1 düzenlemesine bakıldığında, daha genel bir ifadenin tercih edildiği görülmektedir. Bahsi geçen düzenleme uyarınca, genel işlem koşulları, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek şekilde karşı taraf açısından dezavantaj yaratacak, mağduriyete sebep olacak ise bu hükümler geçersizdir.

Bilindiği üzere sözleşme hükümlerinin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ya da kişilik haklarına aykırı olmaması gerekir. Herhangi bir aykırılık halinde sözleşmenin aykırılık teşkil eden hükümleri geçersiz olur ve buradaki geçersizlik kısmi hükümsüzlüktür. Genel işlem koşullarının içerik denetiminde genel düzenlemeden bir adım daha ileri gidilmiş ve sözleşmede yer alan genel işlem koşullarının sadece emredici hukuk

mevcut değildi. TBK düzenlemesi ile hâkimin sözleşmeye müdahale imkanı sağlanmış ve açık içerik denetimi benimsenmiştir. İsviçre’de ise sözleşmeye müdahale edilmesine izin veren açık bir düzenleme bulunmadığından uygulamada dolaylı yollarla, örtülü denetim yapılarak sözleşmelere müdahale edilmektedir. İsviçre Hukukunda genel işlem koşullarının içerik denetimi, Haksız Rekabete Dair Federal Kanun ile düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile genel işlem koşulları rekabet hukuku kapsamında incelenmiştir. Genel işlem koşullarına ilişkin bu kanun haricinde hâkimin sözleşmeye müdahalesi yolu ile genel işlem koşullarına karşı güçsüz tarafın dolaylı olarak korunması yoluna gidilmiştir. Haksız Rekabete Dair Federal Kanun öncesinde, doktrinde içerik denetiminin hangi düzenlemeye dayanılarak yapılacağı konusunda farklı görüşler vardı. Bunlardan ilki, İsviçre Medeni Kanunu m. 2 yoluyla içerik denetimi yapılabileceğini söylemekteydi. Başka bir görüş, içerik denetiminde aşırı yararlanma hükümlerinden faydalanılabileceğini ileri sürmektedir. Diğer bir görüş ise kamu düzenine aykırılıktan yola çıkmaktadır. Son olarak ahlaka aykırılığın da sözleşme özgürlüğünü kısıtladığından bahsedilebileceği ileri sürülmüştür, ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s.143 vd.; ATAMER, Sempozyum, s. 41.

⁵² HAVUTÇU, s. 168; ALTOP, s. 8; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §23, s. 243, N. 27; REİSOĞLU, s. 76; OĞUZMAN/ÖZ, s. 174; ARIKAN, s. 74; ANTALYA, s. 316; ATAMER, Sempozyum, s. 41; SİRMEN, s. 120 vd.; BAŞ, s. 291. Yargıtay 13. HD, E. 2005/11415, K. 2005/17157, T. 21.11.2005, “Taraflar arasındaki sözleşmenin...aynı maddenin son fıkrasında her ne kadar devre tatil sahibinin tespit ettiği işletme giderlerine itiraz edemeyeceği belirtilmişse davacı ile müzakere edilerek sözleşmeye konulduğu kanıtlanamayan ve sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde davalı aleyhine dengesizliğe neden olabilecek böyle bir hüküm 4077 sayılı yasanın 6. maddesi gereğince haksız şart niteliğindedir.” (Kazancı Bilgi Bankası, E.T. 20.03.2012)

kurallarına, ahlaka, kamu düzenine ya da kişilik hakkına aykırı olmaları halinde hükümsüz olmalarının dışında dürüstlük kuralına aykırılık halinde de geçersiz oldukları kabul edilmiştir.

TBK m. 25 hükmü incelenirken dürüstlük kuralına da yer verilmesi gerekir. Dürüstlük kuralı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁵³ m. 2’de, herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır şeklinde yer almaktadır. Dürüstlük kuralına aykırılık ve hakkın kötüye kullanılması, hukuk düzeni tarafından korunmama yaptırımı ile engellenmektedir. Dürüstlük kuralına ilişkin bu kural TMK kapsamında yer alan hak ve borçlar için uygulandığı kadar TBK kapsamında da uygulama alanı bulmaktadır.

Dürüstlük kuralı, taraf olunan hukuk ilişkilerde kişilerin, dürüst, namuslu, ahlaklı, diğer kişilerde oluşan güveni boşa çıkarmayacak şekilde davranma olarak tanımlanabilir. Dürüstlük kuralına uygun davranılıp davranılmadığının tespitinde davranışın meydana geldiği dönemde topluma hâkim olan ahlaki değerler ve adetler ile hakları sağlayan ilkeler esas alınır. Dürüstlük kuralının uygulama alanı, hakların kullanılması ve borçların ifa edilmesinin yanı sıra kanunun yorumlanması, kanun boşluklarının doldurulması, kanuna karşı hilenin önlenmesi, hukuki işlemin kurulması, yorumlanması ve tamamlanması, borçların doğumu, sözleşmede değişiklik yapılması ve sözleşmenin sona erdirilmesi durumlarını da kapsar. TBK m. 25 kapsamında dürüstlük kuralı, hakların kullanılması ve borçların ifasının yanı sıra sözleşme hükümlerinin geçerliliği konusunda da uygulama alanı bulacaktır⁵⁴.

İçerik denetimi ile yapılacak araştırmanın içeriği, genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına aykırı kullanılıp kullanılmadıkları, bu dürüstlük kuralına aykırılığın sözleşmenin karşı tarafının aleyhine olup olmadığını ya da durumunu ağırlaştırıp ağırlaştırmadıklarından oluşur. Bu durumda sözleşmede yer alan genel işlem koşullarından karşı tarafın aleyhine olan ya da durumunu ağırlaştıran her hüküm değil, bu sonuca neden olurken dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edenler geçersiz olacaktır. Diğer bir ifade ile karşı tarafın

⁵³ RG. T. 08.12.2001, S. 24607.

⁵⁴ HAVUTÇU, s. 172; OĞUZMAN/ÖZ, s. 175; BAŞ, s. 292. ATAMER, taslak metinde kullanılan “zarar verici” ifadesinin dürüstlük kuralına aykırı davranışı karşılamayacağını belirterek tasarı metnini eleştirmiştir. Zarar verici ifadesi yerine mağduriyet yaratmadan bahsedilmesinin daha isabetli olacağına ilişkin, bkz. ATAMER, Armağan, s. 326 vd.; REİSOĞLU, s. 76; ANTALYA, s. 313 vd.; ATAMER, Sempozyum, s. 48.

aleyhine olan veya durumunun ağırlaşması sonucunu doğuran her genel işlem koşulu değil, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ederek bu sonuçlardan birine sebebiyet veren genel işlem koşulları geçersiz olacaktır. Bu düzenleme ile bir yandan tarafların sahip olduğu sözleşme özgürlüğü korunmaya çalışılmış, bir yandan da genel işlem koşullarının geçerliliği dürüstlük kuralı sınırlandırılması ile genel işlem koşulu ile karşılaşmış olan kişinin menfaati korunmaya sağlanmıştır.

II. Kişilik Hakkı Kapsamında Genel İşlem Koşulları

Kişilik hakkı, kişinin sahip olduğu kişi değerlerini ifade etmekte ve haksız fiile karşı korunduğu gibi sözleşmelerin kurulmasında da dikkate alınır. TBK m. 27’de belirtildiği gibi, sözleşme kişilik hakkına aykırı olmaz. Bir sözleşmenin kişilik hakkına aykırı olması, sözleşmenin kesin hükümsüz olduğu anlamını taşır. Sözleşmenin tamamı değil de bir kısmı kişilik hakkına aykırılık teşkil etmekte ve bu kısım olmaksızın sözleşmenin ayakta tutulması mümkün olduğu durumlarda kısmi hükümsüzlük söz konusu olur. Diğer bir ifade ile sözleşmede yer alan bazı hükümler kişilik hakkına aykırı ise bu hükümler kesin hükümsüz olur ve sözleşmenin geri kalanı tarafların iradelerinin de sözleşmenin ayakta tutulmasına yönelik olduğu durumlarda geçerli olur.

A. Kişilik Hakkı Kavramı

Kişilik hakkı, gerçek kişilerin doğumlarından ölümlerine, tüzel kişilerin hak ehliyetlerini kazanmalarından sona ermelerine kadar devam eden süre boyunca sahip oldukları, vazgeçmelerinin mümkün olmadığı, devredemedikleri bir hak olup, kişiliği oluşturan bütün değerleri içerir. Kişilik hakkı mutlak bir hak olup, ihlal edilmesi halinde ihlal eden herkese karşı ileri sürülebilir.

Anayasa m. 12’de herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu belirtilmiştir. TMK kapsamında kişilik hakkına ilişkin düzenleme m. 23, m. 24 ve m. 25’te yer almaktadır. TMK m. 26 vd’da ise adın korunması özel düzenlemeye tabi tutulmuştur. TMK m. 23 uyarınca, kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. İkinci fıkrada kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği, onları hukuka ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağı düzenlenmiş, son

fıkırada ise yazılı rıza ile insan kökenli biyolojik maddelerin aşılması ve naklinin mümkün olduğuna yer verilmiştir. TMK m. 24'te hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunma talep edebileceği, kişilik hakkı zedelenen kimsenin bu saldırıya rıza göstermiş olması, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yararın bulunması ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden birinin bulunmaması halinde kişilik hakkına yapılan her saldırının hukuka aykırı olacağı belirtilmiştir.

Kişilik hakkının içeriği kişi değerlerinden oluşur. Kişi değerlerinin sınırlı sayıda olmadığı ve zaman içinde değişikliğe uğrayabildiği kabul edilir. Öte yandan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin kişilik haklarının kapsamının bir olmadığına da değinmek gerekir. Zira tüzel kişiler, yaratılış gereği insanlara özgü bazı özelliklere sahip değillerdir, dolayısıyla bunların kişi değerleri arasında yer alması ve kişilik hakkının sağladığı korumadan faydalanması mümkün değildir. Bu kişi değerlerine örnek olarak vücut bütünlüğü verilebilir. Tüzel kişilerin fiziksel bir görünümü bulunmaması, bir vücuda sahip olmalarını imkânsızlaştırdığından tüzel kişinin kişi değerleri arasında yer almasından da bahsedilemez. Öte yandan hayat alanı, şeref ve haysiyet gibi insan olmaya özgü nitelikte olmayan kişi değerleri tüzel kişilerin kişilik hakkının kapsamını belirler. TMK m. 48'de de tüzel kişilerin, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün hak ve borçlara ehil oldukları düzenlenmiştir. Kişilik hakkını oluşturan kişi değerlerine, hayat ve sağlık, vücut bütünlüğü, hayat alanı, şeref ve haysiyet, resim, ses, ad, bilgi edinme hakkı, ekonomik özgürlük örnek olarak verilebilir⁵⁵. Kişinin ekonomik özgürlüğü, ekonomik varlık ve faaliyet özgürlüğü anlamını taşımakta, kişilik hakkını oluşturan değerlerden biri olarak kabul edilmektedir. Kişinin ekonomik özgürlüğünün korunması, kişiliğin dinamik korunması olarak adlandırılır. Kişiye sağlanan dinamik korumanın amacı, kişinin toplum içinde ekonomik bir varlığa sahip olmasını ve sahip olduğu bu ekonomik varlığı korumasını sağlamaktır.

⁵⁵ HELVACI Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK m. 24/a fıkra I/İMİK m. 28/a fıkra I), İstanbul 2001, s. 50 vd., doktrinde kişilik hakkı kapsamında yer alan değerlerin tek tek sayılmamasının, zaman içinde yeni kişi değerlerinin ortaya çıkması nedeniyle yerinde bir tutum olduğu kabul edilir, ayrıca bkz. ÖZSUNAY Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1979, s. 98; TEKİNAY Selahattin Sulhi, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992, (TEKİNAY, Kişiler), s. 249 vd.; YALÇIN, s. 82; HELVACI Serap, Gerçek Kişiler, İstanbul 2012, (HELVACI, Kişiler), s. 99.

Türk Borçlar Kanunu ile kişilik hakkına ilişkin özel bir düzenleme de yürürlüğe girmiştir. İşçinin kişiliğinin korunması başlığını taşıyan TBK m. 417/1 uyarınca; işveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek, işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun düzen sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemlerin alınması ile yükümlüdür. TBK m. 417/3 uyarınca da işverenin kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışları nedeni ile işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir.

TBK m. 417 hükmü, TBK kapsamında yapılan hizmet sözleşmelerinin yanı sıra İş Kanunu kapsamında değerlendirilen iş sözleşmelerine de uygulanmalıdır. Bu hüküm ile işveren, işçinin kişilik hakkını korumaya yönelik her türlü önlemi almak ile yükümlüdür. Bu yükümlülüğe aykırı bir davranış ya da ihmali ise sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilecektir⁵⁶.

⁵⁶ SÜZEK Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2010, s. 346; Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2010, s. 177 vd. Söz konusu düzenleme esas itibari ile işçi ve işveren arasındaki sözleşme sebebi ile işverenin sahip olduğu borçlardan birini hükme bağlamaktadır. İşverenin, işçinin kişilik hakkına saygı duyma ve işçinin kişilik hakkını koruma yükümlülüğü kanun düzenlemesinde ilk kez yerini almış olsa da kişilik hakkına ilişkin genel hükümler karşısında her sözleşmede olduğu gibi hizmet sözleşmesinde de tarafların birbirlerinin kişilik hakkına saygı göstermek ile yükümlü oldukları açıktır. Öte yandan, yapılan bu düzenleme ile hizmet sözleşmesinin zayıf tarafını oluşturan işçi, kanun tarafından açıkça koruma altına alınmış, işveren ise açıkça işçinin kişilik hakkının ihlalinin men edilmiştir. İşveren, bu hüküm sonucunda işçinin kişilik hakkına zarar vermekten kaçınmak zorunda olduğu gibi, aralarındaki sözleşme doğrultusunda diğer işçilerin ya da işçinin işi gereği ilişkide bulunduğu kimselerin de işçinin kişilik hakkını zedelemesini engellemek ile yükümlüdür. Diğer bir ifade ile işveren işçisinin kişilik hakkını, diğer işçilerin ya da üçüncü bir kişinin ihlal etmesini önleyecek korumayı sağlamakla yükümlüdür.

İşverenin bu koruma yükümlülüğünü yerine getirmemesi ise işçi ile aralarındaki hizmet sözleşmesine aykırılık olarak değerlendirilir. Bunun sonucunda işçinin, kişilik hakkının ihlali sebebi ile işverenden isteyeceği tazminat, haksız fiil hükümlerine değil sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanacaktır. Sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan sorumluluk, haksız fiil sorumluluğu ile kıyaslandığında, zarara uğrayan taraf açısından çeşitli avantajlar sağlamaktadır. Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümleri uyarınca sözleşmeye aykırı davrandığı iddia edilen taraf, sözleşmeye aykırı davranmadığını ispatlamak ile yükümlüdür. Öte yandan haksız fiil sorumluluğunun kabul edildiği hallerde, haksız fiile uğrayan kişi, zarar verici davranışın haksız fiil teşkil ettiğini ispat yükü altındadır. Bu durumda, TBK m. 417 hükmü sayesinde, kişilik hakkı işveren tarafından ihlal edilen ya da kişilik hakkının ihlalinin işveren tarafından önlenmediği hallerde ihlale maruz kalan işçi, sadece kişilik hakkının gerektiği gibi koruma altına alınmadığını ileri sürecektir. Bu iddianın gerçeği yansıtmadığını, yani işçinin kişilik hakkının saldırıya uğramadığı ya da saldırıya uğramasını engelleyecek gerekli önlemlerin alındığını ispatlanması ise işverene düşecektir.

B. Kişilik Hakkının Genel İşlem Koşullarına Etkisi

1. Kişilik Hakkının Sözleşmenin Geçerliliğine Etkisi

Kişilik hakkına ilişkin TMK m. 23/2 hükmü uyarınca, kimse özgürlüklerinden vazgeçemez ve özgürlüklerini hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz. TBK m. 27 hükmüne göre ise kişilik hakkına aykırı olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Söz konusu iki düzenleme birlikte ele alındığında, kişinin yapmış olduğu sözleşmenin kişilik hakkına aykırı olması yani özgürlüklerini hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlıyor olması sözleşmenin kesin hükümsüz olması sonucunu doğurur. Unutulmaması gerekir ki, sözleşmenin yalnız bazı hükümleri kişilik hakkına aykırılık teşkil etmekte ve sözleşmenin geri kalanı bu hükümler olmaksızın da yapılır ise bu ihtimalde sözleşme tamamen kesin hükümsüz olmaz, kişilik hakkına aykırı olan hükümler kesin hükümsüzdür⁵⁷.

TMK m. 23/2 ve TBK m. 27 hükümleri beraber değerlendirildiğinde, bir sözleşmenin kişilik hakkına aykırı olması için sözleşmenin kişilik hakkı kapsamındaki özgürlükleri hukuka ya da ahlaka aykırı bir şekilde kısıtlıyor olması gerekir. Ancak gözden kaçırılmaması gereken bir nokta, her sözleşmenin kişi özgürlüklerini az ya da çok kısıtladığıdır. Bu nedenle kişilik hakkına aykırılık için sadece sözleşmenin özgürlükleri sınırlaması yeterli olmaz. Bunun yanı sıra sözleşme ile meydana gelen sınırlamanın kişilik hakkının kapsamında yer alan özgürlüğün kullanılmaz hale gelmesi ya da kullanılmaz hale yakın bir sınırlamaya tabi tutulmasıdır ki bu sınırlama hukuka ya da ahlaka aykırılık anlamına gelir. Aksi durum sözleşme yapılmasını imkânsız hale getirir.

Çalışma konusu açısından bakıldığında, kişilik hakkı değerleri arasında yer alan ekonomik özgürlük, sözleşme yolu en çok sınırlandırılan kişi değerlerinin başında gelir. Kişinin bir sözleşme ile ekonomik özgürlüğünün kısıtlanmasının kişilik hakkının ihlali teşkil edip etmemesi, sözleşme ile meydana gelen sınırlandırmanın hukuka veya ahlaka aykırı olup olmamasına bağlı-

⁵⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 161; SEROZAN, s. 1022; Sözleşmenin BK m. 19, 20, 21 ve TMK m.2, 23 hükümleri uyarınca hâkim tarafından içerik denetimine tabi tutulması konusunda bkz. BAŞALP, s. 232 vd. Yazar, TBK'nın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde TKHK'nun kapsamına girmeyen sözleşmeler açısından kamu düzenine ilişkin hükümler aracılığı ile sözleşmelerin içerik denetimine tabi olabileceğini belirtmektedir; YALÇIN, s. 83; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetimi, s. 149.

dır. Kişinin ekonomik özgürlüğünün kısıtlanması, sözleşmenin karşı tarafının kişinin ekonomik özgürlüğü üzerinde irade sahibi olması, kişinin ekonomik özgürlüğünün gasp edilmesi şeklinde gerçekleşir. Kişi taraf olduğu sözleşme nedeni ile başta bir ekonomik faaliyette bulunamıyorsa⁵⁸ ya da ekonomik faaliyetleri sözleşmenin karşı tarafınca belirlenir hale gelmiş ise artık ekonomik özgürlüğün hukuka veya ahlaka aykırı bir şekilde sınırlandırıldığından bahsedilebilir.

Bir sözleşmenin, sözleşme taraflarından birinin ekonomik özgürlüğünü kısıtlamış olması nedeni ile hukuka ya da ahlaka aykırı olması, diğer bir ifade ile ekonomik özgürlüğün kısıtlanması yoluyla kişilik hakkının ihlal edilmesinin tespitinde dikkate alınacak unsurlar, sözleşmedeki edimin niteliği, kapsamı ve süresidir. Sözleşme konusu edime ilişkin bahsi geçen unsurlar, ekonomik özgürlüğün ne oranda hukuka ya da ahlaka aykırı bir şekilde sınırlandırıldığı göstermektedir. Ekonomik özgürlüğün ahlaka aykırı bir şekilde sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı, objektif esasa göre, dürüst, makul ve normal kişi dikkate alınarak tespit edilir. Toplum ortalamasında bir hayat süren kişinin ömrü boyunca tek bir ürün satmaya yönelik taahhüdü ele alındığında, edimin niteliği, kapsamı ve süresi, bu edimi yerine getirmeyi üstlenen kişinin ekonomik özgürlüğünün kişilik hakkını ihlal edecek oranda sınırlandırıldığı gösterir. Bu nedenle böyle bir sözleşme kişilik hakkına aykırılık nedeniyle geçersiz olmalıdır. Zira böyle bir sözleşme ile üstlenilen edim, kişinin ekonomik özgürlüğünü ortadan kaldırır ya da aşırı oranda sınırlar bir edimdir⁵⁹.

Kişinin ekonomik özgürlüğünün ortadan kalkması, yapılan sözleşme ile sahip olunan ekonomik özgürlüğün sözleşmenin karşı tarafının iradesine tabi kılma ile gerçekleştirilebileceği gibi, yapılan sözleşme ile üstlenilmiş olan edi-

⁵⁸ Yargıtay 13. HD, E. 2009/14991, K. 2010/5048, T. 14.4.2010, "Taraflar arasındaki Bankacılık Hizmetleri sözleşmesinin 136. ile 137. maddelerindeki düzenlemelerin tüketici davacının aleyhine olan ve tüketiciyi külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırılmadığı için açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir. Davacı tüketici olup maaşının tamamına sözleşmenin bu hükümleri uyarınca bloke edilerek el konulup kredi kartı borçları için takas mahsup uygulaması 4077 sayılı kanunun 6. maddesindeki haksız şart ile ilgili emredici hükmü bertaraf etmek için yapılan bir uygulamadır." (Kazancı Bilgi Bankası E.T. 20.03.2012). Olayda, kişinin maaş hesabının tamamına el konulması, kişilik hakkı açısından ekonomik özgürlüğünün kısıtlanması olarak değerlendirilebilir.

⁵⁹ BAŞPINAR Veysel, Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri, ABD, Y. 56, S. 1, Ankara 1999, s. 19 (17-34); ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetimi, s. 150; İNAL, s. 234; SEROZAN, s. 1022 ve 1026; YALÇIN, s. 84; HELVACI, Kişiler, s. 131, dpn. 390.

min kişiye başka bir ekonomik faaliyette bulunma imkânı tanımaması halinde de söz konusu olur⁶⁰.

Kişilik hakkına aykırılık, kanun tarafından kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmuştur. TMK m. 23/2 ile TBK m. 27'nin birlikte değerlendirilmesi sebebi ile doktrinde bir görüş, TMK m. 23/2'ye aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olan bir sözleşmenin ahlaka aykırı olması durumunda kesin hükümsüzlük yaptırımının TBK m. 27 dışında ele alınması gerektiğini belirtir. Bu görüşün dayanağı, sözleşmenin TBK m. 27 kapsamında kesin hükümsüz olduğu kabul edildiğinde, kişilik hakkı ihlal edilen tarafın olduğu kadar sözleşmenin karşı tarafının da kesin hükümsüzlüğü ileri sürme hakkının bulunmasıdır. Ancak TMK m. 23/2'ye aykırılık halinde söz konusu hüküm kişilik hakkı ihlal edilen kişiyi korumayı amaçlamaktadır. Bu nedenle sözleşmenin karşı tarafının da kesin hükümsüzlüğü ileri sürebilmesine imkân verilmesi TMK m. 23/2 düzenlemesinin ve TBK m. 27'nin koruma amacına aykırı düşer. Bu koruma amacının aksine bir sonucun meydana gelmesinin önlenmesi için kişilik hakkının ihlalinin bulunduğu durumlarda yaptırım TMK m. 23'ten kaynaklanmalı ve TBK m. 27 hükmü bunun dışında kalmalıdır⁶¹.

Diğer görüş ise TMK m. 23/2 ve TBK m. 27 hükümlerinin amaçladığı koruma, kişilik hakkı kısıtlanmış kişinin iradesinin aksine, sözleşmenin karşı tarafının kesin hükümsüzlüğü ileri sürmesi ve hâkim kesin hükümsüzlüğü

⁶⁰ ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetimi, s. 151; SEROZAN, s. 1026; YALÇIN, s. 84; Yargıtay 13. HD, E. 2010/13722, K. 2011/5258, T. 5.4.2011, "Davacının kullandığı kredi kartının, üyelik aidatı olarak ödenen paranın iadesine ilişkin davacı şikâyeti üzerine verilen hakem kararı nedeni ile banka tarafından iptal edildiği taraflar arasında ihtilafsızdır. Öte yandan sözleşmede üyelik ücreti alınacağına kararlaştırıldığı da sabittir. Davacı, davalıya ait kredi kartını kullanması nedeniyle, davalı banka tarafından bildirilen ücreti, sözleşmede hüküm olsun ya da olmasın ödemekle yükümlüdür. Bir başka deyişle, davalı banka üyelik ücreti ödenmeden kart verme yükümlülüğünde olmayıp, sözleşmedeki buna dair kararlarında haksız şart niteliğinde bulunmamaktadır. Davacının ödediği üyelik ücretini Tüketici hakem heyeti vasıtasıyla iptal ettirmesi nedeniyle davalının da kredi kartını iptal etmesi sözleşmeye aykırı olmadığı gibi, kredi kartının iptal edilmesinin kişilik haklarına saldırı olarak kabul edilmesi de olanaklı değildir." (Kazancı Bilgi Bankası, E.T. 20.03.2012)

⁶¹ EREN'den naklen BUCHER Eugen, Schweizerischen Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Bern 1988, s. 265 vd., EREN, s. 302. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, TMK m. 23/2 ve TBK m. 27 hükümlerinin uygulanmasında bahsi geçen görüşün sınırlı esnek hükümsüzlük olarak adlandırıldığını belirtir. Esnek hükümsüzlüğe göre, TMK m. 23/2 hükmüne aykırı bir sözleşme yapılması halinde söz konusu hükmün kişilik haklarını koruyucu amacı sonucunda sözleşmenin karşı tarafı geçersizliği ileri süremeyecek, sözleşmenin geçersizliğine ilişkin iddia ancak kişilik hakkı sözleşme ile ihlal edilen kişi tarafından ileri sürülebilecektir. Hâkim de ancak ve ancak kişilik hakkı sözleşme ile ihlal edilmiş olan tarafın lehine sözleşmedeki hükümsüzlük halini göz önünde bulundurabilecektir, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §43, s. 592 vd, N. 32; ANTALYA, s. 105 vd.

re'sen göz önüne almasını zorunlu kılmamakta ise kişilik hakkı sınırlandırılmış kişinin iradesi doğrultusunda sözleşmenin geçerli olduğu kabul edilebilir. Diğer bir ifade ile kişilik hakkı sözleşme ile kısıtlanmış olan kişi buna rağmen sözleşmenin geçerli olmasını istemekte ise, TMK m. 23/2 ve TBK m. 27'nin amacı bu sözleşmenin ayakta tutulmasını gerektirir. Bu halde sözleşmenin karşı tarafı sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri süremez ve böylece kişilik hakkı sınırlandırılmış olan kişi elde etmek istediği korumaya ulaşmış olur⁶².

2. Kişilik Hakkının Genel İşlem Koşullarının Geçerliliğine Etkisi

Yukarıda belirtildiği üzere, genel işlem koşulu içeren sözleşmelerde, sözleşmeyi hazırlayan kişinin karşı tarafa genel işlem koşullarının varlığını açıkça bildirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğünün yanı sıra bu genel işlem koşullarının içeriğini öğrenebilme imkânı tanımak zorundadır. Sözleşmenin karşı tarafı genel işlem koşullarını bu şekilde kabul ettiği takdirde sözleşme kapsamında yer alan genel işlem koşulları içerik denetiminden de geçebildikleri takdirde sözleşmenin bir parçası olarak hüküm ve sonuçlarını doğururlar. Ancak kişilik hakkının ihlali anlamını taşıyacak bir genel işlem koşulunun bulunması halinde izlenecek yolun ne olduğunun belirlenmesi gerekir.

Kişilik hakkına aykırılık teşkil eden bir genel işlem koşulu içeren sözleşmede öncelikle kişilik hakkına aykırılığın tespit edilmesi ile genel işlem koşulunun ya da sözleşmenin o olmaksızın yapılmayacağı kabul edilebildiği takdirde sözleşmenin kesin hükümsüz olduğu sonucuna varılması mümkündür. Ancak genel işlem koşullarına ilişkin özel düzenlemeler dikkate alındığında izlenecek yolun farklı olması gerektiği kanaatindeyiz. Hukukun her alanında etkili olan kişilik hakkı ile sözleşmeler açısından söz konusu olan genel işlem koşullarının kapsamı dikkate alındığında genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerin kişilik hakkını koruyucu TMK m. 23/2 ve TBK m. 27 hükümlerinden önce yer verilmesi gerekir.

Genel işlem koşulu olarak adlandırılacak bir sözleşme hükmü, kapsam denetimine tabi tutulduğunda ve kapsam denetimini geçemediği takdirde yazılmamış sayılır. Yazılmamış sayılan olan bu genel işlem koşulunun sözleşmede bulunmaması halinde söz konusu sözleşmenin yapılmayacağına ilişkin bir iddianın sözleşmeyi hazırlayan tarafça ileri sürülmesi de TBK m. 22 ile engellenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, sözleşme metninde ya da

⁶² BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s. 141 vd.; EREN, s. 302 vd.

ekinde bulunan genel işlem koşulu sözleşme kapsamının dışındadır ve bu hükmün sözleşme kapsamında yer almaması sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu durumda bu sözleşme hükmünün kişilik hakkına aykırı olup olmadığı araştırılmasına gerek olmayacaktır. Ayrıca kişilik hakkının ihlali halinde taraflara tanınmış olan sözleşmenin kesin hükümsüz olan hüküm olmadan yapılmayacak olmasını ileri sürme imkânı genel işlem koşulunun kapsam denetiminde sözleşmeyi hazırlayan aleyhine daraltılmıştır. Bu noktada genel işlem koşulunun kapsam denetimi, sözleşmenin korunan tarafı açısından özel bir koruma getirdiği söylenebilir. Bu nedenle sözleşme kapsamında yer almadığı belirlenmemiş bir genel işlem koşulunun kişilik hakkına aykırılık teşkil edip etmediğinin incelenmesi anlamsız olacaktır. Zira bahsi geçen genel işlem koşulu kişilik hakkını ihlal etmese dahi sözleşme kapsamında yer almayacak, hiçbir zaman sözleşmenin bir parçası olmayacaktır. Bu nedenle kişilik hakkını ihlal etme ihtimali olan bir genel işlem koşulunun varlığı halinde öncelikle kapsam denetiminin gerçekleştirilmesi gerekir.

TBK m. 24 uyarınca genel işlem koşullarının bulunduğu ya da ayrı bir sözleşme ile sözleşmeyi düzenleyen tarafa tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine sözleşme hükümlerini değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar da yazılmamış sayılma yaptırımına tabidir. Söz konusu hüküm, genel işlem koşulu ihtiva eden bir sözleşme de değiştirme yasağını düzenlemiştir. Kişilik hakkı açısından sözleşmede böyle bir düzenlemeye yer verilmesi, bu düzenleme ile sözleşme tarafına verilen yetkinin karşı tarafın kişilik hakkını ihlal edecek derece hukuka ya da ahlaka aykırı olması gerekir. Ekonomik özgürlük açısından bakıldığında, sözleşmede değişiklik yapma yetkisinin kapsamı, karşı tarafın ekonomik özgürlüğünün tamamen yok olması ya da büyük ölçüde engellenmesini teşkil ettiği takdirde kişilik hakkına aykırılık nedeni ile hüküm kesin hükümsüz olur. İki düzenleme arasındaki farka bakıldığında TBK m. 24 uyarınca yazılmamış sayılma hali söz konusu olacakken TMK m. 23/2 ve TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzlükten bahsedilir. Üstelik TBK m. 24 uyarınca yazılmamış sayılması için sözleşme hükümlerinde değişiklik yapma yetkisi veren hükmün kişilik hakkını ihlal etmesi şart değildir. TBK m. 24 için, tek yanlı olarak sözleşmeyi düzenleyen tarafa değiştirme yetkisinin tanınması, karşı tarafın aleyhine genel işlem koşulu içeren sözleşmenin hükümlerini değiştirme ya da yeni düzenleme yapma yetkisinin sağlanması yeterlidir. Bu değiştirme yetkisinin ayrıca kişilik hakkını ihlal edecek düzeyde yetkiler sağlamaması aranmamaktadır. Bu nedenlerle genel işlem koşulu içeren sözleşmede değişiklik yapma

yetkisi verilen hükümlerin varlığı halinde öncelikle TBK m. 24 hükmünün uygulanması tercih edilmelidir.

Kapsam denetimi sonucunda genel işlem koşulunun yazılmamış sayılacağı durumlarda ya da sözleşmede değişiklik yapma yetkisinin verilmesinin TBK m. 24 uyarınca engellendiği hallerde artık kişilik hakkına aykırı bir hüküm olup olmadığına bakılmasına gerek yoktur. Ancak kapsam denetimi sonucunda sözleşmenin kapsamında yer alacağı belirlenen bir genel işlem koşulunun kişilik hakkına aykırı olması halinde içerik denetimi yapılmalı mıdır?

Kişilik hakkının ihlalinin sözleşmeye etkisi açıklanırken belirtilmiş olduğu gibi TMK m. 23/2 ve TBK m. 27 hükümleri birlikte değerlendirilir. Bu değerlendirme sonucunda kişinin ekonomik özgürlüğünün hukuka veya ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmasının söz konusu olduğu durumlarda sözleşme geçersiz olacaktır. Ancak kişilik hakkı zedelenen kişinin iradesi, kişilik hakkının zedelenmesine karşın sözleşmenin ayakta tutulması yani geçerli olması yönünde olduğu durumlarda, sözleşmenin karşı tarafının geçersizliği ileri sürmesine izin verilmez.

Genel işlem koşullarının içerik denetimine bakıldığında ise dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine ya da onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulması halinde genel işlem koşulu kısmi kesin hükümsüzlük nedeni ile geçersiz olacaktır. Kişilik hakkını ihlali halinde de kişilik hakkını hukuka ya da ahlaka olarak sınırlandırılmasının söz konusu olduğu durumlarda da kısmi kesin hükümsüzlük söz konusudur. İki düzenleme dikkate alındığında içerik denetiminin, kişilik hakkına ilişkin ihlali de kapsar bir düzenlemeye sahip olması sebebi ile kişilik hakkının ihlal edilip edilmediğinin araştırılması gerekmeksizin içerik denetimi ile bu koruma sağlanabilmektedir. Bu nedenle içerik denetiminin yapılması yeterlidir. Kapsam denetimden geçmiş ve kişilik hakkına aykırı olmayan hükümlerin içerik denetimi yapılırken dürüstlük kurallarına aykırılık konusunda kanunlarda yer alan hükümlerden faydalanılır⁶³.

⁶³ Hizmet sözleşmesine ilişkin TBK m. 417 hükmü bu konuya örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu hüküm her ne kadar sözleşme hükümlerine ilişkin değilse de içerik denetiminde yapılacak incelemede yol gösterici olacaktır. Bu düzenleme doğrultusunda sözleşme hükümleri incelenecek, dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın yani işçinin aleyhine bir düzenlemenin söz konusu olup olmadığına karar verilecektir. Bu kapsamda işçinin kişilik hakkının saldırıya uğraması ya da psikolojik ve cinsel tacize uğramasına sebep olabilecek hükümlere sözleşmede yer verilmesi halinde içerik denetimi sebebi ile söz konusu hükümler kesin hükümsüz sayılacaktır. Bu noktada işverenin bu hükümlerin bulunmaması halinde işçi ile hizmet sözleşmesi ilişkisi kurmak istemeyeceğini ileri sürmesi de söz konusu olmayacaktır.

Kaynakça

ALTOP Atilla, Genel İşlem Koşulları, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, İstanbul 2012, Derleyen Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu, (ALTOP, Sempozyum) (27-44)

ALTOP Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e Armağan, İstanbul 2007, s. 1, (Makaleye internet aracılığı ile ulaşılmıştır. İnternet Erişimi: <http://demirdemirhukuk.com/AA-Makale2.pdf>, Erişim Tarihi: 20.03.2012)

ANTALYA O. Gökhan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, İstanbul 2012

Aquis Group, Principles of The Existing EC Contract Law (Aquis Principles), Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms, München 2007

ARIKAN Mustafa, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), İstanbul 2011 (69-74)

ATAMER Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001 (ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi)

ATAMER Yeşim, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, (ATAMER, Armağan)

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 2011, (ATAMER, Sempozyum) (7-73)

AYAN Mehmet, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Konya 2010

AYRANCI Hasan, Sözleşme Kurma Zorunluluğu, AÜFHD, C.52, S. 3, Ankara 2003, (229-252)

BAŞ Ece, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, (276-306)

BAŞALP Nilgün, Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011

BAŞPINAR Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, (Kısmi Butlan)

BAŞPINAR Veysel, Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri, ABD, Y. 56, S. 1, Ankara 1999 (17-34)

COLLINS Hugh, The Impact of The Human Rights Law on Contract Law in Europe, University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Paper No. 13/2011, Nisan 2011, s. 5 vd., <http://www.ssrn.com/abstract=1837429> (Erişim Tarihi 16.03.2012)

ÇELİK Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2010

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010

HATEMİ Hüseyin/**GÖKYAYLA** Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011

HAVUTÇU Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003

HELVACI Serap, Gerçek Kişiler, İstanbul 2012, (HELVACI, Kişiler)

HELVACI Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Korumaya Davalar (MK m. 24/a fıkra I/İMİK m. 28/a fıkra I), İstanbul 2001

İNAL H. Tamer, Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul 2009

KILIÇOĞLU Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış), Ankara 2011

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/**HATEMİ** Hüseyin/**SEROZAN** Rona/**ARPACI** Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2010, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU)

KUNTALP Erden, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, s. 81-102

OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul 2011

ÖZ Turgut, Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları, http://www.iku.edu.tr/TR/iku_gunce/HukukC1S1_2/HukukGunceC1S1_128.pdf, Erişim Tarihi: 16 03 2012 (128-151)

ÖZSUNAY Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1979

REHBINDER Manfred, Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması, Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Yeni Alman Yasası Üstüne (Çev. TEOMAN Ömer), Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, İÜHF, C. XLII, S. 1-4, İstanbul 1977, (641-653)

REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1.7.2012'de yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'ndaki değişikliklerde işlenerek güncelleştirilmiş ve genişletilmiş 22. Bası, İstanbul 2011

SEROZAN Rona, Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Düzeltilmesi, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, (1013-1030)

SİRMEN Lale, Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, s. 109-134

SÜZEK Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2010

TEKİNAY S. Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993

TEKİNAY Selahattin Sulhi, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992, (TEKİNAY, Kişiler)

TOPUZ Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, (1138-1174)

YALÇIN Onur, Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Geçerliliği, Ankara 2006

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası