



**ABONELİK SÖZLEŞMELERİNDE GENEL İŞLEM KOŞULLARININ
DENETİMİ**

YAĞMUR ÇAPRAK COŞKUN

EYLÜL 2021

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS TEZİ

ABONELİK SÖZLEŞMELERİNDE GENEL İŞLEM KOŞULLARININ
DENETİMİ

YAĞMUR ÇAPRAK COŞKUN

EYLÜL 2021

ÖZET

ABONELİK SÖZLEŞMELERİNDE GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

ÇAPRAK COŞKUN, Yağmur
Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi

Danışman: Doç. Dr. Emel BADUR
Eylül 2021, 207 sayfa

Abonelik sözleşmeleri, sürekli ya da düzenli aralıklarla bir mal ya da hizmetin abone tarafından edinilmesini sağlayan sözleşmelerdir. Tüm sözleşme tiplerinde karşılaşılabilen genel işlem koşulları abonelik sözleşmeleri içerisinde de yer almaktadır. Abone sözleşmede yer alan bu koşulları çoğu zaman anlayamamaktadır. Abonenin bu şartları anlaması ihtimalinde dahi genel işlem koşullarını değiştirme imkânı bulunmamaktadır. Bu sebeple çoğu zaman kendisine dayatılan bu şartlar altında abonelik sözleşmesine taraf olmakta ve sorunlarla karşılaşmaktadır. Özellikle tüketici aleyhine olacak şekilde abonelik sözleşmelerine konulan kayıtlar ile aboneler mağdur edilmektedir. Genel işlem koşullarının yer aldığı abonelik sözleşmelerinde sözleşme adaleti ve menfaat dengesinin abone aleyhine bozulduğundan abonenin korunması zorunlu hale gelmiştir. Tüketicinin korunmasına yönelik TKHK ve TBK’da yer alan düzenlemeler ile abone aleyhine sözleşmede yer alan genel işlem koşulları denetime tabi tutulmaktadır.

Bu çalışmada 6502 sayılı TKHK kapsamında tüketicilerin taraf olduğu abonelik sözleşmelerinde yer alan genel işlem koşulları inceleme konusu yapılmıştır. Çalışma üç bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde abonelik sözleşmelerinin tarihsel gelişimi, tanımı, unsurları, özellikleri, türleri ve sona erme sebepleri incelenmiştir. İkinci bölümde genel işlem koşullarının tanımı, unsurları, fayda ve zararları, hukuki niteliği, uygulama alanı, denetimi ve abonelik sözleşmelerinin

geçerliliğine etkisi incelenmiştir. Son bölümde ise, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin ‘‘Haksız Sözleşme Şartları’’ başlıklı Ek-1. maddesinde on yedi bent halinde sayılan sözleşme şartları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Abonelik sözleşmesi, Genel işlem koşulları, Haksız şart, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Türk Borçlar Kanunu, Denetim



ABSTRACT

INSPECTION OF GENERAL TERMS AND CONDITIONS IN SUBSCRIPTION AGREEMENTS

ÇAPRAK COŞKUN, Yağmur

M.A in Private Law

Supervisor: Assoc. Prof. Dr. Emel BADUR

September 2021, 207 pages

Subscription agreements are the types of agreements that provide subscribers an opportunity to have goods or services in regular intervals or continuously. General terms and conditions, which is common in all types of agreements, are included in subscription agreements as well. Subscriber can not comprehend these terms and conditions in most of the cases. Even if the subscriber understands the terms and conditions successfully, he/she does not have an opportunity to change them. For this reason, subscribers must comply with these terms and have problematic consequences. Subscribers are unjustly treated especially by adding terms against the benefits of the subscriber. Due to violation of fairness of the agreement and balance of interest in subscription agreements with general terms and conditions, protection of the subscriber has become a necessity. The terms and conditions that are against the subscriber are audited by the Consumer Protection Law and Turkish Code of Obligations.

In our thesis, we investigated the general terms and conditions in subscription agreements in the scope of article 6502 of Consumer Protection Law. The study consists of three parts. Historical development, definition, elements, properties, types and ending reasons of subscription agreements are discussed in the first part. In the second part, the effect of definition, elements, pros and cons, qualifications, applications and inspection of the general terms and conditions on the validity of

subscription agreements is investigated. The last part is about the Annex No. 1 of Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts titled “Unfair Agreement Terms” which contains 17 articles.

Keywords: Subscription agreement, General terms and conditions, Unfair term, Consumer Protection Law, Turkish Code of Obligations, Inspection.



TEŞEKKÜR

Başta tez konusunun belirlenmesi olmak üzere, bu çalışmanın her aşamasında düşünceleri ve deneyimleriyle yardım ve katkılarını sunan değerli tez danışmanım Doç. Dr. Emel BADUR'a,

Tezin en başından itibaren manevi desteğini benden esirgemeyen yol arkadaşım Uğur COŞKUN'a,

Ayrı yerlerde ve ayrı alanlarda olan çalışmalarımızın aynı süreçlere rastladığı ve birbirimize içerisinde bulunduğumuz süreçlerde çok sevdiğimiz "*Olmak istediğin hayatı yaşayan o büyükler; kendi zamanlarının kahramanlarıdır. Senin sıran geldiğinde dünya değişmiş olacak. İyi hazırlan...*" söz ile destek olduğumuz ablam Damla ÇAPRAK UYSAL ile kardeşim Çağla Su ÇAPRAK'a,

Bana olan inancı ve güveniyle her zaman yanımda olan hayattaki en büyük dostum ve meslektaşım olan Çubuk Adliye'si değerli Hâkimi Kübra SONDAŞ'a,

Ve belki hayatta en büyük şansım olan, emekleri ve hayata bakış açısıyla bugünlere gelmemi sağlayarak her daim yanımda olan emektar annem Hayriye ÇAPRAK ile sevgi dolu kahraman babam Yılmaz ÇAPRAK'a teşekkürü borç bilirim. Bu başarı sizlerin, en büyük teşekkürü sizler hak ediyorsunuz.

İÇİNDEKİLER

TEZDE İNTİHAL OLMADIĞINA DAİR BEYAN SAYFASI	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT	vi
TEŞEKKÜR	viii
İÇİNDEKİLER	ix
SİMGELER VE KISALTMALAR LİSTESİ.....	xiii
GİRİŞ	1
BÖLÜM I.....	3
TÜKETİCİ SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ABONELİK SÖZLEŞMELERİ.....	3
1.1 ABONELİK SÖZLEŞMELERİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ	3
1.2 ABONELİK SÖZLEŞMELERİNDE TÜKETİCİNİN KORUNMA NEDENLERİ.....	7
1.3 ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI.....	11
1.4 ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI.....	12
1.4.1 Satıcı veya Sağlayıcı	12
1.4.2 Abone	16
1.5 ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI	22
1.5.1 Konu Unsuru	22
1.5.1.1 Sözleşme Konusu Mal	22
1.5.1.2 Sözleşme Konusu Hizmet.....	25
1.5.1.3 Mal veya Hizmetin Sürekli veya Düzenli Aralıklarla Sunulması	27
1.5.2 Bedel Unsuru.....	28
1.5.3 Anlaşma Unsuru	30
1.6 ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ VE ZORUNLU İÇERİĞİ.....	33
1.6.1 Şekli.....	33
1.6.2 Zorunlu İçeriği.....	36

1.7 ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ	40
1.7.1 Sürekli Borç Doğuran Sözleşme Olması.....	40
1.7.2 Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Olması	41
1.7.3 Standart Sözleşme Olması.....	42
1.7.4 Bir Malın Devrini veya Bir İş Görme Edimini İçermesi.....	46
1.8 ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ	47
1.8.1 Belirli Süreli ve Belirsiz Süreli Abonelik Sözleşmeleri.....	47
1.8.2 Taahhütlü ve Taahhütsüz Abonelik Sözleşmeleri.....	48
1.9 ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ.....	51
1.9.1 Hukuki İşleme Sona Erme Halleri	52
1.9.1.1 Tarafların Anlaşması	52
1.9.1.2 Fesih.....	53
1.9.1.2.1 Olağan Fesih.....	53
1.9.1.2.2 Olağanüstü Fesih	55
1.9.1.2.3 Fesih Bildiriminin Şekli	57
1.9.1.2.4 Feshin Sonuçları	58
1.9.2 Kendiliğinden Sona Erme Halleri	60
1.9.2.1 Sürenin Sona Ermesi	60
1.9.2.2 İfanın İmkansızlaşması	62
1.9.2.3 Ölüm, Fiil Ehliyetinin Sınırlandırılması ya da Kaybı, Aciz Hali	63
BÖLÜM II	65
GENEL İŞLEM KOŞULLARI.....	65
2.1 ÜLKEMİZDEKİ DÜZENLEMELERDE KULLANILAN TERİMLERİN BAĞDAŞTIRILMASI VE SİSTEMATİK SORUNU.....	65
2.2 GENEL İŞLEM KOŞULLARININ TANIMI.....	67
2.3 GENEL İŞLEM KOŞULLARININ UNSURLARI	69
2.3.1 Bir Sözleşmenin Koşulunu ve Kural Olarak Yan Edimin Konusunu Oluşturmaları	70
2.3.2 Önceden Tek Yanlı Olarak Belirlenmesi (Hazırlanması)	73
2.3.3 Genel ve Soyut Nitelikte Olması.....	76
2.3.4 Çok Sayıda Sözleşmede Kullanmak Amacıyla Hazırlanması.....	77
2.3.5 Müzakere Edilmemiş Olması	78
2.4 GENEL İŞLEM KOŞULLARININ FAYDA VE ZARARLARI.....	81

2.4.1 Faydaları.....	82
2.4.2 Zararları.....	84
2.5 GENEL İŞLEM KOŞULLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ	86
2.5.1 Norm Teorisi	86
2.5.2 Örf Adet veya Teamül Görüşü	88
2.5.3 Sözleşme Teorisi	89
2.6 GENEL İŞLEM KOŞULLARININ UYGULAMA ALANI	90
2.6.1 Kişi Bakımından.....	90
2.6.2 Konu Bakımından	92
2.6.3 Zaman Bakımından	94
2.7 GENEL İŞLEM KOŞULLARININ SÖZLEŞME HUKUKU İÇERİSİNDEKİ TASNİFİ	98
2.7.1 Riziko Açıklaması Olarak İlişkilendirme Beyanı	99
2.7.2 Düzenleme Yetkisi Olarak İlişkilendirme Beyanı	100
2.8 GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ.....	100
2.8.1 İdari Denetim.....	100
2.8.2 Yargısal Denetim.....	102
2.8.3 Yürürlük Denetimi	103
2.8.3.1 Genel Olarak.....	103
2.8.3.2 Yürürlük Denetiminin Unsurları	105
2.8.3.2.1 Genel İşlem Koşullarının Varlığı Hakkında Karşı Tarafta Bilgi Verme ve Öğrenme İmkânı Sağlama	105
2.8.3.2.2 Sözleşmenin Karşı Tarafının Kabul Beyanı	114
2.8.3.2.2.1 Tam Kabul.....	114
2.8.3.2.2.2 Global Kabul	115
2.8.3.2.2.3 Örtülü Kabul.....	116
2.8.3.3 Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları	117
2.8.3.4 Yürürlük Denetiminin Hukuki Sonuçları	120
2.8.4 Yorum Denetimi.....	125
2.8.4.1 Genel Olarak.....	125
2.8.4.2 Genel İşlem Koşullarının Yorumunda İzlenecek Yöntemler	132

2.8.4.2.1	Sübjektif ve Objektif Yorum Yöntemi	132
2.8.4.2.2	Belirsizlik Halinde Yorum İlkesi.....	134
2.8.4.2.3	Daraltıcı Yorum İlkesi	135
2.8.5	İçerik Denetimi.....	136
2.8.5.1	Genel Olarak.....	136
2.8.5.2	İçerik Denetimi Kriteri: Karşı Taraf Aleyhine ya da Karşı Taraflın Durumunu Ağırılaştıran Derecede Dürüstlük Kuralına Aykırı Olma	143
2.8.5.3	Tek Yanlı Şekilde Değişirme Yasağı	146
2.8.5.4	İçerik Denetiminin Sınırı	149
2.8.5.5	İçerik Denetiminin Hukuki Sonuçları.....	150
2.9	GENEL İŞLEM KOŞULLARININ ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ	153
BÖLÜM III	154
ABONELİK SÖZLEŞMELERİNDE HAKSIZ ŞART OLARAK KABUL EDİLEN BAZI KOŞULLAR	154
3.1	SÖZLEŞMENİN KURULMASI VE İFASI İLE İLGİLİ KAYITLAR.....	157
3.2	GİRİŞİMCİNİN SORUMLULUĞUNU KISITLAYAN VEYA KALDIRAN KAYITLAR.....	163
3.3	SÖZLEŞMENİN SONA ERDİRİLMESİ İLE İLGİLİ KAYITLAR.....	166
3.4	USUL HUKUKU İLE İLGİLİ KAYITLAR.....	169
SONUÇ	173
KAYNAKÇA	178
ÖZGEÇMİŞ	192

SİMGELER VE KISALTMALAR LİSTESİ

Kısaltmalar

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
a.g.t.	: Adı geçen tez
AB	: Avrupa Birliği
ADSL	: Asymmetric Digital Subscriber Line (Asimetrik Sayısal Abone Hattı)
ASY	: Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
bkz.	: Bakınız
BTK	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
CD	: Compact Disc (Yoğun Disk)
dn.	: Dipnot
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DPDMHY	: Doğalgaz Piyasası Dağıtım ve Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği
DVD	: Digital Versatile Disc (Çok Amaçlı Sayısal Disk)
E.	: Esas
Ed.	: Editör
EHK	: Elektronik Haberleşme Kanunu
EHSTHY	: Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği
EPDK	: Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
ERÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ET.	: Erişim Tarihi
eTTK	: Eski Türk Ticaret Kanunu
f.	: fıkra
HD	: Hukuk Dairesi

HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
m.	: Madde
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa Aralığı
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TV	: Televizyon

GİRİŞ

Abonelik sözleşmeleri, düzenli ya da sürekli aralıklarla bir mal ya da hizmetin abone tarafından edinilmesini sağlayan sözleşmelerdir. Elektronik haberleşme, elektrik, su, doğalgaz gibi temel gereksinimlerin giderilmesi adına aboneler bu sözleşmelerin tarafı olduğu gibi gazete, dergi, makale gibi hizmetlerden yararlanmak adına da abonelik sözleşmelerinin tarafı olmaktadır. Günümüzde özellikle teknolojiye yaşanan gelişmeler sonucu dijital platform üyeliklerinin sunmuş olduğu hizmetlerden yararlanmak için abonelik sözleşmelerinin yapıldığı görülmektedir.

Sanayi devrimi ve özellikle seri üretimin yaygınlaşması sonucu ortaya standart sözleşmeler çıkmıştır. Standart sözleşmeler, doktrinde tamamının veya bir kısmının genel işlem koşullarından oluştuğu sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır. Önceden ve tek yanlı biçimde hazırlanan bu sözleşmeler sözleşmenin karşı tarafı ile müzakere edilmemekte ve genellikle karşı taraf aleyhine hükümler içermektedir. Tüm sözleşme tiplerinde karşılaşılabilen genel işlem koşulları abonelik sözleşmeleri içerisinde de yer almaktadır. Abone tarafı olmak istediği sözleşmede bu koşulları çoğu zaman okumamakta okusa dahi genel işlem koşullarının oldukça karmaşık ve okunsa dahi anlaşılamayacak biçimde hazırlanması sebebiyle anlayamamaktadır. Abonenin bu şartları anlaması ihtimalinde dahi değiştirme imkânı olmadığından çoğu zaman kendisine dayatılan bu şartlar altında abonelik sözleşmesine taraf olmakta ve sorunlarla karşılaşmaktadır. Özellikle tüketici aleyhine olacak şekilde abonelik sözleşmelerine, sözleşmenin kurulması ve ifası, girişimcinin sorumluluğunun kısıtlanması ya da kaldırılması ve sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin kayıtlar konularak aboneler mağdur edilmektedir. Abonenin pazarlık imkânı olmaksızın taraf olduğu abonelik sözleşmelerinde bilgi düzeyi ve ekonomik güç bakımından sözleşmenin zayıf tarafını oluşturması ve genel işlem koşullarının yer aldığı sözleşmelerde sözleşme adaleti ve menfaat dengesinin satıcı ya da sağlayıcı yararına olması abonenin korunması zorunluluğunu ortaya koymuştur. Bu kapsamda 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da tüketicinin korunmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmektedir. Ancak hüküm bulunmayan hallerde genel kanun

niteliğinde olması sebebiyle Türk Borçlar Kanunu m.20-25 aralığında düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin maddeleri uygulama alanı bulacaktır. TKHK ve TBK'da yer alan bu düzenlemeler ile abone aleyhine sözleşmede yer alan genel işlem koşulları denetime tabi tutulmaktadır.

Abonelik sözleşmelerinin tarafı her zaman tüketici olmamakta tacirler de abonelik sözleşmesinin tarafını teşkil edebilmektedir. Fakat çalışmanın kapsamı Tüketici Hukukuna özgü abonelik sözleşmeleri ile sınırlandırıldığından 6502 sayılı TKHK kapsamında tüketicilerin taraf olduğu abonelik sözleşmeleri inceleme konusu yapılacaktır.

Çalışmanın birinci bölümünde ilk olarak abonelik sözleşmelerinin düzenlenme amacını bilmek açısından abonelik sözleşmelerinin tarihsel gelişimi incelenecek ve tüketicinin korunma nedenleri ele alınacaktır. Daha sonra abonelik sözleşmesinin tanımı, unsurları, şekli, zorunlu içeriği, özellikleri ve uygulanacak hükümlerin değişkenlik göstermesi sebebiyle türleri TKHK, Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği, doktrindeki görüşler ve yargı kararları ışığında incelenecektir. Bu bölümde son olarak, abonelik sözleşmesinin hukuki işlemle ve kendiliğinden sona erme sebepleri ayrı ayrı ele alınarak incelenecektir.

Çalışmanın ikinci bölümüne ilk olarak genel işlem koşulları ile ilgili Türk Hukuku'ndaki düzenlemelerde kullanılan terimler ve bu terimlere karşı öğretilerdeki görüşler incelenerek başlanılacaktır. Daha sonra TBK, doktrindeki görüşler ve yargı kararları ışığında genel işlem koşullarının tanımı, unsurları, fayda ve zararları, hukuki niteliği, uygulama alanı ve sözleşme hukuku içerisindeki tasnifi ele alınacaktır. Bu bölümde son olarak, genel işlem koşullarının denetimi ve genel işlem koşullarının abonelik sözleşmelerinin geçerliliğine etkisi incelenerek doktrindeki görüşler ve yüksek yargı kararları aktarılmaya çalışılacaktır.

Çalışmanın son bölümünde ise, TKHK'nin yönetmeliğe atıf yapmasının sonucu olarak Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin "Haksız Sözleşme Şartları" başlıklı Ek-1. maddesinde on yedi bent halinde sayılan sözleşme şartları doktrindeki görüşler ve yargı kararları ışığında incelenecektir.

BÖLÜM I

TÜKETİCİ SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ABONELİK SÖZLEŞMELERİ

1.1 ABONELİK SÖZLEŞMELERİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

TKHK'da abonelik sözleşmelerinin düzenlenme amacı ile bu düzenlemelerin ne tür sorunları çözme amacı taşıdığını bilmek açısından abonelik sözleşmelerinin tarihsel gelişiminin incelenmesi gerekmektedir.

Sözleşme tiplerinin kanunla düzenlenmesi gerekliliği doğuran sebeplere bakıldığında çoğu zaman tarihi sebepler nedeniyle bu ihtiyacın doğduğu görülmektedir.¹ Tüketici sözleşmeleri açısından ayrıca ve özel olarak düzenlenme sebeplerine göz atıldığı takdirde yine çoğunlukla tarihi sebeplerin karşımıza çıktığı görülmektedir.²

Dünyada yaşanan gelişmelere kısaca bakıldığında özellikle seri üretime geçiş aşamasından sonra olmak üzere sanayi devriminden sonra meydana gelen üretimde artışın tüketime de yansıdığı görülmektedir. Başlarda temel ihtiyaçların karşılanabilmesi adına araç olan tüketim, günümüzde artık amaç haline gelmektedir.³ Sanayi devrimi ile meydana gelen tüketimdeki artış bir yandan toplumların refah seviyesini arttırırken diğer yandan tüketici ve satıcı arasındaki dengeyi satıcı yararına bozmuş, tüketici kitlelerinin aksine bilgi ve ekonomik açıdan zayıf konumda olan tüketiciler karşısında tek taraflı olarak tüketici sözleşmeleri hazırlayan satıcıların

¹ Cevdet YAVUZ (2014), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayıncılık, 10. Baskı, (Hazırlayanlar: YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak), İstanbul, s. 3 vd.; Cevdet YAVUZ (2019), *Borçlar Hukuku Dersleri(Özel Hükümler)*, Beta Yayıncılık, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 16. Baskı, (Hazırlayanlar: YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak), İstanbul, s. 3 vd.; Haluk TANDOĞAN (2008), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1*, Vedat Kitapçılık, 5. Basımdan 6. Tıpkı Basım, İstanbul, 2008, s. 8.; Gökhan BAKAR (2015), *Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret Ve Tabi Olduğu Hükümler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 3.

² Yakup BAL (2019), *6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Abonelik Sözleşmeleri*, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s.5.

³ İ. Yılmaz ASLAN (2015), *6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, Ekin Yayınevi, 5. Baskı, Bursa, s.1.

ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir.⁴ Böylece sözleşme serbestisi ilkesi⁵ sadece satıcı yararına olacak şekilde kullanılabilir hale gelmiş ve tüketicinin korunması hususunu zorunlu kılmıştır.⁶

Hukukumuzda ilk olarak 1971 yılında tüketicilerin korunması hususunun kanuni zemine oturtulması maksadı ile somut adım atılmıştır. İlk tüketiciyi koruma kanun tasarısı 1971 yılında hazırlanmış ve ‘‘Tüketicinin Korunması İçin Ticaret Konusu Mal ve Hizmetlerle İlgili Faaliyetlerin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı’’ adıyla meclise sevk edilmiş ancak gündeme getirilememesi nedeniyle kadük olmuştur.⁷ Yine tüketicinin korunması maksadıyla 1980 sonrası pek çok tasarı hazırlanmış ancak kanunlaşmamıştır.⁸

1990’lı yıllara gelindiğinde, tüketici örgütlerinin ortaya çıkması ile birlikte tüketicinin korunmasına yönelik çalışmalar hızlanmış ve 08.09.1995 tarihinde 4077 sayılı TKHK yürürlüğe girmiştir. 4077 sayılı TKHK, tüketiciyi koruyan ilk derli toplu kanun olması sebebiyle azımsanamayacak bir boşluğu doldurmakla birlikte teknik bakımında pek çok eleştiri almıştır.⁹ 4077 sayılı TKHK, yürürlüğe giriş tarihi olan 08.09.1995’ten itibaren pek çok değişikliğe uğramıştır.¹⁰

Nihayet TTK ile TBK köklü bir değişikliğe uğrayarak değişmesi sebebiyle bu iki kanun ile birçok ortak hükmü bulunan 4077 sayılı TKHK’de bu kanunlara uyum sağlanması adına değişiklik yapılması gerekliliğinin kaçınılmaz olması, 4077 sayılı Kanunun uygulama sürecinde karşılaşılan sorunların giderilmesi, satış yöntemlerinin sürekli olarak değişmesi ve yeni satış türlerinin ortaya çıkması (ki kanun değişikliğinin en temel sebebi olarak kabul edilmektedir), AB yönergelerine tam uyumun

⁴ Yakup BAL (2019), agt. s.6.

⁵ Sözleşme serbestisi, kural olarak kişinin sözleşme yapmak isteyip istememekteki özgürlüğü ile sözleşme yapmak istemesi halinde sözleşmenin karşı tarafını özgürce seçebilmesini ifade etmektedir. M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:1*, Vedat Kitapçılık, Güncellenip Genişletilmiş 18. Bası, İstanbul, s.25.; Fikret EREN (2020), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 25. Baskı, Ankara, s.18.

⁶ Güneş KOCA (2004), *Tüketicinin Korunması Açısından Abonelik Sözleşmeleri*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, s.13.; Yeşim ATAMER (1996), ‘‘Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması’’, *İÜHFMD*, C. LV, s.422-423.

⁷ Ahmet KARAKOCALI ve Ali Suphi KURŞUN (2015), *Tüketici Hukuku (6502 sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre)*, Aristo Yayınevi, İstanbul, s.5.

⁸ Güneş KOCA (2004), agt. s.9; Yakup BAL (2019), agt. s.7.

⁹ Murat AYDOĞDU (2013b), ‘‘6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz’’, *DEÜHFMD*, C.15, S.2, s.3.

¹⁰ 4077 sayılı TKHK, ‘‘Promosyon Kanunu’’ olarak bilinen 4226 sayılı Kanun ile değiştirilmiş, ardından 4822, 5179, 5217 sayılı Kanunlarla değiştirilmiş ve yine 5582 sayılı Kanun ile değişiklik ve eklemeler yapılmıştır.

sağlanması, mevcut cezaların bazılarının firmaları ekonomik anlamda ciddi anlamda zarara sokar iken, bazılarının amaca hizmet etmemesi, cezalandırmak yerine ıslah etme ve bilgilendirme anlayışının önem kazanması gibi sebeplerle¹¹ yeni bir kanun çıkarılması kaçınılmaz hale gelmiş, 28.11.2013 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 6502 sayılı TKHK yayım tarihinden altı ay sonra 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Konu çalışmanın kapsamı olan abonelik sözleşmeleri bağlamında incelenildiğinde 4077 sayılı TKHK’nin “Sürelî Yayınlar” başlıklı 11. maddesinin ilk düzenleme olduğu görülmektedir.¹² Madde metni incelenildiğinde abonelik sözleşmesinde yer alan fiyat ve niteliğe ilişkin şartlara aykırılık dolayısıyla abonenin sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebileceği ve tüketici tarafından talep edilen aboneliğe son verme arzusunun yerine getirilme esaslarına ilişkin düzenlemeler yer aldığı görülmektedir. 4077 sayılı TKHK’de yer alan abonelik sözleşmelerine ilişkin hüküm hukuki mahiyet ve kapsam açısından oldukça sınırlıdır.

4077 sayılı TKHK’de yer alan abonelik sözleşmelerine ilişkin düzenlemenin süreli yayınlar ile sınırlı kalmasının sebebi; o dönemlerde kamu hizmeti olan su, elektrik, doğal gaz veya hava gazı, sabit telefon gibi hizmetlerde abonelik sözleşmesi yöntemi kullanılsa da bu hizmetlerin genellikle kamu kurumları tarafından sunulması, bunun dışında abonelik sözleşmesinin bir de süreli yayınlar alanında yapılması ve tüketici açısından esas sorun yaratan abonelik sözleşmelerinin süreli yayınlar alanında karşıya çıkması olarak açıklanmaktadır.¹³

4077 sayılı TKHK’nin 11. maddesi, 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 17. maddesi ile değiştirilmiş, yine aynı kanunun 18. maddesi ile 4077 sayılı TKHK’nin 11. maddesinden sonra gelmek üzere 11/A maddesi eklenmiş ve abonelik sözleşmeleri

¹¹ Murat AYDOĞDU (2013b), agm. s. 4-5.; Murat AYDOĞDU (2014), *Tüketici Kılavuzu- Hukuk Rehberi*, XII Levha Yayınları, İstanbul, s.3-4.

¹² Bahsi geçen maddede; ‘Sürelî yayınlara abone olan tüketiciler, abonelik sözleşmesinde yer alan fiyat ve niteliğe ilişkin koşullara aykırı davranılması hallerinde, abone işlemlerini yapan sorumlu kişiye ya da yayın kurumuna isteklerini yazılı olarak bildirmek kaydıyla aboneliklerine tek taraflı olarak son verebilirler. Yayıncı, abone ücretinin geri kalan kısmını hiçbir kesinti yapmaksızın 15 gün içinde iade etmekle yükümlüdür.

Tüketicinin aboneliğe son verme isteği; yazılı bildirim satıcıya ulaştığı tarihten itibaren günlük yayınlarda 15 gün, haftalık yayınlarda 1 ay, aylık yayınlarda 3 ay sonra yürürlüğe girer. Daha uzun süreli yayınlarda ise, bildirimden sonraki ilk yayım müteakiben yürürlüğe konulur.” denilmektedir.

¹³ Musa KAMA (2019), *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Abonelik Sözleşmeleri*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s.5.

‘‘Abonelik Sözleşmeleri’’ üst başlığı ile artık bu madde metninde düzenlenmiştir. 4822 sayılı kanun ile eklenen 11/A maddesi¹⁴ ile yine abonelik sözleşmelerinin nasıl sona erdirileceği ve tüketicinin aboneliğe son verme isteğinin ne şekilde yerine getirileceğine ilişkin hususlar düzenlenmiş¹⁵ ancak önceki düzenlemeden farklı olarak yalnızca süreli yayınlara ilişkin değil her türlü abonelik sözleşmesinden söz edilmiştir. Değişiklik öncesi ve değişiklik sonrası madde metinleri karşılaştırıldığında; abonelik sözleşmesine son verme imkanının yalnızca süreli yayınlara ilişkin abonelik sözleşmeleri için değil her türlü abonelik sözleşmeleri için tanınmış olması, yine önceki madde metninde geçen abonelik sözleşmesinde yer alan fiyat ve niteliğe aykırılık dolayısıyla abonelik sözleşmesinin tek taraflı olarak sona erdirilebileceğine ilişkin hüküm yerine değişiklik ile sözleşmeyi sona erdirmeye istediğinin aboneler açısından istedikleri zaman gerçekleşebilmesi dolayısıyla 4822 sayılı kanun ile yapılan değişikliğin 4077 sayılı TKHK’ye göre daha geniş kapsamlı olduğunu söylemek mümkündür. Ancak yapılan düzenlemelere bakıldığında ne 4077 sayılı TKHK’de ne de 4822 sayılı kanun ile değişik 4077 sayılı TKHK’de abonelik sözleşmelerinin tanımı ya da abonelik sözleşmelerinin taraflarının sahip olduğu hak ve yükümlülüklerle ilişkin düzenlemelerin yer almadığı görülmektedir. Kama, abonelere tanınan, abonelik sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirmeye hakkının herhangi bir koşula bağlanmamış olmasının bir eksiklik olduğunu ifade etmektedir.¹⁶

Bahsi geçen tüm bu süreçlerin ardından 6502 sayılı TKHK’nin 52. maddesi ile abonelik sözleşmelerine ilişkin hükümlerde yeniden düzenleme yapılmış ve 6502 sayılı TKHK’nin 52. ve 84. maddelerine dayanılarak Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği¹⁷ çıkarılmıştır. 6502 sayılı TKHK’nin 52. maddesinde her ne kadar eksik olduğu gerekçesiyle doktrinde eleştirilmişse de¹⁸ abonelik sözleşmesinin tanımı

¹⁴ 4822 sayılı kanun ile eklenen 11/A maddesinde; ‘‘ Her türlü abonelik sözleşmelerine taraf olan tüketiciler, isteklerini satıcıya yazılı olarak bildirmek kaydıyla aboneliklerine tek taraflı son verebilirler.

Satıcı tüketicinin aboneliğe son verme isteğini, yazılı bildirim kendisine ulaştığı tarihten itibaren en geç yedi gün içinde yerine getirmekle yükümlüdür.

Süreli yayın aboneliğine son verme isteği ise; yazılı bildirim satıcıya ulaştığı tarihten itibaren günlük yayınlarda onbeş gün, haftalık yayınlarda bir ay, aylık yayınlarda üç ay sonra yürürlüğe girer. Daha uzun süreli yayınlarda ise, bildirimden sonraki ilk yayını müteakiben yürürlüğe konulur.

Satıcı, abone ücretinin geri kalan kısmını hiçbir kesinti yapmaksızın onbeş gün içinde iade etmekle yükümlüdür.’’ denilmektedir.

¹⁵ Kamil KADIOĞLU (2004), ‘‘4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da 4822 sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler Hakkında İnceleme’’, *TBB Dergisi*, S.55, s.309-310.

¹⁶ Musa KAMA (2019), agt. s.6.

¹⁷ 24.01.2015 tarihli ve 29246 sayılı R.G.

¹⁸ Bu konudaki eleştirilere aşağıda III numaralı ‘‘Abonelik Sözleşmesinin Tanımı’’ başlığı altında değinilecektir.

yapılmış, abonelik sözleşmesinin uzaması, abonelik sözleşmesinin feshi gibi konular düzenlenmiştir. Bu madde ile 4077 sayılı kanun döneminde yetersiz kalınan durumlar göz önüne alınmış ve ihtiyaçlara daha iyi cevap verebilmek adına süreli yayın aboneliği ile diğer abonelikler arasındaki ayırım ortadan kaldırılmış, daha genel ve eski kanuna nazaran detaylı bir şekilde ele alınmıştır.¹⁹ Yirmi sekiz maddeden oluşan Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği'nde ise abonelik sözleşmesinin şekli ve içeriği, tarafların yükümlülükleri, taahhütlü abonelik sözleşmeleri, abonelik sözleşmelerinin feshi ve sonuçlarına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Bu kanun ile 4077 sayılı TKHK zamanında eksik olan abonelik sözleşmesi tanımı ile tarafların hak ve yükümlülükleri konusundaki eksikliğin doldurulduğunu söylemek mümkündür.

Abonelik sözleşmelerinde ücretin veya toplam ücretin ne şekilde hesaplanacağına ilişkin bilgilendirmenin yer alması gerekliliğinin düzenlendiği 2011/83 sayılı Avrupa Birliği Direktifi 6/I-e maddesi dışında Avrupa Birliği Direktiflerinde abonelik sözleşmelerine ilişkin özel bir düzenleme yoktur.²⁰

1.2 ABONELİK SÖZLEŞMELERİNDE TÜKETİCİNİN KORUNMA NEDENLERİ

Abonelik sözleşmeleri tüketici sözleşmelerinin bir türü olup konuya genel olarak tüketicinin korunma nedenleri bağlamında bakıldığında; tüketicinin iradi, psikolojik ve ekonomik bakımından sözleşmenin güçsüz tarafını oluşturması, tüketim toplumu, üretim şekli ve teknoloji alanında yaşanan gelişmeler, ekonomik yoğunlaşma, reklam ve pazarlama tekniklerinde yaşanan gelişmeler gibi nedenler tüketicinin korunma nedenleri arasında sayılabilir.

Kapitalist sistem öncesi toplumlara bakıldığında üretimin temel ihtiyaçları karşılamak odaklı olduğu, belli bir mesleki bilgi ve kişisel becerilere dayandığı görülmektedir. Bu dönemde üretilen mallar yalın olup o malın yapımcısının kişisel becerisi de dahil olmak üzere kim tarafından, nasıl ve ne işe yaracak şekilde yapıldığı herkesçe bilinmektedir.²¹ Tarım devriminden sanayi devrimine geçişte yaşanan uzun bir sürecin ardından 18. yüzyılın ortalarında buharlı makinelerin icadıyla beraber çok

¹⁹ Kemal ERDOĞAN (2018), "Taahhütlü Abonelik Sözleşmesinin Sona Ermesi Ve Sonuçları", Özel Hukuk-Araştırma Makalesi, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.26, S.3, s.276-277.

²⁰ İlhan KARA (2015), *Tüketici Hukuku*, Engin Yayınevi, Ankara, s. 1071., Ebru CEYLAN (2016), "Abonelik Sözleşmeleri", *İçinde, Milli Şerh- 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Aristo Yayıncılık, İstanbul, s. 851.; Musa KAMA (2019), agt. s.8.

²¹ İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.28.

daha hızlı gelişmeler yaşanmış, küçük atölyeler yerini fabrikalara bırakarak üretimde makinelerin de kullanımıyla birlikte seri üretime geçilmiştir.²² Bu dönemde artık kişisel el becerileri ikinci plana itilmiş, emeğin payı sanayi ürünlerinde yerini sermaye, makine ve bilgiye bırakmış ve üretilen mallar yalın yapıda olmaktan çıkarak karmaşık bir yapı haline gelmiştir.²³ Üretim şekli ve teknolojiye yaşanan bu gelişmelerle (özellikle günümüzde son derece hızla artan teknolojik gelişmelerle) piyasaya sunulan mallarda tüketicinin sunulan bu malların kalitesini ya da uzmanlık gerektiren bilgileri anlaması oldukça zor hatta imkansız hale gelmiştir.

Tüketim eskiden kişisel ihtiyaçların karşılanması için bir araç iken günümüzde artık amaç haline gelmiştir. İnsanlar bir şey satın alırken buna ihtiyacı olup olmadığını düşünmemekte ve tüketimin ihtiyaca olan bağı koparak tüketim çılgınlığı meydana gelmektedir. Bu durumun tüketicinin iradi ve psikolojik açıdan zayıf konumda bulunmasının sonucu olarak ortaya çıktığı söylenilebilir.

Yine reklamcılıkta yaşanan gelişmeler sonucu reklamlar kişinin iradesini bozacak derecede bilimsel ve ince bir hal almıştır.²⁴ Artık reklamlarda her çeşit mal tanıtılmakla ve bununla birlikte tüketicinin bilinçaltına o malın ihtiyaç olduğu veya alınması gerektiği işlenmektedir.²⁵ Özellikle kapıdan satışlarda ürünlerin nasıl satılacağı konusunda görevli kişiler özel eğitimlerden geçerken tüketici satın alma konusunda uzmanlaşmamış ve güçsüz konumda bulunmaktadır.²⁶ Çoğu zaman tüketiciler malın kendisine sunulmuş şekli ve reklamların etkisine kapılarak satın aldığı mal veya hizmetin kalitesine, özelliklerine ilişkin bilgisi olmadan, şartların zarar veya tehlikelerinin farkında olmadan karar vermektedir. Böylesi sağlıksız bir irade ile karar veren kişinin zarara uğrama riski ise oldukça yüksektir.²⁷

Yasalarla korunmadığı sürece serbest rekabet düzeni yerini tekelleşmeye bırakmakta ve işletmelerin büyüklükleri dev boyutlara ulaşmaktadır. Bunun sonucu

²² Mehmet ÖZKAN, Arzu AL ve Serkan YAVUZ (2018), ‘‘Uluslararası Politik Ekonomi Açısından Dördüncü Sanayi-Endüstri Devrimi’nin Etkileri ve Türkiye’’, *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi*, dergipark, C.1, S.1, s.5.

²³ Bilge ÖZTAN (1982), *İmalatçının Sorumluluğu*, Turhan Kitabevi, Ankara, s.6.

²⁴ Reha POROY (1978), ‘‘Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları’’, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, Fakülteler Matbaası, İstanbul, s.516.; Bilge ÖZTAN (1982), age. s.9.

²⁵ Celal GÖLE (1983), *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, s.33.; İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.31.

²⁶ age. s.31.

²⁷ Fatma Zeynep ALTINER YOLCU (2018), ‘‘Tüketicinin Korunması Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Bu Gelişimin Türk Hukukuna Yansıması’’, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.24, S.2, s.1114.

olarak ise tüketicilerin dev işletmelere karşı koyacak sosyal ya da ekonomik gücü bulunmamaktadır.²⁸

Bütün bu nedenlere tüketicinin oldukça zayıf talep gücü ile çok fazla sayıda satıcının karşısına çıkması ve bu nedenle alternatifler arasında deneme ya da karşılaştırma yapma imkânının bulunmaması, ispat araçlarına doğrudan sahip olamaması, hukuki tavsiye alamama ve yargılama giderlerinin rizikosuna katlanamaması nedeniyle ekonomik bakımdan zayıf konumda olması; tüketicilerin ihtiyaçlarını yeterli şekilde tanımlayamaması, teknik uzmanlıktan yoksun olması nedeniyle iradi bakımdan zayıf konumda olması, tüketicinin objektif karar verme konusunda bir ölçüğünün olmaması, gereksinimlerinin uyarılabilir dahası yapay bir biçimde ortaya çıkarılabilir olması nedeniyle psikolojik bakımdan zayıf konumda olması gibi nedenler eklendiğinde tüketicinin korunması kaçınılmaz hale gelmektedir.²⁹ Fakat Tüketici Hukukunda da diğer hukuk dallarındaki gibi nihai amaç toplum yararı olup tüketicinin korunması ekonomik anlamda bu yükün taşınabilmesi imkânıyla sınırlı olarak gerçekleştirilmektedir. Nitekim tüketici korunurken verimlilik ve üretim gerekliliği de ihmal edilmemeli ve tüketiciler ile onlara bu mal veya hizmetleri sunanlar arasında bir denge kurulmalıdır.³⁰

Konu abonelik sözleşmeleri özelinde incelendiğinde ise, abonelik sözleşmelerinde de sözleşmeye konu mal veya hizmetin ayıplı olması, satıcının temerrüdü gibi durumlarla karşılaşılabildiğinden yine tüketicinin korunması ihtiyacı doğmaktadır.³¹ Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlara İlişkin 93/13/AET sayılı AB yönergesinde hakları standart sözleşmelerde eşit olmayacak şekilde sözleşme dışı bırakan şartlara karşı tüketicilerin korunması gerektiği hususu vurgulanarak bu hususa değinilmiştir.³²

Burada abonelik sözleşmelerinde tüketicinin korunması gerekliliği yalnızca sözleşme öncesi koruma olarak anlaşılmalıdır. Bahsi geçen koruma, sözleşme öncesi ve sözleşmenin hazırlanması aşamasından başlayan, sözleşme süresi boyunca

²⁸ İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.32.

²⁹ Çağlar ÖZEL (2019), *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, s.32-39.

³⁰ Lale SİRMEN (2013), "Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri", *Journal of Yasar University* 8 (2013), s. 2467.

³¹ Abonelik sözleşmelerinde, tüketici kendi edimini ifa etmesine karşın karşı tarafın edimini ifa etmemesi riski ile karşı karşıya kalmaktadır. Bkz. Feyza ÖZTÜRK (2019), "Sürelî Yayın Aboneliği Sözleşmesi", *İçinde, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Hükümlerine Göre Tüketici Hukuku Uygulamalarında Tüketicinin Korunması*, Ed. Selin Sert Sütçü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.95.

³² Seda ULAŞ KISA (2000), "Avrupa Topluluk Hukukunda Tüketici Hakları ve Tüketicinin Korunması", *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, Beta Yayıncılık, İstanbul, s.1184.

devam eden ve sözleşme sona erdiğinde de devam edecek nitelikte olan bir korumadır. Bu koruma çerçevesinde tüketiciye sözleşmenin şartları hakkında bilgi verilmelidir. Tüketicinin yapacağı sözleşmelerle ilgili tam olarak bilgilendirilmesine 6502 sayılı TKHK’de büyük önem verilmiş, bu kapsamda kanunun 4. maddesinde tüketicinin sözleşme yaparken ne şekilde ve hangi hususlarda bilgilendirilmesi gerektiği düzenlenmiş ve bu hususlara aykırı hareket edilmesi halinde 77/1. Maddede yaptırım olarak idari para cezası öngörülmüştür.³³

Tüketici Hakları Evrensel Beyannamesi’ne göre tüketicilerin; sağlık ve güvenliğin korunması hakkı, temel gereksinimlerin karşılanması hakkı, bilgilendirilme hakkı, tazmin edilme hakkı, ekonomik çıkarların korunması ve seçme hakkı, eğitime hakkı, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ve temsil edilme hakkı olmak üzere sekiz temel hakkı olup söz konusu beyanname Birleşmiş Milletler tarafından da kabul edilmiştir.³⁴

Sağlık ve güvenliğin korunması hakkı, yaşam ve sağlık açısından tüketiciye sunulan her çeşit mal ve hizmetin tüketicilere zarar vermeyecek nitelikte olmasını ve tüketicinin tehlikeli veya riskli olan mal ve hizmetlere karşı korunmasını ifade etmektedir.³⁵

Temel gereksinimlerin karşılanması hakkı, insanın insan olması sebebiyle gereken ve hayatını idame ettirebilmesi için gerekli olan ihtiyaçlarını karşılayabilmesini ifade eder.

Bilgilendirilme hakkı, satın alınacak olan tüm mal ve hizmetlere ilişkin bilgilerin satan kuruluşlar tarafından tutarlı, doğru ve eksiksiz olarak tüketiciye teslimini ifade etmektedir.³⁶ Abonelik sözleşmelerinin satıcı veya sağlayıcı tarafından önceden tek yanlı olarak hazırlanan standart sözleşmelerden olması sebebiyle bilgilendirilme hakkı çok büyük öneme sahiptir.

Tazmin edilme hakkı, öngörülen nitelikte olmayan, ayıplı veya hatalı olarak satın alınan mal veya hizmetlerde; ayıplı malın değiştirilmesi, geri alınması, ayıplı hizmetin yeniden görülmesi gibi ayıpların ve bu ayıpların neden oldukları her türlü maddi ve manevi zararların talep edilebilmesini ifade etmektedir.³⁷

³³ İsmail Yılmaz ASLAN (2016), *Bankacılar İçin Tüketici Hukuku*, Bankalararası Kart Merkezi, <https://bkm.com.tr/wp-content/uploads/2016/08/TUKETICI-HUKUKU-KITABI-low.pdf>, s.14.

³⁴ İlhan KARA (2015), age. s.32.

³⁵ Çağlar ÖZEL (2019), age. s.49.

³⁶ Yahya DERYAL ve Yakup KORKMAZ (2015), *Yeni Tüketici Hukuku Ders Kitabı*, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, s.17.

³⁷ İlhan KARA (2015), age. s.136; Çağlar ÖZEL (2019), age. s.50-51.

Ekonomik çıkarların korunması hakkı, çeşitli mal ve hizmetler arasında tüketicilerin kendi ihtiyaçlarını gelir düzeyine göre karşılaması, alternatiflerin artırılması ile kaliteli ve ucuz olarak istedikleri mal ve hizmetleri satın alabilmesini ifade etmektedir.³⁸

Eğitilme hakkı ise, tüketiciye ihtiyaçlarını belirleme, alışveriş teknikleri ve diğer hususlarda gerekli eğitimin verilmesi yoluyla tüketicinin daha sağlıklı ve bilinçli bir şekilde mal ve hizmet almasını sağlamayı ifade etmektedir.³⁹ Burada tüketicinin bilgilendirilmesi ve eğitimi kavramlarının birlikte kullanıldığı görülmekteyse de bu iki kavram birbirinden farklı şeyleri ifade etmektedir. Şöyle ki; tüketicinin eğitimi genel eğitim politikasının bir parçası olarak tüketiciye tüketici bilinci verilmesiyle ilgili bir kavram iken tüketicinin bilgilendirilmesi, satıcı ile üreticiye yüklenen sorumluluklar ile pazardaki mallara ilişkin olarak tüketicinin bilgilendirilmesine ilişkin bir kavramdır.⁴⁰

1.3 ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

6502 sayılı TKHK'nin 52. maddesi ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan ASY'nin 4. maddesinin 1. fıkrasında abonelik sözleşmeleri; ‘‘ *Tüketicinin, belirli bir mal veya hizmeti sürekli veya düzenli aralıklarla edinmesini sağlayan sözleşmelerdir.*’’⁴¹ şeklinde tanımlanmıştır. Madde metninden anlaşılacağı üzere abonelik sözleşmeleri, sözleşmenin taraflarından biri olan tüketici yani abone açısından tanımlanmıştır. Burada tüketici bir mal veya hizmeti sürekli ya da düzenli aralıklarla edinmek amacıyla sözleşme kurmaktadır. Örneğin, dergi, gazete aboneliğinde mal düzenli aralıklarla edinilirken; elektrik, su, doğalgaz, internet, telefon aboneliğinde mal ve hizmet sürekli şekilde edinilmektedir.⁴² Madde metninde yer alan diğer bentler incelendiğinde sözleşmenin karşı tarafının satıcı ya da sağlayıcı olduğu görülmektedir. Sözleşmenin konusunu bir hizmetin sunulmasının oluşturması halinde sağlayıcı, bir malın devrini oluşturması halinde ise satıcı ile abonelik sözleşmesi kurulmuş olacaktır. Abonelik sözleşmesine sağlayıcı veya satıcının

³⁸ Çağlar ÖZEL (2019), age. s.49.

³⁹ İlhan KARA (2015), age. s.134.

⁴⁰ Çağlar ÖZEL (2019), age. s.50; İsmail Yılmaz ASLAN (2016), age. s.12.

⁴¹ Özel nitelikte olan Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 3/1-b maddesinde ise abonelik sözleşmeleri: ‘‘ *İşletmeci ile abone arasında akdedilen ve işletmecinin bir bedel karşılığında dönemselsel ya da sürekli olarak bir hizmeti yerine getirmeyi veya mal teminini üstlendiği ya da her ikisini birden kapsayan sözleşmelerdir.*’’ şeklinde tanımlanmıştır.

⁴² Sezer ÇABRİ (2016), *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Adalet Yayınevi, s.858.

mesleki ya da ticari faaliyetin icrası kapsamında taraf olmalarının gerekmesi nedeniyle abonelik sözleşmesine sağlayıcı veya satıcının hangi amaç doğrultusunda taraf olduğu tespit edilmelidir.⁴³ TKHK'nin 3. maddesinde hizmet tanımlanmış olup, hizmetin ücret ya da menfaat karşılığında yapılması gerektiği belirtilmiştir. Yine abonelik sözleşmesine sağlayıcı ya da satıcının ticari ya da mesleki faaliyetin icrası kapsamında taraf olması gerekliliğinin sonucu olarak abonelik sözleşmesinin bedel karşılığında yapılması gerekmektedir. Kanunda yapılan tanım içerisinde bedel unsuruna yer verilmemesi eksiklik olarak görülmüş ve eleştirilere sebebiyet vermiştir.⁴⁴

Sonuç olarak abonelik sözleşmeleri, bedel karşılığında satıcının veya sağlayıcının sürekli veya düzenli aralıklarla tüketiciye karşı bir mal veya hizmeti temin etmeyi üstlendiği sözleşmeler olarak tanımlanabilir.

1.4 ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

Abonelik sözleşmesinin taraflarını satıcı ya da sağlayıcı ile abone oluşturmaktadır. Burada abone kavramının tüketici kavramından daha geniş bir kavram olduğunun belirtilmesinde fayda vardır.⁴⁵

1.4.1 Satıcı veya Sağlayıcı

TKHK 3/i maddesinde; “*Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.*” denilmek suretiyle satıcı, TKHK 3/i maddesinde ise, “*Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.*” denilmek suretiyle sağlayıcı kavramı tanımlanmıştır. Zevkliler/Özel, tüketicilere hizmet sunan kişilerin satıcı olarak adlandırılmasının Borçlar Hukuku'nda hizmet sunan kişilerin eser sözleşmesinde yüklenici, hizmet sözleşmesinde işçi, vekalet sözleşmesinde vekil olması nedeniyle Türk Borçlar Hukuku sistemine aykırı olduğunu, bu kişiler için mal sağlamak ile

⁴³ Musa KAMA (2019), agt. s.9.

⁴⁴ Seda ÖKTEM ÇEVİK (2015), ‘‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Abonelik Sözleşmesi’’, *İçinde, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı*, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s.346.

⁴⁵ Giriş bölümünde belirtildiği üzere çalışmanın kapsamı Tüketici Hukuku ve dolayısıyla TKHK kapsamında abonelik sözleşmeleri olduğundan çalışmada geçen abone kavramı ile aksi belirtilmedikçe tüketici sıfatına haiz abonelerden söz edilmektedir. Ancak bu husus yalnızca tüketicilerin abone olabileceği şeklinde anlaşılmalı, tüketici olmayan abonelerin de olabileceği bilinmelidir.

yükümlü satıcı kavramından farklı bir adlandırma yapılması gerekliliğini belirtmektedir.⁴⁶

Burada satıcı ve sağlayıcının gerçek ya da tüzel kişi olması ve ticari ya da mesleki amaçla mal ya da hizmeti sunması olarak iki temel özelliğinin bulunduğu görülmektedir.⁴⁷ Satıcı veya sağlayıcı, gerçek ya da tüzel kişi olabileceği gibi devletten hizmet alan işletme veya özel yönetim hizmetlerine tabi olan hizmetleri yürütmekle görevli kamu kuruluşları⁴⁸ da olabilmektedir.⁴⁹ Türk Hukukunda tüzel kişiler de tüketici sayılabilmekte bunun yanında satıcı ya da sağlayıcı konumunda olabilmekte dahası uygulamada çoğu kez tüzel kişiler satıcı ve sağlayıcı olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵⁰ Dergi, gazete gibi somut bir malı belli sürelerle sunmayı üstlenmiş bir kuruluş ya da şirket bu duruma örnek verilebilir.⁵¹ TTK'nin 16. maddesi bağlamında amacına ulaşmak için ticari işletme işleten vakıflar, dernekler, ticari şirketler⁵², özel kanunlara göre kurulmuş Kamu İktisadi Teşebbüsleri de tüketicilere mal ya da hizmet sunan satıcı ya da sağlayıcı konumunda olabilmektedir.⁵³ Yine elektrik, su, doğalgaz gibi malların teminine yönelik abonelik sözleşmelerinde köy idaresi ya da belediye gibi yerel yönetimler satıcı konumunda bulunmaktadır.⁵⁴

⁴⁶ Aydın ZEVLİLİLER ve Çağlar ÖZEL (2016), *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.97.

⁴⁷ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.44.

⁴⁸ EHK'nın 8/2. maddesi gereği, elektronik haberleşme hizmetlerinin öncelikle kurumca yetkilendirilen işletmecilerden karşılanması esas olup elektronik haberleşme hizmetleri kural olarak BTK tarafından yetkili kılınan işletmeciler tarafından karşılanacaktır. Yine DMHY'nin 38. maddesi gereği, doğalgaz piyasası abonelik sözleşmelerinde o bölgedeki doğalgaz dağıtım faaliyetini EPDK'dan lisans alan yetkili dağıtım şirketleri gerçekleştirecektir. Şüheda DALKA OKUMUŞ (2018), *Elektrik- Doğal Gaz Piyasaları Abonelik Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerde Yer Alan Genel İşlem Koşullarının Denetimi*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, s.113.

⁴⁹ Osman AÇIKGÖZ (2013), *Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s.63; Aydın ZEVLİLİLER ve Çağlar ÖZEL (2016), age. s.96; Sezer ÇABRİ (2016), age. s.44-46.

⁵⁰ Aydın ZEVLİLİLER ve Çağlar ÖZEL (2016), age. s.96; Musa KAMA (2019), agt. s.16.

⁵¹ Güneş KOCA (2004), agt. s.31.

⁵² “...Davacının kızının telefon abonelik sözleşmesini davalı sağlayıcı ile imzaladığı, davacının da bankaya otomatik ödeme talimatı vermek suretiyle bu aboneliğe ait telefon faturalarını ödediği uyumsuzluk dışı olan eldeki davada, davacının ödemeleri yapmakla ve davalı şirketin de yapılan bu ödemeleri kabul etmekle davacının tüketici sıfatını kazandığı, davalının ise 4077 sayılı TKHK kapsamında sağlayıcı olduğu, davanın dayanağı bireysel abonelik sözleşmesinin 4077 sayılı TKHK'nın 11/A maddesi kapsamında bir tüketici işlemi olarak düzenlendiği, abonelik sözleşmesinin iptal edilip edilmediğinin bir önemi olmadığından ve tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyumsuzluklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevli bulunduğundan, eldeki davaya bakmakla görevli mahkeme tüketici mahkemeleridir. Hal böyle olunca, yerel mahkemece yukarıda açıklanan hususlara değinilerek verilen direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, yerindedir.” Bkz. Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/3-450, K. 2019/1417, T.19.12.2019, <https://intranet.uyap.gov.tr>, E.T. 25.09.2020.

⁵³ Aydın ZEVLİLİLER ve Çağlar ÖZEL (2016), age. s.96.; Sezer ÇABRİ (2016), age. s.45.

⁵⁴ Musa KAMA (2019), agt. s.17.; Sezer ÇABRİ (2016), age. s.45.

Kanun metnine bakıldığında yalnızca ticari veya mesleki amaçla mal ya da hizmet sunanların değil bu kişiler adına veya hesabına hareket edenlerin de satıcı veya sağlayıcı olarak kabul edildiğinin belirtilmesi karşısında dolaylı ya da doğrudan temsilcinin yaptığı işlemlerin de tüketici işlemi sayıldığı görülmektedir. Çabri, satıcı ya da sağlayıcının doğrudan temsilci aracılığıyla hukuki işlem yapması halinde sözleşmeden doğan hak ve borçların temsil olunana ait olacağına ilişkin TBK 40/I maddesi karşısında satıcı ya da sağlayıcı adına işlem yapan doğrudan temsilcinin satıcı ya da sağlayıcı sayılmasına ilişkin hükmü eleştirmiş ve kanunun açık ifadesine karşın doğrudan temsilcinin satıcı ya da sağlayıcı olarak adlandırılmaması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁵

TKHK’de satıcı ve sağlayıcı kavramları tanımlanırken “*ticari veya mesleki amaç*” ifadesine yer verilmiş olması karşısında satıcı ve sağlayıcının ticari veya mesleki amaç ile hareket etmesi gerekmektedir. Doktrinde bu amaçlarla hareket eden satıcı veya sağlayıcının belirli nitelikleri taşıması aranmaktadır. Öncelikle ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden satıcının bir malı bir veya birkaç kez sunması, bu işin süreklilik arz etmesi halinde bu kişinin satıcı sayılamayacağı⁵⁶, ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden gerçek ya da tüzel kişilerin hukuki işlemlerinin mal ile hizmet piyasasında örgütlenerek yürütülen sürekli faaliyetleri kapsamında olması ve kazanç elde etmeye yönelik olarak yapılması gerektiği belirtilmiştir.⁵⁷ Satıcı ya da sağlayıcı mal ya da hizmet sunma eylemini ticari veya mesleki faaliyeti kapsamında yapmadığı takdirde ivaz elde etme amacı ile yapsa dahi yapılan işlem TKHK kapsamında olmayacaktır.⁵⁸ Yargıtay, 03.04.2006 tarihli bir kararında belediyenin arsası üzerine yaptırdığı inşattan davacı şahsın daire alması olayına ilişkin olarak, satım ilişkisinin belediyenin ticari ve mesleki faaliyeti kapsamında olmadığı gerekçesiyle söz konusu uyuşmazlığın Tüketici Mahkemesi’nde görülemeyeceğine hükmetmiştir.⁵⁹

⁵⁵ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.46.

⁵⁶ ZEVKLİLER/ÖZEL, yenisini almak için kullandığı aracını satan kişinin bu duruma örnek olarak gösterilebileceğini ve satıcı sayılamayacağını belirtmiştir. Bkz. Aydın ZEVKLİLER ve Çağlar ÖZEL (2016), age. s.97.

⁵⁷ Mustafa Alper GÜMÜŞ (2014), *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt:1(Madde 1-46)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.14; Sezer ÇABRİ (2016), age. s.48.; Aydın ZEVKLİLER ve Çağlar ÖZEL (2016), age. s.97.

⁵⁸ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.48.

⁵⁹ “...Somut olayda, davacı davalı Belediyenin arsası üzerine yaptırdığı inşattan bir daire almış olup, belediye arsa sahibi konumunda olmakla birlikte daire satımını mesleki ve ticari amaçla yaptığı da söylenemez. Satıcının mesleki ve ticari faaliyeti içinde olmayan satım ilişkisine dair davanın Tüketici Mahkemesinde görülmesi mümkün değildir. Bu duruma göre uyuşmazlığın çözümü genel mahkemelerin görevi içerisindedir. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Bu durumda mahkemece görevsizlik kararı verilmesi

Yine satıcı ya da sağlayıcı mal ya da hizmet sunumunu ticari veya mesleki faaliyeti doğrultusunda sunsa dahi mal ya da hizmet karşılığında para ile ölçülebilir bir karşılık ödenmediği takdirde satıcı ya da sağlayıcının yapmış olduğu hukuki işlem TKHK kapsamında olmayacaktır.⁶⁰ Burada satıcı ya da sağlayıcının esnaf ya da tacir oluşu durumu değiştirmeyecektir.⁶¹ Örneğin; spotify gibi telefonlara indirilen müzik dinleme uygulamalarının belli bir süre ücretsiz olarak hizmet vermesi halinde uygulamayı kullanan kişi tüketici sıfatını taşısa dahi hizmetin ücretsiz olarak verilmesi nedeniyle sunulan hizmet tüketici işlemi olarak nitelendirilemeyecektir. Bu nedenle hizmetle ilgili olarak bir sorunun gündeme gelmesi halinde TKHK değil genel hükümler (TBK) uygulanacaktır. Fakat burada belli bir süre ücretsiz olarak hizmet verme hususunun abonelik sözleşmesinde yer alıp almadığı hususuna dikkat edilmelidir. Şayet belli bir süre ücretsiz hizmet sunma hususu abonelik sözleşmesinde yer alıyor ise, baştan itibaren hukuki işlem tüketici işlemi olarak değerlendirilecek ve TKHK hükümleri uygulanacaktır.⁶²

Satıcıların mesleği olmayan işlere ilişkin olarak mal ya da hizmet sunması halinde ise, yapılan işlemin TKHK kapsamında olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre⁶³, bu tür satıcıların satış sonrası garanti belgesi verme, hizmet verme gibi yükümlülüklerini yerine getiremeyecek oluşu ve alıcı ile eşit konumda oldukları değerlendirildiğinde TKHK kapsamında kabul edilmemesi gerekir. Diğer bir görüşe göre⁶⁴ ise, burada mal ya da hizmet sunan kişinin bu işi kazanç elde etmek amacıyla sürekli olarak yapıp yapmadığı konusunda ikili ayırım yapılmalı ve şayet bu işi sürekli olarak yapıyor ise TKHK kapsamında kabul edilmeli, bu işi sürekli olarak yapmıyor ise ticari veya mesleki amaçla hareket etme unsuru olmadığı sonucuna varılarak TKHK kapsamında kabul edilmemelidir.

gerekirken tüketici mahkemesince davanın görülmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.” Bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 2007/1088, K. 2007/4648, T. 03.04.2006, <https://intranet.uyap.gov.tr>, E.T. 25.09.2020.

⁶⁰ Murat AYDOĞDU (2015), *Tüketici Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, s.64.; Hasan Seçkin OZANOĞLU (2000), “Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım)”, *İçinde, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, s.674.; Aydın ZEVKLİLER ve Çağlar ÖZEL (2016), age. s.97.; Sezer ÇABRİ (2016), age. s.50.

⁶¹ Aydın ZEVKLİLER ve Çağlar ÖZEL (2016), age. s.97.

⁶² Musa KAMA (2019), agt. s.18.

⁶³ Murat AYDOĞDU (2015), age. s.65.

⁶⁴ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.50-51.

1.4.2 Abone

Abone kavramı ne 6502 sayılı TKHK’de ne de ASY’de tanımlanmamıştır.⁶⁵ Gerek abonelik sözleşmeleri üst başlıklı 6502 sayılı TKHK’nin 52. maddesinde gerekse ASY’de abone kavramı yerine tüketici kavramının kullanıldığı görülmektedir. Bunun böyle oluş sebebinin altında; kanun açısından kavram bütünlüğü sağlanması, yönetmelik açısından ise kanun ile yönetmelik arasında kullanılan kavramlarda paralellik sağlama düşüncesinin yattığı ileri sürülmektedir.⁶⁶ 6502 sayılı TKHK’nin 52. maddesinde tanımlanan abonelik sözleşmesinin tanımı göz önüne alındığında abone; abonelik sözleşmesinin konusunu oluşturan mal ya da hizmeti sürekli ya da düzenli olarak edinmeyi amaç edinen ve abonelik sözleşmesinin karşı tarafını oluşturan tüketici sıfatına sahip gerçek ya da tüzel kişi şeklinde tanımlanabilir.⁶⁷ Bu tanımdan hareketle abone kavramında abonenin amacı ve abonenin tüketici sıfatı olmak üzere iki unsurun öne çıktığı görülmektedir.

Abone kavramında öne çıkan unsurlardan biri olan abonenin amacı incelendiğinde; abonenin amacının bir mal ya da hizmeti yapılan sözleşme ile sürekli ya da düzenli olarak edinmek olduğu görülmektedir. Burada abonenin bir mal ya da hizmet edinmek için taraf olacağı sözleşme türü bazen abonenin kendi isteğine bağlı olarak değişkenlik gösterirken bazen de sunulan mal ya da hizmetin niteliği gereği zorunluluk göstermektedir. Örneğin; bir derginin her ay satın alınması ya da abone olunarak her yeni sayının abonenin gitmesine gerek kalmaksızın kendisine gönderilmesi hususu abonenin kendi isteğine bağlı bir durumdur.⁶⁸ Tüketici burada dergiyi her ay kendisi satın almak isterse taraf olacağı sözleşme türü satış sözleşmesi olacaktır. Ancak abone, derginin her yeni sayısının kendisine gönderilmesini istemesi durumunda taraf olacağı sözleşme türü abonelik sözleşmesi olacaktır.⁶⁹ Ancak her zaman bu örnekteki gibi tüketicinin taraf olacağı sözleşme türü tüketicinin isteğine bağlı olarak değişkenlik göstermeyebilir. Bazen abone tarafından edinmek istenen mal veya hizmet niteliği gereği belli sözleşme tipleriyle mümkün olabilmektedir. Örneğin;

⁶⁵ Ancak elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinin bir tarafı olan abone EHK m.3/a’da: “ *Bir işletmeci ile elektronik haberleşme hizmetinin sunumuna yönelik olarak yapılan bir sözleşmeye taraf olan gerçek ya da tüzel kişi*” şeklinde tanımlanmıştır.

⁶⁶ Yakup BAL (2019), agt. s.17.

⁶⁷ Hasan AYRANCI (2010), *Enerji Sözleşmeleri*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, s. 218.

⁶⁸ Burada tüketicinin isteği edinmek istediği mal ya da hizmetin süreklilik arz edip etmemesine göre değişkenlik göstermektedir. Şayet tüketici edinmek istediği mal ya da hizmetten sürekli olarak yararlanmak istiyorsa taşıma sözleşmesi, satım sözleşmesi vb. sözleşmeler yerine abonelik sözleşmesine taraf olmayı tercih edecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Musa KAMA (2019), agt. s.10.

⁶⁹ agt, s.10.

elektrik hizmeti satın alınmak istendiği takdirde satışın yalnızca imtiyaz sahibi şirketler tarafından yapılabilecek olması, elektriğin depolanamaması gibi sebeplerle zorunlu olarak abonelik sözleşmesi yapılması gerekecektir.⁷⁰

Abone kavramında öne çıkan ikinci bir unsur olan abonenin tüketici sıfatı incelendiğinde ise; abonenin bir mal ya da hizmeti sürekli ya da düzenli aralıklar ile edinmeyi amaçlamasının yanı sıra tüketici sıfatını da taşıması gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki her tüketici abone olmadığı gibi her abone de tüketici değildir. Tüketici sözleşmesinin tarafı olan abone her daim tüketici olmayabilir ve bu durum tüketici olmayan tarafın abone olarak adlandırılmasına engel değildir. Başka bir deyişle abonelik sözleşmesine taraf olma mesleki ya da ticari faaliyetleri gerçekleştirmek maksadı ile de olabilir.⁷¹ Fakat burada bahsi geçen tüketici sıfatına sahip olma hususu TKHK kapsamında korumadan yararlanabilmek için gerekli olmaktadır.⁷² Tüketici sıfatına sahip aboneler TKHK ve ilgili yönetmelikler ile getirilen korumadan yararlanıp TKHK hükümlerine tabi olurken, tüketici sıfatına sahip olmayan aboneler varsa özel kanun hükümlerine yoksa genel hükümlere tabi olacaktır.⁷³

TKHK m.3/1-k bendinde tüketici; *“Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi”* şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle bir kişinin hangi maksat ile hareket ederek sözleşme yapmış olduğu hususunun belirlenmesi sonucu tüketici sıfatı kazanılabilecektir.⁷⁴ Nitekim Yargıtay 23. Hukuk Dairesi 27.11.2019 tarihli bir kararında amacın, işlemin niteliğini belirleyen bir unsur olduğunu ve ticari ya da mesleki amacın alıcının amacına göre belirleneceğini belirtmiştir.⁷⁵ Alıcı, satıcı ya da sağlayıcının aksine bir mal ya da hizmeti nihai tüketimi için ya da özel kullanıma bağlı olarak satın aldığı takdirde tüketici sıfatına haiz olacaktır.⁷⁶

Araba ya da ev satın alınması gibi tüketicinin ticari ya da mesleki olmayan bir maksat ile hareket etmesi; genel olarak tüketicinin kendi ihtiyacı için tüketmesini veya

⁷⁰ agt, s.10-11.

⁷¹ Seda ÖKTEM ÇEVİK (2015), agm. s.346.; Musa KAMA (2019), agt. s.11.

⁷² Çalışmanın kapsamı Tüketici Hukuku ve dolayısıyla TKHK kapsamında abonelik sözleşmeleri olduğundan burada abonelik sözleşmesinin tarafı olan abonenin tüketici sıfatını taşıması gereklidir.

⁷³ Güneş KOCA (2004), agt. s.31.

⁷⁴ Mehmet BAHTİYAR ve Levent BİÇER (2016), *“Adi İş/ Ticari İş/ Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”*, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.22, S.3, s.400.

⁷⁵ Bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E. 2016/7394, K. 2019/4949, T.27.11.2019, <https://intranet.uyap.gov.tr>, E.T. 30.09.2020.

⁷⁶ Aydın ZEVLİLİLER ve Çağlar ÖZEL (2016), age. s.84.

kullanmasını ifade ediyorsa da yeni madde metninde eski kanundan farklı olarak nihai olarak yararlanan veya kullanan olmaya ilişkin kıstas kaldırıldığından bir başkasına hediye etmek ya da ailesinin kullanımı için mal ya da hizmet alınması halinde de tüketici sıfatına sahip olacaktır. Yeter ki bunu mesleki veya ticari amaç güderek satın almamış olsun.⁷⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 04.07.2019 tarihli bir kararında; telefon hattı üzerinden ADSL internet hizmeti alan davalının kendi dairesinde oturduğu bloğun çatı katına ve diğer bloklara kablo çekmek ve asansör odasına da switch(anahtar) cihazı yerleştirmek suretiyle ADSL internet erişim hizmeti aboneliği olmayan diğer sakinlere kullandırması olayında davalının ticari ve mesleki amaçla hareket etmediğini ve dava konusu alacağın dayanağını bireysel abonelik sözleşmesi oluşturması sebebiyle somut olayın tüketici işlemi olduğunu ve Tüketici Mahkemeleri'nin görevli olduğunu belirtmiştir.⁷⁸

Başta ticari ya da mesleki olmayan bir maksatla edinilen bir maldan gelir elde edilmesi halinde ise, yapılan işlemin yine tüketici işlemi olacağı kabul edilmektedir. Buna örnek olarak, konut satın alındıktan sonra belirli süre ile bu konutun kiraya verilmesi durumu gösterilmekte ve başta sadece gelir elde etme yahut başkasına satma amacı taşınmadığı sürece kiraya verme durumunda dahi yapılan işlemin TKHK kapsamında olacağı belirtilmektedir.⁷⁹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 02.03.2020 tarihli bir kararında aynı yönde karar vermiştir.⁸⁰

Burada mesleki ya da ticari faaliyetle uğraşan kişilerin kendi alanları dışında ancak kendi işyeri ya da işletmelerinde kullanılmak üzere mal ya da hizmet satın alması durumunda yapılan işlemin tüketici işlemi sayılıp sayılmayacağı konusu

⁷⁷ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.60.; Aydın ZEVKLİLER ve Çağlar ÖZEL (2016), age. s.84.; Murat AYDOĞDU (2015), age. s.60.

⁷⁸ Bkz. Yargıtay HGK, E. 2018/3-963, K. 2019/851, T.04.07.2019, <https://intranet.uyap.gov.tr>, E.T. 30.09.2020.

⁷⁹ Murat AYDOĞDU (2007), "Konut Finansman Sistemi ve Sözleşmelerin Tüketici Hukukuna Etkileri", *acikerisim.deu.edu.tr*, s.27-28.; Sezer ÇABRİ (2016), age. s.62.

⁸⁰ "...Somut olayda; davacı, davalılardan yüklenici Hasan Uzunal ile yaptığı 06.08.1985 tarihli harici satım sözleşmesi gereğince satın aldığı dairenin tapusunun devrini, olmadığı takdirde taşınmazın dava tarihindeki rayiç değerinin faizi ile birlikte tahsilini istemiştir. Dava konusu 7 No'lu bağımsız bölüm tapuda mesken niteliği ile kayıtlıdır. Davacının daireyi muhtelif kişilere kiralamış olması ticari amaçla hareket ettiğini göstermez. Davacı, temlik alan sıfatı ile yüklenicinin halefi durumundadır. Mahkemelerin görevinin kamu düzenine ilişkin olması ve resen dikkate alınması gerektiği gözetilerek, davaya bakmakla Tüketici Mahkemesi görevli olduğundan, işin esasına girilip gerekli inceleme ve araştırma yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmektedir." Bkz. Yargıtay 15.HD, E. 2020/548, K. 2020/834, T.02.03.2020, <https://intranet.uyap.gov.tr>, E.T. 30.09.2020.

gündeme gelmektedir. Kanun metninde esas alınan tüketicinin hukuki işlem iradesi olduğundan bu işlem tüketici işlemi olarak değerlendirilmektedir.⁸¹

Değerlendirilmesi gereken bir diğer konu ise ticari ve mesleki amaç ile özel kullanım amacının bir arada olduğu karma amaçlarla mal ya da hizmet edinilmesi halinde yapılan hukuki işlemin tüketici işlemi sayılıp sayılmayacağına ilişkin durumdur. Örneğin; bir doktorun hem muayenehane hem de barınma ihtiyacını karşılamak üzere konut satın alması halinde hukuk işlemin niteliği hangi amaca üstünlük tanınacağına göre değişkenlik gösterecektir.⁸² Özel kullanım amacının ön planda olduğunun söylenilmesi halinde hukuki işlem tüketici işlemi sayılarak TKHK'ye tabi olacak, mesleki ve ticari amacın ön planda olduğunun söylenilmesi halinde ise hukuki işlem tüketici işlemi olarak değerlendirilemeyecek ve genel hükümlere tabi olacaktır.⁸³ Bu husus doktrinde tartışmalı olup görüşler ikiye ayrılmaktadır. Bir görüşe göre⁸⁴, ticari amacın muhasebe tekniğinde bölünmenin mümkün olmaması sebebiyle ağır basacağı, bu nedenle karma amaçla yapılan işlemlerin tüketici işlemi sayılamayacağı ve genel hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir. Diğer görüşe göre⁸⁵ ise, karma amaçla yapılan işlemlerin hukuki niteliğini belirlemek için hangi amacın ağır bastığı değerlendirilmeli; ağırlıklı olarak ticari amaçla bir mal ya da hizmet edinilmesi halinde işlem tüketici işlemi olarak nitelendirilmemeli fakat ağırlıklı olarak özel kullanım amacı ile bir mal ya da hizmet edinilmesi halinde hukuki işlem tüketici işlemi olarak nitelendirilmelidir.

Mesleki ya da ticari olmayan maksat ile hareket etme hususuna değinildikten sonra bir de madde metninde geçen gerçek veya tüzel kişi hususuna değinilmesi gerekmektedir. Gerçek kişi tacirler yönünden öncelikle TTK madde 19/1 incelenmelidir. TTK m.19/f.1'de; '*Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı*

⁸¹ Hasan Seçkin OZANOĞLU (2000), agm. s.686.; Sezer ÇABRİ (2016), age. s.63.

⁸² age. s.64.

⁸³ age. s.64.

⁸⁴ Aydın ZEVKLİLER ve Murat AYDOĞDU (2004), *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, s.84.; Aydın ZEVKLİLER ve Çağlar ÖZEL (2016), age. s.95.; Karma amaçla edinilen mal ya da hizmetin ticari işletme kayıtlarına geçmesi ve bu şekilde geri dönmesi nedeniyle tüketici işlemi olarak sayılamayacağına ilişkin görüşler için bkz. İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.5.; Adil Ömer ATASOY, Mustafa TAŞKIN ve Hakan ACAR (2000), *Tüketiciyi Koruma Hukuku, İlgili Mevzuat ve Yargıtay Kararları*, Yargı Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, s.9.

⁸⁵ Murat AYDOĞDU (2015), age. s.62-63.; Sezer ÇABRİ (2016), age. s.64.; Hasan Seçkin OZANOĞLU (2000), agm. s.682.; Ramazan AYDIN (2016), "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK m.5)", *ERÜHFD*, C.XI, S.1, s.191.

takdirde borç adi sayılır. ‘’ denilmektedir. Bu madde gereği, bir tacirin yaptığı işlemlerde asıl olan bu işlemin ticari sayılmasıdır. Bunun aksinin olması yani işlemin ticari iş olmaması için tacirin işlemi yaptığı sırada karşı tarafa işlemin ticari işletmesi ile ilgili olmadığını bildirmesi ya da bu durumun işin niteliğinden anlaşılması gerekmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 25.12.2013 tarihli bir kararında; gerçek kişi tacirin ticari işletmesine ait araçlara yakıt alımı sırasında kredi kartını kullanması dolayısıyla ortaya çıkan borç ilişkisinin ticari nitelikte olmayıp, özel nitelikte olduğunu belirtmiştir.⁸⁶ Yine Yargıtay 20. Hukuk Dairesi 03.05.2016 tarihli bir kararında; avukat olan davacıların ödenmeyen vekalet ücretlerinin tahsiline ilişkin davada danışmanlık sözleşmesinin davacılar ile davalı arasında davalının ortak olduğu şirket hissesinden kaynaklı olarak düzenlendiğini, davalının gerçek kişi tacir olup, mesleki ve ticari amaçla hareket ettiğini bu nedenle taraflar arasında tüketici ilişkisi bulunmadığını ve davanın genel hükümlere göre asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiğini belirtmiştir.⁸⁷

Madde metninde gerçek kişilerin yanında tüzel kişilerin de tüketici olabileceğinin belirtilmesi karşısında gerçek kişi tacirlerden sonra tüzel kişilerin incelenmesi gerekmektedir. Gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin de tüketici sıfatına haiz olabilmeleri için mesleki ya da ticari amaçlarla hareket etmemeleri gerekmektedir. Mesleki ya da ticari olmayan amaçlarla hareket etmeleri halinde meslek odaları, vakıf,

⁸⁶ ‘’...Dosyaya yansıyan bilgi ve belgelerden, aralarındaki sözleşme gereğince davacının, davalı banka tarafından verilen kredi kartını hem şahsi harcamalarında hem de ticari işletmesine ait araçların yakıt alımında kullandığı anlaşılmaktadır. Bunun yanında, davacının gerçek kişi tacir olduğu da belirgindir. Yukarıda vurgulandığı üzere, bir tacirin borçlarının ticari olması asıl ise de, gerçek kişi olan bir tacir, yaptığı iş ve işlemin veya aldığı hizmetin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya muamele fiil veya işlemin ticari sayılmasına halin icabı, müsait bulunmadığı takdirde, bu işlemlerden doğan borç adi sayılacağına göre, taraflar arasındaki kredi kartı sözleşmesinin 8. Maddesinde kredi kartının ticari olarak kullanamayacağı açıkça düzenlenmiş bulunduğundan, davacı gerçek kişi tacirin ticari işletmesine ait araçlara yakıt alımı sırasında kredi kartını kullanması dolayısıyla ortaya çıkan borç ilişkisi ticari olmayıp, özel niteliktedir...’’ Bkz. HGK, E. 2013/13-150, K. 2013/1696, T.25.12.2013, <https://intranet.uyap.gov.tr>, E.T. 30.09.2020.

⁸⁷ ‘’...Bir hukuki işlemin 6502 sayılı Kanunda düzenlenmiş olması tek başına o işlemde kaynaklanan uyuşmazlığın tüketici mahkemelerinde görülmesini gerektirmez. Bir hukuki işlemin 6502 sayılı Kanun kapsamında kaldığının kabul edilmesi için taraflardan birinin tüketici olması gerekir. Somut uyuşmazlıkta; avukat olan davacılar, davalı tarafından vekalet ücretlerinin ödenmediğinden bahisle, vekalet ücretinin davalıdan tahsilini talep etmişlerdir. Davacılar ile davalı arasında, davalının ortak olduğu şirketteki hissesinden kaynaklı olarak danışmanlık sözleşmesi düzenledikleri anlaşılmaktadır. Davalı gerçek kişi tacir olup, mesleki ve ticari amaçla hareket ettiğinden, 6502 sayılı Kanun anlamında tüketici olmayıp, taraflar arasında tüketici ilişkisi bulunmamaktadır. Bu nedenlerle, uyuşmazlığın genel hükümlere göre asliye hukuk mahkemesinde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir.’’ Bkz. Yargıtay 20. HD, E. 2016/2140, K. 2016/5050, T.03.05.2016, <https://intranet.uyap.gov.tr>, E.T. 02.10.2020.

dernek gibi tüzel kişilerin de tüketici olarak adlandırılabilmesi belirtilmektedir.⁸⁸ Tüzel kişi tacirlerin ise tüketici sıfatına sahip olup olmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁸⁹, TTK 19/1 maddesi gereği gerçek kişiler ticari işletme çevresi ile sınırlı olarak tacir sıfatına sahip olup, ticari işletme çevresi dışında adi alana sahiptir. Fakat gerçek kişi tacirler gibi tüzel kişi tacirlerin adi alanı bulunmamaktadır. Bu sebeptendir ki tüzel kişi tacirlerin yapmış oldukları her türlü işlem ticari işlem sayılmaktadır. Diğer görüşe göre⁹⁰ ise, ticari şirketlerin işletme konusu dışında yaptıkları bazı işlemler, özellikle özel tüketim amacı taşıdığı sabit olduğu hallerde tacir şirket olsa bile tüketici sıfatına sahip olduğu kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 04.12.2018 tarihli bir kararında bu görüş doğrultusunda karar vermiştir.⁹¹ Kanaatimizce de mesleki ya da ticari faaliyetleri dışındaki işlemlerinde tüzel kişi tacirlerin işlemleri tüketici işlemi olarak değerlendirilmelidir.

Kamu tüzel kişileri açısından ise, Çabri⁹², mesleki ya da ticari olmayan amaçlarla hareket edilmesi halinde kamu tüzel kişilerinin de tüketici olarak kabul edileceğini belirtirken; Gümüş⁹³, kanunda satıcı ve sağlayıcı tanımı yapılırken kamu tüzel kişilerinin belirtilmesine karşın tüketici tanımında kamu tüzel kişilerinin açıkça belirtilmediğini bu nedenle kamu tüzel kişilerinin tüketici olarak kabul edilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 25.12.2019 tarihli bir kararında kamu tüzel kişinin tüketici vasfına sahip olmadığına karar vermiştir.⁹⁴

⁸⁸ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.56.; Aydın ZEVLİLİLER ve Çağlar ÖZEL (2016), age. s.91.; Abdulkerim YILDIRIM (2013), “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XVII, S.1-2, s.1023.

⁸⁹ Hüseyin ÜLGEN/Mehmet HELVACI/Abuzer KENDİGELEN/Arslan KAYA/Fusun NOMER ERTAN (2015), *Ticari İşletme Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 4. Basıdan 5. (Tıpkı) Bası, İstanbul, s.65.; Aydın ZEVLİLİLER ve Çağlar ÖZEL (2016), age. s.92.; Murat AYDOĞDU (2015), age. s.60.

⁹⁰ İpek YÜCER AKTÜRK (2016), “Tüzelkişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XX, S.2, webftp.gazi.edu.tr, s.123 vd.; Mehmet BAHTİYAR/Levent BİÇER (2016), agm. s.406.; Sezer ÇABRİ (2016), age. s.59.; Güneş KOCA (2004), agt. s.20.

⁹¹ “...Somut uyuşmazlık eser sözleşmesinden kaynaklanmakta olup, davacı yüklenici, davalı iş sahibidir. Davacının ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan tüzel kişi tacir olduğu açıktır. Davalının ise dava konusu aracı fiilen kullanan kişi olmasına, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmesine ve özellikle aracın mülkiyetinin kendisine ait olup olmamasının tüketici sayılmasına herhangi bir etkisinin bulunmamasına göre tüketici olduğunun kabulü gerekir. Tüketicinin tarafı olduğu eser sözleşmesinin 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun gereğince tüketici işlemi kapsamına alınmış olması ve davanın açıldığı tarihte 6502 sayılı Kanun’un yürürlükte olması sebebiyle, Kanun’un 73/1. maddesi uyarınca görevli mahkeme Tüketici Mahkemesidir...” Bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2018/5215, K. 2018/4811, T.04.12.2018, <https://intranet.uyap.gov.tr>, E.T. 05.10.2020.

⁹² Sezer ÇABRİ (2016), age. s.57.

⁹³ Mustafa Alper GÜMÜŞ (2014), age. s.30.

⁹⁴ “Davacı, Adıyaman İl Sağlık Müdürlüğüne bağlı ambulansın, 19.02.2013 tarihinde davalının işlettiği akaryakıt istasyonundan yakıt aldıktan sonra arızalandığını, arızanın ayıplı akaryakıttan kaynaklandığını ileri sürerek; fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla aracın tamiri için ödenen 6.001,02 TL’nin davalıdan tahsilini istemiştir. Somut olayda davacı, kamu tüzel kişisi olması nedeniyle kanunda belirtilen tüketici vasfına sahip değildir. Hal böyle olunca davanın 4077 sayılı Tüketicinin

1.5 ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Abonelik sözleşmelerinin tanımı göz önüne alındığında konu, bedel ve tarafların anlaşması olmak üzere abonelik sözleşmelerinin üç temel unsuru olduğu görülmektedir.

1.5.1 Konu Unsuru

Konu unsuru abonelik sözleşmelerinin esaslı unsurlarından birini teşkil etmektedir. İrade serbestisi ilkesi Borçlar Hukukunun temel ilkelerinden olup bu ilkenin sonucu olarak taraflar abonelik sözleşmesinin konusunu istedikleri şekilde düzenleyebilmektedir.⁹⁵

Abonelik sözleşmelerinin konusunu telefon, elektrik, su, doğalgaz, televizyon, dergi ve gazete abonelikleri gibi çeşitli aboneliklerin oluşturabilmesi nedeniyle abonelik sözleşmelerinde konu unsurunun geniş olduğu söylenebilir.⁹⁶

Abonelik sözleşmelerinin tanımlandığı TKHK m. 52 göz önüne alındığında abonelik sözleşmelerinde konu unsurunu belirli bir mal ya da hizmetin düzenli ya da sürekli olarak sunulması ediminin oluşturduğu görülmektedir ki abonelik sözleşmelerinde asıl olan budur.⁹⁷ Burada mal ya da hizmetten biri sunulabileceği gibi mal ya da hizmetin birlikte sunulması da söz konusu olabilmektedir.⁹⁸ Tüm bu ihtimaller alt başlıklar altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

1.5.1.1 Sözleşme Konusu Mal

Abonelik sözleşmelerinin konusunu mal ya da hizmetlerden birinin oluşturabileceği yukarıda belirtilmişti. Mal kavramı TKHK m.3/1-h'de; ‘‘ *Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar* ‘‘ şeklinde tanımlanmıştır.

Korunması Hakkında Kanun kapsamına girmediğinin kabulü gerekir. Öyle olunca, davanın tüketici mahkemesinde görülmesi doğru olmayıp, tarafların sıfatına ve aradaki ilişkiye göre genel mahkemede görülmelidir.’’ Bkz. Yargıtay 13. HD, E. 2019/5961, K. 2019/13102, T.25.12.2019, <https://intranet.uyap.gov.tr>, E.T. 05.10.2020.

⁹⁵ Musa KAMA (2019), agt. s.19.; M. Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ (2020), agt. s.25.

⁹⁶ Sezer ÇABRİ (2016), agt. s.858.; Ebru CEYLAN (2016), agm. s.854.

⁹⁷ Hasan AYRANCI (2010), agt. s.209-210.; Sezer ÇABRİ (2016), agt. s.858.; Güneş KOCA (2004), agt. s.29.; Seda ÖKTEM ÇEVİK (2015), agm., s.345.

⁹⁸ Musa KAMA (2019), agt. s.19.

Madde metni incelenildiğinde mal kavramı tanımlanırken alışverişe konu olma kavramına yer verildiği ve taşınır eşyaların, tatil ya da konut amaçlı taşınmaz malların ve gayri maddi malların mal kapsamına alındığı görülmektedir.

Alışverişe konu olma kavramı ile ifade edilmek istenen şeyin ne olduğu konusunda doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre⁹⁹, alışverişe konu olma kavramı gayri maddi bir mal ya da eşyanın ticari olmayan amaçlarla tüketici tarafından edinilmesini ifade etmekte ve ticarete konu olma kavramının zıttı olarak kullanılmaktadır. İkinci görüşe göre¹⁰⁰ ise, ticari amaç ile hareket edip etmeme yalnızca tüketici sıfatının belirlenmesinde rol oynayacak bir kriter olup mal kavramının belirlenmesinde bir önem ifade etmemekle birlikte burada alışverişe konu olma kavramı; maddi olan ya da olmayan eşyanın parasal bir değere sahip olmasını ifade etmektedir.

Yine madde metninde mal kapsamına taşınır eşyaların, tatil ya da konut amaçlı taşınmaz malların ve gayri maddi malların alınması nedeniyle bu kavramların açıklanmasında fayda vardır. TMK m.762’de taşınır mülkiyetinin konusu düzenlemekte ve ‘‘Taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddî şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir.’’ şeklinde ifade edilmektedir. Özüne zarar vermeden bir yerden başka bir yere taşınabilir olma taşınır eşyaların temel özelliğini oluşturmaktadır.¹⁰¹ Buna göre, kitap, bilgisayar, telefon, araba vs. taşınır eşya kapsamındadır. Doktrinde örneğin, tamircinin elindeki arabanın parçalarını satmayı borçlanması gibi sözleşmenin kurulduğu esnada tüketici sözleşmesinin konusunu oluşturan taşınır eşyanın başka bir eşyanın bütünleyici parçası olmasının nitelendirme açısından bir önemi olmadığı, ifa sırasında bütünleyici parça ilişkisinin sona ermiş olmasının önem arz ettiği ve ifa

⁹⁹ Betül TİRYAKİ (2007), *Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, s.47.; Aydın ZEVLİLİLER ve Murat AYDOĞDU (2004), age. s.91.

¹⁰⁰ Şebnem AKİPEK ÖCAL (2016), ‘‘Tanımlar’’, *Milli Şerh- 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Aristo Yayıncılık, İstanbul, s. 52.; Mustafa Alper GÜMÜŞ (2014), age. s.26-27.

¹⁰¹ Mehmet AYAN (2016), *Eşya Hukuku II- Mülkiyet*, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Ankara, s.563.; M. Kemal OĞUZMAN, Özer SELİÇİ ve Saibe OKTAY ÖZDEMİR (2018), *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, 21. Baskı, İstanbul, s.740.; Rona SEROZAN (2007), *Taşınır Eşya Hukuku, Eşya Hukukunun Temel Kavramları ve İlkeleri Zilyetlik, Mülkiyet, İntifa ve Rehin Uygulama Çalışmaları*, Filiz Kitabevi, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, s.246.

anında taşınır eşya bağımsız eşya halinde ise tüketici işleminin geçerli olacağı ifade edilmektedir.¹⁰²

TMK 762 gereği doğal güçler de taşınır mülkiyetine konu olabilmektedir. Bu bağlamda doğal güçler taşınmaz mülkiyeti kapsamına girmeyip edinmeye elverişli oldukları takdirde taşınır eşya olarak nitelendirilecektir.¹⁰³ Burada edinmeye elverişlilik hakimiyet altına alınabilme ve bu güçlerden yararlanmayı ifade etmektedir.¹⁰⁴ Atom enerjisi ve elektrik enerjisi hakimiyet altına alınabilen, yararlanılabilen güçlerden olması dolayısıyla buna örnek olarak gösterilebilir.¹⁰⁵

TMK m.704'te ise, taşınmaz mülkiyetinin konusu düzenlemekte ve ‘‘*Taşınmaz mülkiyetinin konusu şunlardır:*

1. *Arazi,*

2. *Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar,*

3. *Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler.’’* şeklinde ifade edilmektedir.

Ancak burada 6502 sayılı TKHK'de mal kavramı tanımlanırken ‘‘*konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar*’’ ifadesine yer verilmiş olması karşısında taşınmaz mallara ilişkin tüketici işlemlerinin konut ya da tatil amaçlı taşınmaz mallar ile sınırlandırıldığı görülmektedir. Çabri, taşınmaza ilişkin olarak yapılan bir işlemin tüketici işlemi olarak adlandırılabilmesi için kanun koyucunun, işlemin yapıldığı esnada sözleşmeye konu olan taşınmaz üzerinde inşa edilmesi borçlanılmış ya da inşa edilmiş konut veya tatil amaçlı konut aradığını ifade etmiştir.¹⁰⁶ Burada ifade etmek gerekir ki tüketici başka bir kişiye konut ya da tatil amaçlı konut inşa ettirme düşüncesiyle hareket ederek taşınmaz alıyorsa bu takdirde işlem TKHK kapsamında değerlendirilemeyecektir.¹⁰⁷

Gayri maddi mallara gelindiğinde TKHK'de kanun koyucu tarafından ‘‘*elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar*’’ denilmek suretiyle düzenlenildiği görülmektedir. Aslan, ‘‘elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan’’ ifadesinin ‘‘benzeri her türlü gayri

¹⁰² Mustafa Alper GÜMÜŞ (2014), age. s.27.; Sezer ÇABRİ (2016), age. s.42.; İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.13.

¹⁰³ Mehmet Serkan ERGÜNE (2017), *Taşınır Mülkiyeti*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s.18.

¹⁰⁴ M. Kemal OĞUZMAN, Özer SELİÇİ ve Saibe OKTAY ÖZDEMİR (2018), age. s.740.; Mehmet Serkan ERGÜNE (2017), age. s.19.

¹⁰⁵ Musa KAMA (2019), agt. s.21.

¹⁰⁶ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.43.

¹⁰⁷ age. s.43.

maddi mallar’’ ifadesi açısından sınırlayıcı olmaması gerektiğini ileri sürmüştür.¹⁰⁸ Madde metninde açıkça yer verilmemesine karşın doktrinde, içeriğinden açıkça anlaşılmasa dahi hükümde bir eşya üzerinde somutlaşabilen gayri maddi mallardan bahsedildiğine ilişkin bir görüş bulunmaktadır.¹⁰⁹ Bu görüşe göre,¹¹⁰ hafıza kartı, CD, disk gibi araçlar gayri maddi mal kapsamında iken; konser, sinema gibi bir eşya üzerinde somutlaşamayan fikir eserleri gayri maddi mal kapsamında değil hizmet kapsamı içerisinde yer alacaktır. Bir diğer görüşe göre¹¹¹ ise, TKHK kapsamında mal olarak kabul edilebilmesi için gayri maddi malların bir eşya üzerinde somutlaşmasına gerek olmayıp virüs programının bilgisayara yüklenmesi durumunda; virüs programı gayri maddi mal olarak değerlendirilecektir. KAMA ise, burada tamamen farklı bir ayrıma giderek malın maddi olarak ele alınıp alınmadığının ya da nasıl taşındığının önemi olmadığını belirtmiş ve örneğin bir ses kaydının doğrudan internet aracılığı ile bilgisayara indirilebildiği, aynı zamanda DVD aracılığı ile elde edilebildiği hallerde her iki durumda da ses kaydının gayri maddi mal olarak kabul edileceğini ancak aynı ses kaydının bilgisayara indirilip muhafaza edilemediği yalnızca dijital ortamda dinlenebildiği hallerde gayri maddi maldan söz edilemeyeceğini ancak hizmet sunumunun söz konusu olacağını belirtmiştir.¹¹²

1.5.1.2 Sözleşme Konusu Hizmet

Hizmet kavramı TKHK m.3/1-d’de; ‘ ‘ *Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusu* ‘ ‘ şeklinde tanımlanmıştır.

Kanun koyucunun hizmet kavramını tanımlarken mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işlemini TKHK kapsamına alması karşısında hizmet kavramı oldukça geniş düzenlenmiştir.¹¹³ Aydoğdu, madde metninde geçen hizmet kavramının iş görme sözleşmelerinin konusunu oluşturma anlamında kullanıldığını, bahsi geçen hizmet kavramı ile İş Kanunu ve TBK’de düzenlenen hizmet sözleşmelerinin kastedilmediğini belirtmiştir.¹¹⁴ Burada taraflardan en az birisi için emek sarfı ya da

¹⁰⁸ İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.15.

¹⁰⁹ Mustafa Alper GÜMÜŞ (2014), age. s.28-29.

¹¹⁰ age. s.29.

¹¹¹ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.43-44.

¹¹² Musa KAMA (2019), agt. s.22.

¹¹³ Mustafa Alper GÜMÜŞ (2014), age. s.21.; Sezer ÇABRİ (2016), age. s.29.

¹¹⁴ Murat AYDOĞDU (2015), age. s.65.

fikri gücü gerekli kılan edimin tüketici işleminin konusunu oluşturması hizmetin varlığından söz edebilmek açısından zorunludur.¹¹⁵

Bir eser oluşturarak bu eserin mülkiyetinin tüketiciye devrine ilişkin sözleşmede, hizmet kavramının kanunda mal sağlama dışındaki her şey olarak tanımlanması sebebiyle sözleşmenin konusunu hizmet değil, mal oluşturacaktır.¹¹⁶ Bu sebeple mülkiyetin devrini amaçlayan sözleşmelerde, sözleşme içerisinde bir hizmetin görülmesini barındırsa dahi asıl olan mal sağlamadır.¹¹⁷

Abonelik sözleşmelerinde de internet, televizyon, mobil haberleşme abonelik sözleşmeleri gibi çok sayıda sözleşmenin konusunu hizmet oluşturmaktadır. Spor salonu, otopark ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinin kullanılması gibi hizmetlerin abonelik sözleşmesi ile sunulması halinde bir hizmetin abonelik sözleşmesi kapsamında sunulması söz konusu olmaktadır.¹¹⁸

Bazen de hem mal hem de hizmet sunumu dijital platform¹¹⁹ aboneliklerinde olduğu gibi birlikte sağlanmaktadır.¹²⁰ Çoğu zaman bir malın aboneye teslim edilmesi halinde hizmetin verilebilecek olduğu kablo TV abonelik sözleşmeleri bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Kablo TV abonelik sözleşmelerinde, kablo sistemleri şebekesindeki şifrenin çözümü, sayısal yayının algılanması ve televizyonda görüntülenmesi için gerekli set üstü cihaz olmadan kablo TV hizmetinden yararlanılamayacaktır.¹²¹ Ancak burada mal ve hizmetin bir arada sunulduğu abonelik sözleşmelerinin yalnızca hizmet sunumu için mal tesliminin gerektiği hallerde gerçekleşebileceği düşünülmemelidir. Örneğin dergi aboneliğinde derginin eski sayılarının abonenin dijital platformda erişimine sunulması, yeni sayılarının ise fiziki şekilde gönderilmesi durumunda hizmetin sunumu için malın teslimi gerekmez aboneye mal ve hizmet birlikte sunulmaktadır.¹²²

¹¹⁵ Betül TİRYAKİ (2007), age. s.41.; Mustafa Alper GÜMÜŞ (2014), age. s.21.; Sezer ÇABRİ (2016), age. s.29.

¹¹⁶ Mustafa Alper GÜMÜŞ (2014), age. s.21.

¹¹⁷ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.30.

¹¹⁸ Musa KAMA (2019), agt. s.23.

¹¹⁹ Dijital kodlara dayalı alt yapıya dayalı olarak belirli kurumlarca televizyon yayınlarının hedef kitleye sunulmasına “ödemeli yayıncılık platformu” ya da “ Dijital TV yayıncılığı” denilmektedir. Dijital TV yayıncılığında dijital yayıncılık teknolojileri temel alınmakta ve bunun yanı sıra kullanıcı esaslı ya da abonelik sistemi ile çalışan, belirli bir bedel karşılığında televizyon programlarını izleme imkânı veren ticari bir hizmettir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Emine KOYUNCU (2017), “TV Yayıncılığı Alanındaki Dijital TV Platformları Sosyal Paylaşım Ağlarını Neden Kullanırlar?”, *Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C.19, S.1, s.317.

¹²⁰ Güneş KOCA (2004), agt. s.32.

¹²¹ Emre ERGİN (2018), *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Abonelik Sözleşmeleri*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s.50.

¹²² Musa KAMA (2019), agt. s.24.

1.5.1.3 Mal veya Hizmetin Sürekli veya Düzenli Aralıklarla Sunulması

Abonelik sözleşmelerinde sürekli ya da düzenli aralıklar ile mal ya da hizmet sunulmasının satıcı ya da sağlayıcının asli edimini oluşturmasının sonucu olarak satıcı ya da sağlayıcı “iş görme”¹²³ ya da diğer bir deyişle “yapma” borcu altına girmektedir. Burada satıcı ya da sağlayıcının asli edimi olan mal ya da hizmet arzını bizzat yerine getirmek zorunda olup olmadığı sorunu gündeme gelmektedir. Borçlar hukuku genel hükümlerine göre genel kural maddi edimlerin¹²⁴ üçüncü kişiler tarafından da yerine getirilebilecek olmasıdır. Bu kuraldan hareketle abonelik sözleşmesinin konusunu bir malın teslimi oluşturduğu hallerde edimin bizzat yerine getirileceğine ilişkin taahhüt ve aksine hüküm bulunmuyor ise edimin üçüncü kişi tarafından yerine getirilebileceği söylenebilir. Bu noktada yapılan düzenlemelerde aksine bir hüküm bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Abonelik sözleşmesinin konusunu bir hizmetin sunumunun oluşturması halinde ise yine düzenlemelerde aksine bir hüküm bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Örneğin; EHK'nin 8/2. maddesi gereği, elektronik haberleşme hizmetlerinin öncelikle kurumca yetkilendirilen işletmecilerden karşılanması ve yine DMHY'nin 38. maddesi gereği, doğalgaz piyasası abonelik sözleşmelerinde o bölgedeki doğalgaz dağıtım faaliyetinin EPDK'den lisans alan yetkili dağıtım şirketleri tarafından gerçekleştirilmesi esastır.¹²⁵ İlgili hükümler gereğince elektronik haberleşme hizmetleri ile doğalgaz dağıtım faaliyetleri üçüncü kişilerce yerine getirilemeyecek yalnızca düzenlemelerde bahsi geçen kişiler tarafından yapılabilecektir.

Abonenin bir mal ya da hizmet edinmek için taraf olacağı sözleşme türü bazen abonenin kendi isteğine bağlı olarak değişkenlik gösterirken bazen de sunulan mal ya da hizmetin niteliği gereği zorunluluk göstermektedir. Mal ya da hizmetin niteliği gereği zorunlu da olsa abonenin kendi istediği doğrultusunda da olsa abonelik sözleşmelerinde mal ya da hizmetin düzenli ya da sürekli olarak sunulmasının sonucu olarak sürekli borç ilişkisi meydana gelmektedir. Sürekli borç ilişkilerinde, borcun sürekli aralıksız ve devamlı olarak ifası gerekmekte ve borç ile ifa aynı anda gerçekleştirilememektedir.¹²⁶ Örneğin, dergi aboneliğinde derginin her yeni sayısı

¹²³ Fikret EREN (2020), age. s.107.

¹²⁴ Doktrinde maddi edimlerin olumlu edimlerin alt türü olduğu ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Necip KOCAYUSUPFAŞAOĞLU (2017), *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Cilt:1*, Filiz Kitabevi, 4. Basıdan Tıpkı 7. Bası, İstanbul, s.35.

¹²⁵ Şüheda DALKA OKUMUŞ (2018), age. s.113.

¹²⁶ M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.13.; Özer SELİÇİ (1977), *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, s.5.

aboneye gönderilerek sözleşmeye konu mal düzenli aralıklarla temin edilmekte ve burada sürekli borç ilişkisi meydana gelmektedir.

Abonelik sözleşmesinde, belirli bir süre boyunca mal ya da hizmet sunma borcunun satıcı ya da sağlayıcı tarafından devam etmesi esas olmakla birlikte, bu sürenin ne kadar olacağı hususu taraflarca unutulmuş ya da öngörülemeyerek belirsiz kalabileceği gibi, sözleşmenin niteliği gereğince ya da taraflarca kararlaştırılması sonucu belirli süreli olarak yapılabilmektedir.¹²⁷ Örneğin, su aboneliğinde genel olarak hesap kesim tarihi ile birlikte abonenin ödeyeceği bedel belirli hale gelmektedir ki burada abonenin ne kadar su kullanacağı ya da ne kadar ücret ödeyeceğinin sözleşme kurulurken öngörülmesi mümkün olmamaktadır.¹²⁸ Ancak örneğin belirli süre ile gazete ya da dergiye abone olunması durumunda abonelik sözleşmesinin süresi belirli ya da belirlenebilir niteliktedir.

Mal ya da hizmetin miktarı ve vasfı da yine sözleşme kurulduğu esnada belirlenebilir olabileceği gibi belirsiz de olabilmektedir. Örneğin, su, elektrik gibi aboneliklerde kullanım miktarı sabit olmayıp kullanıcının ihtiyacına göre bir başka deyişle ihtiyaca bağlı olarak değişkenlik göstereceğinden bu tür aboneliklerde sözleşmenin başında abonenin ihtiyacının ne kadar olduğunun tespiti oldukça zor hatta çoğu zaman imkansızdır.¹²⁹

1.5.2 Bedel Unsuru

Abone tarafından mal ya da hizmetin sunulmasının karşılığı olarak satıcı ya da sağlayıcıya ödenen bedele abonelik ücreti denilmektedir.¹³⁰ ASY’de hizmet tanımı yapılırken ‘*Bir ücret ya da menfaat karşılığında yapılan...*’ ifadesi kullanılmasına karşın TKHK’de abonelik sözleşmelerinin tanımı yapılırken ücret unsuruna yer verilmemiş ve bu husus doktrinde eleştirilmiştir.¹³¹ TKHK’de satıcı ve sağlayıcı tanımlanırken ticari ya da mesleki amaçlar ile hareket etme unsuruna yer verilmesi karşısında satıcı ya da sağlayıcı kazanç elde etme amacı güdecek ve bedel karşılığı olarak bir mal ya da hizmet sunacaktır. Yine TKHK ve ASY’de mal ve hizmet tanımlanırken mal için alışverişe konu olmaktan bahsedilmesi, hizmet için ise, ücret

¹²⁷ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.859.; Hasan AYRANCI (2010), age. s.216.; Erden KUNTALP (1968), *Ard Arda Teslimli Satım Akdi*, Sevinç Matbaası, Ankara, s.31-32.

¹²⁸ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.859.

¹²⁹ Erden KUNTALP (1968), age. s.9. ve s.55.

¹³⁰ Ebru CEYLAN (2016), agm. s.863.

¹³¹ Seda ÖKTEM ÇEVİK (2015), agm. s.346.

ya da menfaat karşılığında olması gerektiğinin açıkça belirtilmesi karşısında bedel unsurunun zorunlu olduğu sonucuna varılmaktadır.¹³² Bir mal ya da hizmetin bedel karşılığı olmadan sunulması halinde tüketici hukuku kapsamındaki bir sözleşmeden bahsedilemeyecek ve sözleşme TKHK kapsamında olmayacaktır.¹³³ Bu sebeplerle abonelik sözleşmelerinde ücret kanunda belirtilmese dahi zorunlu unsur olup, sözleşmenin tarafı olan abonenin asli edim yükümünü teşkil etmektedir.¹³⁴

Dergi ya da gazete aboneliklerinde olduğu gibi bazı abonelik sözleşmelerinde abonelik bedeli sözleşmenin kurulduğu sırada kesin şekilde belli olmasına karşın su, elektrik, doğalgaz aboneliklerinde olduğu gibi bedelin kullanım miktarına göre belirlendiği abonelik sözleşmelerinde abonelik bedeli sözleşmenin kurulduğu sırada belli olmamaktadır.¹³⁵ Burada sözleşmenin kurulduğu sırada bedelin muhakkak miktar itibariyle belirli olması sözleşmenin geçerliliği açısından aranmamaktadır.¹³⁶ Fakat TBK m. 207/3'te belirtilen “ *Durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün olan bedel, kararlaştırılmış bedel hükmündedir.*” hükmü gereğince, bedelin durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkünse, bu bedel kararlaştırılmış bedel hükmünde olacak ve abonelik bedelinin taraflar arasında kararlaştırılmış olarak sayılabilmesi için belirlenebilir olması yeterli olacaktır.

Burada abonelik ücretinin serbestçe kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Kural olarak tarafların serbestçe kararlaştırılabileceği söylene de satıcı ya da sağlayıcıların kanuni ya da doğal tekel konumunda buldukları abonelik sözleşmelerinde kamu otoritelerinin ücretin belirlenmesi noktasında müdahaleleri görülmektedir.¹³⁷ Örneğin, elektronik haberleşme aboneliklerinde abonenin ödeyeceği ücret serbest olarak tarife¹³⁸ ile belirlenebilir fakat burada BTK

¹³² Murat AYDOĞDU (2015), age. s.68.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.70.

¹³³ Hasan Seçkin OZANOĞLU (2001), “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)”, *AÜHFD*, C.50, S.1, s.70.; Sezer ÇABRİ (2016), age. s.859.; Aydın ZEVKLİLER ve Çağlar ÖZEL (2016), age. s.79.

¹³⁴ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.859.; Güneş KOCA (2004), agt. s.33.

¹³⁵ Mustafa Göktürk YILDIZ (2012), *Son Kullanıcıyla Akdedilen Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s.33.; Sezer ÇABRİ (2016), age. s.860.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.70.

¹³⁶ Fikret EREN (2014), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, s.65.

¹³⁷ İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.600.; Bu durum abonenin sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne müdahale edilmesi anlamı taşımaktadır. Mehmet ASLAN (2020), “Tüketicilerle Yapılan Abonelik Sözleşmelerinin Sözleşme Özgürlüğü İlkesi Bakımından İncelenmesi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.6, S.1, s.180.

¹³⁸ Tarife, EHK m.3/1-nn'de: “*İşletmecilerin, elektronik haberleşme hizmetinin sunulması karşılığında kullanıcılardan farklı adlar altında alabilecekleri ücretleri içeren cetvel*” şeklinde tanımlanmıştır.

bizzat işletmeciler tarafından uygulanabilecek tavan miktarı belirlendiğinden¹³⁹ ücret BTK tarafından belirlenip onaylanan azami ücreti geçemez.¹⁴⁰ Yine elektrik aboneliklerinde elektrik fiyatlarına ilişkin esaslar EPDK tarafından belirlenmektedir.¹⁴¹

1.5.3 Anlaşma Unsuru

Özel hukuk sözleşmelerinin tamamında olduğu gibi abonelik sözleşmelerinin de kurulabilmesi için TBK/m.1 gereği tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunması gereklidir.¹⁴² Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun olan bu irade beyanları, sözleşmenin esaslı unsurlarını¹⁴³ içeriyor olmalıdır.¹⁴⁴ TKHK kapsamında olan abonelik sözleşmeleri bakımından ise sözleşmenin konusu ve bedel abonelik sözleşmelerinin objektif esaslı unsurlarını oluşturmaktadır.¹⁴⁵ Buna göre abonelik sözleşmesi belirli ya da belirlenebilir olan bedel ile sözleşmenin konusunu oluşturan mal ya da hizmet sağlama hususlarında anlaşılması halinde kurulmuş olacaktır.

Bazen taraflar arasında anlaşma olmadığı durumlarda da mal ya da hizmetin kullanılması halinde satıcı ya da sağlayıcı bedel isteme hakkına sahip olmaktadır.¹⁴⁶ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 03.02.2020 tarihli bir kararında bu hakkın hukuki

¹³⁹ Hüseyin ALTAŞ (2009), ‘‘Telekomünikasyon Alanındaki Abonelik Sözleşmeleri’’, *Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.159.

¹⁴⁰ Mustafa Göktürk YILDIZ (2012), age. s.100.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.71.

¹⁴¹ Çağlar ÖZEL ve Adem KELEŞ (2007), ‘‘Elektrik Abonelik Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması’’, *Sektörel Bazda Tüketici Hukuk Ve Uygulaması 2016-2017*, Aristo Yayıncılık, s.562’den aktaran Musa KAMA (2019), agt. s.28.

¹⁴² M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.52.; Safa REİSOĞLU (2014), *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, 25. Baskı, İstanbul, s.62-63.

¹⁴³ Sözleşmelerin kurulmuş sayılabilmesi için gerekli olan esaslı noktalarda uyuşma zorunluluğu genel iş anlayışı ve koşullar ile sözleşmenin niteliği bakımından sözleşme taraflarının mutlak olarak uyuşması gerekli olan noktaları ifade etmektedir. bkz. Age. s.63.

¹⁴⁴ M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.59.; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2017), age. s.173.

¹⁴⁵ Hasan AYRANCI (2010), age. s.214.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.76.; Musa KAMA (2019), agt. s.28.

¹⁴⁶ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.861.

dayanağının haksız fiil hükümleri olduğunu belirtmişken,¹⁴⁷ 07.05.2019 tarihli bir kararında sözleşme benzeri borç ilişkisi kurulduğu belirtmiştir.¹⁴⁸

¹⁴⁷ “Davacı; tarımsal sulama aboneliği olan davalının, sulama kuyusunda aboneliği elektrik kullandığının tespit edildiğini, davalı hakkında kaçak tutanağı düzenlendiğini, tutanağa istinaden tahakkuk ettirilen kaçak kullanım bedelinin ödenmemesi üzerine davalı aleyhinde icra takibi başlatıldığını, takip borçlusu davalının haksız itirazı nedeniyle takibin durduğunu ileri sürerek, itirazın iptali ile davalının takip konusu borcu takip dosyasında belirtilen %23,4 faiziyle ödenmesine ve alacağın %40’ından az olmamak kaydıyla icra inkar tazminatına karar verilmesini istemiştir. Davalı; kaçak kullanımda bulunmadığını, hakkında yürütülen ceza yargılaması neticesinde de beraat kararı verildiğini savunarak davanın reddini dilemiştir...Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde; aboneliği kullanan şahsın haksız fiil hükümleri uyarınca, abonenin de sözleşmeden doğan sorumluluğunun bulunduğu, bu durumda kullanımdan her ikisinin de müteselsilen sorumlu oldukları belirgin olmasına göre davalının, alacağını sorumluların tamamından isteyebileceği gibi bunlardan biri ya da birkaçından da isteyebileceğinin kabulü gerekir.” Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 2019/3938, K. 2020/629, T.03.02.2020, <https://intranet.uyap.gov.tr>. Aynı yönde olan kararlar için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 2019/3359, K. 2019/10631, T.26.12.2019, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 2016/20919, K. 2018/6668, T.18.06.2018, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 2016/17815, K. 2018/4696, T.07.05.2018, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2011/19-104, K. 2011/239, T.27.04.2011, <https://intranet.uyap.gov.tr>. E.T: 07.10.2020.

¹⁴⁸ “Davacı; davalı şirketin 15 yıldır abone olmaksızın şebeke suyu kullandığını, davalı şirketin çalışan sayısı, binadaki faal durumda olan muslukların geceli ve gündüzlü su tüketimi nazara alınarak, aylık tüketim bedeli üzerinden belediye meclisi tarafından belirlenen sayaçsız abonelere ait su tüketim bedeli tarifesine göre 01/01/1997 tarihinden 23/10/2008 tarihine kadar toplam 129.384 TL su bedeli tahakkuk ettirildiğini, 25/11/2008 tarihinde davalı şirketin müracaatı neticesinde su aboneliğinin yapıldığını ileri sürerek; fazlaya dair hakları saklı kalmak üzere, şimdilik 10.000 TL su bedelinin 01/01/1997 tarihinden itibaren işleyecek gecikme zammı ile birlikte tahsiline karar verilmesini talep etmiş; 28/05/2010 tarihli ıslah dilekçesi ile talebini 77.500 TL'ye artırmıştır. Davalı; davacı belediye ile imzaladıkları bir sözleşme olmadığından 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanamayacağını, işbu zamanaşımı süresi uygulanırsa dahi 10 yıl geçtikten sonra davanın açıldığını, ayrıca su ihtiyacının Haziran 2007 tarihine kadar Etibank tarafından karşılandığını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece; davacı tarafta her ne kadar 01/01/1997-23/10/2008 tarihleri arasında kullanılan su bedellerini istemiş ise de 24/07/2006 tarihinde dava dışı TEDAŞ ile davalı taraf arasında işletme hakkı devir sözleşmesi imzalandığı, sözleşmenin 7.6 maddesine göre işletme hakkı devredilen dağıtım tesislerinin işletilmesinden kaynaklanan her türlü hukuki ve cezai sorumluluğun TEDAŞ'a ait olduğu, bu durumda davalının 24/07/2006-23/10/2008 tarihleri arasında tüketilen su bedelinden sorumlu olacağı gerekçesiyle; davanın kısmen kabulü ile 11.568,01 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, tarafların temyizi üzerine Dairemizce onanmıştır. Onama ilamına karşı, davacı vekili tarafından karar düzeltme isteminde bulunmuştur. Dava, kaçak olarak kullanılan su bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Davalı şirkete ait işyerinde 1997 ila 2008 yılları arasında kaçak olarak su kullanıldığı hususunda uyumsuzluk bulunmamaktadır. Uyumsuzluk; davalı şirketin, işyerini devraldığı dava dışı TEDAŞ ile imzalamış olduğu 24/07/2006 tarihli İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi (İHDS) nedeniyle, işbu tarihten önceki su tüketimi nedeniyle borçlu olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Her ne kadar, davanın ihbar edildiği TEDAŞ ile davalı şirket arasında sorumluluğa ilişkin düzenlemeler içeren İHDS var ise de; davacı, bu sözleşme yönünden 3. kişi konumunda olup, sözleşme hükümleri davacı yönünden bağlayıcı değildir. İHDS, ancak iç ilişkide, diğer bir anlatımla tarafları arasında uygulanabilir. Diğer taraftan davalı şirket, davacı belediye tarafından sözleşme yapmak ve böylece karşı edim borçlanmak şartıyla sunulan içme suyu hizmetinden, sözleşme vasıtasıyla yararlanacağı yerde böyle bir sözleşme yapmaksızın (ve belki de bunu istemeksizin) karşılıksız ve kaçak yararlanmış bulunmaktadır. O hâlde, taraflar arasında dürüstlük ilkesine uygun olarak “sözleşme benzeri” bir borç ilişkisinin kurulduğu kabul edilmelidir. Bu sonuç için sunulan edimden davalı şirketin sadece yararlanmış olması yeterlidir. Sözleşme benzeri bir ilişkinin kurulması nedeniyle, zamanaşımı süresi de dava tarihinde yürürlükte olan 818 sayılı BK'nin 125 inci maddesine göre 10 yıldır. Bu durumda, mahkemece; kaçak su kullanan davalı şirket ile su hizmetini sunan davacı belediye arasında sözleşme benzeri bir ilişki kurulduğu, bu nedenle davacı belediyenin bu gibi durumlarda yönetmelik ve tarife hükümlerine uygun olarak belirlediği bedelin davalı şirket tarafından ödenmesi gerektiği, ancak davalı şirketin zamanaşımı definde bulunduğu gözetilerek, tarafların delil ve karşı delilleri değerlendirilmek suretiyle ulaşılabilecek sonuca göre uyumsuzluğun esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, davada uygulama yeri bulunmayan İHDS esas alınarak yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. Ne var ki, mahkeme

Abonesiz olarak hizmetten yararlanan kişilerden haksız fiil hükümlerine göre mi yoksa sözleşme benzeri borç ilişkisine göre mi bedel talep edilebileceğine ilişkin tartışmalar abonesiz olarak hizmetten yararlanma durumunda gündeme gelecektir. Arada abonelik sözleşmesi bulunması durumunda ise bedelin borca aykırılık nedenine dayalı olarak talep edileceği hususunda kuşku bulunmamaktadır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 21.02.2018 tarihli kararında bu hususu açıkça belirtmiştir.¹⁴⁹

Abonelik sözleşmelerinde, sözleşme kurulduğu sırada sözleşmenin sübjektif esaslı noktaları üzerinde çok durulmamaktadır. Bunun sebebi ise, katımlı sözleşme¹⁵⁰ niteliğindeki su, elektrik, doğalgaz aboneliklerinde satıcı ya da sağlayıcı tarafından önceden ve tek taraflı olarak hazırlanan genel işlem koşulları niteliğine haiz standart abonelik sözleşmesi koşullarının aboneye sunulması ve abonenin sözleşmeyi bu koşullar ile kabul etmek ya da hizmetten yararlanamamak seçenekleri arasında sıkışıp kalmasıdır.¹⁵¹ Çoğu zaman abonenin bu koşulları görüşme imkanı bulunmamakta ve bu sebeple sözleşmenin sübjektif esaslı noktaları belirlenmeden sözleşme kurulmaktadır.¹⁵²

Abonelik sözleşmeleri açısından bir diğer hususu sözleşme yapma zorunluluğunun olduğu durumlar oluşturmaktadır. Sözleşme yapma zorunluluğu çoğu zaman kanun hükmünden kaynaklanmakta olup kanunda öngörülen hallerin dışına çıkılması ya da özel haklı bir sebebin varlığı hallerinde sözleşme yapmaya ilişkin talep geri çevrilebilecektir.¹⁵³ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 27.11.2019 tarihli bir kararında abonelik tesisinin, başkasına ait borcun ödenmesi koşuluna bağlanmasının hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir.¹⁵⁴ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi ise, 29.06.2011 tarihli

kararının açıklanan bu nedenle bozulması gerekirken, zuhulen onandığı bu defa yapılan incelemede anlaşıldığından, davacı tarafın bu yöne ilişkin karar düzeltme isteminin kabulüne karar vermek gerekmiştir.” Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 2018/6554, K. 2019/4189, T.07.05.2019, <https://intranet.uyap.gov.tr>. E.T: 07.10.2020.

¹⁴⁹ “...Somut olayda, dosyada mevcut tutanak kapsamlarından anlaşılacağı üzere kaçak ve usulsüz elektrik tutanaklarının düzenlendiği tarihten önce davacı şirket ile davalı arasında elektrik aboneliği tesis edilmiştir. Şu durumda, taraflar arasında kurulan abonelik ilişkisi sözleşme niteliğinde olup, davacının bu sözleşme ilişkisine dayanarak ve sözleşmeye aykırılık iddiasıyla oluşan zararının kullanılmasını talep ettiği kabul edilmelidir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/3-1001, K. 2018/245, T.21.02.2018, <https://intranet.uyap.gov.tr>. E.T: 07.10.2020.

¹⁵⁰ Bir kanun ile kamu hizmeti verilmesine yönelik sözleşme zorunluluğunun getirildiği ve bu ilişkinin içeriğine dahil olan kuralların da düzenlendiği sözleşmelere katımlı (iltihaki) sözleşme denilmektedir. Bkz. O. Gökhan ANTALYA (2019b), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: V/1,3, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, s.126.

¹⁵¹ Fikret EREN (2020), age. s.227.

¹⁵² Güneş KOCA (2004), agt. s.30.; Hasan AYRANCI (2010), age. s.215.

¹⁵³ Hasan AYRANCI (2003), “Sözleşme Kurma Zorunluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, S.3, s.235.

¹⁵⁴ Bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 2019/1748, K. 2019/9452, T.27.11.2019, <https://intranet.uyap.gov.tr>. E.T: 14.10.2020.

kararında dava dışı müteahhitin davalıya olan şantiye aboneliği borcundan dolayı davacının sorumlu tutulamayacağını ve bu alacak nedeniyle davacı ile sözleşme yapmaktan imtina edilemeyeceğini belirtmiştir.¹⁵⁵

1.6 ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ VE ZORUNLU İÇERİĞİ

1.6.1 Şekli

Sözlü veya yazılı olarak yapılabilen irade açıklamasının beyan edilirken kullanıldığı kalıba ya da araca şekil denilmektedir.¹⁵⁶

TBK m.12/f.1’de¹⁵⁷ sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir uzantısı olarak şekil serbestisi ilkesine yer verilmiştir.¹⁵⁸ TBK m.12/f.2’de¹⁵⁹ ise sözleşme serbestisi ilkesine bir istisna getirilerek kanun ile şekil şartı öngörüldüğü durumlarda sözleşmenin hüküm ifade edebilmesi için belirlenen şekle uyulması gerekliliğinden söz edilmiştir. Burada kanun tarafından getirilen her türlü şartın geçerlilik şartı olmadığı, bazen ispat şartı da olabileceği bu nedenle kanun ile getirilen şartın ispat şartı ya da geçerlilik şartı olup olmadığı hususunun tespitinin önemli olduğu belirtilmektedir.¹⁶⁰ TBK m.17/f.1 hükmü gereği taraflar aralarında anlaşarak da

¹⁵⁵ “ Davacı davasında inşaatı tamamlanan binada bulunan bağımsız bölümü için davalının geçici su aboneliği tesis etmeye yanaşmadığını ileri sürerek talepte bulunmuş; davalı ise şantiye aboneliğinin borcu bulunduğunu, bu borcun ödenmesi halinde aboneliğin tesis edileceğini savunmuş, bu yöndeki savunmasını davacıya da bildirmiştir. Her ne kadar ASKİ Tarifeler Yönetmeliğinin 30/d maddesinde “iskan ruhsatı bulunmayan binalar için şantiye suyu hesabının kesilmesi kaydıyla Yönetmeliğin 6/h hükmüne göre tamamı veya bir kısmına geçici abonelik verilir.” yazılı ve davalı da bu hükmeye dayanarak davacıyı abone yapmaktan imtina etmekte ise de davalı su tekeli elinde bulunduran kamu kurumu niteliğindedir. Bu gibi kamu kurumları kendi Yönetmeliklerini de kendileri hazırlamaktadırlar. Tek taraflı olarak hazırlanan bu Yönetmelikteki az yukarıda açıklanan hükmün uygulanması, kamu kurumuna göre daha güçsüz durumda bulunan şahısların mağduriyetine neden olur. Davacı, dava dışı müteahhitin davalıya şantiye aboneliği nedeniyle olan borcundan dolayı sorumlu tutulamaz; davalı kurum da dava dışı müteahhitten olan bu alacağı nedeniyle davacı ile sözleşme yapmaktan imtina edemez. Su tekeli elinde bulunduran davalı, şantiye aboneliğinden doğan alacağı varsa onu her zaman akidinden isteyebilir. Davaya konu binanın inşaat ruhsatı alındığına ve dosyadaki belge ve bilgilere göre de inşaatın tamamlandığı anlaşıldığına göre 3194 sayılı yasanın geçici 11. maddesine aykırı herhangi bir nedenin varlığından da söz edilemez. Hal böyle olunca davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir. “ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 2011/1462, K. 2011/10351, T.29.06.2011, <https://intranet.uyap.gov.tr>. E.T: 14.10.2020.

¹⁵⁶ Erol CANSEL ve Çağlar ÖZEL (2017), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:1*, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, s.197.

¹⁵⁷ TBK m.12/f.1’de “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.” denilmektedir.

¹⁵⁸ Emine Gökçe KARABEL (2015), *Yazılı Şekil Şartı*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, s.5.; Fikret EREN (2020), age. s.19.

¹⁵⁹ TBK m.12/f.2’de “ Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.” denilmektedir.

¹⁶⁰ M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.146-147.; Fikret EREN (2020), age. s.303-306.

sözleşmenin kurulması için şekil şartı öngörebilecek olup böyle bir durumun varlığı halinde şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler tarafları bağlamayacaktır.¹⁶¹

Abonelik sözleşmeleri açısından ise, gerek TKHK m.52/f.2¹⁶² gerekse ASY m.5'te¹⁶³ birbirine paralel olarak yazılı ya da mesafeli olarak kurulabilmeye ilişkin şekil şartı öngörülmüştür. Yazılı ya da mesafeli kurulmaya ilişkin olarak öngörülen bu şekil şartının geçerlilik şartı mı yoksa ispat şartı mı olduğu konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre,¹⁶⁴ kanun ile getirilen bu şekil şartı geçerlilik şartı iken, diğer bir görüşe göre¹⁶⁵ ispat şartıdır. Aslan, bu düzenlemeyle öngörülen şekil şartının yazılı şekil şartı olarak anlaşılmasını, mesafeli sözleşmelerin yazılı olma unsurunu taşımadığı durumlarda da geçerli olacağını ancak bunların bir nüshasının daha sonra tüketiciye verilmesi gerekeceğini belirtmiştir.¹⁶⁶ Burada öngörülen şekil şartı ile sözleşme koşullarının tek yanlı olarak karşı tarafça değiştirilmesi ihtimalinin ortadan kaldırılması¹⁶⁷ ve aynı zamanda abonenin tarafı olduğu sözleşmelere ilişkin bilgilendirilmesi¹⁶⁸ amaçlanmaktadır.

Yine TKHK m.4'te ve ASY m.5/f.2'de dil ve puntoya ilişkin olarak abonelik sözleşmesinin sade, anlaşılır, açık ve en az on iki punto büyüklüğünde olması gerektiği belirtilmiştir.

TKHK m.52/f.2 ve ASY m.5'te abonelik sözleşmelerinin yazılı olarak kurulabileceğinin yanında mesafeli olarak da kurulabileceği belirtilmiştir. Burada mesafeli sözleşme,¹⁶⁹ sözleşmenin kuruluş biçimini esas almakta olup satım ya da kira

¹⁶¹ TBK m.17/f.1'de “ Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz.” denilmektedir.

¹⁶² TKHK m. 52/f.2'de: “Yazılı veya mesafeli olarak kurulan bu sözleşmelerin bir nüshasının kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunludur.” denilmektedir.

¹⁶³ ASY m. 5/f.1'de: “Yazılı veya mesafeli olarak kurulan abonelik sözleşmelerinin bir örneğinin kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunludur.” denilmektedir.

¹⁶⁴ Seda ÖKTEM ÇEVİK (2015), agm. s.350, 354.; Şeref ERTAŞ (2014), “Yeni Tüketiciyi Koruma Kanununda Abonman Sözleşmeleri”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.9, S.99, s.105.; Güneş KOCA (2004), agt. s.71.; Şebnem AKİPEK (1999), *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.263.

¹⁶⁵ Ahmet Cemal RUHİ (2013), *Sözleşmeler Hukuku, Cilt: I*, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, s.93.; Burada kanun ile getirilen şekil şartının, ispat şartı olarak nitelendirilmesi tüketiciyi daha fazla koruyucu nitelik taşısa da hukukumuz açısından ispat şartı şeklinde nitelendirme imkânı bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şebnem AKİPEK (1999), age. s.262-263.

¹⁶⁶ İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.602-603.

¹⁶⁷ Ebru CEYLAN (2016), agm. s.856.

¹⁶⁸ Aydın ZEVKLİLER ve Çağlar ÖZEL (2016), age. s.367.; Ebru CEYLAN (2016), agm. s.856.; Seda ÖKTEM ÇEVİK (2015), agm. s.350.

¹⁶⁹ Mesafeli sözleşme TKHK m.48'de “ Mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu

gibi sözleşme tipini ifade etmemektedir.¹⁷⁰ Tarafların yüz yüze gelmeden, uzaktan iletişim araçları ile bağlantı kurarak sözleşme yapmaları günümüzde çok yaygın bir uygulama haline gelmiştir.¹⁷¹ Karşı karşıya gelinmeksizin telefon, faks, katalog, mektup, kısa mesaj, internet gibi sözleşme kurulmasına imkan sağlayan her türlü ortam ya da araç Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği¹⁷² kapsamında uzaktan iletişim aracını ifade etmektedir. Abonelik sözleşmelerinin mesafeli şekilde kurulması ile kastedilen ise, bu sözleşmeler için öngörülen şekil şartlarına abonelik sözleşmelerinde de uyulması gerekliliğidir.¹⁷³

Burada abonelik sözleşmelerinde değişiklik yapılmak istenildiği takdirde de bu şekil şartlarına uyulup uyulmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bu sorunun cevabı için TKHK m.4/f.2 ve TBK m.13/f.1 hükümleri birlikte değerlendirilmelidir. TKHK m.4/f.2 gereği sözleşme süresi zarfında tüketici aleyhine sözleşme şartları değiştirilemeyecek, TBK m.13/f.1 gereği de sözleşmelerde meydana gelecek değişikliklerin o sözleşmeler için kanunda öngörülen şekil şartına uygun yapılması gerekecektir. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde abonelik sözleşmelerinde tüketici aleyhine olmayan değişiklikler yazılı ya da mesafeli olarak yapılabilecektir.¹⁷⁴

Bir sözleşmenin kanunen şekle tabi tutulmuş olması halinde o şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler hüküm doğurmayacak ve kesin hükümsüz olacaktır.¹⁷⁵ Yazılı şekle ya da mesafeli sözleşmelere ilişkin olarak öngörülen şekle uyulmayarak kurulan abonelik sözleşmeleri de kesin hükümsüz olacaktır.¹⁷⁶ Bu durumda kanunda yalnızca tüketicinin geçersizliği öne sürebileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte TKHK m.22/3, m.32/2, m.41/1, ile m.47/4 hükümlerinin kıyasen uygulanması sonucu hükümsüzlüğü yalnızca tüketicinin ileri sürebilmesinin kanunun özüne daha uygun olduğu belirtilmektedir.¹⁷⁷ TKHK m.22/3'te kredi verenin geçerli olarak yapılmayan sözleşmeye dayanarak daha sonra tüketici aleyhine sözleşmenin geçersiz olduğu iddiasını ileri süremeyeceği ifade edilmiştir. Burada bahsi geçen hükümsüzlük 'esnek

an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir.' şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁷⁰ Aydın ZEVLİLER ve Çağlar ÖZEL (2016), age. s.322.

¹⁷¹ Betül TİRYAKİ (2008), "E-Tüketici ve Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması", inet-tr'08 - XIII. Türkiye'de İnternet Konferansı Bildirileri, ODTÜ, Ankara, 22-23 Aralık 2008, s.93. dn.7.

¹⁷² 27.11.2014 tarih ve 29188 sayılı Resmî Gazete.

¹⁷³ Bir sözleşmenin mesafeli sözleşme şeklinde kurulması sözleşmenin şekliyle ilgili olmayıp sözleşme kurma biçimine ilişkindir. Seda ÖKTEM ÇEVİK (2015), agm. s.355.

¹⁷⁴ Musa KAMA (2019), agt. s.55.

¹⁷⁵ M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.162.; Fikret EREN (2020), age. s.303.

¹⁷⁶ Seda ÖKTEM ÇEVİK (2015), agm. s.356.; Sezer ÇABRİ (2016), age. s.866.

¹⁷⁷ Seda ÖKTEM ÇEVİK (2015), agm. s.357.; Sezer ÇABRİ (2016), age. s.866.

hükümsüzlük’’ olarak adlandırılmaktadır.¹⁷⁸ Esnek hükümsüzlük halinin mevcut olduğu hallerde, ihlal edilen hüküm ile korunmak istenen taraf bu hükümsüzlüğe dayanabilecektir.¹⁷⁹ Bu noktada TKHK m.22/3, m.32/2, m.41/1, ile m.47/4 hükümleri esnek hükümsüzlüğün tüketici kanunundaki görünüş biçimleridir.¹⁸⁰ TKHK’de tüketici aleyhine hükümsüzlüğün ileri sürülemeyeceği açıkça belirtilmesine karşın abonelik sözleşmeleri açısından böyle bir düzenleme mevcut değildir. Ancak abonelik sözleşmelerinde, tüm tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi tüketiciyi koruma gayesi ile şekil şartı getirilmiş olması nedeniyle abonelik sözleşmelerinde de tüketici aleyhine hükümsüzlüğün ileri sürülememesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁸¹

1.6.2 Zorunlu İçeriği

Abonelik sözleşmelerinin zorunlu içeriğinin yasal dayanağını; TKHK’nin sözleşmenin zorunlu içeriği ile tarafların hak ve yükümlülüğüne ilişkin hususların yönetmelik ile belirleneceğine ilişkin 52/7. maddesi karşısında ASY’nin 6. maddesi oluşturmaktadır. Abonelik sözleşmelerinin zorunlu içeriği ASY’nin ‘sözleşmenin zorunlu içeriği’ üst başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasında şu şekilde ifade edilmektedir:

- a) Tüketici ile satıcı veya sağlayıcının isim, unvan, açık adres, telefon ve varsa MERSİS numarası ile diğer iletişim bilgileri,
- b) Sözleşmenin konusu ve varsa süresi,
- c) Sözleşmenin düzenlendiği tarih,
- ç) Malın ilk teslim tarihi veya hizmetin ifasına başlama tarihi,
- d) Mal veya hizmetin tüm vergiler dahil toplam fiyatı,
- e) Sözleşme konusu mal veya hizmet bedelinin bir tarife üzerinden hesaplanması durumunda; tüketici tarafından seçilen tarifenin adı, içeriği ve sözleşmenin düzenlendiği tarihteki birim tüketim bedeli ile tüketim dönemi,
- f) Fatura bedelinin süresi içerisinde ödenmemesi durumunda, hizmet sunumunun ne şekilde ve ne kadar süre içerisinde durdurulabileceğine; fatura bedelinin sonradan

¹⁷⁸ Rona Serozan (2013), Medeni Hukuk Genel Bölüm, 4. Baskı, İstanbul, C.III §7 N.26e; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2017), age. s.595.; Başak BAYSAL (2015), ‘‘Tüketici Kredisi (TKHK m.22-31)’’, *İçinde, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı*, Derleyen: M. Murat Inceoğlu, On İki Levha Yayınları, İstanbul, s.290.

¹⁷⁹ Pakize Ezgi AKBULUT (2016), *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması*, On İki levha Yayıncılık, İstanbul, s.70.

¹⁸⁰ Mehmet Serkan ERGÜNE ve Ali Suphi KURŞUN (2018), ‘‘TBK m.27’’, *İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu- Yürürlük Kanunu, Cilt: 1, Genel Hükümler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.143-144.

¹⁸¹ Musa KAMA (2019), agt. s.56.

ödenmesi durumunda ise hizmet sunumunun ne şekilde ve ne kadar süre içerisinde başlatılacağına ilişkin bilgi,

- g) Mal veya hizmetin temini için abonenin kullanımına sunulan sayaç, modem ve benzeri cihazların değişiminin yasal yükümlülüklerle uygun olarak yapılabileceğine ilişkin bilgi,*
- ğ) Sözleşme konusu mal veya hizmet sunumunun mücbir sebeplerle kesintiye uğrayabileceği belirtilmişse bu sebeplerin neler olduğuna ilişkin bilgi,*
- h) Satıcı veya sağlayıcının kusurundan kaynaklanan nedenlerle sözleşmede belirtilen nitelikte mal veya hizmet sunulmaması halinde tüketicinin, Kanun'un 11'inci veya 15'inci maddelerinde yer alan haklarına ilişkin bilgi,*
- ı) Sayaç ve benzeri ölçüm cihazlarının kullanıldığı durumlarda, bu cihazlarda meydana gelen arızalar nedeniyle belli bir süreyle tüketim miktarının hiç veya doğru şekilde tespit edilememesi halinde, söz konusu süre için tüketim miktarının ne şekilde tespit edileceğine ilişkin bilgi,*
- i) Tüketicie sunulan mal veya hizmetin bedeli dışında tüketiciden ilgili mevzuat gereği tahsil edilmesi zorunlu bedeller söz konusu ise, bu bedellerin neler olduğu ile bunların sözleşmenin düzenlendiği tarihteki tutarı ve değişmesi durumunda yeni tutarların tüketicie ne şekilde bildirileceğine ilişkin bilgi,*
- j) Tüketicinin temerrüde düşmesinin hukuki sonuçlarına ilişkin bilgi,*
- k) Tüketiciden güvence, depozito veya teminat adı altında bir ücret alınması söz konusu ise bu ücretin tutarı ve aboneliğin sona ermesi durumunda tüketicie ne kadar süre içerisinde ve ne şekilde iade edileceğine ilişkin bilgi,*
- l) Sözleşmenin feshi ve sonuçlarına ilişkin bilgi,*
- m) Sözleşmenin feshedilmesi halinde, modem, telefon, uydu alıcısı ve benzeri cihazların iadesi öngörülüyorsa nasıl iade edileceğine veya geri alınacağına ilişkin bilgi,*
- n) Tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını tüketici mahkemesine veya tüketici hakem heyetine yapabileceklerine ilişkin bilgi.''*

ASY'nin 6. maddesinin 2. fıkrasında; 1. fıkrada on yedi bent halinde sayılan bilgilerden e, f, g, ı, k, ve m bentlerine elektrik, su, doğal gaz ve elektronik haberleşme sektörü dışındaki abonelik sözleşmelerinde yer verilmeyebileceği belirtilmiştir. Buna göre elektrik, su, doğal gaz ve elektronik haberleşme sektörü dışındaki abonelik sözleşmelerinde aşağıda yer alan bilgilerin sözleşmede yer alması zorunlu olmamakla birlikte taraflar isterlerse sözleşmeye koyabileceklerdir:

- “e) Sözleşme konusu mal veya hizmet bedelinin bir tarife üzerinden hesaplanması durumunda; tüketici tarafından seçilen tarihenin adı, içeriği ve sözleşmenin düzenlendiği tarihteki birim tüketim bedeli ile tüketim dönemi,*
- f) Fatura bedelinin süresi içerisinde ödenmemesi durumunda, hizmet sunumunun ne şekilde ve ne kadar süre içerisinde durdurulabileceğine; fatura bedelinin sonradan ödenmesi durumunda ise hizmet sunumunun ne şekilde ve ne kadar süre içerisinde başlatılacağına ilişkin bilgi,*
- g) Mal veya hizmetin temini için abonenin kullanımına sunulan sayaç, modem ve benzeri cihazların değişiminin yasal yükümlülüklerle uygun olarak yapılabileceğine ilişkin bilgi,*
- ı) Sayaç ve benzeri ölçüm cihazlarının kullanıldığı durumlarda, bu cihazlarda meydana gelen arızalar nedeniyle belli bir süreyle tüketim miktarının hiç veya doğru şekilde tespit edilememesi halinde, söz konusu süre için tüketim miktarının ne şekilde tespit edileceğine ilişkin bilgi,*
- k) Tüketiciden güvence, depozito veya teminat adı altında bir ücret alınması söz konusu ise bu ücretin tutarı ve aboneliğin sona ermesi durumunda tüketiciye ne kadar süre içerisinde ve ne şekilde iade edileceğine ilişkin bilgi,*
- m) Sözleşmenin feshedilmesi halinde, modem, telefon, uydu alıcısı ve benzeri cihazların iadesi öngörülüyorsa nasıl iade edileceğine veya geri alınacağına ilişkin bilgi”.*

ASY'nin 6. maddesinin 3. fıkrasında ise; 1. fıkrada yer alan d bendinin elektrik, su ve doğal gaz sektörüne ilişkin abonelik sözleşmelerinde aranmayacağı belirtilmiştir. Buna göre elektrik, su ve doğal gaz sektörüne ilişkin abonelik sözleşmelerinde mal veya hizmetin tüm vergiler dahil toplam fiyatına ilişkin bilginin yer alması zorunlu değildir.

Abonelik sözleşmelerinde bulunması gereken zorunlu unsurlardan bir ya da birkaçının sözleşmede bulunmamasının yaptırımı TKHK m.4/1 ile ASY m. 7'de düzenlenmiştir. İlgili hükümler incelendiğinde TKHK m.4/1'de: *“...Sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunması durumunda, eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik sözleşmeyi düzenleyen tarafından derhal giderilir. ‘ denildiği¹⁸², ASY m.7'de ise:*

¹⁸² Madde metninde satıcı ya da sağlayıcı tarafından eksikliğin derhal giderileceğinin öngörülmesi, TBK'nin 24. maddesinde öngörülen tek taraflı değiştirme yasağının amacına aykırı olması sebebiyle eleştirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Murat AYDOĞDU (2018), *Genel İşlem Koşulları Şerhi*, Adalet Yayınevi, Ankara, s.178-179.

‘‘ Abonelik sözleşmesinde, 6’ncı maddede yer alan hususlardan bir veya birkaçının bulunmaması sözleşmenin geçerliliğini etkilemez ve bu durumda, satıcı veya sağlayıcı malın teslimini veya hizmetin ifasını durduramaz. Sözleşmedeki eksiklik, sözleşmeyi düzenleyen tarafından tüketiciden ilave bir ödemede bulunmasını istemeksizin derhal giderilir. Aksi takdirde, tüketici cezai şart, tazminat ve benzeri adlarla herhangi bir ödemede bulunmaksızın sözleşmeyi feshedebilir. ‘‘

denildiği görülmektedir. İki madde birlikte incelendiğinde gerek kanunda gerekse yönetmelikte birbirine paralel olarak abonelik sözleşmelerinde bulunması gereken zorunlu unsurlardan bir ya da birkaçının sözleşmede bulunmamasının sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceğinin belirtildiği¹⁸³, dolayısıyla bu hallerde sözleşmenin geçersiz hale geldiğinden söz edilemeyeceği görülmektedir. Burada bahsi geçen zorunlu unsurlar ile sözleşmenin objektif ya da subjektif unsurlarının kastedilmediğini belirtmek gerekir. Nitekim sözleşmenin objektif ya da subjektif esaslı noktalarında eksiklik bulunması halinde, eksikliklerin sözleşmeyi düzenleyen tarafça giderilmesi söz konusu olmayacak ve sözleşme kesin hükümsüz olacaktır.¹⁸⁴ Kesin hükümsüzlük halinde tüketici aleyhine hükümsüzlüğün ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir.¹⁸⁵ Kanaatimizce de esnek hükümsüzlük görüşü benimsenerek kesin hükümsüzlük hali tüketici aleyhine ileri sürülemez.

Sözleşmenin feshi açısından ise; TKHK m.4/1’de sözleşmenin zorunlu unsurlarındaki eksikliklerin giderilmemesi halinde tüketiciye sözleşmeyi feshetme yetkisi verilmemişken, ASY m.7’de TKHK’den farklı olarak açıkça tüketiciye sözleşmeyi feshetme yetkisi verilmiştir. Tüketici makul süre içerisinde eksiklikler giderilmediği takdirde kanunda fesih yetkisi verilmesi de sözleşmeyi feshedebilecektir.¹⁸⁶

Sonuç olarak abonelik sözleşmelerinde bulunması gereken zorunlu unsurlardan bir ya da birkaçının sözleşmede bulunmaması halinde; sözleşme geçersiz hale gelmeyecek, sözleşmedeki eksiklikler tüketiciden ayrıca bir ücret talep edilmeksizin satıcı ya da sağlayıcı tarafından derhal giderilecektir. Bu eksikliklerin

¹⁸³ Kanun metni ile TBK m.22’de olduğu üzere kısmi hükümsüzlüğün tam hükümsüzlüğe dönüşmesinin engellenmesi gibi bir sonuç amaçlanmış olabileceğine ilişkin görüş için bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.181-182.

¹⁸⁴ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.77.; Seda ÖKTEM ÇEVİK (2015), agm. s.357.; Burak ÖZEN (2014), ‘‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Çerçevesinde Tüketici Kredileri’’, *İçinde, 6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları*, Bilge Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, s.37.

¹⁸⁵ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.77.; Seda ÖKTEM ÇEVİK (2015), agm. s.357.

¹⁸⁶ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.868-869.

giderilmemesi halinde ise, ASY m.7’de sözleşmenin tüketici tarafından feshedilebileceği, TKHK m.77/1’de¹⁸⁷ ise, satıcı ya da sağlayıcı hakkında idari para cezası uygulanabileceği düzenlenmiştir.

1.7 ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

1.7.1 Sürekli Borç Doğuran Sözleşme Olması

Borç ilişkilerinde kural olarak borcun konusunu edim teşkil etmektedir.¹⁸⁸ Edim ise, alacaklıya karşı yükümlülük altına giren borçlunun, hukuki olarak karşı taraf lehine yarar sağlayan davranış biçimi olarak tanımlanmaktadır.¹⁸⁹ Edimler, ifa süresi açısından ani edimler, sürekli edimler ve dönemli edimler olarak üçe ayrılmaktadır.¹⁹⁰ Ani edimli sözleşmelerde tek bir edim söz konusu olup ifa tek bir hareket ile gerçekleştirilmektedir.¹⁹¹ Sürekli edimli sözleşmelerde, ani edimli sözleşmelerde olduğu gibi tek bir hareket ile ifa gerçekleştirilememekte ve genellikle yapmama borçlarında olduğu üzere edim yükümlülüğü borç ilişkisi var olduğu sürece devam etmektedir.¹⁹² Dönemli edimli sözleşmelerde ise, edim düzenli olan ya da olmayan aralıklar ile borçlu tarafından tekrarlanmaktadır.¹⁹³

Edimlerden en az birinin süreklilik niteliği taşıması halinde ortada dar anlamda sürekli borç ilişkisinin var olduğu kabul edilmektedir.¹⁹⁴ Edimlerden birinin dönemli ifasının söz konusu olduğu sözleşmelerde ise, sürekli borç ilişkisinin var olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre,¹⁹⁵ edimlerin dönemli ifasının söz konusu olduğu sözleşmelerde karakteristik edimin kapsamı, bu edimin ifa edilmesi gerekli olan süreye bağlı olmayıp farklı ölçütler çerçevesinde değerlendirilebilmesi dolayısıyla sözleşmenin karakteristik edimi sürekli nitelikte değildir.

¹⁸⁷ TKHK m.77/1’de: “*Bu Kanunun 4’üncü, 6’ncı, 7’nci, 18’inci, 19’uncu, 20’nci, 21’inci, 23’üncü, 26’nci, 30’uncu, 33’üncü, 35’inci, 48’inci, 49’uncu, 51’inci, 52’nci, 54’üncü ve 57’nci maddelerinde belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket edenler hakkında aykırılığı tespit edilen her bir işlem veya sözleşme için iki yüz Türk Lirası idari para cezası uygulanır.*” denilmektedir.

¹⁸⁸ Fikret EREN (2020), age. s.100.

¹⁸⁹ O. Gökhan ANTALYA (2019b), age. s.97.

¹⁹⁰ Erden KUNTALP (1968), age. s.18-19.; O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.103.; M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.11.

¹⁹¹ Özer SELİÇİ (1977), age. s.8.; Fikret EREN (2020), age. s.113.; M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.11.

¹⁹² Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.158.; M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.13.

¹⁹³ Fikret EREN (2020), age. s.113.; M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.13.

¹⁹⁴ Pınar ALTINOK ORMANCI (2011), *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Medeni Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara, s.17.

¹⁹⁵ VENTURI - ZEN-RUFFINEN, Marie-Noëlle, *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*, Zurich-Bâle-Genève 2007, s.20’den aktaran agt. s.19.

İkinci görüşe göre,¹⁹⁶ edimlerin dönemli ifasının söz konusu olduğu sözleşmelerde, sürekli borç ilişkisinin var olup olmadığı hususu her durumda amaca göre ve ayrı ayrı değerlendirilerek belirlenmelidir.

Üçüncü görüşe göre¹⁹⁷ ise, edimlerin dönemli ifasının söz konusu olduğu sözleşmelerde karakteristik edimin kapsamı bu edimin kapsamının belirli olup olmaması ölçütü çerçevesinde değerlendirilerek belirlenmelidir. Buna göre tüm edim miktarının taraflarca başta belirlendiği hallerde ani edimli borç ilişkisinin mevcut olduğu kabul edilecek¹⁹⁸ ancak tüm edim miktarının taraflarca başta belirlenmediği hallerde ise tedarik sözleşmesinden bahsedilecek ve sürekli borç ilişkisinin mevcut olduğu kabul edilecektir.¹⁹⁹

Abonelik sözleşmelerinde satıcı ya da sağlayıcının bir mal ya da hizmeti sunma borcu düzenli ya da sürekli aralıklarla gerçekleştirildiğinden abonelik sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme niteliğini haizdir.²⁰⁰

1.7.2 Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Olması

Sözleşmenin taraflarının birbirlerine karşı asli borç altına girdiği sözleşmelere tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler denilmektedir.²⁰¹ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflar birbirlerine karşı hem alacaklı hem de borçlu konumunda bulunmaktadır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler sinallagmatik diğer bir ifadeyle karşılıklı sözleşmeler olarak da adlandırılmaktadır.²⁰²

Abonelik sözleşmesinin kurulmasıyla; satıcı ya da sağlayıcının bir mal ya da hizmeti düzenli ya da sürekli aralıklarla sunma borcu altına girmesi, abonenin ise ücret

¹⁹⁶ M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.14.

¹⁹⁷ Özer SELİÇİ (1977), age. s.13 vd.; Erden KUNTALP (1968), age. s.9.

¹⁹⁸ age. s.27.

¹⁹⁹ age. s.9.; Nami BARLAS (2001), “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri”, *İçinde, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı*, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, s. 824-825.; Özer SELİÇİ (1977), age.s.15.

²⁰⁰ İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.600.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.158.; Şüheda DALKA OKUMUŞ (2018), age. s.109.; Mehmet ASLAN (2020), agm. s.162.; Burada sürekli borç niteliğini haiz abonelik sözleşmeleri ile kastedilen TKHK kapsamındaki abonelik sözleşmeleri olup, TKHK kapsamında olmayan abonelik sözleşmelerinin atipik sözleşme olduğu kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şeref ERTAŞ (2014), agm. s.104.; Ebru CEYLAN (2016), agm. s.855.

²⁰¹ M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.357.; Fikret EREN (2020), age. s.223.

²⁰² Fikret EREN (2020), age. s.223.; Ünal NARMANLIOĞLU (2010), “Kanuni Süresinde Ücreti Ödenmeyen İşçinin İş Görmekten Kaçınabilme Hakkı (İmkânı)”, *2010-acikerisim.deu.edu.tr*, ET. 15.11.2020, s.607.

ödeme borcu altına girmesi dolayısıyla ki abonelik sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğini haizdir.²⁰³

1.7.3 Standart Sözleşme Olması

Satıcı ya da sağlayıcılar ticari hayatta her bir alıcı için ayrı ayrı sözleşme düzenlemek yerine çok sayıda sözleşmede kullanmak üzere önceden soyut olarak tek başına kendi menfaatleri doğrultusunda hazırladıkları sözleşmeleri kullanmakta olup bu tarz sözleşmelere standart sözleşme denilmektedir.²⁰⁴ Standart sözleşmeler için kısaca sözleşmenin tamamının ya da bir kısmının genel işlem koşulları içerdiği sözleşmeler de denilebilir.²⁰⁵ Abonelik sözleşmeleri de çoğu zaman genel işlem koşulları içermesi ve abonenin bu koşulları müzakere etmeksizin²⁰⁶ sözleşmeye katılması dolayısıyla ki abonelik sözleşmeleri standart sözleşme özelliğine sahiptir.²⁰⁷

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, davacı tarafa haksız şekilde davalı tarafça çıkarılan fatura olayı ile ilgili olarak yerel mahkemenin standart sözleşme olarak değerlendirdiği abonelik sözleşmesine ilişkin kısmen kabul kısmen ret kararını eksik inceleme nedeniyle bozmuştur.²⁰⁸

²⁰³ Ebru CEYLAN (2016), agm. s.852.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.168.; Güneş KOCA (2004), agt. s.35.; Hüseyin ALTAŞ (2009), agm. s.158.; Ahmet Cemal RUHİ (2013), age. s.93.

²⁰⁴ Baki İlkay ENGİN (2010), “Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması”, *İçinde, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, s.76-77.; Yeşim ATAMER (2001b), *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, s.61.; Ayşe HAVUTÇU (2003), *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, Güncel Yayınevi, İzmir, s.13.; Cemal OĞUZ (1998), “Standart Sözleşmelerin BK. 21 ile 99/2 ve 100/3 Hükümlerine Göre Hâkim Tarafından Kontrolü”, *TBB Dergisi*, S.1, s.25.; Aydın ZEVLİLER ve Çağlar ÖZEL (2016), age. s.118.; Şebnem AKİPEK ÖCAL ve Murat AYDOĞDU (2016), “Madde 5 (AKİPEK/AYDOĞDU) Şerhi”, *Milli Şerh-6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Aristo Yayıncılık, İstanbul, s.145.; Ömer ÇINAR (2009), *Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul, s.41.

²⁰⁵ Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.169-170.; İbrahim KAPLAN (2013), *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi*, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, s.74.; O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.126.; “...Standart sözleşmeler, içeriğini kısmen veya tamamen genel işlem koşullarının oluşturduğu, tarafların karşılıklı müzakereleri sonucu değil, aksine, taraflardan biri veya üçüncü kişi tarafından önceden hazırlanmış hükümlerin kullanıldığı sözleşme tipi olarak tanımlanmaktadır...” Bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 2016/13264, K. 2018/7016, T.21.06.2018, E.T. 06.03.2021, <https://intranet.uyap.gov.tr>.

²⁰⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 16.05.2019 tarihli kararında bu hususa ilişkin olarak: “...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...” şeklinde karar vermiştir. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/13-607, K. 2019/578, T.16.05.2019, E.T. 06.03.2021, <https://intranet.uyap.gov.tr>.

²⁰⁷ Musa KAMA (2019), agt. s.39.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.175.

²⁰⁸ “Davacı vekili dilekçesinde; davalının Tüketici Sorunları Hakem Heyeti Başkanlığı'na başvurarak hattından konuşma yapmadığı halde haksız şekilde kendisine fatura çıkarıldığını beyan ederek bu faturanın iptaline karar verilmesini talep ettiğini, hakem heyetinin davalının talebini kabul ederek söz

Standart sözleşmeler sözleşmenin tamamının ya da bir kısmının genel işlem koşulları içerdiği sözleşmeler olmakla birlikte standart sözleşmeleri genel işlem koşullarından ayıran önemli bir fark bulunmaktadır ki o da sözleşmenin karşı tarafının kabul beyanının varlığı halinde standart sözleşmeler kurulabilirken genel işlem koşullarının kabul beyanının varlığı halinde bağlayıcı olamamasıdır.²⁰⁹ Zira genel işlem koşulları “sözleşme hükümleri” olmasına karşın standart sözleşmeler sözleşme özgürlüğü bağlamında taraflarca yapılan “sözleşme türü”dür.²¹⁰ Genel işlem koşulları yalnızca karşı tarafın kabul beyanının varlığı ile bağlayıcı olmamakta, bağlayıcılık kazanabilmesi için söz konusu koşulların sözleşme içeriğine dahil edilmesi gerekmektedir.²¹¹ Bu konu çalışmanın “ Genel İşlem Koşulları ” başlıklı ikinci bölümünde ayrıntılı bir biçimde ele alınacak olup burada kısaca bilgi vermekle yetinilmiştir.

Genel işlem koşullarının kullanılmış olduğu sözleşmelerde menfaat dengesi satıcı ya da sağlayıcı lehine olarak bozulmaktadır.²¹² Tüketiciler, standart şekilde

konusu faturanın iptaline karar verdiğini, dava konusu fatura dönemi incelendiğinde davalının "Cep avantaj Her yöne" tarifesini kullandığını, bu dönemde davalının Irak'a ait Korek Telecom şebekesinden servis aldığı görüldüğünü, aboneye standart roaming ücretlendirilmesi kapsamında ücretlendirme yapıldığını ileri sürerek, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti Başkanlığı'nın kararının iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı beyanında; tir şoförü olduğunu, Irak ülkesine gittiğinde Türkiye'deki hatlardan konuştuğunu zannettiğini ve Türk tarifesinin uygulandığını düşündüğünü, konuşmalarını Irak ülkesinde yaptığını, davacının sunduğu görüşme ayrıntılarının doğru ve kendisine ait olduğunu, sınırı geçtiğinde tarifinin değiştiğini bilmediğini savunmuştur. Mahkemeye; davalının düzenlenen abone sözleşmesinin standart sözleşme olarak değerlendirildiği, abone tarifesinin cep limitsiz olduğu, sözleşmede "Cep limitsiz" tarifesine ilişkin yurtiçinde bir limit belirlenmediği gibi, bu tarifelin yurtdışında da geçerli olmayacağına ilişkin bir kaydın bulunmadığı, bu haliyle sözleşmenin davalının aleyhine yorumlanamayacağı, ancak davalının abone sözleşmesinde belirtilen 25 TL den sorumlu tutulması gerektiği anlaşıldığı gerekçesi ile davanın kısmen kabulü ile fatura alacağı olan 25 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosya içerisinde mevcut davalının abone sözleşmesinin tarifesinin "Cep limitsiz(25TL)" olduğu, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti tarafından iptal edilen faturalar incelendiğinde, abonelik paketinin "Cep avantaj Her yöne" olduğu, yurtdışı görüşmesinin 1.581,47 TL, yurtiçi süre ve görüşmesinin toplam 42,80 TL olduğu, sabit ücret ve devlete ödenecek ücretler ile birlikte fatura tutarının 2.326,42 TL olduğu görülmüştür. Hal böyle iken; mahkemeye, davalının dava konusu fatura döneminde tarifesinin "Cep limitsiz" ya da "Cep avantaj Her yöne" olup olmadığı araştırılmadan, ayrıca davalının faturasındaki bedelin, kullanmış olduğu tarife kapsamında doğru olup olmadığı ve hesaplanması noktasında konusunda uzman bilirkişi incelemesi yaptırılmadan, eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi usul ve yasaya uygun görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” Bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 2014/2132, K. 2014/10367, T.25.06.2014, E.T. 06.03.2021, <https://intranet.uyap.gov.tr>.

²⁰⁹ Şebnem AKİPEK (1999), age. s.224.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.7.

²¹⁰ Adem YELMEN (2014), *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları*, Yetkin Yayınları, Ankara, s.49-50.

²¹¹ Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.173.

²¹² Ayşe HAVUTÇU (2016), “Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İle İlişkilendirilmesi, İçeriklerinin Denetlenmesi”, *İçinde, Tüketici Hukuku Konferansı*, 5-6 Aralık 2015, (Makaleler-Tebliğler), Ed. Hüseyin Can Aksoy, Yetkin Yayınları, Ankara, s.76.; Şebnem AKİPEK ÖCAL ve Murat AYDOĞDU (2016), agm. s.128.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.220.; Lale SİRMEN (2015), “Türk Hukukunda

hazırlanmış olan sözleşmeleri olduğu gibi kabul etmek ya da sözleşme yapmaktan vazgeçmek dışında bir imkana sahip olamamaktadırlar. Tüm bu sebepler dolayısıyla ki haksız ve tek yanlı olarak hazırlanmış sözleşme koşullarına²¹³ karşı tüketicinin korunması gerekmektedir.²¹⁴

Önceden tek yanlı olarak ve müzakere edilmeksizin hazırlanan²¹⁵ sözleşme hükümlerine ilişkin olarak TKHK m.5 ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelikte haksız şart²¹⁶ kavramına yer verilmiştir. TKHK m.5/1'de haksız şart: ‘‘Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.’’ şeklinde tanımlanmıştır. Madde metnindeki tanımdan hareketle haksız şarttan söz edilebilmesi için söz konusu şartların tüketici ile müzakere edilmemesi ve bu şartların dürüstlük kuralına aykırı biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe sebep olması şeklinde iki unsurun bulunması gerekmektedir.²¹⁷ Haksız şartların unsurlarına bakıldığında

Genel İşlem Şartları Kavramı’’, *Viyana Satım Sözleşmesi Hukuku ve Tüketici Hukuku, Sempozyum Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara, s.119.

²¹³ Şebnem AKİPEK ÖCAL ve Murat AYDOĞDU (2016), agm. s.145.

²¹⁴ Süleyman TOPAK (2016), ‘‘Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları’’, *TBB Dergisi*, S.122, s.285.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.35.; Lale SİRMEN (2015), agm. s.119.

²¹⁵ Haksız şart niteliğini haiz sözleşme hükümlerinin kim tarafından hazırlandığının bir önemi bulunmamaktadır. Bkz. Şebnem AKİPEK ÖCAL ve Murat AYDOĞDU (2016), agm. s.144.; Özgür KARADAĞ (2015), *Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, s.161-162.

²¹⁶ Haksız şart ve genel işlem koşulu kavramları çoğu zaman eş anlamlı gibi kullanılsa da çoğu zaman bu iki kavram birbirini karşılamamaktadır. Aydın ZEVKLİLER, Ayşe HAVUTÇU, Şeref ERTAŞ, Murat AYDOĞDU ve Emre CUMALIOĞLU (2013), *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler*, Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi, 2. Baskı, İzmir, s.130.; Şebnem AKİPEK ÖCAL ve Murat AYDOĞDU (2016), agm. s.140.; Musa KAMA (2019), agt. s.39., dn.29.; Genel işlem koşulu niteliğini haiz sözleşme hükümlerinin tamamı haksız şart niteliği taşımamaktadır. Bu hususun her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bkz. Şebnem AKİPEK ÖCAL ve Murat AYDOĞDU (2016), agm. s.140.

²¹⁷ Selin SERT SÜTÇÜ (2019), ‘‘Elektronik Ticarete Tüketicinin Korunması’’, *İçinde, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Hükümlerine Göre Tüketici Hukuku Uygulamalarında Tüketicinin Korunması*, Ed. Selin Sert Sütçü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.23.; İlhan ULUSAN (2011), ‘‘Tüketicinin Korunması Kanununda Yer Alan Genel İşlem Şartları İle Tüketicinin Korunması Hukukunda Düzenlenmiş Bulunan Haksız Şartlara İlişkin Bazı Değerlendirmeler Ve Özellikle İçerik Denetimi Sorunu’’, *İçinde, Uluslararası Tüketici Hukuku Sempozyumu, 24-25 Kasım 2011, Metinler Kitabı*, Ed. Bahri Öztürk ve İlhan Ulusan, İKÜ Yayınları, Yayın No: 189, s.142.; Aydoğdu, bu unsurlara ek olarak ortada önceden hazırlanmış olan ve kullanılan standart şartın mevcut olması ve standart şartın çok sayıda sözleşme için önceden hazırlanması ile genel ve soyut nitelikte olması unsurları da dahil olmak üzere haksız şartın toplam dört unsuru olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Murat AYDOĞDU (2014b), *Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.186.; Şebnem AKİPEK ÖCAL ve Murat AYDOĞDU (2016), agm. s.140.

genel işlem koşullarından farklı olarak birden fazla sözleşmede kullanmak üzere hazırlanma unsurunun haksız şartlar açısından zorunlu olmadığı görülmektedir.²¹⁸

Haksız şartın ilk unsuru olan tüketici ile müzakere edilmeme unsuru sözleşmenin karşı tarafının söz konusu şartların içeriğine etki edememesini ifade etmektedir.²¹⁹ Bu kapsamda müzakere edilmeden söz edilebilmesi için söz konusu şartları hazırlayan tarafın sözleşmenin karşı tarafının düşünceleri doğrultusunda sözleşme şartlarında değişiklikler yapılmasına hazır olması gerekmekte olup sözleşme taraflarınca şartların beraber gözden geçirilmesi müzakere etme hususunun varlığı için yeterli olmayacaktır.²²⁰ TKHK m.5/f.3 gereği, tüketiciyle müzakere edilmeme sözleşme şartının önceden hazırlanarak sözleşmede yer alması sebebiyle tüketicinin sözleşme içeriğine etki edemediği hallerde karinedir. Müzakere edilme unsurunun gerçekleştiğinin iddia edilmesi halinde ise, bu hususu ispat yükü düzenleyen tarafa ait olacaktır.²²¹

Haksız şartın tüketici ile müzakere edilmeme unsuru ile birlikte gerçekleşmesi gereken ikinci unsuru ise bu şartların dürüstlük kuralına aykırı biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe sebep olmasıdır. Bu kapsamda satıcı ya da sağlayıcıya tek yanlı şekilde fayda sağlarken sözleşmenin karşı tarafını oluşturan tüketicinin haklarının daralmasına yol açan sözleşme hükümlerinin dürüstlük kuralına aykırı biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe sebep olduğu kabul edilmektedir.²²² Doktrinde bir görüş,²²³ madde metninin yorumundan hareketle bir sözleşme hükmünün dürüstlük kuralına aykırı biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe sebep olduğunun kabul

²¹⁸ İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.327.; Mustafa Alper GÜMÜŞ (2014), age. s.61.; Sezer ÇABRİ (2016), age. s.119.; M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.178.; Neslihan ÖZUYSAL (2011), *Genel İşlem Şartları Ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s.105.; Aydın ZEVLİLİLER ve Çağlar ÖZEL (2016), age. s.122.; Bu husus TKHK kapsamında her haksız şartın genel işlem koşulu niteliğinde olması gerekmediği şeklinde de ifade edilmektedir. Bkz. Mustafa Alper GÜMÜŞ (2014), age. s.61.; Aydın ZEVLİLİLER ve Çağlar ÖZEL (2016), age. s.122., dn.43.

²¹⁹ Şebnem AKİPEK ÖCAL ve Murat AYDOĞDU (2016), agm. s.144.

²²⁰ Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.189.

²²¹ Şebnem AKİPEK ÖCAL ve Murat AYDOĞDU (2016), agm. s.145.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.162.; İsmail ATAMULU (2018), "Genel İşlem Şartlarında Şahsi (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü", *Hakemli Makale, ERÜHFD*, C.XIII, S.1, s.132.; M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.178.

²²² age. s.178.; Aslan, her sözleşmede taraflardan birinin diğerine göre avantajlı konumda olduğunu, haksız şart açısından satıcı ya da sağlayıcı yararına oluşan avantajın dürüstlük kuralı açısından makul olup olmadığını belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.335.; Sözleşme hükmünün haksız şart niteliğinde olup olmadığı değerlendirilirken sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ile söz konusu şartın diğer sözleşme hükümleri ile ilişkisi ve sözleşmeye konu mal ve hizmetin niteliğinin göz önünde bulundurulması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Musa KAMA (2019), agt. s.40.

²²³ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.127.

edilebilmesi için sözleşme hükmünün kanundaki düzenlemelerin ruhuyla bağdaşmayacak şekilde ve belirli bir ağırlıkta olması gerektiğini ifade etmektedir. Doktrinde diğer görüş²²⁴ ise, sözleşme hükmünün dürüstlük kuralına aykırı biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe sebep olduğunun kabul edilebilmesi için tarafların ekonomik düzeyleri ile bilgi ve tecrübelerinin göz önünde bulundurulması sonucu belirgin ya da önemli olma kriteri aranmaksızın tüketici aleyhine salt dengesizliğin oluşması gerektiğini ifade etmektedir. Sözleşme hükmünün haksız şart niteliği taşıyıp taşımadığı belirlenirken TKHK m.5/6 hükmü göz önünde bulundurulacaktır.²²⁵

Somut olayın şartları bir bütün halinde değerlendirildiğinde sözleşme hükümlerinin haksız şart niteliğinde olduğunun saptanması halinde ise söz konusu şartların yaptırımını kesin hükümsüzlük olacaktır.²²⁶ Ancak söz konusu şartların kesin hükümsüz olduğunu yalnızca tüketici ileri sürebilecektir.²²⁷

1.7.4 Bir Malın Devrini veya Bir İş Görme Edimini İçermesi

Abonelik sözleşmelerinin konusunu bir mal ya da hizmetin satıcı ya da sağlayıcı tarafından sürekli ya da düzenli aralıklarla sunumu oluşturmaktadır. Abonelik sözleşmelerinin konusunu bazen yalnızca bir malın devri ya da yalnızca bir hizmetin sunumu oluştururken bazen de bir malın devri ve bir hizmetin sunumu birlikte abonelik sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır.²²⁸ Bu noktada abonelik sözleşmesinin konusunu bir malın devri oluşturuyor ise, abonelik sözleşmesi devir borcu doğuran sözleşme niteliğini haiz olacak, abonelik sözleşmesinin konusunu bir hizmet sunumu oluşturuyor ise abonelik sözleşmesi iş görme borcu doğuran sözleşme niteliğini haiz olacaktır.²²⁹

²²⁴ Neslihan ÖZUYSAL (2011), agt. s.107-108.

²²⁵ TKHK m.5/6:” Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir.” şeklinde hüküm içermektedir.

²²⁶ Pakize Ezgi AKBULUT (2016), age. s.397 vd.; Şebnem AKİPEK ÖCAL ve Murat AYDOĞDU (2016), agm. s.148.; Sezer ÇABRİ (2016), age. s.137.

²²⁷ Mustafa Göktürk YILDIZ (2012), age. s.114.; Pakize Ezgi AKBULUT (2016), age. s.397 vd.

²²⁸ Mehmet ASLAN (2020), agm. s.162.

²²⁹ Musa KAMA (2019), agt. s.38.

1.8 ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ

1.8.1 Belirli Süreli ve Belirsiz Süreli Abonelik Sözleşmeleri

Borç ilişkileri kural olarak belirli bir zaman dilimi ile sınırlıdır.²³⁰ Bu zaman dilimi bazı durumlarda borç ilişkisinin niteliği gereği belirli olmakta, bazı durumlarda sözleşmenin taraflarınca açıkça belirlenmiş olmakta, bazı durumlarda ise sözleşmenin taraflarınca açıkça belirtilmediğinden belirsiz olmaktadır.²³¹ Ancak sözleşme süresinin ne kadar olduğu, nasıl belirlendiği ya da belirlenmemiş olması fark etmeksizin temel hukuk prensiplerine göre bir borç ilişkisinin sonsuza dek devam etmesi hayatın olağan akışına aykırıdır.²³²

Abonelik sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme niteliğini haiz olması ve sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin belirli ya da belirsiz bir süreye yayılmış olmasının bu sözleşmelerin karakteristik özelliklerinden biri olmasının²³³ sonucu olarak abonelik sözleşmeleri belirli ya da belirsiz süreli olarak kurulmaktadır.²³⁴ Taraflarca belirlenmiş olan sürenin sonunda kendiliğinden sona eren abonelik sözleşmelerine belirli süreli abonelik sözleşmesi, taraflarca sözleşme süresinin ne kadar olacağı başka bir deyişle ne zaman sona ereceği hususunun kararlaştırılmadığı sözleşmelere ise belirsiz süreli abonelik sözleşmesi denilmektedir.²³⁵ Örneğin, iki yıl süre ile yapılan bir abonelik sözleşmesinin sürenin sona ermesi ile birlikte kendiliğinden sona ermesi halinde belirli süreli abonelik sözleşmesi söz konusu olacaktır. Ancak elektrik, su ya da doğalgaz abonelikleri gibi abonelik sözleşmeleri ihtiyaca göre kullanım süresi ve miktarının belirlenmesi dolayısıyla belirsiz süreli olarak kurulmakta ve belirsiz süreli abonelik sözleşmesi söz konusu olmaktadır.²³⁶

6502 sayılı TKHK’de açıkça belirli süreli ve belirsiz süreli abonelik sözleşmeleri şeklinde bir ayırım yapılmamakla birlikte kanunun “*Abonelik sözleşmeleri*” başlıklı 52/4. maddesinde abonelik sözleşmeleri; belirsiz süreli abonelik sözleşmeleri, süresi bir yıldan kısa abonelik sözleşmeleri ve süresi bir yıldan uzun abonelik sözleşmeleri şeklinde ayırım yapılarak incelenmiştir.²³⁷

²³⁰ Hasan AYRANCI (2010), age. s.228.

²³¹ Yakup BAL (2019), agt. s.51.

²³² Güneş KOCA (2004), agt. s.75.

²³³ Erden KUNTALP (1968), age. s.26.

²³⁴ Seda ÖKTEM ÇEVİK (2015), agm. s.358.

²³⁵ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.864.

²³⁶ Age. s. 864.; Hasan AYRANCI (2010), age. s.228.; Mustafa Göktürk YILDIZ (2012), age. s.114.

²³⁷ Aydın ZEVLİLER ve Çağlar ÖZEL (2016), age. s.368.

Abonelik sözleşmelerinin belirli süreli ya da belirsiz süreli oluşunun önemi abonelik sözleşmesinin sona ermesi noktasında kendisini göstermektedir. Nitekim TKHK'nin 52. maddesinde hiçbir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin feshedebilme hakkı belirsiz süreli abonelik sözleşmelerine verilmişken, belirli süreli abonelik sözleşmelerinde bu hak yalnızca bir yıldan uzun süreli olan abonelik sözleşmelerine verilmektedir. Tüm bu hususlar çalışmanın ‘‘ Fesih ‘‘ başlıklı bölümünde ayrıntılı bir biçimde ele alınacak olup burada kısaca bilgi vermekle yetinilecektir.

1.8.2 Taahhütlü ve Taahhütsüz Abonelik Sözleşmeleri

Abonelik sözleşmeleri taahhütlü olarak yapılabileceği gibi taahhütsüz olarak da yapılabilmekte olup, abonelik sözleşmesinin tanımı TKHK'de yer almakla birlikte taahhütlü abonelik sözleşmesinin tanımı TKHK'de yer almamaktadır. Taahhütlü abonelik sözleşmesinin tanımına TKHK'de yer verilmemesine karşın ASY'de tanımlandığı görülmektedir. ASY m.14 hükmü uyarınca taahhütlü abonelik sözleşmeleri, taahhütnamede belirtilen süre boyunca abone kalmayı taahhüt eden tüketiciye karşılık olarak satıcı ya da sağlayıcının, sözleşme konusu mal ya da hizmet bedelinde indirim yaptığı ya da sözleşme konusu malın teslimi ya da hizmetin ifası ile beraber taahhüde konu malın mülkiyetini ya da kullanım hakkını devrettiği aboneliklerdir. Kısaca abonenin taraf olduğu sözleşmede belli bir süre abone olarak kalmayı taahhüt ettiği durumlarda taahhütlü abonelik sözleşmesinin varlığından söz edilecektir.²³⁸ Bu tanımdan hareketle taahhütlü abonelik sözleşmelerinin unsurlarını; dönemsel ya da sürekli şekilde belli bir mal ya da hizmet sağlama, abonelik ücreti, belirli bir süre boyunca abone kalma taahhüdü ve tarafların anlaşması şeklinde sıralamak mümkündür.²³⁹

Taahhütsüz abonelik sözleşmeleri ise, abonenin belirli bir süre boyunca abone olarak kalmayı taahhüt etmediği ve istediği zaman tazminat yükümlülüğü gündeme gelmeksizin abonelik sözleşmesini feshedebildiği sözleşmelerdir.²⁴⁰

Taahhütlü abonelik sözleşmeleri belirli süreli abonelik sözleşmelerine benziyor gibi gözükse de abonenin mal ya da hizmet bedelinde indirim, sözleşme

²³⁸ Ebru CEYLAN (2016), agm. s.869.

²³⁹ Hayrunnisa ÖZDEMİR (2009), *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.102.; Kemal ERDOĞAN (2018), agm. s.280.

²⁴⁰ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.864.

konusu malın teslimi ya da hizmetin ifası ile beraber taahhüde konu malın mülkiyetini ya da kullanım hakkını devralması gibi menfaatler elde etmesi sebebiyle belirli süreli abonelik sözleşmelerinden farklıdır. Nitekim taahhütlü abonelik sözleşmeleri, öncelikli olarak abonenin bir menfaat elde etmesi koşuluna bağlı olarak yapılmakta olup kendi menfaatleri doğrultusunda yapmış olduğu sözleşmeyi satıcı ya da sağlayıcının aboneye dayatması halinde abone için sözleşme bağlayıcı olmayacaktır.²⁴¹ Böyle bir ihtimalin gündeme geldiği hallerde abonelik sözleşmesi, taahhütlü abonelik sözleşmesi olarak değil belirli süreli abonelik sözleşmesi olarak değerlendirilerek hareket edilecektir.²⁴²

Diğer abonelik sözleşmeleri ile kıyaslandığında taahhütlü abonelik sözleşmelerinin avantajları olduğu gibi dezavantajları da bulunmaktadır. Yukarıda belirtilen menfaatleri elde etmesi abone açısından bir avantajdır. Taahhütlü abonelik sözleşmelerinde sözleşme konusu mal ya da hizmetin daha ekonomik koşullarla edinilmesi abonenin elde ettiği en önemli avantaj olarak kabul edilmektedir.²⁴³ Nitekim taahhütlü abonelik sözleşmelerinde mal ya da hizmet bedeli, taahhütsüz olarak abonelik sözleşmesinin tarafı olan aboneden talep edilen bedelden daha fazla şekilde belirlenemeyecektir.²⁴⁴

Taahhüt edilen süre boyunca abonenin sözleşmeyi feshedememesi ise taahhütlü abonelik sözleşmelerinde abonenin dezavantajını oluşturmaktadır. Taahhütlü abonelik sözleşmelerinde, abonenin taahhüt edilen süre sonunu beklemeksizin sözleşmeyi feshetmesi halinde abonenin tazminat yükümlülüğü gündeme gelecektir.²⁴⁵ Abone için dezavantaj yaratan bu durum abonenin tersine satıcı ya da sağlayıcı açısından avantaj oluşturmaktadır. Burada satıcı ya da sağlayıcı açısından avantaj yaratan durum; abonenin taraf olduğu sözleşmede belli bir süre abone olarak kalmayı taahhüt etmesine bağlı olarak satıcı ya da sağlayıcının mal ya da hizmeti taahhüt süresi boyunca satmayı ve buna bağlı olarak da kazancını yine taahhüt süresi boyunca almasıdır.²⁴⁶

Taahhütlü abonelik sözleşmelerine ilişkin hükümler yönetmeliğin ‘‘Aboneliğe İlişkin Esaslar’’ başlıklı dördüncü bölümünde 14-18 maddeleri arasında

²⁴¹ İlhan KARA (2015), age. s. 1095.; Ebru CEYLAN (2016), agm. s.869.

²⁴² Musa KAMA (2019), agt. s.44.

²⁴³ Kemal ERDOĞAN (2018), age. s.281.; Sezer ÇABRİ (2016), age. s.864.

²⁴⁴ Ebru CEYLAN (2016), agm. s.870.

²⁴⁵ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.865.; Kemal ERDOĞAN (2018), age. s.279.

²⁴⁶ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.865.; Kemal ERDOĞAN (2018), age. s.280.

düzenlenmiştir. ASY m.14/f.2’de taahhütlü abonelik sözleşmelerinde, sözleşme ile taahhütname koşullarında taahhüt süresi boyunca tüketici aleyhine değişiklik yapılamayacağı belirtilmektedir. Söz konusu madde ile getirilen taahhüt süresi boyunca tüketici aleyhine değişiklik yapma yasağı ahde vefa ile sözleşme ile bağlılık ilkelerinin bir sonucu olup aksine hareket edilmesi halinde meydana gelen değişikliklerin haksız şart niteliğinde olduğu kabul edilecektir.²⁴⁷ ASY m.14/f.2’nin, TKHK’nin “*Temel ilkeler*” başlıklı 4. maddesinin 2. fıkrası ile aynı hükmü içermesi bakımından yönetmeliğin kanunu tekrar ettiği söylenebilir. Yönetmelik ve kanunda paralel şekilde düzenlenen değişiklik yasağı tüketici aleyhine olan hususlar için geçerli olup tüketici lehine değişiklik yapılması her zaman söz konusu olabilecektir.²⁴⁸ Örneğin, satıcı ya da sağlayıcının, müşterilerine yönelik olarak avantaj sunan bir uygulama getirme isteğinden ya da rekabet şartlarından kaynaklı olarak²⁴⁹ internet aboneliğinde internet bağlanma hızının arttırması halinde meydana gelecek değişiklik tüketici lehine olup tüketicinin rızası aranmaksızın yapılabilecektir.²⁵⁰

ASY m.15/f.2’de, taahhüdün geçerlilik süresi ve taahhüt konusu mal ya da hizmetin niteliklerinin, tüm vergiler dahil toplam tutarı, taahhüt verilmeden önceki indirim yapılan tarifenin tutarı, aylık yapılan indirimin tutarı ile taahhüdün süresinden önce sonlandırılması durumunda tüketicinin elde ettiği faydalara ilişkin olarak geri ödeyeceği bedelin hesaplanma yöntemine ilişkin bilgilerin taahhütnameye yer almak zorunda olduğu belirtilmektedir. Taahhütnameye yer alması zorunlu olan bu içeriklerin ise, TKHK m.52/f.2’ye paralel olarak ASY m.15/1’de satıcı ya da sağlayıcı tarafından kalıcı veri saklayıcısı ile ya da yazılı şekilde tüketiciye verilmek zorunda olduğu belirtilmiş ve taahhütnamele abonelik sözleşmelerinin ayrılmaz bir parçası olduğu ifade edilmiştir. Taahhütnamele abonelik sözleşmelerinin ayrılmaz parçası olduğunun belirtilmesinin sonucu olarak abonelik sözleşmesinin geçersiz olması ya da feshedilmesi halinde taahhütname de geçersiz olacak ya da feshedilecektir.²⁵¹

Taahhütlü abonelik sözleşmelerinde abonenin taahhüt süresinin bitiminden önce abonelik sözleşmesini feshetmesi halinde, ASY m.16/f.1 gereği satıcı ya da sağlayıcı tüketicinin taahhütlü abonelik sözleşmesine son verdiği tarihe kadar

²⁴⁷ Ebru CEYLAN (2016), agm. s.869.

²⁴⁸ İlhan KARA (2015), age. s.1096.; Ebru CEYLAN (2016), agm. s.869.; Sezer ÇABRİ (2016), age. s.865.

²⁴⁹ İlhan KARA (2015), age. s.1096.; Ebru CEYLAN (2016), agm. s.869.

²⁵⁰ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.865.

²⁵¹ Musa KAMA (2019), agt. s.46.

tüketicie sağlanmış olan indirim, cihaz ya da diğer faydaların bedellerinin tahsil edilmemiş olan kısmının toplamı ile sınırlı kalarak bedel talep edebilecektir. Fakat talep edilebilecek bu tutarın, tüketiciden taahhüt kapsamında tahsil edileceği belirlenmiş olan bedellerin henüz tahakkuk etmemiş kısmının toplamından fazla olması durumunda tüketici lehine olan tutarın sınır değeri olarak esas alınması zorunlu olacaktır. Taahhütlü abonelik sözleşmelerinde abonenin yerleşim yerinin değişmesinin sonucu olarak taahhüt konusu hizmetin aboneye yeni yerleşim yerinde aynı nitelikte sunulmasının fiilen imkânsız hale gelmesi halinde ise ASY m.16/f.2 gereği, abone belirtilen bu tutarda dahil olmak üzere hiçbir ücret ödemeksizin taahhütlü abonelik sözleşmesini feshedebilecektir.

ASY m.17 gereği taahhütlü abonelik sözleşmesinin sona ermesi halinde bu hususun satıcı ya da sağlayıcı tarafından, ödeme bildiriminin yanı sıra yazılı olarak ya da kalıcı veri saklayıcısı ile ayrıca taahhütlü abonelik sözleşmesinin sona ermesinden en az bir fatura dönemi öncesinde tüketicie bildirilmesi gerekmektedir.

Son olarak taahhütlü abonelik sözleşmelerine ilişkin Yönetmelik 4. Bölümdeki son düzenleme olan ASY m.18 gereği, bir malın mülkiyetinin ya da kullanım hakkının verilmekte olan hizmetle beraber devredildiği abonelik sözleşmelerinde, hizmet sağlayıcısı da malın ayıbından sorumlu olmaktadır.

1.9 ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Abonelik sözleşmelerinin kuruluş aşamasında genellikle satıcı ya da sağlayıcı abonelerin yapması gerekli olan iş ve işlemleri kolaylaştırma eğiliminde iken, aynı eğilimi sözleşmenin sona erdirilmesi noktasında göstermemektedirler.²⁵² Bu sebeptendir ki abonenin korunma ihtiyacı en çok sözleşmenin sona erdirilmesi aşamasında hissedilmektedir.²⁵³

Abonelik sözleşmeleri tarafların anlaşması ya da fesih gibi bir hukuki işlemle sona erebileceği gibi sürenin sona ermesi, ifanın imkansızlaşması, ölüm, fiil ehliyetinin sınırlandırılması ya da kaybı, aciz hali gibi sebeplerin gerçekleşmesi halinde kendiliğinden de sona erebilecektir. Bunların yanı sıra sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin sona ermesi ve sona ermesinin sonuçlarına ilişkin hükümler,

²⁵² Şeref ERTAŞ (2014), agm. s.105.

²⁵³ Ahmet KARAKOCALI ve Ali Suphi KURŞUN (2015), age. s.199.

abonelik sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme olmaları dolayısıyla abonelik sözleşmelerine de uygulanacaktır.²⁵⁴

Çalışmanın bu bölümünde önce abonelik sözleşmelerinin hukuki işlemle sona erme halleri ele alınacak daha sonra abonelik sözleşmelerinin kendiliğinden sona erme halleri ele alınarak incelenecektir.

1.9.1 Hukuki İşlemle Sona Erme Halleri

1.9.1.1 Tarafların Anlaşması

Sözleşmenin tarafları, aralarında kurulmuş olan mevcut sözleşmeyi yeni bir sözleşme (ikale sözleşmesi²⁵⁵) akdetmek suretiyle her daim ortadan kaldıracaklardır.²⁵⁶ Bu husus TBK’de düzenlenmemekle birlikte sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında mevcut bir sözleşmenin tarafların anlaşması suretiyle her daim sona erdirilebileceği belirtilmektedir.²⁵⁷

Kural olarak ikale sözleşmesi geriye yönelik etkili olmaktadır.²⁵⁸ Fakat abonelik sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme niteliğini haiz olması ve sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin sürekli edimin yerine getirilmesinden sonra yalnızca ileriye etkili olarak sona erdirilebilecek olması nedeniyle abonelik sözleşmeleri de ileriye etkili olarak sona erdirilebilecektir.²⁵⁹ Özellikle abonelik sözleşmelerinin konusunu hizmet ya da anında tüketilebilecek malların oluşturması durumunda satıcı ya da sağlayıcıya mal ya da hizmetin geri verilmesinin mümkün olmaması sebebiyle ikale yoluyla sözleşmenin yalnızca ileriye yönelik sona erdirilebileceği belirtilmektedir.²⁶⁰ Abonelik sözleşmelerinde satıcı ya da sağlayıcı tarafından edimin ifasına başlanılmamış olması ihtimalinde dahi tarafların karşılıklı

²⁵⁴ Seda ÖKTEM ÇEVİK (2008), *Mobil Telefon Abonelik Sözleşmeleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul, s.83.

²⁵⁵ Sözleşmenin taraflarının, önceki sözleşmeyi sona erdirmek amacıyla yaptıkları yeni sözleşmeye ikale sözleşmesi denilmekte olup yeni bir sözleşme yaparak sözleşme ile borç ilişkisi altına giren taraflar bu ilişkiyi her daim sona erdirebileceklerdir. Cevdet İlhan GÜNAY (2009), ‘‘İkale Sözleşmesi’’, *Çimento İşveren Dergisi*, S.5, C.23, 2009, s.6.; Sarper SÜZEK (2005), *İş Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul, s.395.; Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU (2005), *İş Hukuku*, 2.Baskı, Ankara, s.462.

²⁵⁶ Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.520.; Özer SELİÇİ (1977), age. s.104.; Bilgehan ÇETİNER (2017), ‘‘Elektronik Haberleşme Abonelik Sözleşmesinin Sona Ermesi’’, *İçinde, Telekomünikasyon Hukuku*, Ed. Halil Akkanat, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 102.; Mustafa Göktürk YILDIZ (2012), age. s.119.; M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.583., dn.2095.

²⁵⁷ Cevdet İlhan GÜNAY (2009), agm. s.6.

²⁵⁸ Agm. s.19.; Fikret EREN (2020), age. s.1395.

²⁵⁹ Mustafa Göktürk YILDIZ (2012), age. s.119.; Özer SELİÇİ (1977), age. s.107.; Fikret EREN (2020), age. s.1395.

²⁶⁰ Özer SELİÇİ (1977), age. s.107.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.522.; Bilgehan ÇETİNER (2017), agm. s.102.; Mustafa Göktürk YILDIZ (2012), age. s.120.

olarak iade edebilecekleri bir edimin bulunmaması nedeniyle tarafların anlaşması halinde sözleşme ileriye yönelik olarak sona erecektir.²⁶¹

Tarafların anlaşması suretiyle abonelik sözleşmesinin sona erdirilmesi yollarından biri de yenilemedir.²⁶² Yenileme, TBK'nin 133. maddesinde düzenlenmiş olup, mevcut olan borcun yeni bir borç ile sona erdirilmesidir.²⁶³ Uygulamada, yeni bir tarifeye geçmek için yapılan yeni bir sözleşme ile önceki elektronik haberleşme abonelik sözleşmesinin sona erdirilmesinde yenileme yoluna başvurulmaktadır.²⁶⁴

1.9.1.2 Fesih

1.9.1.2.1 Olağan Fesih

Fesih, sözleşmenin taraflarının sürekli borç ilişkisini yönelttikleri tek taraflı irade beyanıyla ileriye yönelik olarak sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir haktır.²⁶⁵ Olağan fesih ise, ifanın ne zaman tamamlanacağı hususunun belli olmadığı borç ilişkilerinde tarafların tek taraflı irade beyanıyla herhangi bir sebebe ihtiyaç duymaksızın fesih hakkını kullanabilmesidir.²⁶⁶

Abonelik sözleşmelerinin olağan fesih yoluyla sona erdirilmesi TKHK m. 52/4.'te ve ASY m.22/1'de benzer şekilde düzenlenmiş ve belirsiz süreli ya da süresi bir yıldan daha uzun olan belirli süreli abonelik sözleşmelerinin tüketici tarafından cezai şart ödemeksizin ve herhangi bir gerekçe göstermeksizin feshedebileceği belirtilmiştir.

Kural olarak olağan fesih, belirsiz süreli sürekli edimli sözleşmelerde görülmekle²⁶⁷ birlikte abonelik sözleşmelerinde olduğu gibi istisnaen belirli süreli sürekli edimli sözleşmelerde de görülmektedir.²⁶⁸

²⁶¹ Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.520.

²⁶² Bilgehan ÇETİNER (2017), agm. s.102.; M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.583.; Fikret EREN (2020), age. s.1399.

²⁶³ Işık ÖNAY (2016), *Yenileme*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, s.47-50.; Safa REİSOĞLU (2014), age. s.407.; Ahmet M. KILIÇOĞLU (2018a), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 22. Bası, Ankara, s.1071.; M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.583.; Fikret EREN (2020), age. s.1399.

²⁶⁴ Musa KAMA (2019), agt. s.85.

²⁶⁵ Rona SEROZAN (2007a), *Sözleşmeden Dönme*, Vedat Kitapçılık, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul, s.115.; Özer SELİÇİ (1977), age. s.115.; Fikret EREN (2020), age. s.1395.; M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.470.

²⁶⁶ Özer SELİÇİ (1977), age. s.132.; Mustafa Göktürk YILDIZ (2012), age. s.120.; Bilgehan ÇETİNER (2017), agm. s.102.

²⁶⁷ Özer SELİÇİ (1977), age.s.136.; Bilgehan ÇETİNER (2017), agm. s.102.

²⁶⁸ Özer SELİÇİ (1977), age. s.140.; Bilgehan ÇETİNER (2017), agm. s.103.; Sezer ÇABRİ (2016), age. s.879.

TKHK m. 52/4.'te ve ASY m.22/1'de aboneye tanınmış olan tek taraflı fesih hakkının bir yıldan daha uzun süreli olan abonelik sözleşmelerinde birinci yıl dolduktan sonra kullanılması gerekmektedir.²⁶⁹

Belirsiz süreli ya da süresi bir yıldan daha uzun olan belirli süreli abonelik sözleşmelerinde tüketiciye herhangi bir sebebe ihtiyaç duymaksızın fesih hakkı, sözleşme süresinin çok uzun ya da belirsiz olmasının tüketiciler açısından uygulamada sıkıntılara neden olması ve abonelik sözleşmelerine satıcı ya da sağlayıcı tarafından sözleşmenin kendiliğinden uzayacağına dair farklı hükümler konulması sebebiyle tanınmıştır.²⁷⁰ Abonelerin bir yıldan daha uzun süre ile abonelik sözleşmelerine bağlı kalması kanun koyucu tarafından istenilmemiştir.²⁷¹ Burada taraflara tanınan olağan fesih hakkının keyfiyete bağlı olarak kullanılabilmesi, bu durumun ise stoklarını, üretimini belirli süreli sözleşmeye dayanarak hazırlayan satıcı ya da sağlayıcının zararına sebep olabilecek olması nedeniyle bu hakkın kullanıldığı durumlarda dürüstlük kuralı ilkesinin oldukça geniş uygulanması gerektiği belirtilmektedir.²⁷²

Genel olarak elektrik, doğalgaz ve su abonelikleri belirsiz süreli olarak kurulmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 27.04.2011 tarihli bir kararında taşınmazı satmasına rağmen aboneliği iptal ettirmeyen abonenin kaçak elektrik kullanımından sözleşme nedeniyle sorumluluğu bulunduğunu belirtmiştir.²⁷³

²⁶⁹ Murat İNCEOĞLU (2016), ‘‘Telekomünikasyon Sektöründe Abonelik Sözleşmeleri’’, *İçinde, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016*, Bilge Yayınevi, Ankara, s.216.; Bilgehan ÇETİNER (2017), agm. s.103.

²⁷⁰ Agm. s.103.; Sezer ÇABRİ (2016), age. s.879.

²⁷¹ Murat İNCEOĞLU (2016), agm. s.214.

²⁷² İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.603-604.

²⁷³ ‘‘ Taraflar arasındaki ‘‘itirazın iptali ve menfi tespit’’ davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; yerel mahkemece itirazın iptali davasının reddine, menfi tespit davasının kabulüne dair verilen kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 14.12.2009 gün ve 2071/11676 esas, karar sayılı ilamı ile; (...Davacı vekili, asıl davada, davalıya ait yerde kaçak elektrik kullanıldığını tespit edildiğini, cezalı fatura düzenlendiğini, ancak ödenmemesi üzerine başlatılan icra takibinin davalının haksız itirazı sonucu durduğunu belirterek itirazın iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, müvekkilinin bu yeri 09.12.2002 tarihinde sattığını ve mülkiyetini devrettiğini, bu nedenle kaçak tutanağının düzenlendiği 10.01.2003 tarihi itibarıyla müvekkilinin bu yerde hukuki ve fiili bağlantısının olmadığını, ayrıca bu konuda menfi tespit davası açtıklarını bildirerek davanın reddini savunmuştur. Birleşen davanın davacısı vekili, birleşen davada dava konusu abonelik hakkında davalı tarafından 10.01.2003 tarihli tutanak düzenlenerek müvekkili hakkında 1.675.810.000 TL para cezası tahakkuk ettirildiğini, müvekkilinin bu yeri 09.12.2002 tarihinde satarak devrettiğini belirterek müvekkilinin davalılara borçlu olmadığını tespitine karar verilmesini istemiştir. Birleşen davanın davalısı vekili, 09.12.2002 tarihinin dava konusu taşınmazın satış vaadi sözleşmesinin yapıldığı tarih olduğunu, bu tarihten sonra da bu taşınmazı davacının kullandığını beyan ederek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, toplanan delillere göre, dava konusu tutanağın düzenlendiği apart otelin zilyetliğinin satış sözleşmesinin yapıldığı 16.12.2002 tarihinde davalı- birleşen davanın davacısı tarafından devredildiği, kaçak tutanağının düzenlendiği, 10.01.2003 tarihi itibarıyla davalı- birleşen davanın davacısının dava konusu yerde zilyet ve malik olmadığı, bu itibarla kaçak tutanağından sorumlu olamayacağı gerekçeleriyle birleşen menfi tespit davasının kabulüne, H.S'nin 10.01.2003 tarihli kaçak tutanağından dolayı borçlu olmadığını tespitine,

Olağan fesih hakkı, belirsiz süreli ya da süresi bir yıldan daha uzun olan belirli süreli abonelik sözleşmeleri için getirilmiş olup taahhütlü abonelik sözleşmelerinde olağan fesih hakkının kullanılması söz konusu olmayacaktır.²⁷⁴

1.9.1.2.2 Olağanüstü Fesih

TKHK ve ASY’de olağanüstü fesih hallerine yer verilmekle birlikte olağanüstü fesih kavramının tanımı yapılmamıştır. Olağanüstü fesih, sözleşmesel ya da kanuni bir sebebin varlığı halinde kullanılabilen ve belirli ya da belirsiz süreli sözleşmeleri ileriye yönelik olarak vaktinden önce sona erdirebilen imkanı ifade etmektedir.²⁷⁵ Olağan fesih hakkı herhangi bir sebebe ihtiyaç duymaksızın kullanılabilirken, olağanüstü fesih hakkının kullanılabilmesi için haklı bir sebebin mevcudiyeti aranmaktadır.²⁷⁶ TBK’de haklı sebep kavramı taraflar arasındaki güven ilişkisinin sarsılması ve sözleşmenin devamının sözleşmeyi feshetmek isteyen tarafça çekilmez hale gelmesi olarak çekilmezlik olgusu ile ifade edilmiş, TBK 331 ve 369 gibi bazı maddeler ile haklı sebep hallerine ilişkin olarak özel hükümlere yer verilmiştir.²⁷⁷

Çekilmezlik olgusu dürüstlük kuralı doğrultusunda değerlendirilecek ve bu doğrultuda sözleşmenin çekilmez bir hal aldığı söylenebiliyorsa haklı sebebin oluştuğu sonucuna varılacaktır.²⁷⁸

TKHK m.52/4’te olağanüstü fesih halleri ile ilgili olarak; satıcı veya sağlayıcı tarafından sözleşme koşullarında değişiklik yapılması hâlinde süresi bir yıldan az olan

yine birleşen davanın, davalı açısından husumet nedeniyle reddine, asıl dava olan itirazın iptali davasının reddi ile davacının % 40 oranında tazminatla sorumluluğuna karar verilmiş, hüküm asıl davanın davacısı- birleşen davanın davalısı vekilince temyiz edilmiştir. Asıl davanın davalısı- birleşen davanın davacısının aboneliği iptal ettirilmedikçe fiili kullanıcının eyleminden doğan kaçak elektrik bedelinden abonenin de kullananla birlikte müteselsilen sorumlu olacağı gözetilmeden mahkemece eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Somut olayda davacı alacağını sözleşme nedeniyle sorumluluğu bulunan davalı/aboneden talep etmektedir. Hukuk Genel Kurulu’ndaki görüşmeler sırasında bazı üyeler tarafından kaçak kullanımın gerçekleştiği apart otelin kayden satılmasının illiyet bağıni keseceği ileri sürülmüş ise de; bu görüş çoğunluk tarafından, aboneliğini iptal ettirmedikçe fiili kullanıcının eyleminden doğan kaçak elektrik bedelinden abonenin de sorumlu olacağı, diğer bir deyişle abonenin kaçak kullanıma sebebiyet verdiği gerekçesiyle, kabul edilmemiştir. Bu durumda somut olayda aboneliğini iptal ettirmeyen ve kaçak kullanıma sebebiyet veren davalı abonenin sözleşme nedeniyle sorumluluğunun bulunduğu kabulü gerekmektedir. O halde, yerel mahkemece, aynı yönlere işaret eden ve Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” Bkz. Hukuk Genel Kurulu, E. 2011/19-104, K. 2011/239, T.27.04.2011, <https://intranet.uyap.gov.tr> E.T. 24.10.2020.

²⁷⁴ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.880.

²⁷⁵ Özer SELİÇİ (1977), age. s.156.; Bilgehan ÇETİNER (2017), agm. s.106.

²⁷⁶ Rona SEROZAN (2007a), age. s.116.; Özer SELİÇİ (1977), age. s.186.

²⁷⁷ Bilgehan ÇETİNER (2017), agm. s.106, dn. 13.; Özer SELİÇİ (1977), age. s.192.

²⁷⁸ Mustafa Göktürk YILDIZ (2012), age. s.124.; Bilgehan ÇETİNER (2017), agm. s.106.

belirli süreli abonelik sözleşmelerinin tüketici tarafından feshedilebileceği belirtilmiştir. ASY m.22/2’de ise olağanüstü fesih halleri ile ilgili olarak; tüketicinin hizmetten yararlanmasına engel olabilecek geçerli bir sebebin varlığı ya da satıcı ya da sağlayıcı tarafından sözleşme koşullarında değişiklik yapılması halinde süresi bir yıldan az olan belirli süreli abonelik sözleşmelerinin tüketici tarafından feshedilebileceği belirtilmiştir. Burada sözleşme koşullarındaki değişiklik sebebiyle fesih hakkının doğabilmesi için sözleşmedeki değişikliklerin abone aleyhine olması gerekmekte olup, yapılan değişikliğin abone lehine olması durumunda fesih hakkı doğmayacaktır.²⁷⁹ ASY m.22/2’de belirtilen olağanüstü fesih hallerinin gerçekleşmesi halinde abone sözleşmeyi feshedebileceği gibi fesih sebebiyle uğramış olduğu zararın giderilmesini de isteyebilecektir.²⁸⁰

TKHK m.52/4’te aboneye tanınan fesih hakkı ile abone aleyhine sözleşme koşullarında değişiklik yapılması halinde sözleşmenin kesin hükümsüz hale geleceğine ilişkin emredici nitelikteki TKHK m.4/2’nin birbiriyle çelişen hükümler içeriyor olması eleştirilmiştir.²⁸¹

Olağanüstü fesih halleri açısından değinilmesi gereken diğer düzenlemeler ise ASY’nin 7. ve 16/2. maddeleridir. ASY m.6’da abonelik sözleşmelerinin zorunlu içeriği düzenlenmiş olup, ASY m.7 hükmü gereğince abonelik sözleşmelerinde zorunlu içeriğe ilişkin hususlarda eksiklik bulunması sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecek, satıcı ya da sağlayıcı bu hususa dayanarak malın teslimini ya da hizmetin ifasını durduramayacak ve sözleşmeyi düzenleyen tarafından söz konusu eksiklikler ayrıca bir ücret istenmeksizin giderilecektir. Aksi halde, tüketici cezai şart, tazminat ya da benzeri herhangi bir ad altında bedel ödemeksizin sözleşmeyi feshedebilecektir. Taahhütlü abonelik sözleşmeleri açısından ise ASY m.16/2’de, tüketicinin yerleşim yerinin değişmesi ve tüketicinin yeni yerleşim yerinde taahhüt konusu hizmetin aynı nitelikte sunulmasının imkânsız olması halinde, tüketicinin herhangi bir ücret ödemeksizin sözleşmeyi feshedebileceği düzenlenmiştir.

²⁷⁹ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.880.

²⁸⁰ Bilgehan ÇETİNER (2017), agm. s.106.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.532.

²⁸¹ Seda ÖKTEM ÇEVİK (2015), agm. s.361., dn. 60.

1.9.1.2.3 Fesih Bildiriminin Şekli

Fesih hakkı, tüm muhataba varması gereken irade beyanlarında olduğu gibi fesih bildiriminin muhataba varması ile hukuki sonuçlarını meydana getirmektedir.²⁸² Abonelik sözleşmeleri açısından fesih bildiriminin şekline ilişkin olarak TKHK m.52/4 ve ASY m.23/1’de birbirine paralel şekilde fesih bildiriminin kâğıt üzerinde ya da kalıcı veri saklayıcısı ile satıcı ya da sağlayıcıya yöneltilmiş olmasının yeterli olduğu belirtilmiştir. Burada kâğıt üzerinde ifadesiyle kastedilen fesih beyanının yazılı olarak yapılmasıdır.²⁸³ ASY m.23/2’de; satıcı ya da sağlayıcının (böyle bir zorunluluğu bulunmamakla birlikte)²⁸⁴ gerekli güvenlik önlemlerini almak suretiyle, kaydı tutulan telefon yolu ile de tüketiciye sözleşmeyi feshetme imkanını sağlayabileceğinden söz edilmektedir.

Uygulamada tüketiciler sözleşmeyi kolayca kurabilmekte iken, fesih aşamasına gelindiğinde tüketicinin bu hakkını kullanması satıcı ya da sağlayıcılar tarafından mesafeli şekilde kurulan abonelik sözleşmesinin feshi için abonenin merkez ofise gelmesinin istenmesi gibi şekillerle zorlaştırılmaktadır.²⁸⁵ TKHK m.52/f.4/c. son hükmünde ‘‘ *Satıcı veya sağlayıcı, abonelik sözleşmesinin feshi için sözleşmenin tesis edilmesini sağlayan yöntemden daha ağır koşullar içeren bir yöntem belirleyemez.* ‘‘ denilmek suretiyle uygulamada yaşanan bu sorunların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Bu hüküm doğrultusunda mesafeli şekilde kurulan abonelik sözleşmesinin feshi kalıcı veri saklayıcısı ile gerçekleştirilebilecek ve fesih talebinin yazılı şekilde yapılması satıcı ya da sağlayıcı tarafından istenemeyecektir.²⁸⁶

TKHK m.52/6 ve ASY m.22/4’te birbirine paralel şekilde ‘‘*Satıcı veya sağlayıcı, abonelik sözleşmesinin feshedilmesi ile ilgili bildirim ve taleplere ilişkin işlemleri yerine getirmek üzere gerekli tedbirleri almak ve gerektiğinde uygun bir sistem kurup bu sistemi kesintisiz olarak açık tutmakla yükümlüdür.* ‘‘ denilmektedir. Görüldüğü üzere kanun koyucu abonelik sözleşmelerinin fesih şekline ilişkin olarak abonelere kolaylık sağlamakla yetinmemiş ve satıcı ya da sağlayıcılara birtakım yükümlülükler yüklemiştir. Satıcı ya da sağlayıcı için öngörülen bu yükümlülük,

²⁸² Rona SEROZAN (2007a), age. s.117.; O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.150.; İlhan KARA (2015), age. s.1101.

²⁸³ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.880.

²⁸⁴ Age. s.881.

²⁸⁵ Aydın ZEVKLİLER ve Çağlar ÖZEL (2016), age. s.369.; Ebru CEYLAN (2016), agm. s.867.

²⁸⁶ Seda ÖKTEM ÇEVİK (2015), agm. s.362.

abonelik sözleşmesinin kurulması ile satıcı ya da sağlayıcının üstlendiği mal ya da hizmet sunma yükümlülüğünün bir uzantısı olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁸⁷

1.9.1.2.4 Feshin Sonuçları

Sürekli edimli borç ilişkilerinde fesih beyanının sözleşmeyi ileriye yönelik olarak sona erdirmesi ve abonelik sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme niteliğini haiz olması dolayısıyla fesih beyanı abonelik sözleşmesini ileriye yönelik olarak sona erdirecektir.²⁸⁸ Tüketicinin, abonelik sözleşmesini feshettiğine yönelik olarak irade beyanında bulunması halinde satıcı ya da sağlayıcı tarafından bu beyanın süresinde işleme konulması ve fesih işlemi hakkında tüketiciye bilgi verilmesi gerekmektedir.²⁸⁹

Abonelik sözleşmesinin feshine yönelik irade beyanının satıcı ya da sağlayıcı tarafından ne kadar sürede yerine getirilmesi gerektiğine ilişkin hususlar ASY m.24'te düzenlenmiştir. Yönetmelikte öngörülen düzenlemeye göre; tüketici lehine olan diğer mevzuat hükümleri saklı kalmak üzere²⁹⁰ tüketicinin fesih talebini satıcı ya da sağlayıcı, bildirim kendisine ulaştığı tarihten itibaren en geç yedi gün içerisinde yerine getirmekle yükümlü kılınmıştır. Tüketicinin fesih talebinin yerine getirilmesine ilişkin olarak öngörülen bu süre günlük süreli yayınlarda on beş gün; haftalık süreli yayınlarda bir ay; aylık süreli yayınlarda ise üç ay olarak belirlenmiştir. Daha uzun süreli yayınlarda ise, fesih bildirimden sonraki ilk yayını müteakiben hüküm ifade edeceği belirtilmiştir. Abonenin fesih talebinin satıcı ya da sağlayıcı tarafından yerine getirilme sürelerine ilişkin olarak öngörülen bu hüküm nisbi emredici nitelikte kabul edilerek bu sürelerin uzatılması mümkün olmamakla beraber tarafların aralarında yapmış oldukları sözleşme ile bu süreleri kısaltabileceği ifade edilmektedir.²⁹¹ Yönetmelikte belirlenen süreler içerisinde fesih talebi yerine getirilmediği takdirde TKHK m.52/5 hükmü gereğince sürenin dolmasından sonra abone mal ya da hizmetten yararlınsa dahi satıcı ya da sağlayıcı buna ilişkin ücret talep

²⁸⁷ Ebru CEYLAN (2016), agm. s.867.

²⁸⁸ Özer SELİÇİ (1977), age. s.115.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.522.; Seda ÖKTEM ÇEVİK (2015), agm. s.363.; M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.469.; Fikret EREN (2020), age. s.1395.

²⁸⁹ İlhan KARA (2015), age. s.1102.; Ebru CEYLAN (2016), agm. s.868.

²⁹⁰ Örneğin Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği m.23/2'de abonenin abonelik sözleşmesini feshettiğine yönelik olarak irade beyanında bulunması halinde işletmecinin fesih talebine ilişkin bildirim yapıldığı andan itibaren yirmi dört saat içinde fesih talebinin alındığı bilgisini aboneye ileterek ücretlendirmeyi durdurması öngörülmüştür.

²⁹¹ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.882.

edemeyecek, şayet abone tarafından bu süre zarfına ilişkin ödeme yapılmışsa yapılan fazla ödemenin iadesi gerekecektir.²⁹²

ASY m.25/1’de satıcı ya da sağlayıcı abonelik sözleşmesinin feshedildiğine ilişkin bilgiyi yazılı şekilde ya da kalıcı veri saklayıcısı ile aboneye bildirmekle yükümlü kılınmıştır. Burada satıcı ya da sağlayıcı açısından, fesih talebinin yerine getirilmesine ve fesih talebinin yerine getirildiğine dair bilginin aboneye bildirilmesine ilişkin olarak iki ayrı yükümlülük öngörülmektedir.²⁹³

TKHK m.52/5’te, fesih bildirimının hüküm ifade etmesinden itibaren satıcı ya da sağlayıcı on beş gün içinde tüketici tarafından ödenmiş olan ücretin geri kalan kısmını kesinti yapmaksızın iade etmekle yükümlü kılınmıştır. ASY m.25/3’te ise, kanunda öngörülen düzenleme tekrar edilmiş ve ek olarak satıcı ya da sağlayıcı, varsa tüketiciden güvence, depozito ya da teminat adı altında alınan ücretlerin güncel tutarlarının kesinti yapmaksızın iadesi ile yükümlü kılınmıştır. Burada satıcı ya da sağlayıcının aboneye iade edeceği bedel abone tarafından ödenen değil fesih anındaki güncel bedeldir.²⁹⁴ Örneğin, aboneden sözleşmenin kurulduğu tarihteki güvence bedeli olan 200 TL alınmış ve fesih tarihinde bu güvence bedeli 400 TL olmuşsa iade edilecek olan güvence bedeli fesih tarihindeki 400 TL olacaktır. Bu hüküm ile abone tarafından ödenen bedelin uzun süreli abonelik sözleşmelerinde enflasyon dolayısıyla meydana gelen değer kaybının karşılanması amaçlanmakta olup fesih tarihindeki güncel güvence bedeli abone tarafından sözleşmenin kurulduğu tarihte ödenen güvence bedelinden daha düşükse iade edilmesi gereken bedel sözleşmenin kurulduğu tarihte abone tarafından ödenen bedel olacaktır.²⁹⁵ Kanaatimizce de bu görüş kanun amacına daha uygundur. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 13.12.2007 tarih, 2007/17625 Esas, 2007/19005 tarihli kararı ile abonenin yazılı başvurusu halinde kurumun aboneliğin iptali ile alınan depozitoyu iade ile yükümlü olduğuna hükmetmiştir.²⁹⁶

ASY m.25/4’te, satıcı ya da sağlayıcının, fesih bildiriminin hüküm ifade ettiği tarihe kadar olan dönem için tüketime konu bedele ilişkin ödeme bildirimini, fesih bildiriminin hüküm ifade etmesinden itibaren on gün içinde tüketiciye göndermek

²⁹² Yahya DERYAL ve Yakup KORKMAZ (2015), age. s.191.; Metin ULUSAL (2016), *Açıklamalı-İçtihatlı Tüketici Hukuku*, Bilge Yayınevi, Ankara, s.424.

²⁹³ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.883.

²⁹⁴ İlhan KARA (2015), age. s.1104.

²⁹⁵ Age. s.1104.

²⁹⁶ Metin ULUSAL (2016), age. s.424.

zorunda olduğu belirtilmiş fakat, elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren sağlayıcılar açısından bu sürenin dört aya kadar uzatılabileceği öngörölmüştür.

ASY m.25/5'te, satıcı ya da sağlayıcının, üçüncü ve dördüncü fıkralarda belirtilen yükümlölükleri yerine getirirken tüketiciye ilave bir maliyet yüklemeyen mahsuplaşma yöntemini de kullanabileceği belirtilmiştir. Buna göre, satıcı ya da sağlayıcı abonenin abonelik sözleşmesini feshettiğine ilişkin bildirim kendisine ulaşmasından itibaren on beş gün içerisinde, peşin olarak alınan abonelik bedeli var ise, abone tarafından ödenen miktardan kalan bakiye ile aboneden alınan depozito, güvence bedeli ya da teminat adı altında alınmış olan bedellerin güncel tutarlarını iade ederken abonenin ödemesi gereken ücret varsa, aboneye ödemesi gerekli olan tutardan bu tutarı mahsup ederek, kalan bakiyeyi aboneye iade edebilecektir.²⁹⁷

1.9.2 Kendiliğinden Sona Erme Halleri

1.9.2.1 Sürenin Sona Ermesi

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme niteliğini haiz abonelik sözleşmeleri belirli süreli olarak kurulabileceği gibi belirsiz süreli olarak da kurulabilmektedir.²⁹⁸ Uygulamada genel olarak niteliği gereği su, elektrik, doğalgaz abonelikleri belirsiz süreli olarak kurulmakta iken, dergi abonelikleri, dijital platform abonelikleri ve benzeri abonelikler belirli süreli olarak kurulmaktadır.²⁹⁹

Sürekli borç ilişkilerinde ifanın bitme anı kararlaştırıldığı takdirde sürenin bitmesiyle borç ilişkisi kendiliğinden sona ermektedir.³⁰⁰ Belirli süreli abonelik sözleşmelerinde de sözleşme süresi belirlendiğinden bu sürenin bitmesi ile sözleşme sona ermektedir. Belirli süreli abonelik sözleşmeleri sözleşme süresi belirlenerek kurulabileceği gibi, gerçekleşmesi kesin ya da muhtemel bir olaya bağlı olarak sözleşmenin sona ereceği de kararlaştırılabilir.³⁰¹ Bu takdirde sözleşmenin sona ermesinin bağlandığı süre dolunca ya da şart gerçekleşince abonelik sözleşmesi sona erecektir.³⁰²

6502 sayılı TKHK'den önceki dönemde, belirli süreli abonelik sözleşmelerine satıcı ya da sağlayıcı tarafından kayıtlar konularak sözleşme süresinin bitmesinden

²⁹⁷ Age. s.425.

²⁹⁸ Seda ÖKTEM ÇEVİK (2015), agm. s.358.

²⁹⁹ Musa KAMA (2019), agt. s.79.

³⁰⁰ Özer SELİÇİ (1977), age. s.65.

³⁰¹ Age. s.67-68.

³⁰² Mustafa Göktürk YILDIZ (2012), age. s.103.

önce abone tarafından fesih bildirimi yapılmadığı takdirde sözleşmenin kendiliğinden uzayacağı öngörülmekteydi.³⁰³ Uygulamada karşılaşılan bu sorunların önüne geçilebilmesi adına TKHK m.52/3 ve paralel şekilde ASY m.13/1’de:

“Belirli süreli abonelik sözleşmelerine sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin hükümler konulamaz; ancak abonelik sözleşmesinin kurulmasından sonra, sözleşmenin sona ereceği tarihe kadar tüketicinin talepte bulunması veya onay vermesi hâlinde abonelik sözleşmesi uzatılabilir.”

denilmek suretiyle abonenin talebi ya da onayı olmadığı sürece sözleşmenin uzayacağına ilişkin kayıtların sözleşmeye konulamayacağı belirtilmiştir. Yine EHSTHY m.10/5 atfıyla yönetmelik ekinde haksız şartlar sayılmış ve yönetmelik ekinin 6. maddesinde açıkça süreli abonelik sözleşmelerine konulan sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin kayıtların haksız şart niteliğinde olacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemeler ile abonelik sözleşmelerinin süresinin abonenin bilgisi ve kendi iradesi dışında uzamasına engel olmak istenmiştir.³⁰⁴

ASY m.13/2’de, tüketiciden sözleşme süresi sonunda açık bir talep ya da onay almadığı halde mal ya da hizmet sunmaya devam eden satıcı veya sağlayıcının, sunulan bu mal ya da hizmet karşılığında hiçbir bedel talep edemeyeceği belirtilmiştir. Burada satıcı ya da sağlayıcıya sözleşme süresinin sonunda sözleşmeyi sona erdirmeye yükümlülüğü yüklenmiş olup satıcı ya da sağlayıcı yönetmelik ile kendisine yüklenilen bu yükümlülüğe aykırı hareket ettiği takdirde bunun sorumluluğunu aboneye yükleyemeyecek ve kendisinden ücret talep edemeyecektir. Ancak abone sözleşme süresi bittikten sonra mal ya da hizmeti uzunca bir süre kullanıp ücret noktasına gelindiğinde sözleşmenin sona ermiş olduğunu ve uzatmaya ilişkin bir talebi ya da onayı olmadığını ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması kapsamında kalacaktır.³⁰⁵ Çetiner, sözleşme süresi bittikten sonra abonenin mal ya da hizmetten yararlanmasının hakkın kötüye kullanılması kapsamında kalacak derecede uzun olması halinde, abonenin belirli süreli sözleşmenin uzamasına ilişkin olarak açık bir talebi yoksa abonenin bu kullanımının örtülü beyan kabul edilerek sözleşmenin belirsiz süreli olarak uzadığının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.³⁰⁶

³⁰³ Age. s.114.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.534.

³⁰⁴ Murat AYDOĞDU (2015), age. s.318.

³⁰⁵ Bilgehan ÇETİNER (2017), agm. s.99.

³⁰⁶ Agm. s.99.

1.9.2.2 İfanın İmkansızlaşması

Abonelik sözleşmelerini kendiliğinden sona erdiren hallerden biri olan ifa imkansızlığından bahsetmeden önce imkânsızlık kavramından söz etmekte fayda vardır. İmkânsızlık kavramı kanunda tanımlanmamıştır. Doktrinde ise imkânsızlık kavramı tartışmalı olup bir görüş³⁰⁷, içeriğinde değişme olmaksızın borçlunun faaliyeti ile edimin aynen ifasının mümkün olmamasını imkânsızlık olarak ifade ederken diğer görüş³⁰⁸, edimin en baştan geçerli olarak doğmasına ya da daha sonra borçlu ya da üçüncü kişiler tarafından sürekli, kesin ve objektif olarak edimin yerine getirilmesine engel olan hukuki ya da maddi engelleri imkânsızlık olarak ifade etmektedir.³⁰⁹ İfa imkânsızlığı ise, ‘‘ifa edilemeyen ya da ifa edilemez hale gelen’’ edimler olarak ifade edilmektedir.³¹⁰

Satıcı ya da sağlayıcının ifasının imkânsız olduğu abonelik sözleşmelerinde, imkânsızlıktan borçlu sorumlu ise alacaklının zararını tazmin edecek, imkânsızlıktan borçlu sorumlu değilse alacaklının zararını tazmin yükümlülüğü gündeme gelmeyecek³¹¹ ancak her iki durumda da borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olup olmaması fark etmeksizin sözleşme kendiliğinden son bulacaktır.³¹²

Abonelik sözleşmelerindeki imkânsızlık; deprem, sel, salgın hastalık gibi doğal afetler nedeniyle borcun konusunun yok olması ve bu sebeple borcun ifa edilememesi örneğinde olduğu gibi fiili imkânsızlık şeklinde olabileceği gibi³¹³, abonelik sözleşmesini devletten almış olduğu imtiyaz ile yapan hizmet sağlayıcısının, devletten almış olduğu imtiyazı kaybetmesi sebebiyle borcunu ifa edememesi³¹⁴ ya da süreli yayın aboneliğinin dağıtımının yurt dışından getirilerek yapılması ve kanun değişikliği sonrasında yurt dışından getirilmesi imkanının olmaması³¹⁵ örneklerinde olduğu gibi hukuki imkânsızlık şeklinde de olabilmektedir.

³⁰⁷ Rona SEROZAN (2016), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.III, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul, s.163.

³⁰⁸ Mustafa DURAL (1973), ‘‘İmkânsızlık Kavramı ve Türleri’’, *BATİDER*, C.7, S.1, s.13.

³⁰⁹ Gamze TURAN BAŞARA (2010), ‘‘Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık Sebebiyle Borcun Sona Ermesi’’, *Dergipark, Çankaya University Journal of Law*, C.7, S.1, s.3.

³¹⁰ Mustafa DURAL (1976), *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, s.7.; Ümit Vefa ÖZBAY (2020), *Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık*, Yetkin Yayınları, Ankara, s.105.; M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.592.; Fikret EREN (2020), age. s.1157-1158.

³¹¹ M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.595.; Fikret EREN (2020), age. s.1444.

³¹² Mustafa Göktürk YILDIZ (2012), age. s.116.; Bilgehan ÇETİNER (2017), agm. s.100.

³¹³ Ahmet M. KILIÇOĞLU (2018a), age. s.851.

³¹⁴ Özer SELİÇİ (1977), age. s.90.

³¹⁵ Musa KAMA (2019), agt. s.84.

Abonelik sözleşmelerinde abonenin borcunun ücret, satıcı ya da sağlayıcının borcunun ise mal ya da hizmet sunulması olduğunu belirtmiştik. Abonelik sözleşmelerindeki tarafların bu borçları dikkate alındığında, abone açısından para borçlarının imkânsız olmasının mümkün olmaması³¹⁶ sebebiyle abonenin ücret ödeme borcunun ifasının imkansızlığı gündeme gelemeyecektir. Satıcı ya da sağlayıcı açısından ise, ifanın imkânsız olması halinde sözleşme sona erecek, ifanın imkânsızlaşmasında satıcı ya da sağlayıcının kusuru varsa abonenin olumlu zararının talebi halinde giderilmesi söz konusu olacaktır.³¹⁷

1.9.2.3 Ölüm, Fiil Ehliyetinin Sınırlandırılması ya da Kaybı, Aciz Hali

Sürekli borç ilişkilerinde kural olarak taraflardan birinin ölümü sözleşmeyi sona erdirmemektedir.³¹⁸ Ancak taraflardan birinin ölümü TBK’de bazı hallerde istisnai olarak borç ilişkisinin sona ermesi şeklinde sonuç doğuracak şekilde düzenlenmişken, bazı hallerde haklı nedenle fesih imkânı tanınması şeklinde düzenlenmiştir.³¹⁹ Taraflardan birinin ölümünün borç ilişkisinin sona ermesi şeklinde sonuç doğuracağı düzenlemelere örnek olarak; TBK m.385, m.440 ve m.513 hükümleri gösterilebilir. TBK m.385 gereği, ödünç alanın ölmesiyle kullanım ödünç sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir. TBK m.440 gereği, işçinin ölümüyle hizmet sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir. Yine TBK m.513 gereği, vekilin ya da vekalet verenin ölümü ile sözleşmeden ya da işin niteliğinden aksi anlaşılmadığı takdirde vekalet sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir. Bahsi geçen tüm bu hallerde taraflardan birinin ölümü ile borç ilişkisi kendiliğinden sona erecektir. TBK’deki borç ilişkisinin sona ermesi sonucunu doğuran ilgili düzenlemelere bakıldığında; taraflardan birinin ölümünün, bir tarafın kişiliğinin dikkate alınarak kurulan sözleşmeleri sona erdirdiği görülmektedir.³²⁰

Taraflardan birinin ölümü halinde taraflara haklı nedenle fesih imkânı tanınması şeklindeki düzenlemelere örnek olarak ise; TBK m.333 hükmü gösterilebilir. TBK m.333 gereği, kiracının ölmesi halinde mirasçıları, en yakın fesih dönemi sonu için yasal bildirim süresine uyarak kira sözleşmesini feshedebilecektir.

³¹⁶ Özer SELİÇİ (1977), age. s.92.; Ümit Vefa ÖZBAY (2020), age. s.107.; Fikret EREN (2020), age. s.1163.

³¹⁷ M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.515, dn.1809.

³¹⁸ Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.539.

³¹⁹ Özer SELİÇİ (1977), age. s.170.; Mustafa Gökçürk YILDIZ (2012), age. s.104.

³²⁰ Özer SELİÇİ (1977), age. s.81.

Abonelik sözleşmeleri açısından ise, abonenin ölümünün sözleşmeye etkisinin ne olacağı hususu TKHK ya da ASY’de düzenlenmemiştir. Abonelik sözleşmelerinde abonenin asli edim borcunun ücret unsuru olduğu ve satıcı ya da sağlayıcının haklı bir sebep olmadığı takdirde abonelik hizmeti vermekten kaçınamayacakları düşünüldüğünde abonelik sözleşmelerinin abonenin kişiliği dikkate alınarak kurulmadığı görülmektedir. Belirtilen bu sebepler dolayısıyla ki abonenin ölümü halinde abonelik sözleşmeleri kendiliğinden sona ermeyecektir.³²¹ Mobil haberleşme abonelik sözleşmelerinde abonenin ölmesi halinde ise yine abonelik sözleşmesi sona ermeyecek, abonenin varsa mirasçuları abonelik sözleşmesini devam ettirme hakkına sahip olacaktır.³²²

Abonenin fiil ehliyetinin sınırlandırılması, kaybı ya da aciz halinde ise, yine abonenin ölüm halinde olduğu gibi abonelik sözleşmelerinin abonenin kişiliği dikkate alınarak kurulmaması nedeniyle abonelik sözleşmeleri kendiliğinden sona ermeyecektir.³²³ Burada Çetiner, fiil ehliyetinin sınırlandırılması ya da kaybı halinde yasal temsilcinin, aciz halinde ise satıcı ya da sağlayıcının haklı nedenle abonelik sözleşmesini feshedebileceğini belirtmektedir.³²⁴ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 11.12.2014 tarihli bir kararında HGK kararı doğrultusunda, kural olarak; abonenin elektrik, su ve doğalgaz alma ihtiyacının tahliye (ölümü halinde mirasçılarının) nedeniyle ortadan kalkmasıyla birlikte, basit bir başvuru işlemiyle abonelik sözleşmesini sona erdirip sözleşme nedeniyle hem kendisi (ölenin mirasçuları) hem de karşı taraf nezdinde doğmuş tüm hak ve borçlarından arınmış olarak kiralanandan ayrılması mümkün iken, bunu yapmayarak kendi aboneliği üzerinden üçüncü kişilerin su kullanımına olanak sağlaması durumunda dahi sözleşme hukukundan doğan yükümlülüklerine aykırı bir davranış sergilediği kabul edilerek abonenin (ölümü halinde mirası reddetmemiş mirasçılarının) aboneliği iptal ettirmediği sürece sorumluluğunun devam edeceğinin benimsendiğini belirtmiştir.³²⁵ Kanaatimizce de abonelik sözleşmesi abonenin ölümü ile kendiliğinden sona ermeyecek, abonenin mirasçuları tarafından abonelik devam ettirilebilecek ancak isterlerse abone mirasçuları abonelik sözleşmesine son verebileceklerdir.

³²¹ Osman AÇIKGÖZ (2013), ag. s.540.; Bilgehan ÇETİNER (2017), agm. s.100.

³²² Seda ÖKTEM ÇEVİK (2008), s.100.

³²³ Bilgehan ÇETİNER (2017), agm. s.100.

³²⁴ Agm. s.100.

³²⁵ Bkz. Yargıtay 3.Hukuk Dairesi, E. 2014/7002, K. 2014/16351, T. 11.12.2014., <https://intranet.uyap.gov.tr>. E.T. 12.11.2020., Hukuk Genel Kurulu, E. 2011/19-104, K. 2011/239, T.27.04.2011, <https://intranet.uyap.gov.tr>. E.T. 12.11.2020.

BÖLÜM II

GENEL İŞLEM KOŞULLARI

2.1 ÜLKEMİZDEKİ DÜZENLEMELERDE KULLANILAN TERİMLERİN BAĞDAŞTIRILMASI VE SİSTEMATİK SORUNU

Çalışmanın bu bölümünde genel işlem koşulları incelenecek olup, genel işlem koşullarına ilişkin tanım ve unsurlara geçmeden önce Türk Hukukundaki düzenlemelerde kullanılan terimlerin ve bu terimlere karşı öğretilerdeki görüşlerin incelenmesi gerekmektedir.

Türk Hukukunda genel işlem koşulları ile ilgili düzenlemelere bakıldığında 6502 sayılı TKHK'nin 5. maddesinin "*Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar*" başlığını taşıdığı ve söz konusu kanunda "haksız şart" ifadesine yer verildiği görülmektedir. 6098 sayılı TBK'nin³²⁶ 20. maddesinin "*Genel İşlem Koşulları*" başlığını taşıdığı ve söz konusu kanunda "genel işlem koşulları" ifadesine yer verildiği görülmektedir. Son olarak 6102 sayılı TTK'nin³²⁷ 55. maddesinin f-2 bendinde "*Genel İşlem Şartları*" ifadesine yer verildiği görülmektedir. Kanunlardaki düzenlemelere bakıldığında konu ile ilgili olarak 6502 sayılı TKHK, 6098 sayılı TBK ve 6102 sayılı TTK'de kullanılmış olan terimler arasında bir uyum olduğu söylenememektedir.³²⁸ Doktrinde düzenlemelerde kullanılan terimlerin bağdaştırılamaması ile ilgili olarak bu terim dağınıklığının giderilmesi ve düzenlemelerde kullanılan terimler açısından birliğin sağlanmasının gerekli ve yararlı olacağı belirtilmektedir.³²⁹ Genel işlem koşulları teriminin 4077 sayılı TKHK'de neden yer almadığı hususunu açıklarken belirttiği üzere Havutçu³³⁰, haksız şartlara

³²⁶ 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

³²⁷ 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmî Gazete.

³²⁸ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.37.; Abdülkerim YILDIRIM (2013), agm. s.1026.

³²⁹ Yeşim Müride ATAMER (2012), "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m.6 ve TTK m.55, f.1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar, 8 Nisan 2011*, BATİDER, Ankara, s.9, dn.1.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.28 ve dn.66.; Abdülkerim YILDIRIM (2013), agm. s.1026.

³³⁰ Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.219, dn.538.; Aynı yönde görüş için bkz. Sezer ÇABRİ (2016), age. s.119.

ilişkin hükümlerin genel işlem koşulları teriminden çok daha geniş bir düzenlemeyi içerdiğini belirtmektedir. Aydoğdu ise, standart şart ile aynı anlama gelmek üzere genel işlem koşulları teriminin kullanıldığını ve haksız şart teriminin içerik denetimine takılmış olan haksız genel işlem koşulları terimi ile aynı anlama geldiğini ifade etmektedir.³³¹

Öğreti ağırlıklı olarak genel işlem koşulları terimi yerine genel işlem şartları terimi tercih edilmektedir.³³² TBK’de her ne kadar genel işlem koşulları terimi genel işlem şartları ile aynı anlamda kullanılmışsa da genel işlem koşulları ifadesi TBK m.170 bağlamında gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan olgular ile karışıklığa yol açabileceğinden TTK ile uyumlu olarak TBK’de da genel işlem koşulları ifadesi yerine genel işlem şartları teriminin tercih edilebileceği yönünde eleştirilmiştir.³³³

Genel işlem koşulları ile haksız şart kavramları karşılaştırıldığında haksız şart terimi genel işlem koşullarına göre daha geniş olmakla birlikte bu iki kavramın birbirine yakın olduğunu söylemek mümkündür.³³⁴ Bu sebeple genel işlem koşulu niteliğini haiz olmayan haksız şartlara ilişkin olarak da TKHK’nin haksız şartlara ilişkin hükümleri uygulanabilecektir.³³⁵

Genel işlem koşulları düzenlemelerde kullanılan terim farklılıkları yönünden eleştirildiği gibi sistematik açısından da yine eleştirilere konu olmuştur. Genel işlem koşulları ayrı bir kanun ile düzenlenmemiş, TBK’nin birinci kısım, birinci bölüm ve birinci ayırım 20. maddesinde ‘’ Genel işlem koşulları’’ başlığı altında düzenlenmiştir. Atamer³³⁶, genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin sözleşmenin kurulması, yorumlanması ve geçerliliğine ilişkin hükümlerde yer alması gerektiğinden bahisle kanun sistematikliğini eleştirmiştir. Aydoğdu³³⁷ ise, genel işlem koşullarının sözleşme özgürlüğü ilkesinin konu bakımından sınırlarını oluşturması sebebiyle sözleşme özgürlüğü ile yakından ilişkili olmasından bahisle genel işlem koşullarının bir bütün

³³¹ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.37.

³³² ATAMER bunun sebebini Yargıtay kararlarında yerleşmiş ve doktrinde yaygın olarak kullanılan terimin genel işlem şartları terimi olması ile açıklamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yeşim ATAMER (2001b), age. s.7.

³³³ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.38-39. Aydoğdu bu eleştiriye yapmakla birlikte genel işlem koşulları teriminin TBK m.170 bağlamında gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan olgular anlamında kullanılmadığını da net olarak belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.40.

³³⁴ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.119.; M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.178.

³³⁵ Mehmet AKÇAAL (2014), ‘’Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme’’, *GÜHFD*, C.XVIII, S.1, s.52.

³³⁶ Yeşim Müride ATAMER (2006), ‘’Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirme ve Teklifler’’, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S.6, s.13.

³³⁷ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.45-46.

halinde TBK'nin "Sözleşme Özgürlüğü" başlıklı 26. maddesinden hemen sonra yer alması gerekliliğine dayanarak kanun sistematliğini eleştirmiştir.

2.2 GENEL İŞLEM KOŞULLARININ TANIMI

6762 sayılı e TTK'nin³³⁸ 766. ve 1266. maddelerinde dolaylı şekilde değinilmekle birlikte 6098 sayılı TBK'den önce genel işlem koşulları kanunlarda tanımlanmamıştır.³³⁹

Genel işlem koşullarının henüz kanunlarda tanımlanmadığı dönemlerde genel işlem koşullarına ilişkin olarak doktrinde çeşitli tanımlamalar bulunmaktadır. Buna göre genel işlem koşullarını;

Atamer³⁴⁰, sözleşmenin tarafı olan kişilerden biri tarafından önceden, tek yanlı şekilde saptanan ve değiştirilmeksizin kabul edilmek üzere sunma arzusuyla gelecekte kurulacak olan sözleşmelerde kullanılan sözleşme hükümleri şeklinde tanımlamış,³⁴¹

Oğuz³⁴², girişimcinin kendisi tarafından uyulmasının muhakkak olduğunu düşündüğü sözleşme örneğini sözleşmenin kuruluş aşamasından önce hazırlayarak ileride yapacak olduğu sözleşmelerde karşı tarafa sözleşmenin ancak kendisince belirlenen bu koşullar altında yapılabileceğini hissettirmesi şeklinde tanımlamış,

Havutçu³⁴³, sözleşmenin kuruluş aşamasında sözleşmenin tarafı olan kişilerden birinin dayanmış olduğu, önceden soyut, genel ve tek yanlı şekilde gerçekleştirilen ve gelecekte kurulacak olan çok sayıda aynı türdeki sözleşmelerin muhtevasını oluşturan sözleşme koşulları şeklinde tanımlamış,

Baykan³⁴⁴, sözleşmenin tarafı olan kişilerden birinin önceden tek taraflı şekilde hazırlayarak gelecekte kurulacak olan çok sayıda sözleşmede sözleşmenin karşı tarafına sunmayı planladığı sözleşme şartları şeklinde tanımlamış,

Akipek³⁴⁵, sözleşmenin tarafı olan kişilerden birinin önceden sözleşmenin belli başlı taraflarını düzenlemek amacıyla hazırlamış olduğu şeklinde tanımlamıştır.

³³⁸ 09.07.1956 tarihli ve 9353 sayılı Resmî Gazete.

³³⁹ Cemal OĞUZ (1993), *Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bilim Dalı Doktora Tezi, Ankara, s.9. ve dn.29.

³⁴⁰ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.61.

³⁴¹ Atamer, genel işlem koşulları terimi yerine genel işlem şartları terimini kullanmaktadır. Bkz. Yeşim ATAMER (2001b), age. s.7.

³⁴² Cemal OĞUZ (1993), agt. s.11.

³⁴³ Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.74.

³⁴⁴ Renan BAYKAN (2005), *Tüketici Hukuku Mevzuata İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri*, İstanbul Ticaret Odası Yayını, Yayın No: 2005-41, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul, s.198.

³⁴⁵ Şebnem AKİPEK (1999), age. s.224.

Genel işlem koşulları ilk kez 6098 sayılı TBK'nin 20. maddesinin birinci fıkrasında;

“Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.”³⁴⁶

şeklinde tanımlanmıştır.³⁴⁷ Ancak genel işlem koşullarına ilişkin tanım doktrinde birtakım eleştirilere sebebiyet vermiştir. Kuntalp³⁴⁸, kanunda genel işlem koşullarına ilişkin tanıma yer verilmesinin yerinde olmadığını belirterek bu hususu eleştirmişken Aydoğdu³⁴⁹, Türk hukukuna nazaran yeni bir kurum olan genel işlem koşullarının tanımının kanunda yer almasının yerinde olduğunu belirtmiştir.

Kanundaki genel işlem koşulları tanımına doktrinde yapılan bir diğer eleştiri ise, “...düzenleyenin”³⁵⁰ ve “...tek başına” ifadeleridir.³⁵¹ Kanunda genel işlem koşulları tanımlanırken “düzenleyenin...karşı tarafa sunduğu” ifadesine yer verilmesi, madde metninden genel işlem koşullarını kullanan kişi ile söz konusu metni düzenlemiş olan kişinin aynı kişi olması gerekliliği gibi bir anlam çıkması ve böylesi bir anlamın madde metninin uygulama alanını daraltarak yanlış sonuçlara yol açacak olması sebebiyle eleştirilmiştir.³⁵² Zira önceden düzenlenen sözleşme koşullarının kim

³⁴⁶ Madde gerekçesi; ‘*Maddenin birinci fıkrasında, öncelikle genel işlem koşulları tanımlanmıştır. Buna göre, genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken, ileride çok sayıdaki sözleşmelerde kullanmak amacıyla taraflardan birinin tek başına önceden hazırlayıp diğer tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Aynı fıkranın ikinci cümlesinde, genel işlem koşulu olma bakımından, diğer tarafa sunulmuş biçiminin önemli olmadığı, bu koşulların sözleşme metninde veya ekinde yer alabileceği, kapsamının, yazı türünün ve şeklinin, nitelendirmede önem taşımadığı açıklanmıştır. Bu düzenleme kapsamında, genel işlem koşullarının tamamının veya bir kısmının sözleşme metninde ya da ekinde değişik karakterlerle yazılmak suretiyle, bunların emredici yasal düzenleme kapsamı dışında bırakılması önlenmek istenmiştir. Aynı şekilde, hangi konudaki hükümlerin genel işlem koşulu sayılacağı yönünde bir liste verme yerine, her türden sözleşme hükmü, bu tanım kapsamına girdiği takdirde, genel işlem koşulu olarak kabul edilecektir.*’ (https://www.tbmm.gov.tr/sirasayı/donem23/yil01/ss321.pdf, s.33.); E.T:23.11.2020.

³⁴⁷ TBK’da yer alan genel işlem koşullarına ilişkin bu tanım Almanya’daki Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun’da yer alan tanıma oldukça benzer şekilde düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Neslihan ÖZUYSAL (2011), agt. s.51.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.71.

³⁴⁸ Erden KUNTALP (2005), ‘‘Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler’’, TBK 20-25, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul, s.25-26’dan aktaran Murat AYDOĞDU (2018), age. s.71, dn.368.

³⁴⁹ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.71, dn.368.

³⁵⁰ Antalya, kanundaki düzenleyen ifadesi yerine hazırlayan ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağını belirtmiştir. O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.490.

³⁵¹ Mustafa ARIKAN (2012), ‘‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları’’, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Legal Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, s.66-67.

³⁵² Atilla ALTOP (2012), ‘‘Genel İşlem Koşulları’’, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (Makaleler-Tebliğler), Derleyen: M. Murat İNCEOĞLU, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s.40.; Ayşe

tarafından düzenlenmiş olduğu önem arz etmemekte olup sözleşme koşullarını kullanan kişi, bir başkasına hazırlatmış olduğu metni kendi kullanabileceği gibi bir başkasına danışarak hazırlamış olduğu metni de kullanabilecektir.³⁵³ Yine kanunda genel işlem koşulları tanımlanırken ‘...tek başına’ ifadesine yer verilmesi, doktrinde eleştirilere neden olmuş olup bu husus çalışmanın ‘Genel İşlem Koşullarının Unsurları’ bölümünde ayrıntılı şekilde ele alınacağından burada kısaca değinilmekle yetinilecektir.

2.3 GENEL İŞLEM KOŞULLARININ UNSURLARI

Genel işlem koşullarının, Türk Hukukundaki ilk pozitif düzenleme niteliğini haiz TBK m.20’deki tanımından yola çıkılarak; bir sözleşmenin koşulunu ve kural olarak yan edimin konusunu oluşturmaları, önceden tek yanlı olarak belirlenmesi (hazırlanması), genel ve soyut nitelikte olması, çok sayıda sözleşmede kullanmak amacıyla hazırlanması ve müzakere edilmemiş olması şeklinde beş unsuru olduğu söylenebilir. Bunlar genel işlem koşullarının ayırt edici başka bir deyişle zorunlu unsurlarıdır. Yargıtay HGK da 12.03.2020 tarihli bir kararında genel işlem koşullarının bu unsurlarına değinmiştir.³⁵⁴ Civan³⁵⁵, sayılan ilk dört unsur genel işlem koşullarının pozitif unsurları, son müzakere edilmemiş olma unsurunun ise genel işlem koşullarının negatif unsuru olduğunu belirterek beş şartın genel işlem koşulu olarak nitelendirilebilmek açısından birlikte gerçekleşmesi gerektiğini belirtmiştir.

Sözleşme koşullarının genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesinde; kapsamı, şekli, konusu ve yer aldığı sözleşmenin taraflarının şahsi nitelikleri önemli olmayıp bu unsurlar genel işlem koşullarının zorunlu olmayan unsurlarını teşkil etmektedir.³⁵⁶

HAVUTÇU (2003), age. s.76; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.66.; Neslihan ÖZUYSAL (2011), agt. s.55, dn.210.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.36.; Mustafa ARIKAN (2012), agm. s.66.; Adem YELMEN (2014), age. s.58.; Umut YENİOCAK (2013), ‘Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi’, *TBB Dergisi*, S.77, s.79.; Adem YELMEN (2015), ‘Değiştirme Yasağı’, *İzmir Barosu Dergisi*, abakus.inonu.edu.tr, ET.26/05/2021, s.370.; Mehmet AKÇAAL (2014), agm. s.53.

³⁵³ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.66.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.98.; Murat AYDOĞDU (2011), ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı’, *DEÜHFD*, C.13, S.2, s.16.; O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.491.; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2017), age. s.233.; Adem YELMEN (2014), age. s.58-59.; Umut YENİOCAK (2013), agm. s.79.; Adem YELMEN (2015), agm. s.370-371.

³⁵⁴ Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/11-36, K. 2020/290, T.12.03.2020, <https://intranet.uyap.gov.tr>. E.T. 02.12.2020.

³⁵⁵ Orhan Ersun CİVAN (2015), *Genel İş Koşulları*, Beta Yayıncılık, İstanbul, s.36-37.

³⁵⁶ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.72.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.194.; Neslihan ÖZUYSAL (2011), agt. s.63-64.

2.3.1 Bir Sözleşmenin Koşulunu ve Kural Olarak Yan Edimin Konusunu Oluşturmaları

Genel işlem koşullarının hazırlanma amacı bir sözleşmenin içeriğini oluşturmaktır.³⁵⁷ Genel işlem koşullarının içeriğini oluşturması amaçlanan bu sözleşme usul hukuku sözleşmesi, eşya hukuku sözleşmesi, borçlar hukuku sözleşmesi, borç doğuran sözleşme veya tasarruf sözleşmesi olabilecek olup sözleşmenin adının veya türünün bir önemi bulunmamaktadır.³⁵⁸ Genel olarak genel işlem koşulları özel hukuk hükümlerine tabi olan sözleşmelerin içeriğini oluşturmak amacıyla düzenlenmektedir. Ancak Atamer³⁵⁹, özel hukuk kişilerince düzenlenmiş olan bir hususun daha sonra kamu kurumlarınca onaylanması halinde söz konusu işlemin genel işlem koşulu niteliğini haiz olduğu sonucunu ortadan kaldırmayacağını ifade etmiştir. Aydoğdu³⁶⁰, kamu kuruluşlarının kendi mevzuatları uyarınca çıkarmış oldukları, özel hukuk ilişkilerinde uygulanması gerekli olan şartname kurallarının genel işlem koşulları içerebilecek olması sebebiyle genel işlem koşulları denetimine tabi olduğunu belirtmektedir. Bu kapsamda örneğin, özel hukuka ilişkin sözleşmeler açısından genel işlem koşulu içermesi halinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m.53/f.b/b.2 uyarınca hazırlanan “Yapım İşleri Genel Şartnamesi” genel işlem koşulları denetimine tabi olacaktır.³⁶¹ Konuyla ilgili olarak Yargıtay 23. Hukuk Dairesi 09.06.2020 tarihli bir kararında:

“Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23.Hukuk Dairesi incelemesi sonucu; dava konusu edilen sözleşme hükmünün genel işlem koşulları kapsamında incelenerek sonuca varılmasına rağmen, genel işlem koşullarının kamu ihale hukukuna tabi sözleşmelerde uygulanmayacağından bahisle dava konusu olayda genel işlem koşullarından söz edilemeyeceği gerekçesine yer verilmesinin hatalı ve çelişkili olduğu gerekçesiyle hükmün gerekçesinden bu kısım çıkartılarak yeniden esas hakkında karar verilerek davacı vekilinin istinaf başvurusunun reddine karar verilmiştir.”

şeklinde karar vermiştir.³⁶²

³⁵⁷ Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.194.; Adem YELMEN (2014), age. s.52.

³⁵⁸ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.79.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.194.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.62. Aydoğdu, bu noktada genel işlem koşullarının bulunması halinde sözleşmenin adı ve türünün önemi bulunmadığını dahası sözlü beyanlar için de genel işlem koşulu denetimi yapılabileceğini belirtmiştir. Bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.80.

³⁵⁹ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.63.

³⁶⁰ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.77-78.

³⁶¹ Lale SİRMEN (2015), agm. s.127, dn.26.

³⁶² Bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E. 2017/1327, K. 2020/1972, T. 09.06.2020, <https://intranet.uyap.gov.tr>, E.T. 02.12.2020.

İltihaki sözleşmelere³⁶³ ilişkin olarak genel işlem koşullarının uygulanıp uygulanmayacağı konusunda TBK yürürlüğe girmeden önce doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre³⁶⁴, söz konusu sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulu olarak kabul edilebilmesi için herhangi bir kamu tüzel kişisi tarafından çıkarılmış olan tebliğ veya yönetmeliklere dayanmamış olması gerekmekte olup kamu hizmeti niteliğinde hizmet sunan kurum ya da kuruluşun, sözleşme hükümleri çerçevesinde özel hukuk kişisi gibi hareket etmesi gerekmektedir. Diğer bir görüşe göre³⁶⁵ ise, kamu hizmeti niteliğinde hizmet sunan kurum ya da kuruluşlar, kişilerle olan ilişkilerini tebliğ ya da yönetmelikler ile düzenleme imkanına sahip olmakla birlikte ve buna rağmen iltihaki sözleşmelerin yapısına uyduğu müddetçe genel işlem şartlarına yönelik olarak uygulanacak olan çözümlerin uygulanması yararlı olabilecektir.

TBK'nin yürürlüğe girmesi ile bu konudaki tartışmalara son verilerek m.20/4'te: “ Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Söz konusu düzenleme emredici hüküm niteliğindedir. Konuyla ilgili olarak Bursa BAM 7. H.D. 17/04/2019 tarihinde:

“...Kanuna dayanmayan ve ikincil mevzuat ile sözleşme ilişkisi gereği dağıtım ve görevli tedarik şirketleri tarafından tüketicilerden tahsil edilen kayıp/kaçak bedelinin iltihaki sözleşme nedeniyle alınması, tüketicinin müzakere etmeden sözleşmeyi imzalamak durumunda kalması nedeniyle genel işlem şartı niteliğindeki kayıp/kaçak bedeli alınmasına ilişkin hükümlerin hükümsüz sayılacağı ve ikincil mevzuata dayanarak tüketiciden bu bedelin alınamayacağı açıktır. (Yargıtay 3. H.D 18/12/2014 tarih, 2014/13539-2014/16751 s.k.)...”

şeklinde karar vermiştir.³⁶⁶ Antalya³⁶⁷ ise, söz konusu düzenleme ile getirilen kuralla istisna getirilebileceğini belirterek verilecek kamu hizmeti ile ilgili olarak o hizmete ilişkin sözleşme hükümlerinin kanun, tebliğ, yönetmelik gibi pozitif hukuk kuralı ile düzenlemesi ve sözleşmede yalnızca genel işlem koşulu olarak pozitif hukuk kuralı ile

³⁶³ Sözleşmenin zayıf tarafının genel işlem şartlarını tartışmasız biçimde kabul etmesiyle kurulan sözleşmeler için katılmalı (iltihaki) sözleşme deyimini kullanan görüş için bkz. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2017), age. s.229.

³⁶⁴ Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.79-80.

³⁶⁵ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.63.

³⁶⁶ Bkz. Bursa BAM 7. H.D., E. 2018/1504, K. 2019/386, T. 17/04/2019, <https://intranet.uyap.gov.tr>, E.T. 08.01.2021.

³⁶⁷ O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.488.

düzenlenen bu hususların yer alması halinde iltihaki sözleşmelerin genel işlem koşulu denetimine tabi tutulamayacağını belirtmiştir.

Genel işlem koşulları açısından taraflardan birinin, sözleşmenin kurulması esnasında sözleşmenin karşı tarafının sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünü kısıtlayarak söz konusu özgürlüğü tek taraflı şekilde kendi lehine kullanması önem arz etmektedir.³⁶⁸ Burada sözleşmenin karşı tarafına karşı genel işlem koşullarını kullanan taraf sözleşmedeki üstün konumundan faydalanarak genel işlem koşullarının sözleşmenin karşı tarafınca pazarlık konusu yapılmaksızın kabul edilmesini, bağlayıcı şekilde sözleşme içeriğinde yer almasını amaçlamaktadır.³⁶⁹ Genel işlem koşullarının bir sözleşmenin koşulunu oluşturması unsurundan söz edebilmek için sözleşmenin karşı tarafınca müzakere edilmeksizin oluşturulan bu koşulların sözleşmenin içeriğine dahil edilerek söz konusunu sözleşmenin koşulunu oluşturması gerekmektedir. Dolayısıyla bir tarafın genel işlem koşuluna dayanması halinde genel işlem koşulunun varlığından söz edilebilecek olup genel işlem koşullarına üçüncü bir kişinin tavsiyesi üzerine yer verilmiş olması halinde üçüncü kişinin tavsiye etmiş olduğu koşulların taraflardan birine dayatılmış olamayacağı düşüncesinden hareketle bir sözleşmenin koşulunu oluşturma unsurunun gerçekleştiğinden söz edilemeyecektir.³⁷⁰ Örneğin, avukatların ya da noterlerin önceden kendi inisiyatifleri ile hazırlamış oldukları matbu sözleşme metinleri genel işlem koşulu olarak nitelendirilemeyecektir.³⁷¹ Nitekim bu durumda genel işlem koşullarına özgü sözleşmenin tarafları arasında menfaat dengesizliği oluşmamakta, üçüncü kişinin müdahalesine karşı sözleşmenin tarafları eşit konumda bulunmakta ve kendi şartlarını değiştirmeden kabul ettirme noktasında avukat ya da noterin bir menfaati bulunmamaktadır.³⁷² Fakat her zaman avukat ya da noterler tarafsız rol olarak sözleşmede yer alamamaktadır.³⁷³ Bu durumlarda sözleşmenin karşı tarafının haklarının dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde ihlal edildiği söylenebiliyorsa artık üçüncü bir kişi değil taraflardan birinin temsilcisinin olduğu kabul edilerek genel işlem koşulu olarak nitelendirilecektir.³⁷⁴

TBK m.20/f.1/c.2'de; ‘ ‘ *Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.* ’ ’ denilmek suretiyle

³⁶⁸ Ömer ÇINAR (2009), agt, s.43.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.194-195.

³⁶⁹ Neslihan ÖZUYSAL (2011), agt. s.60.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.43.

³⁷⁰ Agt. s.43.

³⁷¹ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.70.

³⁷² Age. s.70.

³⁷³ Age. s.70.

³⁷⁴ Ömer ÇINAR (2009), agt. s.44.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.70-71.

genel işlem koşullarının sözleşme metninde ya da sözleşme ekinde yer almasının önemli olmadığı belirtilmiştir. Söz konusu düzenleme sonucu olarak bir hastanın ameliyata ilişkin kararı kendisinin verdiği, ameliyatın sonuçlarına ilişkin tüm aydınlatıcı bilgileri almış olduğu ve ölmesi halinde cesedinin hastane tarafından kadavra olarak kullanılabilmesine ilişkin tek taraflı beyanı tedavi sözleşmesinin ekinde ya da ayrı bir yerde yer almış olsa dahi hastanın bu beyanına ilişkin olarak genel işlem koşulu denetimi yapılabilecektir.³⁷⁵

TBK m.20/f.2’de; ‘*Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.*’ denilmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca genel işlem koşullarının sözleşme metinlerinin özdeş olması aranmayacak ve bir sözleşmenin koşulunu oluşturması yeterli olacaktır. Bu duruma abonelik almak isteyen kişiye aynı anda su aboneliği hizmet sözleşmesi ile birlikte birden çok sözleşme metni imzalatıldığında, imzalatılan sözleşmelerin içeriğinin aynı ya da farklı olması fark etmeksizin genel işlem koşulu sayılacağı hususu örnek gösterilebilir.³⁷⁶

Genel işlem koşullarının sözleşmenin hangi hükümlerine yönelik olarak düzenlendiği önem arz etmemektedir. Nitekim genel işlem koşullarının sözleşmenin asli edimlerine yönelik olarak ya da yan edimlerine yönelik olarak düzenlenmesi mümkündür.³⁷⁷ Ancak sözleşmenin zayıf tarafının genel olarak asli edimlere yönelik olarak müzakere yapıp yan edimlerle ilgilenmemesi sebebiyledir ki içerik denetiminin amacı asli edimler arasındaki denliğin kontrol edilmesi değildir.³⁷⁸ Bu sebeplerle içerik denetiminin kapsamı içerisinde sözleşmenin asli edimlerine ilişkin sözleşme hükümleri yer almamakta, içerik denetimi sözleşmenin yan edimlerine ilişkin sözleşme hükümleri ile sınırlı olarak yapılmaktadır.³⁷⁹

2.3.2 Önceden Tek Yanlı Olarak Belirlenmesi (Hazırlanması)

Bir hukuki işlemde genel işlem koşullarının varlığından söz edebilmek için TBK m.20/f.1’de belirtildiği üzere önceden ve tek yanlı olarak belirlenmesi gerekmektedir. Genel işlem koşullarının somut bir sözleşme için değil, ileride kurulma

³⁷⁵ Age. s.64.

³⁷⁶ Yiğit TUNÇSİPER (2018), *Genel İşlem Koşullarının Denetimi*, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, s.17-18.

³⁷⁷ Lale SİRMEN (2015), agm. s.125.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.86.

³⁷⁸ Lale SİRMEN (2015), agm. s.125.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.86.

³⁷⁹ Age. s.86.

ihtimali olan birden çok sözleşme için hazırlanması dolayısıyla ki genel işlem koşulları önceden düzenlenmektedir.³⁸⁰ Yine genel işlem koşulları ekonomik bakımdan daha güçlü olan tarafça tek yanlı olarak hazırlanmakta ve tüketici ile müzakere edilmemektedir.³⁸¹ TBK m.20 gerekçesinde³⁸² belirtildiği üzere sözleşmenin karşı tarafı sözleşmenin kurulmasına ilişkin olarak görüşme yapmadığı gibi pazarlık da yapamamaktadır.³⁸³ Hal böyle olunca sözleşme özgürlüğünün en temel ilkelerinden olan “tarafaların eşitliği” ilkesi zedelenmiş olmaktadır.³⁸⁴ TBK m.20/f.1’de “...bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak...” ifadesinin yer

³⁸⁰ Yeşim Mürde ATAMER (2012), agm. s.14.

³⁸¹ Doğan KARTAL, *Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008, s.51.

³⁸² TBK m.20 gerekçesi: ‘*Borçlar hukukunun temelini bireysel sözleşme modeli oluşturmaktadır. Bireysel sözleşme denilince, Borçlar Kanunu’nun 1 inci ve devamı maddeleri anlamında öneri, karşı öneri ve kabul gibi en sonunda irade açıklamalarının uygunluğu ve uyuşması sağlanıncaya kadar, sözleşmenin her hükmünün tartışma ve pazarlık konusu yapıldığı sözleşmeler anlaşılır. Ancak, çağımızın sosyal ve ekonomik gelişimleri, kitlelere yönelik hizmet gereksinimini yaratmış ve bunlar için üretim zorunluluğu doğurmuştur. Buna bağlı olarak, bireysel sözleşme modeli yanında, yeni bir sözleşme modeli ortaya çıkmıştır. Bankalar, sigorta şirketleri, seyahat ve taşıma işletmeleri, dayanıklı tüketim malları üretimi ve pazarlaması yapan girişimciler, bireysel sözleşmenin kurulmasından önce soyut ve tek yanlı olarak kaleme alınmış sözleşme koşulları hazırlamakta, bunlarla gelecekte kurulacak belirsiz sayıda, ancak aynı şekil ve tipteki hukukî işlemleri düzenlemektedirler. Önceden hazırlanan tipik sözleşme koşulları için genel işlem koşulları terimi kullanılmakta; bu tür sözleşmelere, “tip sözleşme”, “kitle sözleşme”, “katılmalı sözleşme” ya da “formüler sözleşme” denilmektedir. Kitlelere yönelik bu sözleşmelerde, sözleşmenin kurulmasına ilişkin görüşmeler ve pazarlıklar yapılması söz konusu değildir. Hattâ, çoğu zaman fiyat konusu bile tarifelerle belirlenmekte ve pazarlık dışı bırakılmaktadır. Girişimci karşısında sözleşmenin diğer tarafı, ya kendisine dayatılan koşullarla sözleşmeyi kuracak ya da söz konusu sözleşmenin içerdiği edim veya hizmetten vazgeçmek zorunda kalacaktır. Başka bir ifadeyle, birey önüne konulan metin karşısında, sadece “evet” ya da “hayır” diyebilecek, buna karşılık, “evet, ama” seçeneğinden yoksun olacaktır. Hizmet ya da edimden hiç yararlanmamanın söz konusu olmaması ve “evet, ama” deme olanağı bulunmaması karşısında, bireyin bu tür sözleşmelerin uygulanmasında kanunla korunması zorunluluğu ortadadır. Tasarıda, genel işlem koşullarının tâbi olduğu geçerlilik kuralları, bunlara aykırılığın yaptırımları ve genel işlem koşullarının yorumlanması gibi konuların açıklığa kavuşturulması amacıyla, bütün sözleşmeleri kapsayacak emredici genel hükümler şeklinde düzenlenmesi zorunlu görülmüştür. Nitekim, Avrupa Birliği mevzuatı kapsamında olmak üzere, 5 Nisan 1993 tarihli ve 93/13 sayılı “Tüketici Sözleşmelerindeki Kötüye Kullanılabilecek Şartlara İlişkin Direktif”te ve Avrupa Komisyonu tarafından Avrupa Parlamentosuna sunulan Avrupa Sözleşme Hukukuna yönelik 2003/C 63/01 sayılı Eylem Plânının 4.2 maddesinde genel işlem koşullarına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler öngörülmüştür. Alman hukukunda daha önce özel bir kanunla düzenlenmiş olan genel işlem koşulları, belirtilen hükümler de göz önünde tutularak, Alman Medenî Kanununun (BGB) 305 ve devamı maddelerinde genel hüküm niteliği kazandırılarak yeniden düzenlenmiştir. Böylece, söz konusu hükümlerin uygulama alanının sadece tüketicilerle sınırlı kalması önlenmiştir.*’, (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>, s.32-33.); E.T:29.11.2020.

³⁸³ Zira sözleşmenin tarafları arasında müzakere edilmesi halinde söz konusu sözleşme metni, ferdi (hususî) sözleşmeye dönüşecektir. Bkz. Fikret EREN (2020), age. s.228.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.87.

³⁸⁴ Doğan KARTAL (2008), agt. s.51.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.96.

alması karşısında genel işlem koşullarının hazırlanmasında sözleşmenin karşı tarafının bu şartların hazırlanmasına katılımı olup olmadığı hususu önem arz etmektedir.³⁸⁵

Genel işlem koşullarının önceden tek yanlı olarak hazırlanmış olması hukuki ilişkilerde tekdüzeliğe hizmet ederek gelecekte yapılacak olan çok sayıdaki sözleşme içeriklerinin aynı olmasını sağlamaktadır.³⁸⁶ Genel işlem koşullarını kullanacak olan taraf ise bu sayede riskleri en aza indirerek kendisini koruma altına almakta ve gelecekte kurmayı planladığı sözleşmelerin içeriğini önceden belirlemektedir.³⁸⁷

Madde metninde kullanılan “*tek başına*” ifadesi sözleşme taraflarından birisinin önceden tek başına sözleşme hükümlerini hazırlayarak karşı tarafa sunması gibi yanlış anlaşılmaya açık bir anlama gelmesi sebebiyle doktrinde eleştirilmiş ve “*tek başına*” ifadesi yerine “*tek yanlı veya tek taraflı*” ifadesinin kullanılmasının isabetli olacağı belirtilmiştir.³⁸⁸ Nitekim önceden hazırlanmış olan genel işlem koşullarının satıcı, sağlayıcı ya da kullanıcı tarafından bizzat hazırlanma zorunluluğu olmayıp başkası tarafından hazırlanan genel işlem koşullarının kullanılmış olması halinde dahi önceden tek yanlı olarak hazırlanmış olma unsurunun gerçekleştiği kabul edilecektir.³⁸⁹ Aydoğdu, TBK m.20’de yer alan mevcut hükmün düzeltici yorum ile çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla düzenlenen ve kullanan tarafından sözleşmenin karşı tarafına sunulan sözleşme hükümleri şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir.³⁹⁰ Bu görüş doğrultusunda, “*tek başına*” ifadesi “*yararlanma*”, “*tek taraflı olarak hazırlama*” ya da “*başkasının hazırladığı metinden yararlanma*” şeklinde anlaşılmalı ve genel işlem koşullarını önceden hazırlamış olan tarafın bir başkası tarafından hazırlanan metni kullanması ya da avukatına, kendi hukukçusuna, başka bir uzman kişiye ya da danışmanına danışarak hazırlatmış olduğu metni de kullanması halinde genel işlem koşulunun var olduğu kabul edilmelidir.³⁹¹

³⁸⁵ Mustafa ARIKAN (2012), agm. s.67.

³⁸⁶ Neslihan ÖZUYSAL (2011), agt. s.55.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.195.

³⁸⁷ Çağlar ÖZEL (1999), “Haksız Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması Sorununa Bir Bakış ve Almanya Örneği”, *BATİDER*, C.XX, S.2, s.54.

³⁸⁸ Mustafa ARIKAN (2012), agm. s.66.; Yeşim Müride ATAMER (2006), agm. s.15.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.98.; Adem YELMEN (2014), age. s.54.; Mehmet AKÇAAL (2014), agm., s.53.

³⁸⁹ Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.54.; Yeşim Müride ATAMER (2012), agm. s.15.; Mehmet BAHTİYAR (2008), “Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması”, Makaleler I, Beta Yayınevi, İstanbul, s.103.; M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.171.

³⁹⁰ Murat AYDOĞDU (2011), agm. s.15. Aynı yönde görüş için bkz. Ömer ÇINAR (2009), agt. s.46-47.

³⁹¹ Murat AYDOĞDU (2011), agm. s.15.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.98.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.76-77.

2.3.3 Genel ve Soyut Nitelikte Olması

Sözleşmede yer alan koşulların genel işlem koşulları olarak nitelendirilebilmesi için genel ve soyut olma şartlarını taşımaları gerekmektedir. Nitekim gelecekte pek çok kişiyle aynı türden, genel ve soyut nitelikte sözleşmeler kurmak üzere genel işlem koşulları hazırlanmaktadır.³⁹²

Genel işlem koşullarının ‘genel’ nitelikte olması ile kastedilen genel işlem koşullarının yer aldığı sözleşmenin kime yöneltileceği hususunun belli olmaması ve objektif anlamda kişi ya da kişiler baz alınmadan herkes için uygulanmak üzere oluşturulmasıdır.³⁹³

Genel işlem koşullarının ‘soyut’ nitelikte olması ile kastedilen ise, söz konusu koşulların somut bir sözleşme ilişkisi baz alınarak konulmaması ve önceden belirlenmemiş bir hukuki ilişki için formüle edilmesidir.³⁹⁴ Genel işlem koşulları banka genel işlem koşulları gibi ya belirli sözleşme tiplerini barındıran kapsamlı düzenlemeler olmakta ya da abonelik sözleşmesi şartları gibi belli sözleşme tipleri için hazırlanan düzenlemeler olmaktadır.³⁹⁵ Bu kapsamda genel işlem koşulları somut bir sözleşme ilişkisi için hazırlanmamaktadır.³⁹⁶

Genel işlem koşullarının genel ve soyut nitelikte olmasının sonucu olarak; genel işlem koşulları aynı türden sözleşme ilişkilerinin kişilerin sıfatının, adının, konumunun bir önemi olmaksızın tek bir kişi için değil herkes ile kurulması amacıyla hazırlanmaktadır.³⁹⁷ Genel işlem koşullarının genellikle kullanan yararına hükümler içermesi sebebiyledir ki genel ve soyut nitelikte olması ile genel işlem şartlarının objektif nitelikte olduğu sonucuna varılamamaktadır.³⁹⁸

TBK m.20’de genel işlem koşullarının tanımı yapılmış olup söz konusu tanımda genel işlem koşullarının genel ve soyut niteliğinden bahsedilmemiştir. Aynı şekilde Alman Hukukunda genel işlem koşulları tanımlanırken de açıkça genel ve soyut nitelikte oluşuna değinilmemiştir.³⁹⁹ Havutçu⁴⁰⁰, bu hususta genel işlem

³⁹² Özgür KARADAĞ (2015), age. s.42.

³⁹³ Neslihan ÖZUYSAL (2011), agt. s.56.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.80.; Şüheda DALKA OKUMUŞ (2018), age. s.44.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.104.; Murat AYDOĞDU (2011), agm. s.17.; Mehmet BAHTİYAR (2008), agm. s.104.; Adem YELMEN (2014), age. s.56.

³⁹⁴ Cemal OĞUZ (1993), agt. s.12.; Mehmet BAHTİYAR (2008), agm. s.104.; Adem YELMEN (2014), age. s.56.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.80.

³⁹⁵ Cemal OĞUZ (1993), agt. s.12.

³⁹⁶ Agt. s.12.; Neslihan ÖZUYSAL (2011), agt s.56.

³⁹⁷ Agt. s.56.

³⁹⁸ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.104-105.; Murat AYDOĞDU (2011), agm. s.17.

³⁹⁹ Şüheda DALKA OKUMUŞ (2018), age. s.44.

⁴⁰⁰ Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.81.

koşullarının genel ve soyut nitelikte olması hususuna tanımlarda yer verilmemesinin genel işlem koşullarının söz konusu niteliğini ortadan kaldırmayacağını nitekim “*çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla*” ifadesinin içerisinde genel işlem koşullarının genel ve soyut niteliğinin yer aldığını belirtmiştir.

2.3.4 Çok Sayıda Sözleşmede Kullanmak Amacıyla Hazırlanması

TBK m.20/f.1’de “... ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla...” ifadesi ile belirtildiği üzere genel işlem koşullarının bir unsuru da çok sayıda sözleşmede kullanmak amacıyla hazırlanmasıdır. Kitlesele sözleşme olgusu genel işlem koşullarının ortaya çıkma nedenini oluşturmakla birlikte çok sayıda sözleşmede kullanmak amacıyla hazırlanma unsurunun da somut bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁰¹ Madde metninde de belirtildiği üzere bu unsur açısından önemli olan çok sayıda sözleşmede kullanmak amacı ile hazırlanma olup fiili kullanımın olup olmadığı hususu önem arz etmemektedir.⁴⁰² Alman doktrin ve uygulaması genel olarak en az üç defa kullanmak için bu koşulların düzenlenmiş olmasını aramaktadır.⁴⁰³ Hukukumuzda böyle bir koşul aranmamakta olup bu koşulların ilk kez kullanımı dahi yeterli sayılmaktadır.⁴⁰⁴ Aydoğdu⁴⁰⁵, genel işlem koşullarını hazırlamanın para ve zaman isteyen zahmetli bir iş olması sebebiyle söz konusu şartları kullanan kişinin bir kez kullanmak amacıyla hazırladığına ilişkin beyanının inandırıcı olmaması sebebiyle bu klozların geçerli olmadığını ve sözleşmeyi tek başına genel işlem koşulu içeren sözleşme olmaktan çıkarmayacağını belirtmektedir. Zira 93/13 sayılı AB Yönergesi de tüketicinin içeriğine etki edememiş

⁴⁰¹ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.66.

⁴⁰² Manfred REHBİNDER (1976), “Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması”, Çev. Ömer Teoman, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 42 (1-4), s.647.; Safa REİSOĞLU (2014), age. s.72.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.47.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.67.; Şüheda DALKA OKUMUŞ (2018), age. s.45.; Aydın ZEVKLİLER, Ayşe HAVUTÇU, Şeref ERTAŞ, Murat AYDOĞDU ve Emre CUMALIOĞLU (2013), age. s.131.; Lale SİRMEN (2015), agm. s.129.

⁴⁰³ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.67. Alman hukukunda en az üç defa kullanmak için hazırlanmış olma şartı tüketici sözleşmeleri dışındaki genel işlem koşulları için aranmakta olup tüketici sözleşmelerindeki genel işlem koşulları için tek seferlik kullanım yeterli görülmektedir. Bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.106.

⁴⁰⁴ Fikret EREN (2020), age. s.232.; Mustafa ARIKAN (2012), agm. s.66.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.105.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.57.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.81.; Adem YELMEN (2014), age. s.55. Atamer, birden fazla kullanım amacıyla değil de tek seferlik belirli bir sözleşme için kullanmak üzere sözleşme koşullarının belirlenmesi halinde genel işlem koşullarının söz konusu olamayacağını belirtmektedir. Bkz. Yeşim ATAMER (2001b), age. s.67. Benzer yönde Lale SİRMEN (2013), agm. s.129.

⁴⁰⁵ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.105-106.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.57.

olduğu sözleşme hükümlerinde tek seferlik kullanılmış olsa dahi haksız şart denetimi yapmaktadır.⁴⁰⁶

Önceden hazırlanan sözleşmenin tek seferlik kullanmak üzere hazırlandığının iddia edilmesi durumunda ispat yükü sözleşmeyi kullanan kişiye ait olup, ispat yükünün yerine getirilmediği veya getirilemediği hallerde sözleşmenin çok sayıda sözleşmede kullanmak amacıyla hazırlanmış olduğu kabul edilerek genel işlem koşulu ihtiva ettiği kabul edilecektir.⁴⁰⁷

Sonuç olarak genel işlem koşulları açısından çok sayıda sözleşmede kullanmak üzere hazırlanma amacı aranmakta olup bir kişinin matbu şartları kullanması ve bu şartları kullanırken bir daha kullanma niyetini taşımaması halinde dahi sonuç değişmeyecektir.⁴⁰⁸ Formüle şekilde basılmış olup büfelerde satılan matbu kira sözleşmeleri içerisinde yer alan şartlar bakımından genel işlem koşulu niteliğinde olup⁴⁰⁹ bu kira sözleşmesinin evini kiraya vermek isteyen kişi tarafından kullanılması ve kiraya verdiği evi dışında bir başka evi olmadığından bir daha bu sözleşmeyi kullanma amacının taşınmaması halinde dahi söz konusu kayıtlar genel işlem koşulu içeren sözleşme olmaktan çıkmayacak ve genel işlem koşulu denetimi yapılabilecektir.⁴¹⁰

2.3.5 Müzakere Edilmemiş Olması

Genel işlem koşullarının son ve belki en temel özelliği söz konusu koşulların müzakere edilmemiş olmasıdır. Genel işlem koşullarının müzakere edilmemiş olması düzenleyenin ve/veya kullananın önceden tek yanlı olarak belirlediği koşulları bireysel anlaşma konusu yapılmaksızın sözleşmeye koyarak karşı tarafın onayına ya da imzasına sunmasıdır. Burada sunma eylemi ile sözleşmenin karşı tarafına sözleşmenin koşullarını inceleme, değerlendirme, müzakere etme ya da sözleşme koşullarında değerşiklik yapma, pazarlık yapma imkanının sağlanması amacı güdülmektedir.⁴¹¹ Zira sözleşmenin karşı tarafı çoğu zaman ekonomik açıdan sözleşmenin zayıf tarafını teşkil etmesi, okuma ya da anlama zorluğu, bilgi yetersizliği ve zaman kısıtlılığı gibi

⁴⁰⁶ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.106.

⁴⁰⁷ O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.492.

⁴⁰⁸ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.107.

⁴⁰⁹ Cemal OĞUZ (1993), agt. s.14.

⁴¹⁰ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.107.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.57.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.67.; Aksi yöndeki görüş için bkz. Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.82-83.

⁴¹¹ Deniz UĞUR KÜÇÜKGÖDE (2019), *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s.63.; Adem YELMEN (2014), age. s.54.

nedenlerle genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil edilmemesine yönelik bir etkiye bulunmamaktadır.⁴¹² Şayet taraflar arasında sözleşme hükümleri teker teker görüşme konusu yapılarak tartışılmış ve sözleşme hükümlerinin bazıları değiştirilerek taraflar sözleşme içeriğine etki edebilme olanağına sahip olmuşsa artık genel işlem koşullarından bahsedilemeyecek ve söz konusu koşullar için bireysel anlaşmanın mevcudiyeti söz konusu olacaktır.⁴¹³

Alman hukukunda (BGB §319/III, N.1) tüketici sözleşmeleri bakımından genel işlem koşulları tüketici olan tarafça sözleşmeye dahil edilmediği sürece girişimci olan tarafça sözleşmeye eklendiği karine olarak kabul edilmiştir.⁴¹⁴ Hukukumuzda bu kural alınmamakla birlikte doktrinde sözleşme hükümlerinin tamamıyla sözleşmenin karşı tarafı aleyhine olduğu durumlarda hayatın olağan akışında genel işlem koşulu olduğunun karine olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁴¹⁵

Uygulamada sözleşme metninin sonuna “*Sözleşme maddelerinin tamamı tartışılıp müzakere edilerek sözleşme imzalanmıştır.*” ibaresinin eklenmesi suretiyle kanun maddelerini dolanmak amacının güdüldüğü görülmektedir.⁴¹⁶ TBK m.20/f.3 ile söz konusu durumun önüne geçilmesi istenmiştir. İlgili düzenleme uyarınca TBK m.20/f.3’te: “*Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.*” denilmektedir. Atamer⁴¹⁷, söz konusu koşulların bizzat genel işlem koşulu niteliğini haiz olduğunu belirtmektedir. Aydoğdu⁴¹⁸ ise, kanun maddesinde “*içeriğe etki etme*” esasına yer verilmemiş olması nedeniyle maddenin yetersiz olduğundan bahisle söz konusu düzenlemeyi eleştirmiştir. Kanunda bahsi geçen, sözleşmeye konulan ve her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin söz konusu kayıtların titizlikle incelenmesi gerekmektedir. Nitekim sözleşmede yer verilen bu kayıtlar sözleşmenin karşı tarafınca okunup yeterince incelemeyen imzalanmış ve genel işlem koşulu niteliğinde kayıtlar olabileceği gibi gerçekten sözleşmede yer alan söz konusu koşullar okunmuş,

⁴¹² Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.30 vd. ile s.85 vd.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.108.; Adem YELMEN (2014), age. s.60.

⁴¹³ Aydın ZEVKLİLER, Ayşe HAVUTÇU, Şeref ERTAŞ, Murat AYDOĞDU ve Emre CUMALIOĞLU (2013), age. s.132.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.108.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.39.

⁴¹⁴ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.109. Aydoğdu, söz konusu karinenin ispat yükü bakımından olumlu olması sebebiyle Türk hukuku açısından da kabul edilebilecek bir kural olduğunu belirtmiştir.

⁴¹⁵ Age. s.108.; Orhan Ersun CİVAN (2015), age. s.40.

⁴¹⁶ Özgür KARADAĞ (2015), age. s.39.

⁴¹⁷ Yeşim Müride ATAMER (2012), agm. s.21.

⁴¹⁸ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.112.

incelenmiş ve kabul edilmiş olup yalnızca gelecekte uyumsuzluk meydana gelmesine engel olmak adına söz konusu ibareye sözleşmede yer verilmiş de olabilmektedir.⁴¹⁹ Düşük bir olasılık dahi olsa ikinci ihtimalin söz konusu olduğu hallerde sözleşmede yer alan bu kayıtlara genel işlem koşuludur denilerek denetime tabi tutmak hakkaniyete uygun düşmeyecektir.

Burada bireysel görüşme yapıldığına ilişkin olarak ispat yükünün ne şekilde yerine getirileceği ve bireysel görüşme ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine dair iki soru gündeme gelmektedir. İlk olarak bireysel görüşme yapıldığına ilişkin ispat yükünün ne şekilde yerine getirileceği hususu incelenecek olup bu konuda doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüş⁴²⁰, müzakere etme hususu maddi bir vakıya ilişkin olduğundan her türlü delil ile ispat edilebileceğini belirtmektedir. Diğer görüş⁴²¹ ise, bireysel görüşme yapıldığına ilişkin ispat yükünün en azından yazılı delil başlangıcı ile yerine getirilmesi gerektiğini, bu kapsamda sözleşmenin tarafları arasında teyit edilmiş olan faks metinleri, imza içeren telgraf, taraflar arasında yapılan görüşmelere esas ses ya da video kayıtları ile güvenli elektronik imzalı e-mail mesajlarının belirleyici olacağını belirtmiştir.⁴²²

Yargıtay ispat yükü ile ilgili olarak:

“Bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu niteliğinde olup olmadığını hangi tarafın ispat etmesi gerektiğine ilişkin TBK da açık bir düzenleme olmamakla birlikte, 6502 sayılı TK 5/3 maddesinden yola çıkılarak, önceden ve çok sayıda kullanmak amacıyla hazırlanmış belirli bölümleri boş olan ve sonradan doldurulan sözleşme hükümlerinin kural olarak müzakere edilmemiş olduğu, aksinin sözleşmeyi hazırlayan tarafça ispat edilmesi gerektiği kabul edilmeli, gerektiğinde bu konuda ticari ve eposta yazışmaları, fakslar, sözleşme taslaklı vs. ispat vasıtalarından yararlanılmalıdır.”

şeklinde karar vermiştir.⁴²³

Son olarak bireysel görüşme ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususuna değinmek gerekmektedir. Doktrinde kanunun düzenleyici hükümlerinden önemli

⁴¹⁹ Safa REİSOĞLU (2014), age. s.73.

⁴²⁰ Turgut ÖZ (2002), ‘‘Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları’’, *İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, s.147.; Benzer yönde görüş için bkz. İsmail ATAMULU (2018), agm. s.133.

⁴²¹ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.109-110.

⁴²² Aydoğdu, ayrıca burada ispat edilecek hususun sözleşmenin varlığı ya da yazılı sözleşme hükmü olmayıp sözlü görüşmeler olduğundan işin niteliğine binaen mutlak olarak yazılı belge aranmaması gerektiğini ve bu kapsamda ses ya da video kayıtlarının da ispat etkisinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Age. s.110.

⁴²³ Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2016/13015, K. 2018/4858, T. 27.06.2018, <https://intranet.uyap.gov.tr>, E.T. 02.12.2020. Aynı yönde Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2018/2469, K. 2018/4896, T. 27.06.2018, <https://intranet.uyap.gov.tr>, E.T. 02.12.2020.

ölçüde ayrılan koşulların sözleşmenin karşı tarafına sunulması söz konusu hükümlerde müzakereye açık olduğu ve müzakerenin fiilen yapılmış olduğu hususu ciddi bir şekilde ortaya konulmadıkça, sözleşmenin karşı tarafının söz konusu koşullar hakkında ikaz edildiği veya söz konusu koşulların tamamının okunduğuna dair sözleşmenin karşı tarafının imzası bulunduğu ilişkin beyanlar ile ispat yükümlülüğü yerine getirilmiş olarak kabul edilmemesi gerektiği belirtilmiştir.⁴²⁴ Atamer⁴²⁵, ayrıca bu hususta sözleşmenin karşı tarafının söz konusu koşulları anlamak ya da değiştirmek adına profesyonel olarak yardım alma imkanı ve yeterli bilgi birikimi olup olmadığı noktalarına bakılması gerektiğini ifade etmiştir. Belirtmek gerekir ki sözleşmenin kuruluşu esnasında önceden tek yanlı olarak belirlenmiş olan genel işlem koşullarının sözleşmenin karşı tarafına sunulması gerekmektedir.⁴²⁶

İncelenmesi gereken bir diğer husus noktalı bir biçimde üstü sonradan el yazısı ile doldurulmak üzere boş bırakılan matbu sözleşmelerde bireysel anlaşmanın mevcudiyetinden söz etmenin mümkün olup olmadığıdır. Aydoğdu⁴²⁷, bu konuda ikili bir ayırım yapılması gerektiğini ve tek yanlı şekilde sözleşmenin güçlü olan tarafınca doldurulan boşluklara ilişkin olarak sözleşmenin karşı tarafının içeriğe etki edememesi halinde genel işlem koşulunun mevcut olduğunu ancak söz konusu boşlukların sözleşmenin taraflarınca müzakere edilerek özellikle sözleşmenin zayıf tarafınca doldurulması halinde ispatı oldukça zor olmakla birlikte genel işlem koşullarının söz konusu olmayacağını belirtmiştir.

2.4 GENEL İŞLEM KOŞULLARININ FAYDA VE ZARARLARI

Genel işlem koşullarının faydaları olduğu gibi zararları da bulunmaktadır. Genel işlem koşulları genel olarak, sözleşmenin taraflarının menfaatlerinin birbirine ters olması sebebiyle sözleşmenin taraflarından biri için faydalı olan bir husus sözleşmenin diğer tarafı açısından zarar teşkil etmektedir. Durum genel olarak bu şekilde olmakla birlikte her durum için aynı şey söylenememektedir. Bazen genel işlem koşullarına ilişkin bir durum sözleşmenin her iki tarafı için de faydalı olabilmektedir.

⁴²⁴ Yeşim Mürde ATAMER (2012), agm. s.20-21.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.110-111.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.60.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.88-89.

⁴²⁵ Yeşim Mürde ATAMER (2012), agm. s.22.

⁴²⁶ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.65-66.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.59.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.116.

⁴²⁷ Age. s.118-119.

2.4.1 Faydaları

Modern hayatın gelişen koşullarında mal ya da hizmetlerin seri halde üretilip aynı hızla kitlelere ulaştırılmasının sonucu olarak mal ya da hizmet arzında bulunan kişilerle tek tek görüşerek sözleşme içeriğini belirleyebilme olanağı elde edilememekte ve sözleşmeye konulmak istenen bazı hükümler unutulabilmektedir.⁴²⁸ Genel işlem koşulları, söz konusu koşulları kullanan kişi açısından önceden belirlenme unsuru ile bu noktada fayda sağlamaktadır. Genel işlem koşulları önceden belirleniyor olması sebebiyle basit ve hızlı bir şekilde işlerin yürütmesine yardımcı olarak zamandan tasarruf imkânı sağlamakta, aynı konuya ilişkin olarak farklı içeriklere sahip sözleşmelerin ortaya çıkmasına engel olmaktadır.⁴²⁹ Bu şekilde gelecekte meydana gelebilecek olan tehlikeler hesaplanarak sözleşme içeriği belirlenmekte⁴³⁰, iş hayatında karşılaşılan olaylar sonucu elde edilen birikim ve tecrübeler neticesinde hazırlanmasının sonucu olarak genel işlem koşullarına bu birikim ve tecrübeler yansımakta⁴³¹, önceden ayrıntılı bir biçimde hazırlanması neticesinde gelecekte meydana gelebilecek uyuşmazlıklarda yargı yoluna başvurma olasılığı önemli ölçüde azalarak işletme yargı masraflarından kurtulmakta⁴³² ve hukuki ilişkilerin rasyonelleştirilmesi sağlanmaktadır.⁴³³

Sözleşmelerde düzenlenen bazı hususlara ilişkin olarak kanunlarda herhangi bir düzenlemenin mevcut olmaması ya da kanundaki düzenlemelerin yetersiz kalması durumunda hukuki açıdan belirsizlik ve güvensizlik meydana gelecektir. Genel işlem koşullarının önceden uzman kişiler tarafından hazırlanıyor olması ise bu durumun önüne geçmekte ve hukuki açıdan belirlilik ve güvenlik tesis etmektedir.⁴³⁴ Bu durum sözleşmenin karşı tarafına da fayda sağlamakta olup genel işlem koşulları önceden her

⁴²⁸ Galip Sermet AKMAN (1976), *Sorumsuzluk Anlaşması*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, s.86.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.210.; Orhan Ersun CİVAN (2015), age. s.10.; Adem YELMEN (2014), age. s.62.

⁴²⁹ Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.210.; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2017), age. s.228.; Fikret EREN (2020), age. s.229.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.32.; Galip Sermet AKMAN (1976), age. s.90.; Doğan KARTAL (2008), agt. s.80.

⁴³⁰ Tamer İNAL (2005), *Açıklamalı- İctihatlı Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri (İsviçre Hukuku-Fransız Hukuku ve Avrupa Birliği Konseyi Yönergeleri Işığında)*, Kazancı Hukuk Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, s.234.; Cemal OĞUZ (1993), agt. s.2.

⁴³¹ Adem YELMEN (2014), age. s.63.

⁴³² Yeşim ATAMER (2001b), age. s.33.

⁴³³ Orhan Ersun CİVAN (2015), age. s.10.; Cemal OĞUZ (1993), agt. s.1.; Tamer İNAL (2005), age. s.230.; Galip Sermet AKMAN (1976), age. s.90.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.211.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.59.; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2017), age. s.226.; Lale SİRMEN (2015), agm. s.118-119.; Mehmet BAHTİYAR (2008), agm. s.105.; Fikret EREN (2020), age. s.228-229.

⁴³⁴ Adem YELMEN (2014), age. s.63.; Bu durum genel işlem koşullarının “uzmanlaştırma” ya da “modernleştirme” fonksiyonu olarak ifade edilmektedir, Fikret EREN (2020), age. s.228-229.

bir detay düşünülerek hazırlanması dolayısıyla uyumsuzluk halinde kanunlarda herhangi bir düzenlemenin mevcut olmaması ya da kanundaki düzenlemelerin yetersiz kalması durumunda sözleşmenin karşı tarafına izlenecek yol haritasını göstermektedir.⁴³⁵ Ayrıca Tekinalp, kanunda boşluk bulunması durumunda başvuru olan örf ve adet hukuku gibi belirli olmayan kaynaklara başvurulması yerine uzman kişiler tarafından önceden hazırlanmış olan kaynaklara başvurulmasının taraflar açısından daha faydalı olacağını belirtmiştir.⁴³⁶

Genel işlem koşulları sözleşme yapmaya ilişkin iradenin eksiksiz ve doğru bir biçimde müşteriye iletilmesine yardımcı olması sebebiyle de müteşebbise fayda sağlanmaktadır.⁴³⁷

Genel işlem koşullarının önceden hazırlanıyor olması sebebiyle zamandan tasarruf imkânı sağlaması, işlerin basit ve hızlı bir şekilde yürütmesine yardımcı olması ve hukuki belirsizlik ve güvensizlik ortamının önüne geçmesi sözleşmenin karşı (zayıf) tarafı açısından da bir avantaj olup fayda sağlamaktadır.⁴³⁸ İnal, bunlara ek olarak genel işlem koşullarının önceden hazırlanıyor olmasının sözleşmenin zayıf tarafına söz konusu koşulları tam anlamıyla okuyup anlayabilmesi halinde yapacak olduğu işlemin koşullarını öğrenebilme imkanı sağlayacağını belirtmiştir.⁴³⁹

Genel işlem koşullarının sözleşmenin her iki tarafına fayda sağlayan bir yönü de taraflara sözleşme ilişkisi dolayısıyla yüklenmiş olan edimlerin ne şekilde ve hangi şartlarda yerine getirileceği hususunun önceden belirlenmiş olması olup, bu husus sözleşme ilişkisini belirgin hale getirerek daha açık kılmaktadır.⁴⁴⁰

⁴³⁵ Merve ACAR BİLMİŞ (2019), *Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumu*, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, s.23.; Mehmet BAHTİYAR (2008), agm. s.105-106.

⁴³⁶ Ünal TEKİNALP (1986), *Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları*, Prof. Dr. Ernst E.HIRSCH'in Hatırasına Armağan, Ankara, s.126'dan aktaran Merve ACAR BİLMİŞ (2019), agt. s.24. Benzer yönde görüş için bkz. Tamer İNAL (2018), *İnternet Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar*, Aristo Yayıncılık, İstanbul, s.93.

⁴³⁷ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.32.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.211.

⁴³⁸ Lale SİRMEN (2015), agm. s.118-119.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.32.; Tamer İNAL (2005), age. s.234.

⁴³⁹ Age. s.234.

⁴⁴⁰ Adem YELMEN (2014), age. s.63-64.; Mehmet BAHTİYAR (2008), agm. s.106.

2.4.2 Zararları

Genel işlem koşullarının faydaları olduğu gibi zararları da mevcuttur. Genel işlem koşullarının faydaları yukarıda belirtilmiş olmakla birlikte önemli ölçüde tüketici açısından fayda sağladığını söylemek zordur.⁴⁴¹

Genel işlem koşulları önceden hazırlanması dolayısıyla sözleşmenin taraflarına birtakım faydalar sağlamakla birlikte önceden hazırlanan bu koşullarda sözleşmelerin bireysel olma özelliği dikkate alınmaksızın hazırlanmakta, tüketicinin fikirleri sözleşmeye yansıtılmamakta ve çoğu zaman sözleşmenin karşı tarafı aleyhine olan düzenlemeler içermektedir.⁴⁴² Rekabete dayalı olan ekonomik düzenlerde kanunda risk dağılımı iki tarafın da kendi sorumluluk alanı içerisinde gerçekleşen olaylardan tam olarak sorumlu olması gerektiği esasına dayalı olarak öngörülmüş iken, genel işlem koşulları ile sözleşmeden doğan rizikoların tamamı sürekli şekilde sözleşmenin karşı tarafına yüklenmektedir.⁴⁴³ Sözleşmenin karşı tarafı ise sözleşmeyi olduğu gibi kabul etmek ya da sözleşme yapmaktan vazgeçmek dışında bir alternatifte sahip olmadığından sahip olduğunu alternatiflerden birini tercih etmekte ve çoğunlukla genel işlem koşullarını kullanan kişinin iradesine boyun eğmektedir.⁴⁴⁴ Bu durumda ise müşterinin boyunduruk altına alındığı görülmekte⁴⁴⁵ ve irade özgürlüğünden bahsedilememektedir.⁴⁴⁶ Bu şekilde sözleşmenin tarafları arasındaki menfaat

⁴⁴¹ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.59.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.212.; Galip Sermet AKMAN (1976), age. s.91-92.; Adem YELMEN (2014), age. s.64.

⁴⁴² Cemal OĞUZ (1993), agt. s.6.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.7.; Doğan KARTAL (2008), agt. s.81.

⁴⁴³ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.32.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.60.

⁴⁴⁴ Galip Sermet AKMAN (1976), age. s.92.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.7.; Mehmet DEMİR (2008), "2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel İşlem Koşullarına İlişkin Maddelerinin (m.20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri", *TBB Dergisi*, S.76, s.218.; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2017), age. s.173.; Çağlar ÖZEL (2016), "Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Kavramı", *İçinde, Tüketici Hukuku Konferansı*, 5-6 Aralık 2015, (Makaleler-Tebliğler), Ed. Hüseyin Can Aksoy, Yetkin Yayınları, Ankara, s.60.; Lale SİRMEN (2015), agm. s.122.; Baki İlkay ENGİN (2010), agm. s.76.

⁴⁴⁵ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.33, dn.172.

⁴⁴⁶ Vecdi ARAL (1983), "Hukukta İrade Özgürlüğü", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.48, S.1-4, dergipark, s.249.; İrade özgürlüğü insanın iç özgürlüğünü ifade etmektedir, Derya ATEŞ (2007), "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları", *TBB Dergisi*, S.72, s.76.; İrade özerkliği kavramı özgür olan her bireyin davranışlarının sınırlarını kendi kendine bulmasını ve borç ilişkilerini dilediği şekilde düzenleyebilmesini ifade etmektedir., Sözleşme özgürlüğü, irade özgürlüğünün özel hukuktaki görünümü olup bu iki kavramın birbirinden farklı olduğunu belirtmekte fayda vardır. Burada irade özgürlüğünden bahsedilmektedir. Sözleşme özgürlüğü noktasında Oğuz, sözleşme özgürlüğünün tarafların sözleşmenin kurulmasına aynı ekonomik güçlere sahip olarak katılmasını öngörmemesi sebebiyle genel işlem koşullarının sözleşme özgürlüğü ile bağdaştığını, sözleşmenin bir tarafının sahip olduğu özgürlüğün sözde kalan özgürlüğe dönüşürecek şekilde kullanılması halinde bu sınırın aşılmış olacağını ancak baştan genel işlem koşullarının sözleşme özgürlüğü ile bağdaşmadığı şeklinde bir yorum yapmanın yanlış olacağını belirtmiştir. Bkz. Cemal OĞUZ (1993), agt. s.20.

dengeğini sağlamak üzere öngörülen tamamlayıcı hukuk kurallarının uygulanma imkanı kalmamaktadır.⁴⁴⁷

Bunun dışında tüketicinin zaman baskısı altında söz konusu şartları okuyamayacak durumda olması ve bu durumun tüketiciyi global kabule⁴⁴⁸ doğru götürmesi, çoğu zaman teknik bir dille yazılan metinlerin okunmaya çalışılsa dahi anlaşılabilir oluğu, söz konusu koşulları içeren metinlerin matbu oluğuğunun tüketicinin üzerinde uyulması mutlak şartlar olduğu yönünde baskı oluğuğuna, tüketicinin sözleşmenin zayıf tarafını teşkil etmesi nedeniyle sözleşmeyi oluğuğuna genel işlem koşullarını idrak etmeden imzalaması gibi sebepler genel işlem koşullarının tüketicinin açısından zararlarını teşkil etmektedir.⁴⁴⁹ Bütün bu sebeplerle çok uzun senelerden beri ifade edilen “müşteri velinimetimizdir” kalıbı, evrensel olarak sanayi devrimini başlangıcı ile genel işlem koşulu içeren sözleşmeler açısından “müşteri kölemizdir” anlamında kullanılmaktadır.⁴⁵⁰

Nitekim uygulamada genel işlem koşulları, müteşebbise her anlamda güvence sağlamakta ve sözleşmenin karşı tarafına nazaran ekonomik açıdan güçlü olan tarafı hukuken de güçlü hale getirilmek üzere araç olarak kullanılmaktadır.⁴⁵¹

Genel işlem koşullarının tüm bu zararları nedeniyle kanunlarda yapılan düzenlemeler ile sözleşmenin zayıf tarafını teşkil eden kişiler korunmaya çalışılarak denetim öngörülmüştür.⁴⁵²

TBK m.21/2⁴⁵³, 23⁴⁵⁴ ve 27/2’de⁴⁵⁵ yer alan düzenlemeler göz önüne alındığında genel işlem koşullarının sözleşmenin zayıf tarafı için oluğuğuna sakıncaların giderilmeye çalışıldığı görülmektedir. Genel işlem koşullarına ilişkin

⁴⁴⁷ Galip Sermet AKMAN (1976), age. s.92.

⁴⁴⁸ Genel işlem koşullarının yer aldığı sözleşmeler genel olarak müşteri tarafından anlaşılması oldukça zor şekilde kaleme alınmakta ve müşteri söz konusu koşulları anlamayıp değiştirme arzusu da taşımadan bu koşulları kabul etmekte olup bu durum doktrinde global kabul olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Yeşim ATAMER (2001b), age. s.102.

⁴⁴⁹ Doğan KARTAL (2008), agt. s.80-81.; Murat AYDOğDU (2018), age. s.33.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.212.

⁴⁵⁰ Murat AYDOğDU (2018), age. s.33.

⁴⁵¹ Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.213.

⁴⁵² Murat AYDOğDU (2018), age. s.33.

⁴⁵³ TBK m.21/2’de: “ Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.” denilmektedir.

⁴⁵⁴ TBK m.23’te “ Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.” denilmektedir.

⁴⁵⁵ TBK m.27/2’de: “ Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur. “ denilmektedir.

olarak denetim mekanizması öngörülmele sözleşmenin güçlü tarafının fırsatçı davranışları, kurnazlıkla koyduğu sözleşme hükümleri ve aldatıcı davranışları engellenerek bozulan sözleşme dengesi ve adalet yeniden tesis edilmeye çalışılmaktadır.⁴⁵⁶

2.5. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Bir işleme uygulanacak olan hükümlerin ve o işlemin hukuki sonuçlarının belirlenebilmesi için öncelikli olarak o işlemin hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Genel işlem koşulları açısından da uygulanacak olan ilkelerin tespiti, genel işlem koşullarının sonuçları ve sözleşme içeriğine ne şekilde dahil edilecek olduğunun tespit edilebilmesi için hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Genel işlem koşullarının hukuki niteliği konusu doktrinde tartışmalı olup⁴⁵⁷ norm teorisi, sözleşme teorisi ve örf adet teorisi şeklinde üç farklı görüş bulunmaktadır.

2.5.1 Norm Teorisi

Norm teorisini savunan bir görüş⁴⁵⁸, genel ve soyut nitelikte olmaları dolayısıyla genel işlem koşullarını yasal norm niteliğinde kabul etmektedir.⁴⁵⁹ Alman hukukunda 1941-1955 yılları arasında kabul gören bu görüşe göre, genel işlem koşulları yasal normlar gibi bağlayıcı olup devletin yaratmış olduğu hukuka eşdeğerdir.⁴⁶⁰ Genel işlem koşullarını içeren sözleşmelerde, söz konusu şartların sözleşme ilişkisi içerisinde bağlayıcılık kazanması adına tarafların anlaşmaları ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığı aranmamaktadır.⁴⁶¹ Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 1941 yılında vermiş olduğu kararda⁴⁶² bu hususlara değinilmiştir.

⁴⁵⁶ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.34.; Yelmen, bu konuda genel işlem koşullarına ilişkin sakıncaların kullanan açısından söz konusu olmasının çok olası olmadığını belirtmektedir. Bkz. Adem YELMEN (2014), age. s.64.

⁴⁵⁷ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.30.; Tamer İNAL (2005), age. s.231.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.49.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.77-78.; Mehmet BAHTİYAR (1996), "Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması", *Yargıtay Dergisi*, S.1-2, s.87.; Cemal OĞUZ (1993), agt. s.24.

⁴⁵⁸ EMMERICH, Volker; "Die Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen", *JuS*, 1972, s.362-363'ten aktaran Ömer ÇINAR (2009), agt. s.49.

⁴⁵⁹ Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.93-94.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.78.; Tamer İNAL (2005), age. s.231.; Orhan Ersun CİVAN (2015), age. s.19.

⁴⁶⁰ Ömer ÇINAR (2009), agt. s.49-50.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.77.; Tamer İNAL (2005), age. s.231.

⁴⁶¹ Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.94.; Şebnem AKİPEK (1999), age. s.226-228.

⁴⁶² Alman İmparatorluk Mahkemesinin 1941 yılında vermiş olduğu karar: "...sık çok kapsamlı olabilen genel işlem şartları çerçevesinde bir sözleşmenin akdedilmesi halinde, aslında sözleşme içeriği olan bu hükümlerin hepsi hakkında sözleşmesel bir uyuma olduğundan bahsedilemez. Söz konusu olan daha çok hazır ve mevcut bir hukuk düzenine iltihak etmektir (vba) ve bu düzene (gönüllü olarak) iltihak

Ancak, Alman Federal Mahkemesi 1955 yılında herkes için bağlayıcı olmamasını gerekçe göstererek mevcut bir hukuk düzeni yaratan genel işlem koşullarının normatif geçerliliği olduğuna ilişkin görüşünden vazgeçmiştir.⁴⁶³ Yine sonraki kararlarında genel işlem koşullarının bağlayıcı olması açısından tüketicinin iradesinin mevcut olması gerektiğini kabul ederek, genel işlem koşullarının imzalamış olduğu sözleşmede var olduğunu tüketicinin bilmesi ya da bilmesi gerekmesi hususunu yeterli görmüştür.⁴⁶⁴ Genel işlem koşullarının içeriği hakkında tüketicinin bilgi sahibi olması gerektiği hususu ise aranmamıştır.⁴⁶⁵

Norm teorisini savunan bir diğer görüş ise⁴⁶⁶, emredici norm niteliğini haiz olmasalar bile genel işlem koşullarının fiyat tarifeleri ya da dernek tüzükleri gibi değerlendirilebileceğini ve uyulması mutlak olan normlar olarak değil uyulması sözleşmenin taraflarınca kararlaştırıldığı takdirde sonuç doğuracak olan tamamlayıcı nitelikte normlar olduğunu belirtmektedir.⁴⁶⁷

Norm teorisine ilişkin görüş Alman hukukunda hâkim olan görüş tarafından eleştirildiği⁴⁶⁸ gibi Türk hukukunda da eleştirilmektedir. İlk olarak norm teorisine ilişkin görüş, yasal normlar insanlar arasındaki ilişkilerin hakkaniyete uygun bir biçimde düzenlenerek adaleti tesis etmeye yönelik olarak çıkarılmasına karşın genel işlem koşulları insanlar arasındaki ilişkilerin hakkaniyete uygun şekilde düzenlenmesi ve adalet tesisi gibi gayeler taşımaksızın pek çok sözleşmede kullanılmaya üzere düzenlenmesi ve kullanan lehine hükümler içermek suretiyle sözleşme dengesini bozması sebebiyle eleştirilmiştir.⁴⁶⁹ Norm teorisine yöneltilen bir diğer eleştiri ise genel işlem koşullarının kanun seviyesine çıkarılması noktasındadır.⁴⁷⁰ Genel işlem koşulları kişiler tarafından oluşturulmasına karşın kanunları çıkarma yetkisi Anayasa ile yalnızca yasama organına tanınmıştır. Kanun çıkarma yetkisi kişilere ve/veya topluluklara verilemeyecek olup genel işlem koşullarının yasal norm olarak kabulü

edenin içeriği hakkında ne bildiği pek bir önem arz etmez.” şeklindedir. Bkz. Yeşim ATAMER (2001b), age. s.78.

⁴⁶³ Age. s.78.; Mehmet BAHTİYAR (1996), agm. s.87.; Mehmet BAHTİYAR (2008), agm. s.87.

⁴⁶⁴ Neslihan ÖZUYSAL (2011), agt. s.52.

⁴⁶⁵ Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.96.; Neslihan ÖZUYSAL (2011), agt. s.52.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.78.

⁴⁶⁶ MEYER-CORDİNG, Ulrich; Die Rechtsnormen, Tübingen, 1971, s.101'den aktaran Ömer ÇINAR (2009), agt. s.50.

⁴⁶⁷ Agt. s.50.

⁴⁶⁸ Agt. s.50.

⁴⁶⁹ Agt. s.51.; Mehmet BAHTİYAR (1996), agm. s.87.; Mehmet BAHTİYAR (2008), agm. s.110.

⁴⁷⁰ Oğuz, genel işlem koşullarının sözleşme özgürlüğü ilkesinin amacına ve özüne aykırı olan norm teorisi içerisinde sınıflandırılmasının kabul edilemeyeceğini ve hukuki niteliğinin başka bir temelde aranması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Cemal OĞUZ (1993), agt. s.24.

kanun çıkarma yetkisinin şahıslara verilmesi anlamına gelecektir.⁴⁷¹ Bu durum ise genel işlem koşullarının kanun seviyesine çıkarılması anlamına gelerek genel işlem koşullarının daha kötü bir biçimde kullanan kişi lehine düzenlenmesine ve böylelikle hukuk düzeninin korumaya çalıştığı düzenin ve tesis ettiği adalet anlayışının sarsılmasına yol açacaktır.⁴⁷² Oğuz, bahse konu kişilerin iradesinden bağımsız olarak hukuki etkilerini meydana getirmenin normların en önemli özelliği olduğunu buna karşılık genel işlem koşullarının tüketicinin kendisini bu koşullara tabi kılması halinde sözleşme ilişkisinin içeriği haline gelecek olması sebebiyle norm niteliğini haiz olmadığını belirtmiştir.⁴⁷³

Tüm bu sebeplerle norm teorisini savunan görüş eleştirilmiş ve genel işlem koşullarının genel ve soyut nitelikte oluşu hâkim tarafından değerlendirilirken gözetilecek hususlar olup genel işlem koşullarının yapısal özelliklerini değiştirmeyeceğinden bahisle Türk hukukunda kabul görmemiştir.⁴⁷⁴ Kanaatimizce de kabul görmesi pek mümkün değildir.

2.5.2 Örf Adet veya Teamül Görüşü

Genel işlem koşulları İsviçre hukukunda sigortacılık ve bankacılık gibi alanlarda düzenlenen sözleşmelerde belli bir dönem kullanılmış olması sebebiyle ticari teamül dahası örf adet hukuku dayanak kabul edilerek genel işlem koşullarının bağlayıcılığı açıklanmak istenmiştir.⁴⁷⁵ Genel işlem koşulları içerisinde nadiren de olsa örf ve âdet hukukuna yer verilebilmektedir.⁴⁷⁶ Ancak bu görüşün hukukumuzda kabul görmesi olanaklı değildir. Nitekim hukukumuzda örf ve adet hukuku ile teamül birbirinden farklı kavramlar olup mutlak surette birbirinden ayrılmaktadırlar.⁴⁷⁷

Örf ve adet kuralları⁴⁷⁸, toplumda mevcut olan gelenek kurallarının yaygın bir biçimde uygulanması ve toplumda uygulanma noktasında genel inanç yaratması

⁴⁷¹ Tamer İNAL (2005), age. s.231.

⁴⁷² Gizem KAYA ÖZGÜR (2018), *Genel İşlem Koşulları ve Benzer Kurumlar*, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, s.21.; Tamer İNAL (2018), age. s.89-90.

⁴⁷³ Cemal OĞUZ (1993), agt. s.32.

⁴⁷⁴ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.80.; Cemal OĞUZ (1993), agt. s.27.; Orhan Ersun CİVAN (2015), age. s.20.

⁴⁷⁵ Age, s.21.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.100.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.50.

⁴⁷⁶ Şüheda DALKA OKUMUŞ (2018), age. s.41.

⁴⁷⁷ Şebnem AKİPEK (1999), age. s.226.; Hüseyin HATEMİ (2011), *Medeni Hukuka Giriş, Vedat Kitapçılık, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul, s.77.*; Rona SEROZAN (2013), *Medeni Hukuk Genel Bölüm*, 4. Baskı, İstanbul, s.96.

⁴⁷⁸ Örf adet kuralları, genel örf adet kuralları ve özel örf adet kuralları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Genel örf adet kuralları, ülke genelinde geçerli olduğu kabul edilen ve uygulama noktasında halkta pekişmiş ve yaygın biçimde görülen kuralları ifade etmektedir. Özel örf adet kuralları ise, şahıs, mekan,

sonucu bahse konu kuralların genelleşerek bağlayıcılık kazanması söz konusu olmaktadır.⁴⁷⁹ Teamül ise, belli bir yörede ya da belli bir meslek grubunda uygulanan davranış kurallarını ifade etmekte olup örf adet kurallarında olduğu gibi teamüllerin sürekli bir biçimde uygulanması söz konusu değildir.⁴⁸⁰ Örf adet kuralları ile teamüllerin bu nitelikleri göz önüne alındığında genel işlem koşullarının kullanan kişiler açısından içerikleri benzer olsa da farklı şartlara ilişkin olması sebebiyle genel nitelikte olmadığı görülmekte olup genel işlem koşullarının hukuki niteliğinin örf adet ve teamül görüşü içerisinde tasnif edilmesi mümkün değildir.⁴⁸¹

2.5.3 Sözleşme Teorisi

Hukukumuzda bugün hâkim olan görüş sözleşme teorisidir.⁴⁸² Sözleşme teorisi⁴⁸³ genel işlem koşullarının hukuki niteliğinin ne norm teorisi içerisinde ne de örf adet veya teamül görüşü içerisinde nitelendirilemeyeceğini belirtmektedir.

Sözleşme teorisine göre, genel işlem koşullarının hukuki açıdan bir anlam ifade edebilmesi sözleşme içeriğine dahil edilmesiyle mümkündür.⁴⁸⁴ Buna göre sözleşme içeriğine dahil edilmeyen genel işlem koşulları hiçbir şey ifade etmemekte ve hukuki sonuç doğuramamaktadır.⁴⁸⁵ Sözleşme içerisine dahil edilmeyen genel işlem koşulları ancak sözleşme yapmaya ilişkin öneri niteliğinde bir tasarı, taslak niteliğindedir.⁴⁸⁶ Bu anlamda genel işlem koşulları tarafların iradesi ile bireysel sözleşme ilişkisinde bağlayıcı hale gelmektedir.⁴⁸⁷ Genel işlem koşullarının sözleşme niteliğinde olmasının bir sonucu da yalnızca sözleşmenin taraflarını bağlayan olmasıdır.⁴⁸⁸

Hukukumuzda bugün hâkim görüş olan sözleşme teorisince genel işlem koşullarının bağlayıcı olup hukuki sonuç doğurabilmesi için sözleşmenin

mesleki topluluk şeklinde kısıtlı uygulama alanlarında geçerli kuralları ifade etmektedir. Bkz. Age. s.94.; Şener AKYOL (2006c), *Medeni Hukuka Giriş*, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul, s.76-77.

⁴⁷⁹ Şebnem AKİPEK (1999), age. s.227.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.44.

⁴⁸⁰ Rona SEROZAN (2013), age. s.96.

⁴⁸¹ Şebnem AKİPEK (1999), age. s.227.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.44.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.101.; Orhan Ersun CİVAN (2015), age. s.21.

⁴⁸² Murat AYDOĞDU (2018), age. s.30-31.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.78-79.; Cemal OĞUZ (1993), agt. s.35.; Fikret EREN (2020), age. s.231.; Ramazan AYDIN (2016), agm. s.95-96.

⁴⁸³ Sözleşme görüşü olarak nitelendiren bu teori için bkz. Yeşim ATAMER (2001b), age. s.78-79.; Fikret EREN (2020), age. s.231.; Oğuz, genel işlem koşullarının yalnızca şeklen değil maddeten de sözleşme nitelikli kurallar olduğunu belirtmiştir. Bkz. Cemal OĞUZ (1993), agt. s.44.

⁴⁸⁴ Özgür KARADAĞ (2015), age. s.43.; Cemal OĞUZ (1993), agt. s.44.; Tamer İNAL (2018), age. s.90.; Adem YELMEN (2014), age. s.50.

⁴⁸⁵ Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.102.; Orhan Ersun CİVAN (2015), age. s.20-21.; Tamer İNAL (2018), age. s.90.

⁴⁸⁶ Mehmet BAHTİYAR (1996), agt. s.87.

⁴⁸⁷ Tamer İNAL (2018), age. s.231.; Adem YELMEN (2014), age. s.50.

⁴⁸⁸ Fikret EREN (2020), age. s.232.

kurulabilmesi için gerekli olan tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının⁴⁸⁹ mevcut olması gerekmektedir.⁴⁹⁰

2.6 GENEL İŞLEM KOŞULLARININ UYGULAMA ALANI

Bu bölümde genel işlem koşullarının uygulama alanı; kişi bakımından, konu bakımından ve zaman bakımından olmak üzere üç ayrı başlık altında incelenecektir.

2.6.1 Kişi Bakımından

Genel işlem koşullarının kişi bakımından uygulama alanı genel işlem koşulları ile sağlanan korumadan kimlerin yararlanacağına ilişkin sınırı ifade etmektedir. Bir başka deyişle tüketicilere sağlanmış olan genel işlem koşullarına ilişkin korumadan tacir ya da esnafların da yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin sorunun cevabını genel işlem koşullarının kişi bakımından uygulama alanının sınırı oluşturmaktadır.

Genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler uluslararası çapta incelendiğinde; bazı ülkelerin tüketiciler gibi işletmecileri de genel işlem koşulları ile sağlanan korumadan yararlandığı görülmekte iken, bazı ülkelerin genel işlem koşulları ile sağlanan korumalardan belli başlı düzenlemelerden girişimcilerin yararlanmasını kabul etmekle birlikte esas olarak bu korumadan tüketiciyi yararlandığı görülmektedir.⁴⁹¹

Genel işlem koşullarına ilişkin korumadan tüketiciler mutlak surette yararlanmakta olup⁴⁹² tacir ya da esnaflar içinde uygulanıp uygulanmayacağı⁴⁹³ hususunun belirlenmesi gerekmektedir. Genel işlem koşullarına ilişkin korumadan tacirlerin yararlanması istisnaî nitelikte olup, Lüksemburg, Belçika, Danimarka, Finlandiya, İngiltere, Portekiz, İsveç, Hollanda, İspanya, Almanya gibi ülkelerde tacirler de genel işlem koşullarının denetimi ile sağlanan korumadan yararlanmakta ve

⁴⁸⁹ Aydoğdu, tarafların iradelerinin açıkça uyuşmasında sorun olmadığını ancak örtülü kabul konusunun tartışmalı olduğunu belirtmiştir. Bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.31, dn.161.

⁴⁹⁰ Age. s.31.; Şebnem AKİPEK ÖCAL ve Murat AYDOĞDU (2016), agm. s.129.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.81.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.50.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.109.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.85.

⁴⁹¹ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.46.; Murat AYDOĞDU (2013), ‘‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı’’, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, dergipark, C.8, s.595-596.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.33.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.54.

⁴⁹² Genel işlem koşullarına ilişkin korumadan tüketiciler mutlak surette yararlanacak olup 6502 sayılı TKHK'nin, TBK'ye göre özel kanun niteliğinde olması sebebiyle tüketicilerin taraf olduğu sözleşmeler açısından 6502 sayılı TKHK öncelikli olarak uygulanacak, TKHK'de ya da diğer özel kanunlarda hüküm bulunmaması halinde TBK'nin 20-25 maddeleri arasındaki hükümler tüketicilere de uygulanacaktır.

⁴⁹³ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.47.; Murat AYDOĞDU (2013a), agm. s.596.

bu yöndeki düzenlemelerin git gide arttığı görülmektedir. Yine koşullarının denetimi ile sağlanan korumadan yararlanan tacirlere ilişkin korumanın kapsamı da her zaman aynı olmamaktadır.⁴⁹⁴

Hukukumuzda ise genel işlem koşullarına ilişkin hükümler Türk Borçlar Kanunu'nun 20-25 maddeleri arasında düzenlenmiş olup söz konusu düzenlemelerde tüketici, tacir ya da esnaf ayrımı yapılmaksızın sözleşme tarafları koruma genel işlem koşulları ile sağlanan korumadan yararlandırılmaktadır.⁴⁹⁵ Buradan hareketle mehz teşkil eden Alman hukukundaki sınırlamanın hukukumuzda dikkate alınmadığı söylenebilmektedir.⁴⁹⁶

Burada genel işlem koşulları ile sağlanan korumadan yararlanan tacir ya da esnafların, tüketicilere sağlanan korumadan aynı şekilde yararlanıp yararlanamayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bu sorunun cevabı doktrinde tartışmalı olup, çeşitli görüşler mevcuttur. Doktrinde bir görüşe göre⁴⁹⁷, tacirlerin bilgi asimetrisinin daha az olması ve yine tacirlerin basiretli davranma yükümlülüğü gereği tacirler tüketicilere kıyasla genel işlem koşulları ile sağlanan korumadan daha az yararlanabilecek ve genel işlem koşullarının denetimi tacirlerde daha sıkı şekilde gerçekleştirilecektir. Doktrinde ileri sürülen ikinci bir görüşe göre⁴⁹⁸, kanunda tacir olan kişiler açısından sözleşme eşitliğini sağlamak amacı güdülmemekte olup, denetim ile hâkim tarafından müdahale edilmesi halinde ticari piyasadaki dengelerin bozulacak olması sebebiyle ticari standart sözleşmelerin karşı tarafını teşkil eden tacirlerin sözleşme özgürlüğünün tesis edilmesine yönelik olarak korunmasına gerek yoktur. Doktrinde ileri sürülen üçüncü

⁴⁹⁴ Örneğin, BGB §310/I hükmü gereğince, genel işlem koşullarının yürürlük denetimine ilişkin BGB §305/II, III ve §§308-309 girişimcilere uygulanmamakta fakat aynı hükmün devamı gereği, girişimcilere de §§308309'da belirtilen yasak sonuçlara yol açan bir durum varsa içerik denetimine ilişkin §307/I ve II hükümleri, ticarî teamül ve uygulamalar da gözetilerek uygulanmaktadır. Görüldüğü üzere mehz teşkil eden Alman hukukunda tacirlerin korunması genel işlem koşullarına ilişkin hükümler açısından sınırlıdır. Bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.47.; Murat AYDOĞDU (2013a), agm. s.596.

⁴⁹⁵ Adem YELMEN (2014), age. s.72.; Aydoğdu, küçük ve orta ölçekli işletmelerin (KOBİ'lerin) büyük ölçekteki firmalarla kurmuş oldukları sözleşmelerde farklı biçimlerde mağdur edildikleri gerçeği göz önünde bulundurularak olması gereken hukuk açısından küçük ve orta ölçekli işletmelerin (KOBİ'lerin) çok daha büyük ölçekli işletme sahipleriyle yapacak oldukları sözleşmelerde yer alan genel işlem koşulları açısından denetim yapılma imkanının açıkça hüküm altına alınabileceğini belirtmektedir. Bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.48 ve dn.244.

⁴⁹⁶ Aydoğdu, ülkemizde tüketicilerin yanı sıra girişimcilerin de bankalar ve holdingler gibi ekonomik açıdan kendisinden çok daha güçlü girişimciler karşısında tüketiciler gibi korunmaya değer olması sebebiyle hukukumuzda kabul edilen bu düzenlemelerin yerinde olduğunu belirtmektedir. Bkz. Age. s.48.; Murat AYDOĞDU (2013a), agm. s.597.

⁴⁹⁷ Yeşim ATAMER (2001), "Bankaların Kredi Sözleşmelerinden Kaynaklanan Sorunlar ve Hukuki Çözüm Yolları", *İstanbul Ticaret Odası Yayın No:2001-08*, İstanbul, s.11.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.54.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.38.

⁴⁹⁸ O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.485.

görüŖe göre⁴⁹⁹, genel iŖlem koŖulları ile sağlanan korumadan tüketiciler ne Ŗekilde yararlanıyor ise tacir ya da esnafların da aynı Ŗekilde yararlanarak tacir ya da esnafların genel iŖlem koŖullarına karŖı aynen korunması gerektiğini ileri sürmektedir. Doktrinde ileri sürülen son bir görüŖe göre ise⁵⁰⁰, tüketici, tacir ya da esnaf ayrımı yapılmaksızın her durum mevcut koŖullara göre değerlendirilmeli ve sözleşmenin bir tarafının, sözleşmenin diğer tarafını teŖkil eden güçlü tarafın tahakkümü altında kalıp kalmadığı değerlendirilerek, tahakkümü altında kaldığı sonucuna ulaŖılabiliyorsa haklı olarak sözleşmenin tarafı olup tahakküm altında kalan taraf genel iŖlem koŖulları ile sağlanan korumadan yararlandırılmalıdır.

2.6.2 Konu Bakımından

Genel iŖlem koŖullarının konu bakımından uygulama alanı, TBK 20-25 maddeleri arasında düzenlenen genel iŖlem koŖullarına iliŖkin hükümlerin esas olarak sözleşmeler olmak üzere hangi hukuki iliŖkilere uygulanacağı ve söz konusu sözleşmelerde genel iŖlem koŖullarının unsurlarının bulunup bulunmadığı, unsurları bulunuyor ise genel iŖlem koŖulu olarak nitelendirilebilip nitelendirilemeyeceğini ifade etmektedir.⁵⁰¹

Genel iŖlem koŖullarının konu bakımından uygulama alanına iliŖkin olarak yabancı ülkelerin düzenlemelerine bakıldığında; düzenlemelerin özel kurallarla sözleşme hukukuna iliŖkin denetim ile sözleşme öncesine iliŖkin denetim Ŗeklinde düalist yapıya sahip olduğu görülmektedir.⁵⁰² Birçok ülke düzenlemeleri düalist yapıda olup iki alanda da koruma sağlama yönündeyken, İsviçre’de olduğu gibi bazı ülkeler sözleşme hukukuna mahsus genel düzenlemeler yapmamakta ve haksız

⁴⁹⁹ Arif B. KOCAMAN (2003), ‘‘Bankaların Tacir ve Sanayiciler İle YapmıŖ Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İŖlem Ŗartlarının Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri’’, *İçinde, Ünal TEKİNALP’e Armağan, Cilt:1*, Beta Yayıncılık, İstanbul, s.1123.; Yelmen, kanun koyucunun genel iŖlem koŖullarının kiŖi bakımından uygulama alanına iliŖkin olarak Türk Borçlar Kanunu’nda sınırlayıcı bir hüküm getirmediğini belirtmektedir. Bkz. Adem YELMEN (2014), age. s.72.

⁵⁰⁰ Erden KUNTALP, Nami BARLAS, Ahu AYANOĞLU MORALI, Pelin ÇAVUŖOĐLU İŖSINTAN, Mehtap İPEK, Mert YAŖAR ve Sedef KOÇ (2005), Türk Borçlar Kanunu Tasarisına İliŖkin Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s.25’ten aktaran Ŗüheda DALKA OKUMUŖ (2018), age. s.36.

⁵⁰¹ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.55.; Adem YELMEN (2014), age. s.69.; Murat AYDOĞDU (2011), agm. s.3.

⁵⁰² Murat AYDOĞDU (2018), age. s.58.; Murat AYDOĞDU (2011), agm. s.5.

rekabete ilişkin olarak düzenleme yapmak suretiyle koruma yolunu tercih etmektedir.⁵⁰³

Ülkemizdeki düzenlemelere bakıldığında ise; genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerin kaynağı olan BGB'nin tersine TBK'de genel işlem koşullarının maddi anlamda uygulama alanına ilişkin olarak ayrıca ve açıkça bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak TBK m.20/3'te " Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların" ifadesine yer verilmiş olması karşısında genel işlem koşullarının maddi anlamda uygulama alanı tespit edilebilmektedir. Bu doğrultuda genel işlem koşullarının maddi anlamda uygulama alanını esas olarak sözleşmelerin oluşturduğu ve TBK 20-25 maddeleri arasında düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin genel işlem koşulları içeren sözleşmelere uygulanacağı söylenebilir. Sözleşme tipi ve sözleşmenin taraflarından bağımsız olarak genel işlem koşullarının sözleşmede yer alması halinde TBK'nin genel işlem koşullarına ilişkin söz konusu düzenlemeler⁵⁰⁴ uygulama alanı bulabilecektir.⁵⁰⁵ Genel işlem koşullarının yer almadığı sözleşmelerde ise, TBK 20-25 maddeleri arasında düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin uygulaması mümkün olmayacaktır.⁵⁰⁶

Burada belirtmek gerekir ki sözleşmede birtakım unsurlara yer verilmesinin kanuni bir zorunluluk olması halinde sözleşmede yer alan bu koşullar genel işlem koşulları olarak nitelendirilemeyecek olup kanuni zorunluluk arz eden koşullar dışında genel işlem koşulları niteliğini haiz koşulların bulunması halinde TBK m.20-25 arasında düzenlenmiş olan hükümler uygulama alanı bulabilecektir.⁵⁰⁷ Örneğin, elektrik tedarik alanında faaliyet gösteren şirketlerin kendi aralarında yapacak oldukları bazı elektrik ve doğalgaz anlaşmalarında EPDK tarafından bulunması mutlak olan birtakım şartlar öngörülmüş olup sözleşmede yer alan bu şartlar genel işlem koşulu olarak nitelendirilemeyecektir.⁵⁰⁸

⁵⁰³ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.58.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.40-41.; Murat AYDOĞDU (2011), agm. s.5.

⁵⁰⁴ Genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı TBK'ye göre özel nitelikte olan düzenlemelerin mevcut olması halinde uygulama alanı bulacak olan TBK değil özel nitelikte olan düzenlemelerdir. Örneğin, TTK m.55 ile RKHK m.4 gibi özel düzenlemeler ile sözleşme öncesine ilişkin olarak koruma öngörülmektedir. Bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.59.

⁵⁰⁵ Merve ACAR BİLMİŞ (2019), agt. s.18.

⁵⁰⁶ Adem YELMEN (2014), age. s.69-70.

⁵⁰⁷ Özgür KARADAĞ (2015), age. s.39.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.47.; Adem YELMEN (2014), age. s.71.

⁵⁰⁸ Hasan AYRANCI (2010), age. s.271.

2.6.3 Zaman Bakımından

Genel işlem koşullarının zaman bakımından uygulama alanı, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren ve Türk Hukukundaki ilk pozitif düzenleme niteliğini haiz TBK'nin 20-25 maddeleri arasında düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerin yürürlük tarihinden önce imzalanmış olan sözleşmelere uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ifade etmektedir.

İstisna olmak kaydıyla kanunların yürürlüğe giriş tarihinden önce imzalanan sözleşmelere de uygulanacağına dair özel düzenlemeler mevcut olmakla birlikte kanunların yürürlüğe girme tarihi itibarıyla gerçekleşmiş olan olay ve ilişkilere uygulanması kuraldır.⁵⁰⁹

6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun⁵¹⁰unda genel işlem koşullarının zaman bakımından uygulama alanına ilişkin olarak ayrıca ve açıkça bir düzenleme bulunmamakla birlikte kanununun 1. maddesinde:

“Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanır.

Ancak, Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra bu fiil ve işlemlere ilişkin olarak gerçekleşecek temerrüt, sona erme ve tasfiye, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir.”⁵¹¹ şeklinde hüküm mevcuttur. Yine aynı kanununun 2. maddesinde: “Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanır.”

şeklinde hüküm mevcuttur.

Toplumun güvenliği ile menfaatinin göz önünde bulundurulmasıyla sıkı ilişki içerisinde olan kamu düzeni ve genel ahlak kavramları zayıf korumayı hedeflemekte olup emredici nitelik özelliğini haizdir.⁵¹² Bu doğrultuda TBK 20-25 maddeleri arasında düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin hükümler; söz konusu koşulların sözleşme içeriğine dahil edilmesi, yorumu ve içerik denetimi şeklinde üç aşamalı

⁵⁰⁹ M. Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS (2020), *Medeni Hukuk*, Vedat Kitapçılık, 26. Bası, İstanbul, s.81-82.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.319.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.157.; Ahmet M. KILIÇOĞLU (2018), *Medeni Hukuk*, Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş- Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, s.71-73.; Adem YELMEN (2014), age. s.73-74.

⁵¹⁰ 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

⁵¹¹ Aydoğdu, 6101 sayılı kanununun 1. maddesinin 2.cümlesinin modern teoriyi yansıttığını ve modern teori gereğince derhal yürürlüğün söz konusu olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.319.

⁵¹² Gizem KAYA ÖZGÜR (2018), agt. s.25.

olarak ele alınmaktadır.⁵¹³ Genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilmesine ilişkin ilk aşama, sözleşme içeriğine dair bir faaliyet olmayıp sözleşmenin genel işlem koşulu içerip içermediğinin belirlenmesine ilişkin olması sebebiyle kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin bir durum değildir.⁵¹⁴ Genel işlem koşullarının yorumuna ilişkin ikinci aşama da, TBK madde 23 hükmü karşısında açık ve anlaşılır olmayan ya da birden çok anlama gelen genel işlem koşullarının kullanan aleyhine yorumlanacak olması sebebiyle kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin bir durum değildir.⁵¹⁵ Atamer, bu doğrultuda TBK'nin yürürlük tarihinden önce imzalanmış olan sözleşmelerde genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin sözleşme içeriğine dahil edilip edilmediği hususunun 818 sayılı TBK'nin üçüncü maddesi kapsamında; genel işlem koşullarının yorumunun ise 818 sayılı TBK'nin on sekizinci maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği hususunu belirtmiştir.⁵¹⁶ Burada “*bireysel anlaşmaların önceliği*” ve “*şüphe halinde kaleme alan aleyhine yorum*” ilkelerinin 818 sayılı TBK'nin 18. maddesi çerçevesinde kabul edilen bir sonuç olması sebebiyle sonuç değişmemiş olacaktır.⁵¹⁷ Üçüncü ve son aşama olan genel işlem koşullarının içerik denetimi ise, sözleşmeye hakim tarafından müdahale edilmesi ve gerekli hallerde sözleşme hükmünün butlanına karar verme yetkisi vermesi sebebiyle kamu düzeni ve genel ahlak ile doğrudan bağlantılı bir durumdur.⁵¹⁸ Genel işlem koşullarının

⁵¹³ Adem YELMEN (2014), age. s.78.; Adem YELMEN (2015), agm. s.381.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.47.; Şüheda DALKA OKUMUŞ (2018), age. s.49.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.237.; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2017), age. s.232.; Cem VEZİROĞLU (2010), “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.84, S.5, s.3078.; Mehmet AKÇAAL (2014), agm., s.55.

⁵¹⁴ Adem YELMEN (2014), age. s.78-79.; Adem YELMEN (2015), agm. s.382.; Yeşim Müride ATAMER (2012), agm. s.70.; Aydoğdu, “*eski Kanunun yürürlüğünü sürdürmesi*” şeklindeki klasik görüşün uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.320.

⁵¹⁵ Gizem KAYA ÖZGÜR (2018), agt. s.25.; Aydoğdu, sözleşmenin yorumunun kamu düzenine ilişkin olmayıp daha çok sözleşmenin kurulması ve sonucuyla bağlantılı olması nedeniyle eski Kanun döneminde kurulmuş olan bu sözleşmelere ilişkin olarak “*eski Kanunun yürürlüğünü sürdürmesi*” şeklindeki klasik görüşün uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.320.; Kamu düzenine ilişkin 6101 sayılı Uygulama Kanunu m.2'den hareketle genel işlem koşullarının yorum kurallarına ilişkin düzenlemelerin yürürlük tarihinden önce imzalanmış olan sözleşmelere uygulanması gerektiğine ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz. M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.176-177.

⁵¹⁶ Yeşim Müride ATAMER (2012), agm. s.71.; Aydoğdu, TBK 21-22 hükümlerinin sözleşmenin genel işlem koşulları kullanılarak kurulmasına ilişkin olması sebebiyle eski Kanun döneminde kurulmuş olan sözleşmelerin kurulup kurulmadığı hususunun 818 sayılı eski TBK'nin birinci ve devamı hükümleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.320.

⁵¹⁷ Age. s.320.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.158.; Yeşim Müride ATAMER (2012), agm. s.71.

⁵¹⁸ M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.176-177.; Yeşim Müride ATAMER (2012), agm. s.70.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.319.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.40-41.; Lale SİRMEN (2012), “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar*, 8 Nisan 2011, BATİDER, Ankara, s.112-113. Yelmen, yalnızca TBK yürürlüğe girmeden önce imzalanması sebebiyle sözleşmelere, sözleşmenin zayıf tarafını korumayı hedefleyen emredici nitelikte olan hükümlerin

denetimi açısından özel düzenlemenin mevcut olmadığı hallerde en elverişli kriterin kamu düzenine aykırılık olduğu Türk-İsviçre hukukunda baskın görüş olarak kabul edilmiş ve Yargıtay'ın geçmişe etkili uygulamaya olumsuz bakıyor olması eleştirilmiştir.⁵¹⁹

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 12.03.2020 tarihli bir kararında 6098 sayılı TBK'nin yürürlükte olmadığı dönemde düzenlenen sözleşmeye kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin bir kural niteliğinde bulunmaması sebebiyle ilk kez 6098 sayılı TBK'nin 20-25 maddeleri arasında düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin uygulanamayacağını belirtmiştir.⁵²⁰ Kanaatimizce Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun

uygulanmamasının eşitlik ilkesine aykırı ve kamu menfaatinin göz önünde bulundurulmaksızın yapılacak bir yorum anlamı taşıdığını belirtmiştir. Bkz. Adem YELMEN (2014), age. s.79-80.

⁵¹⁹ Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.213-214.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.320.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.158.; Adem YELMEN (2015), agm. s.382-383.

⁵²⁰ “Davacı dava dilekçesinde; davalı bankadan ticari kredi kullandığını ve bu kredi nedeniyle ticari aracına davalı banka lehine rehin tesis edildiğini, ayrıca dava dışı C. Ö'nün davalı banka ile imzaladığı kredi sözleşmesine de kefil olduğunu, davalı bankadan kullandığı kredinin ödenmesine rağmen dava dışı C. Ö'ye verilen 16.000,00TL bedelli iki adet teminat mektubunun riskleri bahane edilerek araç üzerindeki rehinin kaldırılmadığını, ancak 16.000,00TL'nin yatırılması karşılığında rehinin kaldırıldığını ve bu sefer 16.000,00TL üzerine bloke konulduğunu, oysa teminat mektupları nedeniyle dava dışı C. Ö'nün 16.000,00TL'lik hesabı üzerinde de bloke bulunduğunu, kefaletinin sadece teminat mektuplarına ilişkin olduğundan kefaletten kaynaklanan borcunun sona erdiğini, bu nedenle hesaptaki blokenin kaldırılması gerektiğini ileri sürerek davalı bankaya borçlu olmadığını tespitine, blokenin kaldırılarak 16.000,00TL'nin faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Davalı vekili cevap dilekçesinde; davacının müvekkili ile dava dışı C. Ö. arasında imzalanan genel nakdi ve gayrinakdi kredi sözleşmesini müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla imzaladığını, asıl borçlu dava dışı C. Ö'nün hesabındaki 16.000,00TL tutarlı blokenin sözleşmenin 72. maddesi gereğince çözümlenerek asıl borçlunun kredi kartı borçlarına mahsup edildiğini, bu nedenle asıl borçlunun teminat mektubundan kaynaklanan riskinin devam ettiğini, davacının anılan sözleşmede müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla imzasının bulunması nedeniyle hesabına konulan blokenin kaldırılmayacağını savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir. İlk Derece Mahkemesince; asıl borçlunun kredi borçlarını tamamen ödediği gibi sözleşme kapsamında olan 16.000,00TL tutarındaki teminat mektupları nedeniyle de hesabında 16.000,00TL bloke için para bıraktığı, ancak davalı bankaca bu bloke paranın bir kısmının sözleşme dışındaki şahsi kredi kartı borçlarına sayıldığı, davacının imzaladığı kredi sözleşmesinin 72. maddesinin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 20. maddesinde düzenlenen genel işlem koşulu niteliğinde olup, aynı Kanun'un 21. maddesi kapsamında yazılmamış sayılması gerektiği, 6098 sayılı TBK'nin 592. maddesi gereğince davalı bankanın asıl borçludan aldığı rehin haklarını kefilin zararına azaltamayacağı, bu nedenle davalı bankanın asıl borçlunun aracı üzerindeki rehini ve banka hesabındaki blokeyi kaldırmasına rağmen kefilin parası üzerine bloke koymasının yasaya uygun düşmediği gerekçesiyle davanın kabulü ile bloke kaldırılarak 16.000,00TL'nin faiziyle tahsiline karar verilmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 03.06.2014 tarihli ve 2014/192 E., 2014/10334 K. sayılı kararı ile; “...Dava, hesaba konulan blokenin kaldırılması istemine ilişkin olup, mahkemece yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmiştir. Her ne kadar mahkemece, kredi sözleşmesindeki kefil aleyhine düzenlemelerin 6098 sayılı TBK'nin 21. maddesi kapsamında yazılmamış sayılacağı belirtilerek yazılı şekilde karar verilmiş ise de, kredi sözleşmesinin 06.02.2006 tarihli olması nedeniyle uyuşmazlığa 6098 sayılı TBK'nin uygulanması mümkün değildir. Bu durumda, sözleşmenin kefalet başlıklı 70. maddesindeki "kefilin asıl borçlunun tüm borçlarına kefil olduğu" yönündeki düzenleme geçerlidir. Ayrıca, asıl borçlunun kredi sözleşmesi kapsamında kullandığı iki adet meri teminat mektubundan kaynaklanan riski de devam ettiğine göre bankanın davacı kefilin hesabına koyduğu blokede bir usulsüzlük bulunmamakta olup, mahkemenin sözleşmedeki kefil aleyhine düzenlemelerin geçersiz olduğu, asıl borçlunun aracı üzerinde rehinin ve hesabındaki blokenin kaldırılmasına rağmen kefilin hesabına bloke konulmasının doğru olmadığı yönündeki gerekçesi yerinde görülmemiş, davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına bozulması

bahse konu kararında “...sözleşmenin düzenlendiği tarih itibariyle 6098 sayılı TBK yürürlükte olmadığından genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler somut olaya uygulanamayacağı gibi, bu hükümlerin 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun’un 2. maddesi gereğince kamu düzeni ve genel ahlâka ilişkin bir kural niteliğinde bulunmaması nedeniyle geçmişe etkili şekilde somut olaya uygulanması da mümkün değildir.” ifadesine yer vermesi sonucu doktrinde yapılan eleştiriler son bulacaktır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de Hukuk Genel Kurulu kararı ile paralel şekilde 6098 sayılı TBK’nin yürürlükte olmadığı dönemde düzenlenen sözleşmelere TBK’nin

gerekmıştır...” gerekçesi ile karar bozulmuştur. İlk derece mahkemesince; önceki gerekçelere ek olarak, 6098 sayılı TBK ile ilk defa düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin maddelerin güçlü taraf karşısında güçsüz tarafı korumaya yönelik olduğu, bu düzenlemelerin kamu düzenine ilişkin olduğunun kabulü gerektiği, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 2. maddesi gereğince 6098 sayılı TBK’nin 21. maddesinin geçmişe etkili uygulanmasının mümkün olduğu gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk; davacının müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla imzaladığı 06.02.2006 tarihli sözleşmeye geçmişe etkili olarak 6098 sayılı TBK’nin genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı, buradan varılacak sonuca göre asıl borçlunun teminat mektubu riskine karşı davacı kefilin hesabına bloke konulmasının hukuka uygun olup olmadığı noktasında toplanmaktadır... Genel işlem koşulları 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı TBK’nin 20-25. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ayrıca 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun’un 1. maddesi; “Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukukun bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Ancak, Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra bu fiil ve işlemlere ilişkin olarak gerçekleşecek temerrüt, sona erme ve tasfiye, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir” hükmünü haizdir. Buna göre bir sözleşmenin hukukun bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu sözleşme hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanmalıdır. Ancak aynı Kanun’un 2. maddesi; “Türk Borçlar Kanunu’nun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanır” şeklindedir. Somut olayda genel nakdi ve gayri nakdi kredi sözleşmesine kefaletin mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun (BK) yürürlükte olduğu tarihte düzenlendiği hususu taraflar arasında uyumsuzluk konusu değildir. Bu nedenle sözleşmenin düzenlendiği tarih itibariyle 6098 sayılı TBK yürürlükte olmadığından genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler somut olaya uygulanamayacağı gibi, bu hükümlerin 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun’un 2. maddesi gereğince kamu düzeni ve genel ahlâka ilişkin bir kural niteliğinde bulunmaması nedeniyle geçmişe etkili şekilde somut olaya uygulanması da mümkün değildir... O hâlde genel nakdi ve gayrinakdi kredi sözleşmesine kefaletin mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun (BK) yürürlükte olduğu tarihte düzenlenmesi karşısında sözleşmenin düzenlendiği tarih itibariyle 6098 sayılı TBK yürürlükte olmadığından genel işlem koşullarıyla ilgili hükümlerin somut olaya uygulanması mümkün değildir. Ayrıca bu hükümlerin 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun’un 2. maddesi gereğince kamu düzeni ve genel ahlâka ilişkin bir kural niteliğinde de bulunmaması nedeniyle geçmişe etkili şekilde uygulanamayacağı gözetildiğinde mahkemenin genel nakdi ve gayrinakdi kredi sözleşmesinin 72. maddesinin 6098 sayılı TBK’nin 20. maddesinde düzenlenen genel işlem koşulu niteliğinde olduğu ve aynı Kanun’un 21. maddesi kapsamında yazılmamış sayılması gerektiği yönündeki gerekçesi de yerinde değildir. O hâlde davanın kabulüne dair verilen direnme kararının yukarıda açıklanan değişik gerekçe ve nedenlerle onanması gerekmştir.” Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/11-36, K. 2020/290, T.12.03.2020, <https://intranet.uyap.gov.tr.>, E.T.14.12.2020.

20-25 maddeleri arasında düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı yönündedir.⁵²¹

Son olarak 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un;

“Kazanılmamış haklar” başlıklı 4. maddesinde; “Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşmiş olup da, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği sırada henüz herhangi bir hak doğurmamış fiil ve işlemlere, Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.”

şeklinde hüküm mevcut olduğunu ifade etmek gerekir.

2.7 GENEL İŞLEM KOŞULLARININ SÖZLEŞME HUKUKU İÇERİSİNDEKİ TASNİFİ

Klasik sözleşme hukukunda, karşılıklı müzakereler neticesinde kurulmuş olan sözleşmeler model alınmış olup bir tarafın sözleşmeye katılmamış olmasının önemi bulunmamaktadır.⁵²² Okunmadan imzalanmış olan sözleşme metinleri sözleşmenin iki tarafınca imzalanmışçasına muamele görmekte ve sözleşme içerisine alınmış olan şartlar varması gerekli olan irade beyanlarının yorumunda izlenen esaslara göre yorumlanmaktadır.⁵²³

Buna karşın İsviçre ve Alman hukuk doktrininde ve uygulamasında genel işlem koşulları okunmadan imzalanmış olan sözleşme metinleri gibi görülmemiş; okumadan imzalanmış olma teorik olarak imkan dahilinde olmakla birlikte sözleşmenin kuruluş şekli tipik olmayan hal sayılmış, genel işlem koşulları içeren sözleşmelerde ise okunmamış olan şartlar tipik hal olarak görülmüştür.⁵²⁴ Bunun sonucu olarak ise her iki hukukta da genel işlem koşulları yorumlanırken, okunmadan imzalanmış olan metinlerin yorumuna göre farklı bir yol uygulanmakla birlikte söz konusu hukuk doktrin ve uygulamalarında genel işlem koşulları, tüketicinin söz

⁵²¹ ‘‘...Mahkemece, davacıdan tahsil edilen kredi tahsis ücretinin hukukilik denetimi yapılırken hukukumuzda ilk defa 6098 sayılı TBK ile düzenleme altına alınan genel işlem koşulları kurumuna göre değerlendirme yapılarak sonuca gidildiği anlaşılmaktadır. Ancak 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 1. maddesine göre, 6098 sayılı TBK'nin yürürlük tarihinden önce, 05.04.2012 tarihinde imzalanan davaya konu kredi sözleşmesine 818 sayılı BK'de düzenlenmemiş olan genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin uygulama imkânı bulunmamaktadır...’’ Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2018/3220, K. 2019/4725, T.24.06.2019, [https://intranet.uyap.gov.tr.](https://intranet.uyap.gov.tr/), E.T.14.12.2020.

⁵²² Cemal OĞUZ (1993), agt. s.35.; Doğan KARTAL (2008), agt. s.54.

⁵²³ Cemal OĞUZ (1993), agt. s.35.; Doğan KARTAL (2008), agt. s.54.

⁵²⁴ Cemal OĞUZ (1993), agt. s.35.; Nihat YAVUZ (2012), *Öğretide ve Uygulamada Sözleşmedeki Haksız Şartlar (Haksız Sözleşme Şartı)*, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, s.55.

konusu şartlara ne şekilde bir anlam yükleyeceği araştırılmaksızın yorumlanmaktadır.⁵²⁵

Tüketicinin genel işlem koşullarının sözleşme muhtevasına dahil edilmesine ilişkin beyanı Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından “mevcut hukuki düzenlemeye tabi olma” şeklinde adlandırılmıştır.⁵²⁶ Tabi olma kavramına özel hukuk dogmatğinde yenilik doğuran haklarla ilgili sorunları çözmek için başvurulduğu ve tabi olanın hukuki konumunun karşı tarafın iradesine tabi kılındığı durumlarla eş değer şekilde ifade edildiği görülmektedir.⁵²⁷ Oğuz, yenilik doğuran hakların kullanımında olduğu üzere genel işlem koşullarının açıklanmış olması ile tüketicinin hukuki durumunda bir değişiklik olmadığı için tabi olma kavramından söz edilemeyeceğini belirtmiştir.⁵²⁸

2.7.1 Riziko Açıklaması Olarak İlişkilendirme Beyanı

Alman hukuk doktrinde bir görüş, ilişkilendirme beyanının riziko açıklaması olduğunu ifade ederek global kabulde imzalanmış olan sözleşmelerde olduğu üzere genel işlem koşullarının okunmaması halinde ilişkilendirme beyanının rizikosuna kendisinin katlanacağını ileri sürmektedir.⁵²⁹ Ancak bu görüş söz konusu koşulların tüketici tarafından okunsa dahi anlaşılamayacak boyutta karışık biçimde hazırlanıyor oluşu ve okunarak imzalanması halinde de sonucun değişmeyeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁵³⁰ Genel işlem koşullarının soyut nitelikte olmasının sonucunu olarak söz konusu koşullar tüketicinin yapmayı planladığı sözleşmenin kapsamını aşmaktadır.⁵³¹ Tüketici ise ilişkilendirme beyanı sebebiyle şartların tamamından yapacak olduğu sözleşme kapsamı göz önüne bulundurulmaksızın sorumlu tutulmaktadır.⁵³² Yine genel işlem koşullarını içeren sözleşme metinlerinin okunmaması, bu koşulları hazırlayan ya da kullanan kişi tarafından müzakere edilmeksizin ve bu husus istenmeksizin hazırlanması sebebiyle global kabulde imzalanmış olan sözleşmelere benzememektedir.⁵³³

⁵²⁵ Cemal OĞUZ (1993), agt. s.36.

⁵²⁶ Agt. s.36.

⁵²⁷ Agt. s.37.

⁵²⁸ Agt. s.37.

⁵²⁹ RAISER, L.; Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935, s.170'ten aktaran Cemal OĞUZ (1993), agt. s.38.

⁵³⁰ Agt. s.38.

⁵³¹ Agt. s.38.

⁵³² Agt. s.38.; Doğan KARTAL (2008), agt. s.56.

⁵³³ Cemal OĞUZ (1993), agt. s.38-39.; Doğan KARTAL (2008), agt. s.56.

Bütün bu sebeplerle Oğuz, genel işlem koşulları hakkında bilgi edinme yükümlülüğünün tüketiciye yüklenilmesinin genel işlem koşulları hukukunun var oluş nedeninin yok edilmesi anlamına geleceğini ve tüketicinin durumunu oldukça ağırlaştıracağını belirterek tüketicinin ilişkilendirme beyanının riziko açıklaması olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir.⁵³⁴

2.7.2 Düzenleme Yetkisi Olarak İlişkilendirme Beyanı

Alman hukuk doktrininde bir görüş, ilişkilendirme beyanının genel işlem koşullarının hazırlanmasına yönelik verilen düzenleme yetkisi olduğunu ifade ederek genel işlem koşullarına yönelik hukuki düzenlemelerin söz konusu koşulların karşılık müzakere sonucu hazırlanmış olan koşullar biçiminde nitelendirilmesine engel teşkil ettiğini ileri sürmektedir.⁵³⁵ Genel işlem koşullarını hazırlayabilmek adına girişimciye ilişkilendirme beyanı aracılığıyla dolaylı olarak yetki verilmekte ve bu yetki ile tüketici sözleşmenin genel işlem koşullarına yönelik bölümünde müzakereden feragat etmektedir.⁵³⁶

Oğuz, ilişkilendirme beyanının sözleşme içeriğinin düzenlenmesi noktasında verilen kısmi yetki beyanı niteliğinde olduğunu kabul etmekle birlikte düzenleyene verilen bu kısmi yetkinin sonsuz özgürlük anlamına gelmediğini, yetki sınırları içerisinde hareket edilerek ve sözleşmenin kurulması esnasında karşı tarafın menfaatlerini de göz önünde bulundurarak kullanılmış olması gerektiğini belirtmiştir.⁵³⁷

2.8 GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

2.8.1 İdari Denetim

Genel işlem koşullarını ihtiva eden sözleşmelerde, idari makamların izni ile söz konusu koşulların kullanımını sağlamak ve yine sözleşmede yer alan genel işlem koşullarının idari makamlar tarafından denetlenmesiyle hakkaniyete aykırılık teşkil eden sözleşme koşullarının kullanımı engellenmeye çalışılmaktadır.⁵³⁸ Bu doğrultuda idari makamlar tarafından genel işlem koşulu niteliğini haiz sözleşme kayıtlarının

⁵³⁴ Cemal OĞUZ (1993), agt. s.39, 43.

⁵³⁵ SCHMIDT/SALZER, AGB und Allgemeine Versicherungsbedingungen, s.56'dan aktaran Cemal OĞUZ (1993), agt. s.40.

⁵³⁶ Agt. s.40.

⁵³⁷ Agt. s.43.

⁵³⁸ Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.224-225.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.49.

önceden denetlenmesine idari denetim adı verilmektedir.⁵³⁹ İdari denetim, genel işlem koşulu niteliğini haiz sözleşme kayıtları hazırlandıktan sonra ancak sözleşme içeriğine dahil olmadan önce idari makamlar tarafından denetlenmesi dolayısıyla önleyici niteliktedir.⁵⁴⁰ İdari makamlarca yapılan denetimin genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil olmadan önce gerçekleşmesi sebebiyle idari denetime önceden denetim denilmektedir.⁵⁴¹

Hukukumuzda idari denetime ilişkin olarak genel nitelikte bir düzenleme mevcut değildir.⁵⁴² İdari denetime ilişkin uygulama alanı hukukumuz Sigortacılık Kanunu m.11/f.1⁵⁴³, Elektronik Haberleşme Kanunu m.60⁵⁴⁴ ve EHSTHY m.9'da⁵⁴⁵ öngörülmüş olup, idari makamlar tarafından onaylanması gereken şartlar açısından uygulanabildiğinden⁵⁴⁶ istisnai niteliktedir.

İdari denetim ile sözleşme özgürlüğü kapsamında taraflar arasındaki hak dengesinin korunması ve genel işlem koşullarına dair uyumsuzlukların önlenmesi amacı güdülmekte, bu sayede yargısal denetim aşaması kolaylaşarak mahkemelerin iş yükü hafifletilmektedir.⁵⁴⁷

⁵³⁹ Özgür KARADAĞ (2015), age. s.45.

⁵⁴⁰ Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.225.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.47.; Doğan KARTAL (2008), agt. s.102.; Osman AÇIKGÖZ (2017), "Elektronik Haberleşme Sektöründe Genel İşlem Koşulları", *İçinde, Telekomünikasyon Hukuku*, Ed. Halil Akkanat, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.13.

⁵⁴¹ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.128.

⁵⁴² Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.226.; Doğan KARTAL (2008), agt. s.102.

⁵⁴³ Sigortacılık Kanunu m.11/f.1: "Sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir. Ancak, sigorta sözleşmelerinde işin özelliğine uygun olarak özel şartlar tesis edilebilir. Bu hususlar, sigorta sözleşmesi üzerinde ve özel şartlar başlığı altında herhangi bir yanılığa neden olmayacak şekilde açık olarak belirtilir." şeklinde hüküm içermektedir.

⁵⁴⁴ Elektronik Haberleşme Kanunu m.60: "Kurum; mevzuata, kullanım hakkı ve diğer yetkilendirme şartlarına uyulmasını izleme ve denetlemeye, aykırılık halinde işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar idarî para cezası uygulamaya, millî güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi ve kanunlarla getirilen hükümlerin uygulanması amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya, belirlediği süre içerisinde yetkilendirme ücretinin ödenmemesi ya da ağır kusur halinde verdiği yetkilendirmeyi iptal etmeye yetkilidir. Ancak, Kurum, ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını ihtiva eden ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin yetkilendirmelerin iptalini gerektiren hallerde Bakanlığın görüşünü alır." şeklinde hüküm içermektedir.

⁵⁴⁵ EHSTHY m.9: "(1) Kurum, re'sen veya şikâyet üzerine abonelik sözleşmelerini işletmecilerden isteyebilir. Kurum, işletmeciler ile tüketiciler arasında imzalanan abonelik sözleşmelerini inceler ve değiştirilmesi uygun görülen hususları işletmeciye bildirir. İşletmeci, söz konusu değişiklikleri on beş gün içinde yerine getirir. Kurum gerekli gördüğü hallerde işletmeciye ek süre tanyabilir. (2) Onayı mevzuat gereği zorunlu kılınan ve/veya Kurum tarafından gerekli görülen abonelik sözleşmeleri Kurum onayına tabidir." şeklinde hüküm içermektedir.

⁵⁴⁶ Necip KOÇAYUSUFPŞAŞAOĞLU (2017), age. s.239.; Doğan KARTAL (2008), agt. s.102.

⁵⁴⁷ Özgür KARADAĞ (2015), age. s.47.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.50.; Aydın ZEVLİLER ve Murat AYDOĞDU (2004), age. s.162.; Doğan KARTAL (2008), agt. s.102.

Genel işlem koşullarının idari denetime tabi tutulması yargısal denetimin yapılmasına engel teşkil etmemektedir.⁵⁴⁸ Aydoğdu, idari denetimin tek başına hiçbir anlam ifade etmeyip ancak yargısal denetimle birlikte anlam kazanacağını ve öngördüğü bu sisteme “*çifte elek sistemi*” adı verildiğini ifade etmiştir.⁵⁴⁹

2.8.2 Yargısal Denetim

Genel işlem koşullarının yargısal denetimi ile tarafların eşit olmadığı standart sözleşmelerde zayıf olan tarafın korunması yoluyla sözleşme özgürlüğünün yeniden tesisi amaçlanmaktadır.⁵⁵⁰ Yargısal denetim, yargı yoluyla denetimin kanunlarda öngörülmesi veya sözleşmede genel işlem koşullarına yer verilmesi nedeniyle söz konusu koşulların mağdur olan sözleşme tarafınca yargıya taşınması şeklinde mümkün olabilmektedir.⁵⁵¹ Alman hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da yargısal denetim yoluna uyumsuzluk söz konusu olmadan yalnızca kanunlarda öngörülmesi nedeniyle gidilmesi imkanı bulunmamaktadır.⁵⁵² Sözleşmede genel işlem koşullarına yer verilmesi nedeniyle söz konusu koşulların mağdur olan sözleşme tarafınca yargıya taşınması halinde ise yargısal denetim mümkün olabilecektir. Sözleşmenin imzalanma aşamasından sonra yargısal denetime geçilmesi sebebiyle yargısal denetime sonradan denetim de denilmektedir.⁵⁵³

Genel işlem koşulları bireysel sözleşmenin içeriğinin girdiği takdirde yargısal denetim yapılabilir. Bu kapsamda Kocayusufpaşaoğlu⁵⁵⁴, genel işlem koşullarını “*Futbol maçında kenarda bekleyen yedek oyuncu gibidir: Teknik direktörün direktifi ve hakemin izni olmadan sahaya giremez.*” şeklinde tanımlamıştır.

Yargısal denetime ilişkin olarak öngörülen ilk düzenleme 4077 sayılı TKHK’ye eklenen 6. madde⁵⁵⁵ olup, daha sonra kaynağını Alman hukukundan alan TBK 20-25 maddeleri arasındaki düzenlemeler öngörülmüştür.⁵⁵⁶ TBK 20-25 maddeleri arasındaki düzenlemelerden hareketle yargısal denetimin yürürlük

⁵⁴⁸ Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.49-50.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.47.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.131.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.69.; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2017), age. s.240.

⁵⁴⁹ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.131., dn.660.

⁵⁵⁰ Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.251.

⁵⁵¹ Doğan KARTAL (2008), agt. s.103.

⁵⁵² Şebnem AKİPEK (1999), age.s.233.

⁵⁵³ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.128.

⁵⁵⁴ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2017), age. s.229.

⁵⁵⁵ 06.03.2003 tarih ve 4822 sayılı Kanunla bu madde eklenilmiştir.

⁵⁵⁶ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.134.

denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi olmak üzere üç aşamadan⁵⁵⁷ oluştuğu söylenebilir.⁵⁵⁸ Genel işlem koşullarının yargısal denetimine ilişkin olarak Alman hukukunda da yargısal denetim üç şekilde sağlanmakta olup buna ‘‘üç dereceli kontrol şeması’’ ya da ‘‘üçlü kontrol kategorisi’’ adı verilmektedir.⁵⁵⁹ Yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi ayrıntılı olarak çalışmanın sonraki bölümlerinde ele alınacağından burada kısaca bilgi vermekle yetinilecektir.

2.8.3 Yürürlük Denetimi

2.8.3.1 Genel Olarak

Yargısal denetimin ilk adımı olarak yürürlük denetimi gündeme gelmektedir. Yürürlük denetimi TBK’nin 21/1. maddesinde düzenlenmiş olup söz konusu hükümde:

‘‘Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.’’

denilmektedir. Yürürlük denetimine ilişkin olarak gerek mülga 4077 sayılı TKHK gerekse 6502 sayılı TKHK’de hüküm bulunmamaktadır. 6098 sayılı TBK’nin genel kanun niteliğini haiz olması sebebiyle tarafları tüketiciler ve girişimciler olan sözleşmelerin yürürlük denetimine ilişkin olarak da söz konusu TBK’nin 21. maddesi uygulama alanı bulacaktır.⁵⁶⁰

Müzakere edilmeksizin bir bütün halinde sözleşme içeriğine dahil edilen genel işlem koşullarının bütününe veya bir kısmının sözleşmenin içeriğini bir başka deyişle

⁵⁵⁷ Genel işlem koşullarının yargısal denetiminin, bağlayıcılık ya da geçerlilik denetimi ile içerik denetimi olmak üzere iki aşamadan oluştuğuna ilişkin görüş için bkz. Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.40, 105. Benzer yönde görüş için bkz. Safa REİSOĞLU (2014), age. s.77.; Genel işlem koşullarının yargısal denetiminin, ön kontrol denetimi, kapsam denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi olmak üzere dört aşamadan oluştuğuna ilişkin görüş için bkz. O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.489.; Genel işlem koşullarının yargısal denetimini yaptırımlarına göre, ilişkilendirme denetimi, şartıtcı koşul denetimi, değiştirme yasağı denetimi yoluyla yazılmamış sayma yaptırımı, içerik denetimi yoluyla geçersiz sayma yaptırımı ve yorum denetimi yoluyla düzenleyenin aleyhine yorumlama yaptırımı olmak üzere üç aşamalı olarak sınıflandıran görüş için bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.137.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.72-73.

⁵⁵⁸ Özgür KARADAĞ (2015), age. s.47.; Şüheda DALKA OKUMUŞ (2018), age. s.49.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.237.; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2017), age. s.232.; Cem VEZİROĞLU (2010), agm. s.3078.; Mehmet AKÇAAL (2014), agm. s.55.; Adem YELMEN (2014), age. s.78.; Adem YELMEN (2015), agm. s.381.

⁵⁵⁹ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.134-135.

⁵⁶⁰ Age. s.147.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.49.

sözleşmenin bir unsuru ya da bir hükmü teşkil edip etmediği hususunun tespit edilmesine yürürlük denetimi, bağlayıcılık denetimi ya da kapsam denetimi⁵⁶¹ adı verilmektedir.⁵⁶² Yürürlük denetiminde genel işlem koşullarının sözleşme içeriğini oluşturup oluşturmadığı hususu ile ilgilenilmekte ve olabildiğince genel işlem koşullarının açık ve anlaşılır olmasını sağlamak ve müşterinin veya tüketicinin hukuki neticelerini öngöremediği genel işlem koşullarına karşı korunması amaçlanmaktadır.⁵⁶³

Yürürlük denetimi ile TBK m.21/1 doğrultusunda genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilip edilmediği, edildiğinin tespit edilmesi halinde sözleşmenin karşı tarafına sözleşme yapıldığı esnada düzenleyen tarafından bilgi verilerek içeriğe ilişkin öğrenme imkânı sağlanıp sağlanmadığı, karşı tarafın bunu kabul edip etmediği hususları incelenmekte ve söz konusu unsurların bulunmaması halinde yazılmamış sayılma yaptırımına hükmedilecektir. Bunun sonucu olarak ise söz konusu genel işlem koşulları yürürlük denetiminden geçemeyecek ve içerik denetimine artık lüzum bulunmayacaktır.⁵⁶⁴

Doktrinde bazı yazarlar⁵⁶⁵ yürürlük denetimini ikiye ayırmakta; TBK m.21/1 bağlamında yukarıda bahsetmiş olduğumuz denetime genel kapsam denetimi, TBK m.21/2 bağlamındaki şaşırtıcı kuralların denetime ise özel kapsam denetimi adını vermektedir.

TBK yürürlüğe girmeden önceki döneme bakıldığında doktrinde irade beyanlarının örtüşmesine ilişkin olarak eBK'nin 1. maddesinden hareket edildiği ve güven kuramının kıstas olarak alındığı görülmektedir.⁵⁶⁶ 6098 sayılı TBK'nin yürürlüğe girmesi ile TBK m.21'de aranan koşullar göz önünde bulundurulmakta ve yine bu dönemde de genel işlem koşullarının yürürlük denetimi TBK m.1 ile bağlantılı

⁵⁶¹ Adem YELMEN (2014), age. s.81.; Antalya, ilişkilendirme ve yürürlük denetimini birbirinden ayrı denetimler olarak ele almakta, konuyu kapsam denetimi başlığı altında incelemekte ve kapsam denetimini ilişkilendirme ve yürürlük denetimi olarak ikiye ayırarak incelemektedir. Bkz. O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.489, 494, 495.

⁵⁶² Ramazan AYDIN (2016), agm. s.148.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.105.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.81.; O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.494.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.48.; Safa REİSOĞLU (2014), age. s.77.; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2017), age. s.232.

⁵⁶³ Özgür KARADAĞ (2015), age. s.49.; Neslihan ÖZUYSAL (2011), agt. s.75.; Baki İlkay ENGİN (2010), agm. s.79.

⁵⁶⁴ İsmail ATAMULU (2018), agm. s.110.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.48.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.56.

⁵⁶⁵ O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.494, 503.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.149.

⁵⁶⁶ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.81.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.109.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.147.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.85.

olarak⁵⁶⁷ ele alınmaktadır.⁵⁶⁸ Nitekim sözleşmelerin kurulması TBK m.1'de: “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir.” şeklinde açıklanmıştır.⁵⁶⁹ TBK m.2'de ise: “Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır. İkinci derecedeki noktalarda uyuşulamazsa hâkim, uyuşmazlığı için özelliğine bakarak karara bağlar.” denilmesi karşısında tarafların ikinci derecedeki noktalar üzerinde anlaşmış olması sözleşmenin kurulması açısından gerekmecektir.⁵⁷⁰

2.8.3.2 Yürürlük Denetiminin Unsurları

2.8.3.2.1 Genel İşlem Koşullarının Varlığı Hakkında Karşı Tarafa Bilgi Verme ve Öğrenme İmkânı Sağlama

Genel işlem koşullarının sözleşme hükmü haline gelerek bağlayıcılık kazanabilmeleri için tarafların bu yönde iradelerinin bulunması gerekir. Girişimcinin hukuki işlem iradesinin sonucu olan genel işlem koşulları tek yanlı olarak hazırlanmış olsa da hukuken bağlayıcılık kazanabilmeleri için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunması gerekmektedir.⁵⁷¹

Sözleşme taraflarının genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilerek bağlayıcı olması yönündeki anlaşmalarına “*ilişkilendirme sözleşmesi*” ya da “*yüklenme (kabul ya da üstlenme) sözleşmesi*” adı verilmektedir.⁵⁷² Genel işlem koşullarının bağlayıcılık kazanabilmeleri için ilişkilendirme sözleşmesinin bulunması

⁵⁶⁷ Antalya, kapsam denetiminin diğer denetimlere nazaran daha basit olduğunu ifade etmiştir. Bkz. O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.494.

⁵⁶⁸ Age. s.494.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.147.

⁵⁶⁹ Madde metninin: “Sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamalarıyla kurulur.” şeklinde düzenlenmesinin daha uygun olacağına ilişkin görüş için bkz. Emel BADUR (2012), “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümler Açısından İncelenmesi”, *İçinde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu*, 12-13 Mayıs 2011, Ed. Emel Badur, Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü, Ankara, s.128.

⁵⁷⁰ Antalya, tipik edimleri belirleyen esaslı unsurlar yanında yer alan diğer unsurların genel işlem koşullarının yer aldığı sözleşmeye tipiklik unsurunu verdiğini ve bu unsurların genel işlem koşullarına ilişkin hukuki olguları taşıması halinde söz konusu unsurların kanun tarafından objektifleştirilen subjektif esaslı nokta niteliğinde kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.494. Havutçu, bireysel sözleşmelere nazaran standart sözleşmelerin kuruluşunun farklı şekilde ele alınması gerektiğini ve standart sözleşmelerin içeriğine genel işlem koşullarının alınması halinin daha sıkı şartlara tabi tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.105-106.

⁵⁷¹ Age. s.105.; Cemal OĞUZ (1993), agt. s.44.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.251.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.49.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.58-59.

⁵⁷² Murat AYDOĞDU (2018), age. s.150-151.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.87.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.106.; Neslihan ÖZUYSAL (2011), agt. s.76.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.252.; Fikret EREN (2020), age. s.231.

gerekmektedir.⁵⁷³ Tüketici ilişkilendirme beyanı ile birlikte dolaylı olarak söz konusu koşulların hazırlanması için girişimciye yetki vermekte ve eş zamanlı olarak sözleşmenin bir bölümüne katılmaktan feragat etmektedir.⁵⁷⁴ İlişkilendirme sözleşmesi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları neticesinde meydana gelmektedir.⁵⁷⁵ Bu kapsamda ilişkilendirme sözleşmesinin sözleşme içeriğine genel işlem koşullarının dahil edilmesi ve sözleşme ile ilişkilendirilmiş olan bu koşullardan geçerli olacakların çerçevesini belirlemesi bakımından iki fonksiyona sahiptir.⁵⁷⁶

Genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilebilmesi için düzenleyenin sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafa, söz konusu koşulların varlığı hususunda açıkça bilgi vererek koşulları öğrenme imkânı tanınması ve karşı tarafın bu koşulları kabul etmesi gerekmektedir.⁵⁷⁷ Sözleşme görüşmeleri sırasında işletmecinin önceden tek yanlı olarak belirlenmiş olan genel işlem koşulları bağlamında sözleşme kurmak istediğini sözleşmenin karşı tarafına bildirerek, söz konusu koşulları karşı tarafa sunması halinde güven ilkesi çerçevesinde karşı tarafın kabul beyanının genel işlem koşullarını da içerdiği söylenebilecektir.⁵⁷⁸ Kanunda düzenleyen için öngörülmüş olan bu yükümlülük sözleşme kurulmadan evvel yerine getirilmiş olmalıdır.⁵⁷⁹ Zira sözleşme kurulmadan evvel bahsi geçmeyen genel işlem koşullarının sözleşme kurulduktan sonra söz konusu olması halinde tek yanlı şekilde sözleşmenin sonradan değiştirilmesi söz konusu olabilecektir.⁵⁸⁰

⁵⁷³ Cemal OĞUZ (1993), agt. s.44.; Somut olaydaki koşullar güven prensibi çerçevesinde dürüstlük kuralına göre yorumlandığı takdirde ortalama zeka seviyesine sahip müşteri tarafından girişimcinin genel işlem koşullarını sözleşme içeriğine dahil etmek istediği şeklinde anlaşılabilir ya da anlaşılması gerekiyor ise müşterinin örtülü olarak genel işlem koşullarına ilişkin ilişkilendirmeyi kabul ettiği ve genel işlem koşullarının sözleşme içeriği haline geldiğine ilişkin görüş için bkz. Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.122-123.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.81 vd.; Ramazan AYDIN (2016), agm. s.98.

⁵⁷⁴ Cemal OĞUZ (1993), agt. s.40.

⁵⁷⁵ Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.109.

⁵⁷⁶ Özgür KARADAĞ (2015), age. s.50.

⁵⁷⁷ Erol CANSEL ve Çağlar ÖZEL (2017), age. s.134.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.49.; Aydın ZEVKLİLER, Ayşe HAVUTÇU, Şeref ERTAŞ, Murat AYDOĞDU ve Emre CUMALIOĞLU (2013), age. s.135.

⁵⁷⁸ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.81-86.; Osman AÇIKGÖZ (2017), agm. s.29.

⁵⁷⁹ O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.497.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.116.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.90.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.65.; Sözleşme akdedilmeden önce bilgilendirme formu verilmesi tüketici sözleşmeleri açısından yasal zorunluluk olarak öngörülmüş ve doktrinde bu hususun oldukça yerinde düzenlemeler olduğu belirtilmiştir. Bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.166.; İsviçre hukukunda olduğu gibi hukukumuzda da TBK m.21 metnine sözleşmenin bir nüshasının karşı tarafa verilme zorunluluğunun eklenmesinin daha doğru olacağına ve yine aydınlatma yükümlülüğünün etkin şekilde yerine getirilebilmesi açısından sözleşmenin bir nüshasının karşı tarafa verildiği tarihten en az bir işgünü sonra imzalanması gerektiğine yönelik eleştiri için bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.176., dn.864., 183-184.

⁵⁸⁰ Şüheda DALKA OKUMUŞ (2018), age. s.50.; Atıf yapılmış olmadıkça sözleşme kurulduktan sonra karşı tarafa gönderilen fatura ya da teyit belgeleri sözleşme içeriğini değiştiremeyecektir. Bkz. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2017), age. s.233., Baki İlkay ENGİN (2010), agm. s.80.; Genel işlem

Kanun metninde ilk olarak düzenleyene, genel işlem koşullarının mevcudiyeti hakkında sözleşmenin yapıldığı esnada karşı tarafa açıkça bilgi verme yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu kapsamda genel işlem koşullarını kullanan sözleşme tarafının ilişkilendirmeye ilişkin örtülü şekildeki irade beyanı kabul edilemeyecek ve açıkça bilgilendirmenin gerçekleşmiş olduğu söylenemeyecektir.⁵⁸¹ Ancak açıkça bilgi vermek ile ne ifade edilmek istenildiği kanunda açıklanmamıştır. Burada durumun koşullarına göre değerlendirme yapılacak olmakla birlikte bilgi vermenin tereddüde yer kalmayacak şekilde yapılmış olması gerekmektedir.⁵⁸² Örneğin, sözleşmenin akdedilmesi esnasında genel işlem koşullarına atıfta bulunulması halinde kanun metninde açıkça bilgi verilmesi öngörülmüş olduğundan yeterli kabul edilemeyecektir.⁵⁸³ Yine daha evvel sözleşmenin karşı tarafının akdetmiş olduğu aynı tür sözleşmelerde genel işlem koşullarının mevcudiyetinden haberdar olması halinde kanun metninde açıkça bilgi verilmesi öngörülmüş olduğundan yeterli kabul edilemeyecektir.⁵⁸⁴ Genel işlem koşullarına atıfta bulunulması ve atfın makul bir

koşullarının sözleşmenin karşı tarafını bilgilendirmek amacıyla sözleşme imzalandıktan sonra sunulmuş olması halinde söz konusu koşulların o sözleşme bakımından hiçbir hükmü bulunmayacaktır. Bkz. Adem YELMEN (2014), age. s.83.; Genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilmesine ilişkin olarak girişimciye verilmiş olan yetki, sözleşmenin yapıldığı esnada ilişkilendirme anlaşmasıyla kullanılmış olmakta ve genel işlem koşullarında değişiklik yapılması halinde sözleşmenin karşı tarafı açıkça yeni koşulların sözleşmeye dahil edilmesini istediğini bildirmediği yapılan değişikliklerin sözleşmeye hiçbir etkisi olmamaktadır. Bkz. Cemal OĞUZ (1993), agt. s.67. Aynı yönde görüş için bkz. Yeşim ATAMER (2001b), age. s.91.

⁵⁸¹ Karşı tarafın örtülü kabulü sonucunun doğabilmesi için ayrıca uyarma koşulunun aranması gerektiğine ilişkin görüşler için bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.164.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.119-120.

⁵⁸² Şüheda DALKA OKUMUŞ (2018), age. s.50.; Neslihan ÖZUYSAL (2011), agt. s.77.; Aydın ZEVLİLİLER, Ayşe HAVUTÇU, Şeref ERTAŞ, Murat AYDOĞDU ve Emre CUMALIOĞLU (2013), age. s.136.

⁵⁸³ O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.496.; Nihat YAVUZ (2012), age. s.54.; Genel işlem koşullarının, sözleşmenin ön sayfasında bilgi verilmeksizin sözleşmenin arka sayfasına basılması ve arka sayfada yer alan basımın fark edilmeme imkânı olmaması halinde ilişkilendirmenin gerçekleşmiş sayılacağına ilişkin karşı yöndeki görüş için bkz. Cemal OĞUZ (1993), agt. s.63.; Metnin kaleme alınış tarzının açık ve anlaşılır olması halinde atfın geçerli olacağına ilişkin görüş için bkz. Baki İlkay ENGİN (2010), agm. s.80.

⁵⁸⁴ O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.496.; Sürekli borç ilişkisi meydana getiren sözleşmelerde tarafların başlangıçta yapacakları çerçeve sözleşme ile gelecekte aralarında meydana gelecek olan hukuki işlemlere yönelik genel işlem koşullarının kullanımı kararlaştırabilecekleri, bu durumlarda gelecekte tekrar tekrar genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilmesine yönelik olarak irade beyanında bulunmalarına gerek olmadığına ilişkin görüş için bkz. Yeşim ATAMER (2001b), age. s.95-96. Benzer yönde görüş için bkz. Manfred REHBİNDER (1976), agm. s.648.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.111.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.175-176.; Sürekli borç ilişkisi meydana getiren sözleşmelerde tarafların başlangıçta yapacakları çerçeve sözleşme ile gelecekte aralarında meydana gelecek olan hukuki işlemlere yönelik genel işlem koşullarının kullanımı kararlaştırabilecekleri, ancak tarafların çerçeve sözleşme ile yalnızca sözleşme beyanlarını kısmen önceden yapmış olduklarını ve tarafların dilerlerse münferit sözleşmeyi çerçeve sözleşme altına sokmak istemeyebileceklerine ilişkin görüş için bkz. Cemal OĞUZ (1993), agt. s.46-47.

kişinin dikkatini çekecek biçimde olması halinde de ayrıca karşı tarafa bilgi verilip, söz konusu koşullar hakkında uyarılmadıkça yeterli kabul edilemeyecektir.⁵⁸⁵

Açıkça bilgi vermek ile ne ifade edilmek istenildiği kanunda belirtilmediğinden somut olayın özelliklerine göre duyuru, teslim, açıkça genel işlem koşullarına atıf yapılması gibi çeşitli şekillerde söz konusu olabilecektir.⁵⁸⁶ Genel işlem koşullarını barındıran sözleşme örneğinin sözleşmenin karşı tarafa verilmesi ile şaşırtıcı kayıtlar ayrı tutulmak üzere düzenleyen için öngörülen sözleşmenin yapıldığı esnada karşı tarafa açıkça bilgi verme yükümlülüğü kendiliğinden yerine getirilmiş olarak kabul edilmekte ve ayrıca uyarı yapılması aranmamaktadır.⁵⁸⁷

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi, 07.03.2018 tarihli bir kararında; davacının yurtdışında kullanımına uygun olan sadece internet ve sms kullanımını kapsayan abonelik sözleşmesi imzaladığı, yurtdışındayken paketin bitmesi üzerine diğer hattından müşteri hizmetlerini arayarak yurtdışında kullanabileceği internet paketinin hattına tanımlanmasını istediği, davalı kurumun ise paketin bitmesi sebebiyle borcundan dolayı hattın kapandığını belirtmesi ve yüklü miktarda fatura çıkarmasına dayalı açmış olduğu menfi tespit davasına ilişkin olarak davalının aboneye göndermiş olduğu “*aylık paketiniz yinelenmiş olup, 31.08.2015 tarihine kadar kullanabilirsiniz*”, “*görüşme limitiniz dolmuştur, ara ödeme tutarınız TL'dir*” şeklindeki mesajları kota aşımına ilişkin bilgilendirmenin yer almaması sebebiyle ilk derece mahkemesince verilen kısmen kabul kararının yerinde olduğuna hükmetmiştir.⁵⁸⁸

Açıkça bilgi vermenin duyuru yolu ile yapılmasına engel teşkil eden bir düzenleme bulunmadığından genel işlem koşullarının mevcudiyeti hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verilmesi duyuru vasıtasıyla da gerçekleştirilebilecektir.⁵⁸⁹ Ancak

⁵⁸⁵ O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.497.

⁵⁸⁶ Özgür KARADAĞ (2015), age. s.50.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.110.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.86 vd.; Cemal OĞUZ (1993), agt. s.46.; Adem YELMEN (2014), age. s.83.

⁵⁸⁷ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.165-166.; Genel işlem koşullarının mevcudiyeti hakkında sözleşmenin yapıldığı esnada karşı tarafa açıkça bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin olarak en garanti yöntem sözleşmenin müşteriye teslimidir. Bkz. Neslihan ÖZUYSAL (2011), agt. s.78.

⁵⁸⁸ Bkz. İstanbul BAM 3. HD, E. 2017/1605, K. 2018/272, T.07.03.2018, E.T. 17.05.2021, <https://intranet.uyap.gov.tr>.

⁵⁸⁹ Ömer ÇINAR (2009), agt. s.62.; Antalya, alışveriş merkezlerinin otoparklarında değerli eşyaların kaybolması halinde alışveriş merkezi yönetiminin sorumlu olmayacağı örneğinde olduğu gibi bazı hallerde düzenleyenin sözleşmenin karşı tarafını genel işlem koşullarının mevcudiyeti hakkında tek tek bilgilendirmesinin mümkün olmadığını belirterek anlaşılabilir, dikkat çeken ve rahatlıkla okunabilir olmak şartıyla duyuru yapılarak bilgi verilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.496-497. Benzer yönde görüşler için bkz. Pakize Ezgi AKBULUT (2016), age. s.369-370.; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2017), age. s.235.; Esra KAŞAK (2012), “Sözleşmenin

genel işlem koşullarının mevcudiyetine ilişkin olarak sözleşmenin yapıldığı esnada karşı tarafa açıkça bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmiş ve sözleşme içeriğine genel işlem koşullarının dahil edilmiş sayılabilmesi için duyurunun kolayca görülebilecek biçimde yapılması gerekmektedir.⁵⁹⁰ Duyurunun kolayca görülebilecek biçimde yapılmaması halinde sözleşmenin karşı tarafının genel işlem koşullarını sözleşmeye dahil etmek istemediğinin kabul edilmesi gerekmektedir.⁵⁹¹ Bu kapsamda, kasa arkasında kolayca görülebilecek mağaza duyuruları ilişkilendirme denetimi bakımından aranılan unsurları karşılamaya yeterli değildir.⁵⁹² Duyurunun sokakta, gazetede ya da dergide yapılmış olması halinde de ilişkilendirme denetimi bakımından aranılan unsur gerçekleşmiş sayılamayacaktır.⁵⁹³ Otelciler ya da hancılar açısından ise ‘*Sorumluluğun Kalkması*’ başlıklı TBK’nin 578/2 maddesinin: ‘*İşleten böyle bir sorumluluk üstlenmediğini veya sorumluluğu bu Kanunda gösterilmemiş olan bir koşula bağladığını, herhangi bir yolla ilan etse bile, sorumluluktan kurtulamaz.*’ şeklinde hüküm içermesi bakımından tek taraflı ilanlar geçersiz olacaktır.⁵⁹⁴ Yine içerikte hiçbir hususa yer verilmeksizin yalnızca matbu şekilde ‘*Bu işyerinde GİK geçerlidir*’ ibaresine yer verilmesi halinde ilan geçersiz kabul edilecektir.⁵⁹⁵

Alman hukukunda duyuru vasıtasıyla bilgi verilmesi sınırlı ve istisnai şekilde mümkün olmakta ve duyuruların makul üçüncü kişilerce fark edilebilecek biçimde yapılması aranmaktadır.⁵⁹⁶

Girişimcinin genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilmesine ilişkin iradesini mutlak surette yazılı metin yoluyla yapması gerekmemektedir. Ancak girişimci, telefonla ya da sözlü şekilde yapılan sözleşmelerde olduğu gibi yazılı metin kullanmaması halinde kanunda öngörülen yükümlülüğü yerine getirmiş olduğunu

Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları’, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, S.2, s.419.

⁵⁹⁰ Ramazan AYDIN (2016), agm. s.97.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.89.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.124.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.64.; Aydoğdu bu hususu açık bilgilendirme değil bireysel bilgilendirme yapılması gerekliliği şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.170, 171, 172, 175.

⁵⁹¹ Ömer ÇINAR (2009), agt. s.64.

⁵⁹² O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.497.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.89.; Yalnızca kimsenin göremeyeceği ya da okunamayacak biçimde asılan tabelalar yoluyla genel işlem koşullarının duyurulması halinde açıkça bilgi verme koşulunun oluşmayacağı yönündeki görüş için bkz. Şüheda DALKA OKUMUŞ (2018), age. s.50-51. Aynı yönde Ömer ÇINAR (2009), agt. s.64-65.

⁵⁹³ Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.123.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.89.

⁵⁹⁴ Diğer sözleşme türleri bakımından da bu hükmün kıyasen uygulanabileceğine ilişkin görüş için bkz. Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.125.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.186.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.99.

⁵⁹⁵ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.175., dn.855.

⁵⁹⁶ O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.123, s.497.

ispat etmeye çalışırken zorlanacaktır.⁵⁹⁷ Nitekim genel işlem koşullarının mevcudiyetine ilişkin olarak sözleşmenin yapıldığı esnada karşı tarafa açıkça bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmesi halinde bu hususun ispat yükü genel işlem koşullarını kullanan tarafa ait olacaktır.⁵⁹⁸

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 16/12/2019 tarihli kararında bu hususa yer vermiş ve sözleşme metni dışındaki unsurlar ile ispat yükünün yerine getirilebileceğini belirtmiştir.⁵⁹⁹

TBK m.21/1 hükmünde düzenleyen için öngörülen sözleşmenin yapıldığı esnada karşı tarafa açıkça bilgi verme yükümlülüğü ile TBK m.20/3 hükmünde bahsi geçen genel işlem koşullarının tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar farklı hususlara işaret etmektedir.⁶⁰⁰ TBK m.21/1 hükmünde düzenleyen için öngörülen sözleşmenin yapıldığı esnada karşı tarafa açıkça bilgi verme yükümlülüğü ile sözleşme hükümleri bireysel anlaşma haline gelmemekte ve genel işlem koşulu niteliğini koruyarak genel işlem koşullarına ilişkin denetimlere tabi tutulmaktadır.⁶⁰¹ Oysa TBK m.20/3 hükmünde bahsi geçen genel işlem koşullarının tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar bireysel anlaşma niteliği kazanmakta ve bireysel anlaşmaların genel işlem koşullarına ilişkin denetimlere tabi tutulma imkanı bulunmamaktadır.⁶⁰²

TBK m.21/1 hükmünde ‘...*karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları...*’ ifadesine yer verilmesi doktrinde haklı olarak eleştirilere neden olmuştur. Şöyle ki, genel işlem koşullarının yargısal denetiminde ilk adım olarak yürürlük denetimi, ikinci adım olarak yorum denetimi, üçüncü ve son adım olarak ise içerik denetimi yapılmaktadır. İlk adım olarak yürürlük denetiminde genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilip edilmediği hususu ile ilgilenilmektedir. Söz konusu koşulların karşı tarafın menfaatine aykırılık teşkil edip etmediği hususu ise, yürürlük denetiminin konusu olmayıp üçüncü ve son adım olan içerik denetiminde gözetilecek bir husus olduğundan bahse konu madde metninde yer alan ifade ile yürürlük denetimi

⁵⁹⁷ Ömer ÇINAR (2009), agt. s.62.; Adem YELMEN (2014), age. s.84.

⁵⁹⁸ M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.173.; Yeşim Müride ATAMER (2012), agm. s.24.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.131-132.; Orhan Ersun CİVAN (2015), age. s.180-181.; Sözleşmenin karşı tarafının bilgilendirilmesi irade beyanı olmayıp tasavvur açıklaması olduğundan düzenleyen bu hususu her türlü delille ispat edebilir. Bkz. Ahmet M. KILIÇOĞLU (2018a), age. s.176.

⁵⁹⁹ ‘...*Ayrıca bir sözleşme düzenlemesi genel işlem koşulu olarak nitelendikten sonra, kapsam denetimi yönünden, müzakere yapıldığını ispat yükü genel işlem koşuluna dayanan tarafa geçer. Bu ispat yükü ancak sözleşme metni dışındaki unsurlarla yerine getirilebilir.*’ Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2018/4910, K. 2019/8174, T.16.12.2019, E.T. 02.02.2021, <https://intranet.uyap.gov.tr>.

⁶⁰⁰ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.167.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.92.

⁶⁰¹ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.167.

⁶⁰² İsmail ATAMULU (2018), agm. s.110.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.167.

ile içerik denetiminin iç içe geçirilerek birbiriyle karıştırılmış olması doktrinde eleştirilere sebebiyet vermiştir.⁶⁰³ Kanaatimizce doktrinde yer alan eleştiriler haklı olup kanun metninde yer alan söz konusu ifadenin çıkarılması yerinde olacaktır.

TBK m.21/1 hükmü ile düzenleyene yüklenen bir diğer yükümlülük ise, genel işlem koşullarının içeriğine ilişkin olarak sözleşmenin karşı tarafına öğrenme imkânı tanımaktır.⁶⁰⁴ Kanunda düzenleyene yüklenen bu yükümlülük ile mutlak şekilde sözleşmenin karşı tarafının sözleşme şartlarını okumasını ya da içeriğini öğrenmesini sağlamak öngörülmemiş yalnızca öğrenme imkânı sağlanması yeterli bulunmuştur.⁶⁰⁵ Bunun sebebi doktrinde genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek biçimde düzenlenmesi halinde söz konusu koşulların zaten içerik denetimine takılacak oluşu şeklinde açıklanmaktadır.⁶⁰⁶

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi konuyla ilgili olarak 10.01.2019 tarihli bir kararında; taraflar arasında sonuca etkili biçimde müzakere edilme ve düzenleyenin genel işlem koşullarına ilişkin olarak yapacağı bilgilendirmenin açık olması gerekliliğinden söz etmiştir.⁶⁰⁷ Yargıtay'ın benzer yönde vermiş olduğu kararlar doktrinde, etkili biçimde müzakerenin mevcudiyeti halinde bireysel anlaşmanın

⁶⁰³ Yeşim Müride ATAMER (2012), agm. s.27-28.; Adem YELMEN (2014), age. s.81-82.; Rona SEROZAN (2011), "Yeni Borçlar Kanunu'nda Hukuki İşlemin (Özellikle Sözleşmenin) Oluşmasıyla İlgili Kurallardaki Yenilikler", *İçinde, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan*, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.668.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.157-158.; Orhan Ersun CİVAN (2018), age. s.167-168.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.89-90.; Pakize Ezgi AKBULUT (2016), age. s.371.

⁶⁰⁴ Madde metninin: " *Genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilebilmesi, genel işlem koşullarını kullananın, sözleşmenin karşı tarafına, açıkça uyarı yapmasına ve kendisinden beklenildiği ölçüde bunların içeriği hakkında bilgilendirme olanağını kullanmış olmasına; diğer tarafında bu koşulları içeren sözleşmenin uygulanmasını kabul etmiş bulunmasına bağlıdır.*" şeklinde düzenlenmesinin daha uygun olacağına ilişkin eleştiri için bkz. Mehmet DEMİR (2008), agm. s.226.

⁶⁰⁵ Esra KAŞAK (2012), agm. s.418.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.67.; Neslihan ÖZUYSAL (2011), agt. s.79.; Yürürlük denetimi kapsamında "sonuca etkili müzakere" ya da "içeriğe etki etme" imkânı sağlanması aranmamaktadır. Bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.167.; Karşı tarafın okuyup anlayabileceği biçimde olması kaydıyla hakimiyet alanına girmenin yeterli sayılacağına ilişkin görüş için bkz. Adem YELMEN (2014), age. s.86.

⁶⁰⁶ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.86 vd.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.167.

⁶⁰⁷ "... *Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinde ise, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlı olduğu, aksi takdirde, genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağı, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarının da yazılmamış sayılacağı düzenlenmiştir. Genel işlem koşulu olduğu tespit edilen sözleşme hükümlerinin, sözleşmenin kapsamında kalması için, bu hükümlerin, taraflar arasında sonuca etkili şekilde müzakere edilmiş ve düzenleyenin genel işlem koşulu hakkında yaptığı bilgilendirmenin açık olması gerekir. Aksi takdirde, genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağı tartışmasızdır...*" Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2017/1380, K. 2019/239, T.10.01.2019, E.T. 27.01.2021, <https://intranet.uyap.gov.tr>.

gündeme gelerek genel işlem koşullarına ilişkin kanunda öngörülen denetimlere tabi olamayacağı sebebiyle eleştirilmiştir.⁶⁰⁸

Düzenleyen tarafından içeriği öğrenme imkânı sağlanması yükümlülüğünün ne şekilde yerine getirileceğine ilişkin kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır.⁶⁰⁹ Sözleşmenin karşı tarafına sözleşme akdedilmeden evvel bağlayıcılık arz etmeyen el ilanı, katalog, tavsiye mektubu, broşür gibi metinlerin gönderilmesi halinde öğrenme imkânı sağlama yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılıp sayılmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş⁶¹⁰, ileride akdedilecek olan sözleşmeler açısından, söz konusu metinlerin kural olarak tek başına genel işlem koşulu olarak nitelendirilemeyeceğini ve öğrenme imkânı sağlama yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılmayacağını ifade etmektedir. Diğer bir görüş⁶¹¹ ise, ileride akdedilecek olan sözleşmeler açısından, söz konusu metinlerin genel işlem koşulu olarak nitelendirileceği açık şekilde belirtilerek sözleşmenin karşı tarafı uyarılmış, sözleşmenin karşı tarafı da söz konusu metinlerin elinde olması sebebiyle sözleşmeyi imzalamış ise söz konusu metinlerin genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesi ve öğrenme imkânı sağlama yükümlülüğünün yerine getirilmiş olarak sayılması gerektiğini ifade etmektedir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, kredi sözleşmesi imzalanmadan evvel imzalatılmış olan ön bilgi formu ya da bilgilendirme formlarının varlığı halinde aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği hususunun değerlendirilmeksizin yerel mahkemece hüküm kurulan kararı eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme kabul ederek bozmuştur.⁶¹²

⁶⁰⁸ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.167-168, 188-189.

⁶⁰⁹ Kanunda içeriği öğrenme imkanının sağlanmasına ilişkin bir sınır olmaması sebebiyle her çeşit yöntem ile bu yükümlülüğünün yerine getirilmiş olduğu hususunun ispatlanabileceğine ilişkin görüş için bkz. Şüheda DALKA OKUMUŞ (2018), age. s.51.

⁶¹⁰ Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.123 vd.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.86 vd.

⁶¹¹ Sözleşme akdedilirken spontane şekilde genel işlem koşullarına değinilmesi yerine önceden genel işlem koşullarının açıkça bilgi verilerek müşteriye gönderilmesi ve müşterinin sözleşmeyi kabul etmesi halinde sözleşme akdedilmeden önce verilen bilgilerin de genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.168-169.

⁶¹² "... TBK'nin 20-25. maddelerinde de genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiş olup sözleşmelerde; taraflardan birinin üstün veya avantajlı konumunu kullanarak, karşı tarafa dayattığı, karşı taraf aleyhine düzenlemeler içeren ve iyi niyet kurullarına aykırı olan bölümlerin genel işlem koşulu olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Yine kredi sözleşmesinin akdedilmesinden önce imzalatılan ön bilgi formu, bilgilendirme formlarının varlığının aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği denetlenerek, yerine getirilmiş ise kapsam denetiminin sonucu olarak yazılmamış sayılmayı ortadan kaldırıp kaldıramayacağı tartışılarak sonucuna göre yazılmamış sayılması durumunda, boşluk olduğunun kabulü ile içerik denetimi yapılarak taraflar arasında akdedilen kredi sözleşmesinde davalı banka tarafından kullanılan kredi dolayısıyla komisyon, masraf, erken kapama ücreti vb. adlarla masraf alınabileceğine dair hüküm olmakla birlikte, miktar ya da oran belirtilmediğinden, davalı banka ile diğer bankaların uygulaması araştırılarak bu

Yine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 04/10/2016 tarihli bir kararında, karşı tarafa sözleşmenin imzalanma tarihinden önce genel işlem koşulu içeren sözleşmenin verilmesi ve sözleşmenin karşı tarafının imzalı beyanının bulunması olayına ilişkin olarak yeterli bilgilendirmenin yapıldığı ve öğrenme imkânı sağlandığının anlaşıldığı belirtilmiştir.⁶¹³

TBK m.21/1 hükmüne ilişkin olarak Kuntalp, genel işlem koşulları uygulamasının sağlamış olduğu faydalardan olan ‘‘zamandan tasarruf’’ niteliğinin zedeleneyeceğini belirterek söz konusu madde ile öngörülen düzenlemeyi eleştirmiştir.⁶¹⁴

tür işlemlere kredi grupları bakımından uygulanan komisyon, masraf, erken kapama ücreti vb. ad altında kesilen masraf miktar ya da oranları sorulup karşılaştırılarak, davacıdan talep edilebilecek ortalama miktar konusunda bilirkişi heyetinden ek rapor veya yeni bir heyetten rapor alınarak, alınan masraflar konusunda 5411 Bankacılık Kanunu 144. maddesinin vermiş olduğu yetkiye istinaden, Bakanlar Kurulunun 16.10.2006 tarih ve 2006/11188 sayılı kararına istinaden Merkez Bankasının çıkarmış olduğu 09.12.2006 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 2006/1 sayılı tebliğin 4. maddesi hükmü de dikkate alınmak suretiyle davalı banka tarafından yapılan kesinti miktarının uygun olup olmadığı veya ne miktarda olduğu, dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı davacıya iadesi gereken miktar bulunup bulunmadığı değerlendirilerek sonucuna göre bir karar vermek gerekirken, eksik inceleme ve yanılığılı değerlendirmeye dayalı, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.’’ Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2016/11653, K. 2018/4811, T.26.06.2018, E.T. 27.01.2021, <https://intranet.uyap.gov.tr>.

⁶¹³ ‘‘...TBK'nın 20-25. maddelerinde de genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiş olup sözleşmelerde; taraflardan birinin üstün veya avantajlı konumunu kullanarak, karşı tarafa dayattığı, karşı taraf aleyhine düzenlemeler içeren ve iyi niyet kurullarına aykırı olan bölümlerin genel işlem koşulu olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiş ve her ne kadar mahkemece davacının ‘‘08/11/2013 tarihinde aldığım sözleşmeyi okudum, anlamadığım hükümler hakkında İ.Ç ile görüşerek bilgi sahibi oldum ve mutabık kaldım. Sözleşmeyi imzalamak istiyorum’’ şeklindeki beyanının sözleşmeyi genel işlem koşulu olmaktan çıkarmadığı kabul edilmiş ise de, kredinin ticari kredi olup, sözleşme tarihinin 12/11/2013 olduğu, sözleşmenin imza tarihinden önce 08/11/2013 tarihinde davacıya verildiği, davacının yukarıda belirtilen imzalı beyanı ile sözleşmenin ayrıntılı olarak incelendiği, banka tarafından yeterli bilgilendirmenin yapıldığı, sözleşmenin içeriğinin öğrenilmesi için zaman ve imkan sağlandığı ve daha sonra 12/11/2013 tarihinde kredi sözleşmesinin imzalandığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, davalı banka tarafından ibraz edilen işbu belgeler gözetilerek öncelikle kapsam denetimi yapılarak belirtilen hususların yazılmamış sayılması durumunda, boşluk olduğunun kabulü, yazılmamış sayılması müeyyidesi ile karşılaşmayacağına kabulü durumunda içerik denetimi yapılarak taraflar arasında akdedilen kredi sözleşmesinde davalı banka tarafından kullanılan kredi dolayısıyla komisyon, masraf, erken kapama ücreti vb. adlarla masraf alınabileceğine dair hüküm olmakla birlikte, miktar ya da oran belirtilmediğinden, davalı banka ile diğer bankaların uygulamasına göre, bu tür işlemlere kredi grupları bakımından uygulanan komisyon, masraf, erken kapama ücreti vb. ad altında kesilen masraf miktar ya da oranları sorulup karşılaştırılarak, davalı banka tarafından yapılan kesinti miktarının uygun olup olmadığı veya ne miktarda olduğu, dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı davacıya iadesi gereken miktar bulunup bulunmadığı değerlendirilerek sonucuna göre bir karar vermek gerekirken, eksik inceleme ve yanılığılı değerlendirmeye dayalı, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.’’ Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2016/7538, K. 2016/7764, T.04.10.2016, E.T. 02.02.2021, <https://intranet.uyap.gov.tr>.

⁶¹⁴ Erden KUNTALP (2012), ‘‘Bankalar ve Genel İşlem Koşulları’’, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar, 8 Nisan 2011*, BATİDER, Ankara, s.95. Söz konusu eleştiriye katılmayan görüş için bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.172.

2.8.3.2.2 Sözleşmenin Karşı Tarafının Kabul Beyanı

Genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilebilmesi için düzenleyenin genel işlem koşullarının mevcudiyeti hakkında karşı tarafa açıkça bilgi vererek öğrenme imkânı sağladıktan sonra bir diğer unsur olarak karşı tarafın söz konusu koşulları kabul etmesi gerekmektedir. Karşı tarafın kabul beyanı sonucu genel işlem koşulları sözleşme içeriğine dahil edilmekte ve yürürlük kazanmaktadır.⁶¹⁵

Sözleşmenin karşı tarafının kabul beyanı tam kabul şeklinde olabileceği gibi global kabul ya da örtülü kabul şeklinde de olabilmektedir.

2.8.3.2.2.1 Tam Kabul

Sözleşme içeriğine dahil edilmek istenen genel işlem koşullarının, sözleşmenin karşı tarafınca tam anlamıyla okunup söz konusu koşulların anlam, içerik ve önemi konusunda tam bilgi sahibi olduktan sonra kabul edilmesi halinde ortaya konulan kabul beyanına “*tam kabul*” adı verilmektedir.⁶¹⁶ Tam kabul beyanı açık⁶¹⁷ ya da örtülü şekilde gerçekleştirilebilir.⁶¹⁸ Düzenleyenin genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilmesine ilişkin isteğini açıkça bildirmesi ve sözleşmenin diğer tarafça imzalanması halinde açık kabul söz konusu olacaktır.⁶¹⁹ Ancak burada tam kabul beyanının açıklanma şeklinin bir önemi bulunmamaktadır.⁶²⁰ Tam kabul beyanının asli edimlere ilişkin olması gerekmekte olup günümüzde çoğunluğun global kabule yönelmesi sebebiyle tam kabule neredeyse hiç rastlanılmamaktadır.⁶²¹ Tam kabulün varlığı halinde sözleşme içeriği haline gelen genel işlem koşulları yine denetime tabi tutulacak olup genel işlem koşullarının okunup anlaşılması müzakere

⁶¹⁵ Aydın ZEVLİLİLER, Ayşe HAVUTÇU, Şeref ERTAŞ, Murat AYDOĞDU ve Emre CUMALIOĞLU (2013), age. s.139.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.66-67.; Adem YELMEN (2014), age. s.82-83.

⁶¹⁶ O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.499.; Esra KAŞAK (2012), agm. s.417.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.174.; Orhan Ersun CİVAN (2015), age. s.176.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.111.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.51.; Neslihan ÖZUYSAL (2011), agt. s.79.; Tam kabulü özel bilinçli kabul olarak adlandıran görüş için bkz. Ömer ÇINAR (2009), agt. s.69.

⁶¹⁷ Açık kabul beyanı yazılı ya da sözlü biçimde yapılabilmektedir. Bkz. Orhan Ersun CİVAN (2015), age. s.177.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.71. Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.109.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.173.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.99.

⁶¹⁸ O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.499.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.173.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.111-112.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.92.

⁶¹⁹ Özgür KARADAĞ (2015), age. s.51.

⁶²⁰ O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.499.

⁶²¹ Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.268.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.174.

yapılmış olduğu şeklinde yorumlanarak bireysel anlaşmanın mevcut olduğu sonucuna ulaşamayacaktır.⁶²²

2.8.3.2.2.2 Global Kabul

Tam kabul beyanın zıttı olarak sözleşmenin karşı tarafının genel işlem koşullarını okuyup anlamadan kabul etmesi haline “*global kabul*” adı verilmektedir.⁶²³ Global kabul beyanında, düzenleyen genel işlem koşullarının mevcudiyeti hakkında sözleşmenin yapıldığı esnada karşı tarafa açıkça bilgi verme ve öğrenme imkânı sağlama yükümlülüğünü yerine getirmekte ancak sözleşmenin karşı tarafı söz konusu koşulları okuyup anlamadan sözleşmeyi imzalama yolunu tercih etmektedir.⁶²⁴

Taraflar arasında imzalanmış olan sözleşme metninin ön ya da arka sayfasında yer alan veya bağımsız ve ayrı bir kâğıtta yer alan genel işlem koşullarının sözleşmenin kurulması sırasında karşı tarafa verilmesi halinde global kabulün varlığı söz konusu olacaktır.⁶²⁵ Bu kapsamda karşı tarafa bilet, makbuz, teyit mektubu vb. belgeler verilerek verilen bu belgelerde yer alan genel işlem koşullarının sözleşme kurulduktan sonra sözleşme içeriğinin değiştirilme imkânı bulunmamaktadır.⁶²⁶ Ancak güven kuralı bağlamında yorum yapılarak teyit mektubuna itiraz olmaması hali içeriğin kabul edilmesi faraziyesi ile ilişkilendirme anlaşması gündeme gelebilecektir.⁶²⁷

Genel işlem koşullarının global kabul neticesinde ilişkilendirilmiş kabul edilebilmesi için İsviçre hukukunda olduğu gibi sade bir dille, büyük⁶²⁸ ve silik olmayan ve karşı tarafça anlaşılabilir bir dille yazılmış olması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir.⁶²⁹

⁶²² Orhan Ersun CİVAN (2015), age. s.176-177.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.111-112.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.174.; Neslihan ÖZUYSAL (2011), agt. s.79.

⁶²³ Adem YELMEN (2014), age. s.90.; Şebnem AKİPEK (1999), age.s.228.; Neslihan ÖZUYSAL (2011), agt. s.80.; O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.501.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.112.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.24.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.102.; Global kabulü genel bilinçli kabul olarak adlandıran görüş için bkz. Ömer ÇINAR (2009), agt. s.67-68.

⁶²⁴ Baki İlkey ENGİN (2010), agm. s.80.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.112.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.102.; Tüketicinin genel işlem koşullarını anlayabilecek hukuki bilgiden yoksun olması ya da okumaktan kaçınması zorunluluk arz etmemektedir. Ömer ÇINAR (2009), agt. s.68.

⁶²⁵ Mehmet DEMİR (2008), agm. s.220.; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2017), age. s.236.

⁶²⁶ Mehmet DEMİR (2008), agm. s.220.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.184.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.126.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.98.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.73.

⁶²⁷ Cemal OĞUZ (1993), agt. s.71-72.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.92.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.185.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.98.

⁶²⁸ Aydoğdu, olması gereken hukuk bakımından TBK ile TKHK arasında paralellik sağlamak amacıyla TBK’da 12 punto ya da en az 10 ya da 11 punto şeklinde şekil şartı öngörülmesinin faydalı olabileceğini belirtmektedir. Bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.179-180., dn.876.

⁶²⁹ Age. s.180.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.96.; O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.498.

Kural olarak global kabul beyanının mevcudiyeti halinde kanun tarafından aranılan bilinçli işlem iradesi mevcut değildir.⁶³⁰ Somut olayın koşullarına göre sözleşmenin karşı tarafında bu iradenin mevcut olup olmadığı hususu ise güven teorisi çerçevesinde belirlenmelidir.⁶³¹ Global kabul beyanı, okunulmaksızın imzalanan belgelerin geçerli olacağı ilkesi sonucu şaşırtıcı şartlar hariç olmak üzere geçerli olacaktır.⁶³²

Global kabul haksız şart denetimi yapılmasına engel teşkil etmediğinden yeterli kabul edilebilecektir.⁶³³

2.8.3.2.2.3 Örtülü Kabul

Örtülü kabul TBK'nin 6. maddesinde: ‘‘Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır.’’ şeklinde düzenlenmiştir. Sözleşmenin karşı tarafının irade beyanını açık biçimde ortaya koymak yerine çeşitli davranışlar sergileyerek göstermesi halinde örtülü kabul beyanı gündeme gelecektir.⁶³⁴

Doktrinde bir görüş⁶³⁵, sözleşmenin kurulması sırasında düzenleyenin genel işlem koşullarının mevcudiyeti hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verme ve öğrenme imkânı sağlama yükümlülüğünü yerine getirmesi ve dürüstlük kuralı doğrultusunda yapılacak yorumla örtülü kabulün varlığı halinde susma hariç olmak üzere sözleşmenin kurulabileceğini belirtmektedir. Doktrinde diğer bir görüş⁶³⁶ ise, kanunda geçerlilik şartı olarak şekil şartı öngörülmemiş olması kaydıyla istisnaen örtülü kabulün susma şeklinde de olabileceğini belirtmektedir. Ancak düzenleyenin belirlemiş olduğu süre içerisinde icabın reddedilmemesi haline ilişkin olarak kabul edilmiş olacağı yönünde genel işlem koşulu eklemesi ve gerçekten de sözleşmenin karşı tarafının belirlenen süre içerisinde icabı reddetmemesi durumunda düzenleyen tarafından öngörülen bu koşulların sözleşme içeriğine dahil edildiği

⁶³⁰ Age. s.501.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.269.; Aksi yönde görüşler için bkz. Nihat YAVUZ (2012), age. s.58.; Adem YELMEN (2014), age. s.91.

⁶³¹ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.102.; O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.501.; Neslihan ÖZUYSAL (2011), agt. s.80.

⁶³² Baki İlkay ENGİN (2010), agm. s.80-81.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.114, 135, 136.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.109.

⁶³³ Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.112, 133.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.177.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.94-95.

⁶³⁴ Özgür KARADAĞ (2015), age. s.53.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.71.

⁶³⁵ O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.500.

⁶³⁶ Özgür KARADAĞ (2015), age. s.53-54.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.72.; Adem YELMEN (2014), age. s.89-90.; Güven kuramı çerçevesinde istisnai olarak susmanın örtülü kabul sayılacağına ilişkin görüş için bkz. Yeşim ATAMER (2001b), age. s.100.

söylenemeyecektir.⁶³⁷ Örtülü kabulün mevcudiyeti hakkında arada kalınması halinde örtülü kabulün olmadığı kabul edilmelidir.⁶³⁸

2.8.3.3 Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları

Güven teorisi bağlamında genel işlem koşullarının alışılmamış ya da şaşırtıcı olduğunun kabul edilmesi halinde söz konusu koşullar karşı tarafça kabul edilmiş olsa dahi sözleşme içeriğine dahil edilmiş olduğu söylenemeyecektir.⁶³⁹ Dürüstlük ilkesi gereğince sözleşmenin karşı tarafının alışılmamış ya da şaşırtıcı genel işlem koşullarını hesaba katmasının kendisinden beklenemeyecek olduğu hallerde karşı tarafın global kabul iradesi olsa dahi söz konusu koşullar sözleşme içeriğine dahil edilemeyecektir.⁶⁴⁰

Bu kapsamda doktrinde çoğunluk görüş genel işlem koşullarının sözleşmeye yabancı olmasına dayalı olarak alışılmamış sayılmasının objektif unsurunu, şaşırtıcı olarak kabul edilmesinin ise sübjektif unsurunu oluşturduğunu kabul etmektedir.⁶⁴¹

TBK'nin 21. maddesinin⁶⁴² 2. fıkrasında: “Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.” denilmek

⁶³⁷ Cemal OĞUZ (1993), agt. s.61.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.102.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.120-121.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.72-73.

⁶³⁸ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.185.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.144-145.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.98.

⁶³⁹ O. Gökhan ANTALYA ve E. Doğa DOĞANCI (2018), “Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bununun TBK m.20 vd.’daki Görünümlerinin ve TTK m.55 f.1 f ile TBK m.20 vd.’nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.24, S.2, s.832.; Tamer İNAL (2005), age. s.239.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.109.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.133.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.190.; O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.503.; Bu nitelikteki sözleşme hükümlerini tarafların istişare etmiş olması beklenemez. Bkz. Esra KAŞAK (2012), agm. s.422.; Müşterinin asli edim yükümlülüğünü önemli düzeyde değiştiren, ağırlaştırıcı, haklarını daraltan ya da sözleşmenin niteliğinde değişime yol açacak şekildeki koşullar bu nitelikteki hükümlere örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. Şevket Güney BİGAT ve Ensar LOKMANOĞLU (2009), “Genel İşlem Şartları Açısından Şaşırtıcı, Sürpriz, Beklenmeyen, Haksız, Adil Olmayan ve Çok Anlamlı Koşullar”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.83, S.6, s.3151.

⁶⁴⁰ Agm. s.3149.; Tamer İNAL (2005), age. s.239-240.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.80.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.52.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.196.; Antalya, aynı görüşte olmakla birlikte bu konuda global kabulden söz etmek yerine ayırım yapmaksızın kabul beyanının içeriğine söz konusu kayıtların dahil olamayacağını belirtmiştir. Bkz. O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.503.

⁶⁴¹ Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.136-137.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.198.; Pakize Ezgi AKBULUT (2016), age. s.374.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.111.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.103.; Esra KAŞAK (2012), agm. s.422.; Orhan Ersun CİVAN (2015), age. s.184, 186.; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2017), age. s.238.; Şaşırtıcı kayıt ve yabancı kayıt kavramlarının anlam ve içerik itibarıyla farklı kavramlar olmaması sebebiyle aksi yöndeki görüş için bkz. O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.503-504.; Şevket Güney BİGAT ve Ensar LOKMANOĞLU (2009), agm. s.3151-3152.

⁶⁴² TBK m.21 gerekçesinde: “818 sayılı Borçlar Kanunu’nda yer verilmeyen, ‘II. Kapsamı/ I.Yazılmamış Sayılma’ kenar başlıklı yeni bir maddedir. Tasarının iki fıkradan oluşan 21 inci maddesinde, genel işlem koşullarının sözleşme metnine yazılmamış sayılacağı durumlar

suretiyle alışılmamış ve şaşırtıcı kayıtların yazılmamış sayılma yaptırımına tabi tutulacağı başka bir deyişle sözleşme içeriğine dahil olamayacağı ifade edilmektedir. Madde gerekçesinde belirtildiği üzere TBK m.21/2 hükmü Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 305c maddesinden alınmıştır. Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 305c maddesinde bu husus ‘*’Şaşırtıcı ve Birden Çok Anlama Gelen Kayıtlar’*’ başlığı altında: ‘*’Hal ve şartlara ve özellikle sözleşmenin dış görünümüne göre, kullananın karşısındaki sözleşme tarafının hesaba katması beklenemeyecek ölçüde alışılmamış nitelikteki genel işlem koşulları sözleşme kapsamına dahil olmuş sayılamaz.’*’ şeklinde ifade edilmiştir.⁶⁴³ Doktrinde bazı yazarlar sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarına ilişkin olarak yapılan bu denetime ‘*’özel kapsam denetimi’*’ adını vermektedir.⁶⁴⁴

TBK m.21/2’de geçen ‘*’Sözleşmenin niteliğine ... yabancı olan’*’ ifadesi ile kastedilen sözleşmenin türüdür.⁶⁴⁵ Sözleşmenin kurulma esnasında somut olarak

düzenlenmektedir. Sözleşme metninde genel işlem koşullarına yollama yapılmakla yetinilmesi, uygulamada sıkça karşılaşılan bir durumdur. Maddenin birinci ve ikinci fıkralarında kullanılan ‘yazılmamış sayılır.’ şeklindeki ibareye, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 995 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, 999’uncu maddesinin ikinci fıkrasında, 1002 ve 1006’ncı maddelerinin birinci fıkralarında, 1104’üncü, 1106’ncı maddelerinde, 1109’uncu maddesinin birinci fıkrasında, 1110’uncu maddesinde yer verildiği görülmektedir. Alman Medeni Kanunu’nun (BGB) genel işlem koşullarına ilişkin 305c maddesinde de, aynı hukuki etkiye sahip benzer bir ifade kullanılmıştır. Maddenin birinci fıkrasında, genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, düzenleyenin sözleşmenin yapılması sırasında diğer tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi, bunların içeriğini öğrenme olanağını sağlaması ve onun da söz konusu koşulları kabul etmesine bağlı kalmıştır. Aksi takdirde, böyle genel işlem koşulları yazılmamış sayılacaktır. Maddenin ikinci fıkrasında, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşullarının da yazılmamış sayılacağı belirtilmiştir. Bu nitelikteki genel işlem koşullarının, düzenleyence bunlar hakkında açıkça bilgi verilip, içeriğini öğrenme olanağının sağlanması ve diğer tarafın da bunu kabul etmesi, yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanmasını engellemez. Böylece Alman Medeni Kanunu’nun (BGB) 305c maddesinde olduğu gibi, şaşırtıcı kuralların sözleşmenin içeriğinden sayılmaması ilkesi benimsenmiştir. Mesela, uygulamada döviz tevdiat hesabı sözleşmelerinde, yatırılan yabancı paradan farklı bir yabancı para ya da Türk Lirası ile hesaptaki meblağın ödenebileceği genel işlem koşuluna sıkça rastlanmaktadır. Döviz hesabını belli bir yabancı para cinsinden açtıran kişiye, hesabın bulunduğu kurumca farklı bir yabancı para ya da Türk Lirası ile ödeme yapılması, olağan dışı sayılacağı için, bu tür bir genel işlem koşulu yazılmamış sayılacaktır. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararında da, cari hesap şeklinde işleyen bir kredi işleminde, ipoteğe ilişkin metnin içine örtülü olarak konulmuş olan bir kefalet yüklenimi olağan dışı bulunmuştur (BGE 49 II 185). Ayrıca kredi sözleşmelerinde, neredeyse ayrıksız olarak yer verilen, kredi kurumunun dilediği anda hiçbir gerekçe göstermeksizin hesabı kat edeceği, ilişkiye son vereceğine ilişkin hükümler de olağan dışı olduklarından yazılmamış sayılacaktır.’’ denilmektedir.

⁶⁴³ Ömer ÇINAR (2009), agt. s.80.; Söz konusu denetim Alman Hukukunda örtülü içerik denetimi olarak kabul edilmektedir. Bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.191.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.100.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.155.

⁶⁴⁴ O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.494, 503.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.149, 190.

⁶⁴⁵ Pakize Ezgi AKBULUT (2016), age. s.372.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.136.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.111.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.101.; Esra KAŞAK (2012), agm. s.421-422.; Aydoğdu, kriter olarak sözleşme türüne yabancılıktan çok sözleşmenin karşı tarafının hesaba katmadığı, dürüstlük kuralı uyarınca beklemediği, onun için şaşırtıcı olma kriterinin aranmasının daha uygun olacağı ifade etmektedir. Bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.192, 204.; ‘*’...TBK’nin 21/2. maddesi uyarınca, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır. Somut olayda taraflar arasındaki genel kredi sözleşmesi hükümlerinin sözleşmenin*

mevcut bulunan hal ve şartlara göre belirlenecek olmakla birlikte⁶⁴⁶ TBK m.21/2’de geçen “işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları” ifadesi ise, hukuki işlemin özü ile bağdaşmayacak olmayı ve tarafların arzuladığı şekilde sözleşmeyi anlamlı ve makul olarak tamamlayamayacağı ifade etmektedir.⁶⁴⁷ Bu kapsamda örneğin, alakasız ya da beklenmedik bir yerde genel işlem koşullarına yer verilmesi halinde şaşırtıcı ya da beklenilmez olma koşulu gerçekleşmiş kabul edilecektir.⁶⁴⁸ Ancak objektif biçimde işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarının bulunduğu hallerde, tam kabulün mevcudiyeti söz konusu ise TBK m.21/2 hükmü uygulanamayacak ve söz konusu kayıtlar içerik denetimine takılmama ihtimalinde bağlayıcılık kazanabilecektir.⁶⁴⁹

Doktrinde TBK ve BGB düzenlemelerine ilişkin olarak farklı eleştiriler ileri sürülmüştür. Doktrinde bir görüşe göre⁶⁵⁰, TBK m.21/2 hükmü TBK m.25’te düzenlenen içerik denetimi ile yakından ilişkili olup içerik denetiminde düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Doktrinde ikinci bir görüşe göre⁶⁵¹, genel işlem koşullarına ilişkin bir kaydın alıılmamış sayılmasının yapılan yorum neticesinde belirlenecek olması sebebiyle TBK m.21/2 hükmünün yürürlük denetimi olarak değil yorum kuralı olarak görülmesi gerektiğini ifade etmektedir. Doktrinde üçüncü bir görüşe göre ise⁶⁵², TBK m.21/2 hükmünde yapılacak olan yorum söz konusu kaydın

niteliğine aykırı olduğundan söz edilemez. Zira tüm bankalar tarafından benzer kesintiler yapılmakta olup, davacı bu hususu bilmediğini ileri süremez...” Bkz. İstanbul BAM 14. H.D., E. 2019/136, K. 2020/990, T.02.10.2020, E.T. 07.02.2021, <https://intranet.uyap.gov.tr>.

⁶⁴⁶ Olağandışı olup olmamanın somut sözleşme ilişkisi ve müşteriye göre değerlendirilerek belirlenmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Tamer İNAL (2005), age. s.240.

⁶⁴⁷ Aydın ZEVLİLER, Ayşe HAVUTÇU, Şeref ERTAŞ, Murat AYDOĞDU ve Emre CUMALIOĞLU (2013), age. s.140.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.111.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.136-137.; TBK gerekçesinde Alman Medeni Kanunundan bahsedilmesi sebebiyle TBK m.21/2’de yer alan “Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan” ifadesinin mehzada olduğu üzere “alıılmamış, şaşırtıcı kayıtlar” şeklinde anlaşılması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Esra KAŞAK (2012), agm. s.421.; “Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır (Mad.21). Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz (Mad.25). İş Sözleşmesinde fazla çalışmalar karşılığı ücretin, kararlaştırılan ücret içinde olduğuna dair hükmün genel işlem koşulu olduğu ve bunun işçi aleyhine ve işveren menfaatine olduğu da açıktır. Bu şekildeki hüküm iş sözleşmesinin niteliğine ve işin özelliğine de yabancı ve işçinin durumunu ağırlaştıran bir hükümdür. Genel olarak iş sözleşmesinde fazla çalışmanın ücretin içinde olduğuna dair hükümler açıkça TBK’nin 20 ve devamı maddelerine aykırı olduğundan, geçersizdir.” Bkz. Yargıtay 9. H.D., E. 2015/7173, K. 2018/1009, T.23.01.2018, E.T. 08.02.2021, Muhalefet Şerhi, <https://intranet.uyap.gov.tr>.

⁶⁴⁸ Adem YELMEN (2014), age. s.107.; Esra KAŞAK (2012), agm. s.423-424.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.106.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.203.

⁶⁴⁹ Ömer ÇINAR (2009), agt. s.80-81.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.136, 140-141.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.52.; Esra KAŞAK (2012), agm. s.422-423.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.103.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.199.; Orhan Ersun CİVAN (2015), age. s.187.; TBK m.21/f.2 hükmünün hâkim tarafından resen nazara alınması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Osman AÇIKGÖZ (2017), agm. s.19.

⁶⁵⁰ O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.504.

⁶⁵¹ İbrahim KAPLAN (2013), age. s.175.

⁶⁵² Ömer ÇINAR (2009), agt. s.82-83.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.52-53.

hangi anlam ile var olacağına tespiti olmayıp, belirli bir anlamı olan kaydın alımlanmamış sayılarak sözleşme içeriğine dahil olup olmayacağına tespiti işleminden ibarettir.

Genel işlem koşulu niteliğini haiz bir kaydın şaşırtıcı olup olmadığı hususunda tereddüde düşülmesi halinde söz konusu kaydın şaşırtıcı olmadığına kabul gerekmektedir.⁶⁵³

Oğuzman/Öz, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olarak kabul edilen genel işlem koşullarının TBK m.21/2 hükmü kapsamında yazılmamış sayılabilmesi için söz konusu koşulların sözleşmenin güçsüz tarafı aleyhine hüküm içeriyor olması gerektiğini ifade etmiştir.⁶⁵⁴

2.8.3.4 Yürürlük Denetiminin Hukuki Sonuçları

Yürürlük denetiminin ne gibi bir hukuki sonuç doğuracağı sorusunun cevabı TBK m.21’de düzenlenmiştir. Söz konusu madde metninde:

“Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.”

denilmek suretiyle yürürlük denetiminin hukuki sonucu yazılmamış sayılma olarak belirlenmiştir. Yazılmamış sayılma yaptırımını TBK’nin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla TBK m.21 çerçevesinde hukukumuzda yer bulmuş olup⁶⁵⁵ söz konusu yazılmamış sayılma yaptırımının ne şekilde anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak

⁶⁵³ Aydoğdu bu kapsamda olması gereken hukuk açısından şaşırtıcı koşul denetiminin içerik denetiminin varlığı sebebiyle kaldırılması gerektiğini belirtmektedir. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.207-208.; İnal, sözleşmeye konulan hüküm dolayısıyla taraflardan birinin üstün konumda olduğu ya da taraflardan birinin tek taraflı olarak menfaat elde ettiği hallerde durum hakkaniyete aykırı olsa da hükmü bu şekilde kabul edenin daha sonra geçersizliği ileri süremeyeceğini, nitekim sözleşme tarafları arasında hak ve yükümlülükler açısından tam bir eşitlik sağlanmasının mümkün olmadığını belirtmekte ve bozulan dengenin aşırı boyutta olmadığı hallerde hukuki müdahaleye gerek olmadığını ifade etmektedir. Bkz. Tamer İNAL (2005), age. s.240.

⁶⁵⁴ M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.174.

⁶⁵⁵ TBK m.21 ile hukukumuzda yer bulduğu belirtilen yazılmamış sayılma yaptırımını Borçlar Hukuku açısından ifade edilmiştir. Yoksa TTK’nin kıymetli evrak hukukuna ilişkin 675, 679, 682, 784, 786 ve 789. maddelerinde de yazılmamış sayılma yaptırımından söz edilmektedir. Bkz. Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.73.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.139.; Yeşim Müride ATAMER (2012), agm. s.31.; Pakize Ezgi AKBULUT (2016), age. s.379 vd.

madde gerekçesinde⁶⁵⁶ ‘‘sözleşmenin içeriğinden saymama’’ ifadesine yer verilmişse de bu husus doktrinde farklı yorumların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir.

Yürürlük denetiminin yazılmamış sayılma yaptırımına tabi tutulmuş olmasının sonucu olarak bu yaptırım türünden ne anlaşılması gerektiği hususunda doktrinde bir görüş⁶⁵⁷, TBK m.21’de belirtilen bu yaptırım türünün borçlar hukukundaki sözleşmenin geçersizlik türlerine yabancı olduğunu ve buradaki esas meselenin butlan meselesi olmayıp sözleşmenin baştan itibaren eksik ve tamamlanmaya ihtiyaç duyar şekilde kurulup kurulmadığı meselesi olduğunu ifade etmektedir.⁶⁵⁸

Doktrinde ikinci bir görüş⁶⁵⁹, kanunda belirtilen yazılmamış sayılma ifadesi kesin hükümsüzlük⁶⁶⁰ olarak anlaşılmalı ancak genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edileceğine ilişkin tarafların iradelerinin uyuşmadığı hallerde kesin hükümsüzlüğün yokluk⁶⁶¹ haline dönüşebileceğini ifade etmektedir.

Doktrinde üçüncü bir görüş⁶⁶², kanunda belirtilen yazılmamış sayılma ifadesinin somut olayın özellikleri doğrultusunda değerlendirilmesi gerektiğini, nitekim kanunda bu ifadenin ne anlama geldiğinin açıklanmamış olmasının kanun koyucunun esnek yaklaşım göstermesinden kaynaklandığını, ilişkilendirme anlaşmasının mevcut olmadığı durumlarda söz konusu yaptırımın yokluk yaptırımı olduğunu ifade etmektedir.

⁶⁵⁶ Bkz. dn.621.

⁶⁵⁷ Yeşim Müride ATAMER (2012), agm. s.30-32.

⁶⁵⁸ Atamer, sözleşme hükmü haline gelen hükümler bakımından geçersizlik yaptırımının söz konusu olabileceğini belirtmekte ve bu kapsamda taraflardan birinin önerisi ve karşı tarafın kabulü biçiminde gerçekleşmemiş olan sözleşme hükümleri bakımından geçersizlik yaptırımının söz konusu olamayacağını ifade etmektedir. Bkz. Agm. s.30-31. Benzer yönde görüş için bkz. Ramazan AYDIN (2016), agm. s.99-100.

⁶⁵⁹ M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.173-174.; Haluk BURCUOĞLU (2016), ‘‘6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Bazı Yönlerden 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Karşısında Değerlendirilmesi’’, *İçinde, Tüketici Hukuku Konferansı*, 5-6 Aralık 2015, (Makaleler-Tebliğler), Ed. Hüseyin Can Aksoy, Yetkin Yayınları, Ankara, s.45.

⁶⁶⁰ Kesin hükümsüzlük, bir hukuki işlemin yapılmasından itibaren hüküm ve sonuç doğuramayacak biçimde geçersiz olmasını ifade etmektedir. Bkz. Turhan ESENER (2015), *Hukuka Giriş*, Vedat Kitapçılık, 11. Baskı, İstanbul, s.238.; Ahmet Cemal RUHİ (2013), age. s.37.

⁶⁶¹ Yokluk, sözleşmenin kurucu unsurlarından bir ya da birkaçının eksik olması sebebiyle hukuki işlemin hiç kurulmamış olmasını ifade etmekte olup bu husus hâkim tarafından resen nazara alınmaktadır. Bkz. Hüseyin HATEMİ (2011), age. s.169-170.; M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.184.; Belirtmek gerekir ki kesin hükümsüz ve yokluk halinin sonuçları itibariyle aynı olması ve her iki durumun da hâkim tarafından resen gözetilmesi dolayısıyla yürürlük denetiminin tabi tutulduğu yazılmamış sayılma yaptırımının kesin hükümsüzlük şeklinde mi yoksa yokluk şeklinde mi anlaşılması gerektiği hususu pratik açıdan bir önem arz etmemektedir.

⁶⁶² Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.75-76.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.143.; Yiğit TUNÇSİPER (2018), agt. s.47.

Doktrinde dördüncü bir görüş⁶⁶³, kanunda belirtilen yazılmamış sayılma ifadesinin kısmi yokluk anlamına geldiğini ifade etmektedir.

Doktrinde beşinci bir görüş⁶⁶⁴, kanunda belirtilen yazılmamış sayılma ifadesinin kısmi kesin hükümsüzlük olduğunu ifade etmektedir.

Doktrinde altıncı bir görüş⁶⁶⁵, kanunda belirtilen yazılmamış sayılma ifadesinin kesin hükümsüzlük yaptırımına göre daha ağır bir geçersizlik hali anlamına geldiğini ifade etmektedir.

Doktrinde yedinci bir görüş⁶⁶⁶, kanunda belirtilen yazılmamış sayılma ifadesinin sözleşme içeriğine dahil edilmeme anlamına geldiğini ifade etmektedir.

Doktrinde sekizinci bir görüş⁶⁶⁷, kanunda belirtilen yazılmamış sayılma ifadesinin kendine özgü yaptırım çeşidi olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Yargıtay (Kapatılan) 19. Hukuk Dairesinin, 20/03/2019 tarihinde karar düzeltme isteminin reddine dair vermiş olduğu karara ilişkin karşı oy yazısı incelendiğinde: “...Somut olayda TBK'nin 21/1 ve 25. maddeleri gereğince hem yazılmamış sayılma (yokluk), hem de mutlak butlan (hükümsüzlük) nedenleriyle hukuki kıymeti bulunmayan ipotek senedinde yer alan kefalet kaydına değer verilmesi mümkün değildir...” ibaresine yer verildiği görülmektedir.⁶⁶⁸

Kanaatimizce, yürürlük denetiminin hukuki sonucu olarak belirtilen yazılmamış sayılma yaptırımını kısmi yokluk şeklinde anlaşılmalıdır. Nitekim genel işlem koşullarının sözleşme içerisinde bağlayıcı olabilmesi için mutlak biçimde ilişkilendirme sözleşmesinin bulunması gerekmektedir. Genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilebilmesini kanun koyucu, aboneye açıkça bu koşulların varlığı hakkında bilgi verilip öğrenme imkânı sağlamasına ve abonenin bu koşulları

⁶⁶³ Aydın ZEVLİLER, Ayşe HAVUTÇU, Şeref ERTAŞ, Murat AYDOĞDU ve Emre CUMALIOĞLU (2013), age. s.142.; Orhan Ersun CİVAN (2015), age. s.189-191.; Fikret EREN (2020), age. s.236.; Ahmet M. KILIÇOĞLU (2018a), age. s.175.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.264.; Sirmen, yazılmamış sayılma ifadesi ile sözleşmede hiç yer almamış olmanın ifade edilmek istenildiğini belirtmektedir. Bkz. Lale SİRMEN (2012), agm. s.115.; Kanunda belirtilen yazılmamış sayılma ifadesinin yokluk anlamına geldiğine ilişkin görüş için bkz. Ayşe HAVUTÇU (2016), agm. s.96. Benzer yönde Pakize Ezgi AKBULUT (2016), age. s.389-390.

⁶⁶⁴ Ömer ÇINAR (2009), agt. s.85.; Cem VEZİROĞLU (2010), agm. s.3083.

⁶⁶⁵ O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.505.; O. Gökhan ANTALYA ve E. Doğa DOĞANCI (2018), agm. s.829., dn.32.

⁶⁶⁶ Özgür KARADAĞ (2015), age. s.54.; Mustafa ARIKAN (2012), agm. s.68.; Esra KAŞAK (2012), agm. s.426.

⁶⁶⁷ Adem YELMEN (2014), age. s.105.; Umut YENİOCAK (2013), agm, s.86.

⁶⁶⁸ Bkz. Yargıtay (Kapatılan) 19. HD, E. 2017/4326, K. 2019/1858, T.20.03.2019, <https://intranet.uyap.gov.tr>, E.T.17.05.2021.

kabul etmesine bağlamıştır. Yürürlük denetiminin yaptırımını olan yazılmamış sayılma ifadesinin kesin hükümsüzlük şeklinde anlaşılması halinde ortada bir sözleşmenin var olduğu kabul edilmekte ancak hâkim tarafından resen göz önünde bulundurularak baştan itibaren hüküm doğurmayacak şekilde geçersizliğine hükmedilmektedir. Oysa yürürlük denetiminin, genel işlem koşullarının sözleşme içeriği haline gelip gelmediği hususunun tespiti işlemi olduğu göze alındığında ortada bir sözleşmenin varlığından söz edilemeyecektir. Fakat burada taraf iradelerinin uyuşmaması sebebiyle topyekûn biçimde sözleşmenin aslında hiç meydana gelmediğini söylemek genel işlem koşullarının düzenlenme amacına aykırılık teşkil edecektir. Tüm bu sebeplerle yazılmamış sayılma yaptırımını kısmi yokluk şeklinde anlaşılmalıdır.

Yürürlük denetiminin sonucu olarak yazılmamış sayılma yaptırımına tabi tutulan genel işlem koşulları ile ilgili olarak gündeme gelecek olan bir diğer husus ise söz konusu yaptırıma tabi olan genel işlem koşullarının sözleşmenin geçerliliğini ne şekilde etkileyeceği hususudur. Bu husus TBK'nin 22. maddesinde⁶⁶⁹ düzenlenmiş olup söz konusu madde metninde: “Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.” denilmektedir.⁶⁷⁰ Söz konusu madde esasında TBK m.27/f.2'ye göre istisnai

⁶⁶⁹ TBK m.22 gerekçesinde: “818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyen, “2. Yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi” kenar başlıklı yeni bir maddedir. Tasarının tek fıkradan oluşan 22'nci maddesinde, yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi düzenlenmektedir. Maddeye göre, yazılmamış sayılan genel işlem koşullarını içeren bir sözleşmenin, bu genel işlem koşulları dışındaki diğer hükümleri geçerli olmaya devam edecektir. Nitekim, aynı konuyu düzenleyen Alman Medenî Kanununun (BGB) 306'ncı maddesinde yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi ile ilgili olarak geçerlilik ilkesi benimsenmiş ve oluşabilecek sözleşme boşluklarının kanun hükümleriyle doldurulacağı ifade edilmiştir. Bu sonuç, Hukukumuzda yabancı değildir. Meselâ, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1266'ncı maddesinin son fıkrasında, sigorta poliçelerinde okunamayan genel işlem koşulları yerine kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmekle, sözleşmelerin geçerli kalacağı esası benimsenmiş bulunmaktadır. Tasarının 22'nci maddesinin ikinci cümlesinde ise, düzenleyen tarafından, yazılmamış sayılan genel işlem koşulları olmasaydı asıl sözleşmenin yapılmayacağı ve bu sözleşmeyle bağlı olunmayacağı ileri sürülemeyeceği öngörülmüştür. Bu düzenlemeyle, Alman Medenî Kanunu'nun (BGB) 306'nci maddesinin üçüncü fıkrasından ayrılmıştır. Böylece sözleşmeyi düzenleyenin Tasarının 27'nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmünden kıyas yoluyla yararlanması önlenmiş bulunmaktadır. Sözleşmenin diğer tarafının ise, söz konusu hükümden yararlanabileceğinde duraksama yoktur. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1466'nci maddesinde de özdeş bir düzenlemeye yer verilmiştir. Gerçekten bu düzenlemede, kanun ya da yetkili makamlarca belirlenen en yüksek bedeli aşan sözleşmelerin bu bedel üzerinden yapılmış sayılacağı ve bu bedelden fazla olarak yerine getirilmiş edimlerin iadesinin gerekeceği, bu durumlarda 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 20'nci maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin uygulanmayacağı öngörülmüştür.” denilmektedir.

⁶⁷⁰ TBK m.22/c.1'de benimsenmiş olan sonuç, TTK m.1425'in son fıkrasında da benimsenmiştir. Bkz. O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.506.; Yasal düzenleme tekniği itibarıyla TBK m.22'nin sonucu ve genel işlem koşulları hukukuna özgü olarak istisnai bazı durumlar için, kanun gereği bir sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiş olduğuna ilişkin görüş için bkz. Mehmet DEMİR (2008), agm. s.220.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.80.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.213.

nitelikte bir hükümdür.⁶⁷¹ Madde metninin ikinci cümlesinde ‘‘düzenleyen’’ ifadesine yer verilmiş olması karşısında bu yasak sözleşmenin zayıf konumunda olan karşı tarafı için söz konusu olmayacaktır.⁶⁷²

TBK m.22’de yer alan bu düzenleme aksi halin kabulü sözleşmenin güçlü konumunda olan taraf lehine olacağı düşüncesinden hareketle sözleşmenin zayıf tarafını koruma amacı gütmektedir.⁶⁷³

Burada belirlenmesi gereken önemli bir husus vardır ki o da yazılmamış sayılacak olan hükümlerin esaslı ya da yan noktalardan hangisine ilişkin olduğu hususunun saptanmasıdır.⁶⁷⁴ Bu husus oldukça önem arz etmektedir. Zira genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilmesine ilişkin ilişkilendirme anlaşması sözleşmenin unsurlarından birini teşkil etmektedir.⁶⁷⁵ İlişkilendirme anlaşmasının yazılmamış sayılması durumunda kalan sözleşme içeriğinin genel işlem koşulları çıkarıldığı takdirde sözleşme kurmak için yeterli başka bir deyişle asgari olarak objektif esaslı noktalara genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilmemiş olması etki edememiş olmalıdır.⁶⁷⁶ Bu kapsamda TBK m.22 hükmü ile ifade edilmek istenilen hususun; genel olarak genel işlem koşulları ile sözleşmenin yan noktalarının düzenlenmesi amacı güdüldüğü ve genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilmesine ilişkin ilişkilendirme anlaşmasının geçersiz sayıldığı ya da hiç mevcut olmadığı durumlarda bu hususun sözleşme mevcudiyetini etkilemeyecek olduğu ifade edilmektedir.⁶⁷⁷ Diğer bir ifade ile TBK m.22 hükmü, objektif esaslı noktaların genel işlem koşulları ile düzenlendiği ve genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilmesine ilişkin ilişkilendirme anlaşmasının olmadığı durumlarda⁶⁷⁸ uygulama alanı

⁶⁷¹ O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.506.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.265.

⁶⁷² Ömer ÇINAR (2009), agt. s.87.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.56.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.81.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.222.; Tüketici-tacir ayrımı yapılmaksızın öngörülen bu düzenleme ile dengenin genel işlem koşullarını kullanan taraf aleyhine bozulduğuna ilişkin eleştiri için bkz. Cem VEZİROĞLU (2010), agm. s.3081.

⁶⁷³ Ömer ÇINAR (2009), agt. s.87.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.56.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.265.

⁶⁷⁴ Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.76.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.143.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.265.

⁶⁷⁵ Yeşim Müride ATAMER (2012), agm. s.32.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.146.

⁶⁷⁶ Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.265.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.120-121.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.143-144, 212.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.88.; Genel işlem koşulları ile objektif esaslı noktaların düzenlenmesi durumunda genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilmesine ilişkin ilişkilendirme anlaşmasının geçersiz sayılması ya da mevcut olmaması sözleşmenin de geçerliliğini etkileyecek ve burada irade ve sözleşme yokluğu gündeme gelecektir. Bkz. Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.76-77.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.4.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.144.; Fikret EREN (2020), age. s.239-240.

⁶⁷⁷ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.144.

⁶⁷⁸ Bu takdirde sözleşmenin yok hükmünde olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Age. s.145.

bulamayacak olup yalnızca yan noktalarının düzenlenmesi amacı güdüldüğü genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması ihtimalinde meydana gelen boşluğun doldurulmasında uygulama alanı bulabilecektir.⁶⁷⁹

Genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması ihtimalinde karşılaşılabilecek olan bir diğer sorun ise, meydana gelen boşluğun ne şekilde doldurulacağıdır. Bu hususa ilişkin TBK’de hüküm bulunmamaktadır.⁶⁸⁰ Doktrinde bu durumda meydana gelen boşluğun TBK m.2/f.2⁶⁸¹ ve TMK m.1⁶⁸² çerçevesinde doldurulabileceği ifade edilmektedir.⁶⁸³ Buna göre genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması halinde meydana gelen boşluk hakim tarafından TBK’de yer alan yedek hukuk kuralları nazara alınarak doldurulacak, yedek hukuk kurallarının bulunmaması halinde ise TMK m.1 çerçevesinde örf adet kuralları çerçevesinde doldurulacak o da yoksa kanun koyucuyumuşçasına hareket ederek söz konusu boşluk doldurulacaktır.⁶⁸⁴

2.8.4 Yorum Denetimi

2.8.4.1 Genel Olarak

Yürürlük denetiminden sonra ikinci adım olarak sözleşme içeriğine dahil edilen genel işlem koşullarının anlamını belirleyebilmek maksadıyla ne şekilde yorumlanması gerektiğine ilişkin sorunun cevabı aranmakta ve yürürlük denetimi sonrası ikinci adım olarak geçilen bu denetim sürecine yorum denetimi denilmektedir.⁶⁸⁵

⁶⁷⁹ Orhan Ersun CİVAN (2015), age. s.193-194.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.145.

⁶⁸⁰ Alman Medeni Kanunu’nda söz konusu boşlukların kanunun yedek hükümleri ile doldurulacağı belirtilmektedir. Bkz. Age. s.213.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.89.; Mehmet AKÇAAL (2014), agm. s.59.; Alman Medeni Kanunu’nda benimsenen aynı sonucun TMK m.1 gereği hukukumuzda da kabul edilebileceğine ilişkin görüş için bkz. Adem YELMEN (2014), age. s.108.

⁶⁸¹ TBK m.2/f.2: “ İkinci derecedeki noktalarda uyuşmazsa hâkim, uyuşmazlığı için özelliğine bakarak karara bağlar.” şeklindedir.

⁶⁸² TMK m.1: “ Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.” şeklindedir.

⁶⁸³ Ömer ÇINAR (2009), agt. s.89.; Adem YELMEN (2014), age. s.108.; O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.506.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.214.; Yürürlük denetimi neticesinde yazılmamış sayılan genel işlem şartlarına ilişkin olarak karşılaşılabilecek sorunun oluşan boşluğun doldurulması olmayıp geriye kalan hükümlerin sözleşme oluşturmak için yeterli olup olmadığı hususunun tespiti işlemi olduğuna ilişkin görüş için bkz. Pakize Ezgi AKBULUT (2016), age. s.396.

⁶⁸⁴ Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.144.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.120-121.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.215.; Adem YELMEN (2014), age. s.109-110.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.79.

⁶⁸⁵ İsmail ATAMULU (2018), agm. s.111.; Osman AÇIKGÖZ (2017), agm. s.29.; Mehmet DEMİR (2008), agm. s.222.

Yorum, sözleşme taraflarının irade beyanında kullanmış oldukları kelimelerin anlamlarını tespit ederek ortaya koyma faaliyetini ifade etmektedir.⁶⁸⁶ Sözleşme taraflarının kendi aralarında kurmayı amaçladıkları sözleşme içeriğine uygun hukuki sonuçlar doğurmasını amaçlayarak yapmış oldukları irade beyanına bazen tarafların bilgi ve tecrübe düzeylerinin aynı olmaması veya zaman ve mekana göre kullanılmış olan kelime, söz ya da dilin farklı anlamlara gelmesi gibi sebeplerle sözleşmenin her iki tarafınca da farklı anlam verilmiş olabilmektedir.⁶⁸⁷ Yorum yoluyla, hakim tarafından irade beyanında kullanılmış olan kelimelerin anlamı belirlenerek irade beyanının sözleşmede hangi anlam ile bağlayıcılık kazanacağı tespit edilmekte ve tarafların sözleşme yaparak hangi hukuki sonuca ulaşmayı amaçlamış oldukları belirlenmektedir.⁶⁸⁸

⁶⁸⁶ Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.274.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.89.; Ahmet M. KILIÇOĞLU (2018a), age. s.178.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.57.

⁶⁸⁷ Ömer ÇINAR (2009), agt. s.89-90.; Fikret EREN (2020), age. s.152.

⁶⁸⁸ İbrahim KAPLAN (2013), age. s.30-31.; Ali Naim İNAN ve Özge YÜCEL (2014), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, s.260.; Lale SİRMEN (2012), agm. s.119. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu sözleşmenin yorumu ve hakimin sözleşmeye müdahalesine ilişkin olarak 27.01.2010 tarihli kararında: "...Sözleşme hukukunda asıl olan sözleşmeye bağlılık ilkesi olup bu ilke hukuksal güvenlik, doğruluk ve dürüstlük kuralının gereği olarak sözleşme hukukunun temelini oluşturur. Ne var ki; BK'nin 282. maddesinde belirtilen olağanüstü durumların sözleşmede önceden var olan sözleşme adaletini bozduğunda, taraflar daha önce bunlara karşı bir önlem de almadıklarından sözleşmede bir boşluk olması ve işlem temelinin sarsılması söz konusu olur. Bu durumda hâkimin sözleşmeye müdahalesi ile taraf iradelerine de önem verilerek yorum yoluyla sözleşmenin dürüstlük kuralına uygun hale getirilmesi sağlanır. Sözleşme hukukuna egemen olan sözleşmeye bağlılık (Ahde Vefa - Pacta Sund Servande) ilkesine göre, sözleşme yapıldığı andaki gibi uygulanmalıdır. Sözleşme koşulları borçlu için sonradan ağırlaşmış, kararlaştırılan edimler dengesi sonradan çıkan olaylar nedeniyle değişmiş olsa bile borçlu sözleşmedeki edimini aynen ifa etmelidir. Ancak, sözleşmenin yapıldığında karşılıklı edimler arasında olan denge sonradan şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanamayacak derecede bozulabilir. İşte bu durumda sözleşmeye bağlılık ve sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki hâsıl olur ve artık bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalma adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet (TMK m.4, 2) kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir. Hukukta bu zıtlık (Clausula Rebus Sic Stantibus-Beklenmeyen Hal Şartı) sözleşmenin değişen şartlara uydurulması ilkesi ile giderilmeye çalışılmaktadır. Tarafların iradelerini etkileyip sözleşmeyi yapmalarına neden olan şartlar daha sonra önemli surette değişmişse artık taraflar o akitle bağlı tutulamazlar, değişen koşullar karşısında TMK'nun 2. maddesi uyarınca sözleşmenin yeniden düzenlenmesi imkânı hasıl olur. Önceden görülmeyen değişikliklerin borcun ifasını güçlendirmesi halinde "işlem temelinin çökmesi" gündeme gelir. İşlemin temelinin çöktüğünü kabul eden hâkim duruma göre alacaklı lehine borçlunun edimini yükseltmeye, borçlu lehine onun tamamen veya kısmen edim yükümlülüğünden kurtulmasına karar vermek suretiyle sözleşmeyi değişen şartlara uydurur. Bir başka deyişle sözleşmeye müdahale eder. İşlem temelinin çöküşüne ilişkin uyumsuzlukların giderilmesinde kaynak olarak TMK'nun 1, 2, ve 4. maddelerinden yararlanılacaktır. İşlem temelinin çöktüğünün dikkate alınması dürüstlük kuralının gereğidir. Diğer bir anlatımla durumun değişmesi halinde sözleşmede ısrar etmek dürüstlük kuralına aykırı bir tutum olur. Değişen durumların sözleşmede kendiliğinden bulunan sözleşme adaletini bozması üzerine taraflar bu haller için bir tedbir almadıklarından sözleşmede bir boşluk vardır. Bu boşluk sözleşmenin anlamına ve taraf iradelerine önem verilerek yorum ile ve dürüstlük kuralına uygun olarak doldurulur. Bu yöntem sözleşmenin yorum yoluyla düzeltilmesi veya değişen hal ve şartlara uyarlanması denir..." (Yargıtay HGK 18.11.1998 tarihli, 815/835 tarihli kararı)" şeklinde karar vermiştir. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2010/14-14, K. 2010/15, T.27.01.2010, <https://intranet.uyap.gov.tr.>, E.T. 22.12.2020

Yorum, bir sözleşmenin kurulmuş olup olmadığı hususu ile alakalı olmayıp, taraflar arasında kurulmuş olduğuna ilişkin uyumsuzluk bulunmayan sözleşmelerdeki irade beyanlarının tespitine ilişkindir.⁶⁸⁹ İrade beyanlarının ne anlama geldiği hususunda taraflar arasında uyumsuzluk bulunmaması halinde yorum söz konusu olmayacak uyumsuzluk bulunması halinde yorum gündeme gelecektir.⁶⁹⁰ Bu kapsamda yorum ile tarafların birbirine uygun olan gerçek iradelerinin tespit edilmesi amaçlanmaktadır.⁶⁹¹

Genel işlem koşullarının yorumunda dayanağını TMK'nin 2. maddesinin oluşturduğu güven ilkesi esas alınmaktadır.⁶⁹² Güven ilkesinde mutlak olan muhatabın "gerçek hukuki ve maddi durumu bilseydi" nasıl hareket edecek olduğu hususunun araştırılmasıdır.⁶⁹³ Makul ve dürüst üçüncü kişiler esas alınmak suretiyle genel işlem koşulları yorumlanmalıdır.⁶⁹⁴

Yorumun konusu, sözleşme taraflarının irade beyanı sonucu sözleşmenin içeriği haline gelmiş olan genel işlem koşullarının hangi anlam çerçevesinde sözleşmede yer alacağı hususuna ilişkin olup yürürlük denetiminden geçememiş olan sözleşme koşulları sözleşmenin içeriği halinde gelmemiş olduğundan ortada yorum yoluyla tespit edilecek bir irade beyanı bulunamayacak ve yorum denetimi söz konusu olamayacaktır.⁶⁹⁵

Genel işlem koşullarının yorumu için ön koşul, sözleşme taraflarının açık ya da örtülü iradesiyle söz konusu koşulların sözleşme içeriği haline gelmesi olup normal sözleşme hükümlerinin bağlı oldukları yorum kuralları uyarınca bireysel sözleşmenin içeriği haline gelmemiş olan genel işlem koşullarının yorumu yapılacaktır.⁶⁹⁶ Böylelikle genel işlem koşullarının mevcut içeriği ile üçüncü adım olarak içerik

⁶⁸⁹ Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.274.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.90.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.58.; Osman AÇIKGÖZ (2017), agm. s.30.

⁶⁹⁰ Ali Naim İNAN ve Özge YÜCEL (2014), age. s.34-35.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.274.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.90.; Adem YELMEN (2014), age. s.112.

⁶⁹¹ İbrahim KAPLAN (2013), age. s.30.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.274.; Sözleşme taraflarının menfaatlerinin birbiriyle zıt olması sebebiyle yorum tarafların birbirleriyle çelişen bu menfaatleri arasında denge sağlamak amacı taşımaktadır. Bkz. Ömer ÇINAR (2009), agt. s.90.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.57.

⁶⁹² Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.276-277.; Cemal OĞUZ (1993), agt. s.89-90.; Nihat YAVUZ (2012), age. s.35.; Osman AÇIKGÖZ (2017), agm. s.30.; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2017), age. s.238-239.; Adem YELMEN (2014), age. s.121.

⁶⁹³ Şener AKYOL (2007), *Medeni Hukukta Çelişki Yasağı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.35.; Adem YELMEN (2014), age. s.116.

⁶⁹⁴ Cemal OĞUZ (1993), agt. s.90.; Şener AKYOL (2006b), age. s.39.; Galip Sermet AKMAN (1976), age. s.95.

⁶⁹⁵ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.124.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.148.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.90.

⁶⁹⁶ İbrahim KAPLAN (2013), age. s.75.; Adem YELMEN (2014), age. s.112.

denetimine tabi olup olmayacağı belirlenmektedir.⁶⁹⁷ TBK'nin "Sözleşmelerin yorumu, muvazaalı işlemler" başlıklı 19. maddesinde: "Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır." şeklinde düzenleme mevcut olmakla birlikte gerçek ve ortak iradenin ne şekilde belirleneceği ve söz konusu belirlemede hangi kriterlerin hareket noktası kabul edileceği belirtilmemiştir. Yorumun ne şekilde yapılacağı hususu kanundaki düzenlemede belirtilmediğinden yorumun ne şekilde yapılacağına ilişkin hususlar doktrin tarafından belirlenmiştir.⁶⁹⁸

Doktrinde yorum denetiminin esasında içerik denetiminin uzantısı olduğu dahası dolaylı olarak içerik denetimi olduğu görüşü ileri sürülmektedir.⁶⁹⁹ Bu görüş, açık ve anlaşılır olmanın kural olduğu yorum denetiminde açık ve/veya anlaşılır olmama durumunda kötüye kullanılmış olan bir kuralın mevcut olması sebebiyle bahse konu kuralın içerik denetimine de takılması gerektiği düşüncesinden hareket etmektedir.⁷⁰⁰ Doktrindeki bir başka karşıt görüş ise, doktrinde ileri sürülen bu görüşün anlaşılabilir olduğunu belirtmekle birlikte tüm hususları içerik denetimine bırakarak sürekli şekilde dürüstlük kuralı gibi genel nitelikte olan ilkeler doğrultusunda sorunları çözmek yerine kanun içerisinde başka genel nitelikli ilkelere yer verilmesinin uygulamaya pratiklik getireceğini ileri sürmektedir.⁷⁰¹

Sonuçları itibariyle yorum denetimi ile içerik denetimi arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Dürüstlük kuralına aykırı şekilde karşı taraf aleyhine olan kurallar içerik denetiminde geçersizlik yaptırımına tabi iken, yorum denetiminde açık ve anlaşılır olmayıp ne anlam ifade ettiği belirlenemeyen kurallar düzenleyen aleyhine yorumlanmak suretiyle ayakta kalmaktadır.⁷⁰²

⁶⁹⁷ İsmail ATAMULU (2018), agm. s.111.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.148, 154.; Fikret EREN (2020), age. s.241.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.124.

⁶⁹⁸ Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.275.; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2017), age. s.335 vd.; Yorum yöntemlerine ilişkin doktrindeki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için, Bkz. "VIII. Genel İşlem Koşullarının Yorumunda İzlenecek Yöntemler" başlıklı bölüm.

⁶⁹⁹ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.231.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.155-156.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.116.

⁷⁰⁰ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.231.

⁷⁰¹ Şüheda DALKA OKUMUŞ (2018), age. s.59.; Yorum denetiminde içerik denetiminde olduğu gibi pazara müdahalenin söz konusu olmadığı ancak pazarın daha iyi işlemesi amacının taşındığına ilişkin görüş için bkz. Nihat YAVUZ (2012), age. s.261.

⁷⁰² Murat AYDOĞDU (2018), age. s.231.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.116.

Yorum denetimine ilişkin olarak TBK m.23'te: “ Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.” denilmektedir.

Açık ve anlaşılır olmayan ya da birden fazla anlama gelen genel işlem koşullarının karşı taraf lehine ve düzenleyen aleyhine yorumlanacağına ilişkin yorum kuralı kaynağını dürüstlük kuralı ile Roma hukukunun genel ilkelerinden olan “favor debitoris”⁷⁰³ ya da “in dubio contra stipulatorem”⁷⁰⁴ ilkelerinden almaktadır.⁷⁰⁵

Açık ya da anlaşılır olup olmama hususunda sözleşmenin objektif anlamı belirlenirken dürüst ve orta zekalı bir müşterinin sahip olacağı bilgiler ölçü olarak alınmaktadır.⁷⁰⁶ Yorum denetiminin uygulama alanına ilişkin olarak Oğuz, motorlu araç mali mesuliyet sigortasında sigorta teminatının yalnızca Avrupa içerisinde geçerli olacağına ilişkin kayıt içermesi ve Ankara'ya gideceğini söyleyerek Almanya'da yaşayan bir Türkün Alman sigorta şirketi ile sigorta sözleşmesi yapması halinde Avrupa kaydının sözleşmeyle alakalı yorum sonucu Türkiye'nin Asya kısmını da içerir şekilde sözleşmeye alınmış olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁷⁰⁷

Genel işlem kurallarının yorum denetimine ilişkin olarak Alman hukukunda açık ya da anlaşılır olmayan kuralların kural olarak geçersiz olacağı kabul edilmekte ve yalnızca birden çok anlama gelen genel işlem koşulları açısından kullanan aleyhine yorumlanacağı kabul edilmekteyken TBK m.23 gereği hukukumuzda açık ya da anlaşılır olmayan⁷⁰⁸ genel işlem koşulları düzenleyen aleyhine ve karşı taraf lehine yorumlanmakta, kuralın dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmediğine bakılmamaktadır.⁷⁰⁹ Doktrinde TBK m.23 gereği hukukumuzda açık ya da anlaşılır olmayan genel işlem koşullarının mehz teşkil eden Alman hukukunda olduğu gibi geçersizlik yaptırımına tabi tutulmamış olması eleştirilmiştir.⁷¹⁰ Aydoğdu, açık ve

⁷⁰³ Bu kural Roma hukukunda “borçlu lehine yorum” şeklinde adlandırılmaktadır. Bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.233., dn.1103.

⁷⁰⁴ Bu kural Roma hukukunda “sözleşme şüphe halinde düzenleyen aleyhine” şeklinde adlandırılmaktadır. Bkz. Age. s.233.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.58.

⁷⁰⁵ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.233.; Mehmet DEMİR (2008), agm. s.221.; Baki İlkay ENGİN (2010), agm. s.81.; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2017), age. s.239.

⁷⁰⁶ O. Gökhan ANTALYA ve E. Doğa DOĞANCI (2018), agm. s.832.; Nihat YAVUZ (2012), age. s.261.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.232.; Cemal OĞUZ (1993), agt. s.90. Antalya, genel işlem koşullarını düzenleyen kişi bakımından ise, o branş veya sektörde yer alan kişinin esas alınması gerektiğini belirtmiştir. O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.507.

⁷⁰⁷ Cemal OĞUZ (1993), agt. s.86-87.

⁷⁰⁸ Aydoğdu, anlaşılır olmayan ifadelerin yazı hatasından kaynaklanmasının bir önemi bulunmadığını ifade etmiştir. Bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.241.

⁷⁰⁹ Age. s.235, 243.; Mehmet DEMİR (2008), agm. s.221.

⁷¹⁰ Yeşim Müride ATAMER (2012), agm. s.48-49.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.236.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.119.

anlaşılır olmayan genel işlem koşulları bakımından karşı taraf yararına sonuç çıkarmanın mümkün gözükmediğini ve kullanan yararına olan genel işlem koşulları açısından kanundaki anlamıyla söz konusu hükmün uygulanması halinde “*çuvalı ters çevirmek*” durumunun ortaya çıkacağını ve sözleşmenin karşı tarafınca hazırlanmışçasına onun yararına uygulanacak olma şeklinde bir sonuç doğuracağını ifade etmektedir.⁷¹¹ Doktrinde karşıt bir görüş ise, kanun koyucunun içerik denetiminde olduğu gibi açık ve anlaşılır olmayan genel işlem koşullarını geçersiz saymak yerini bilinçli olarak düzenleyen aleyhine ve karşı taraf lehine yorumlanma yolunu seçtiğini ve sözleşmenin zayıf ve dürüst tarafını korumak amacıyla kanun koyucunun sözleşmeyi ayakta tutma şeklindeki bu istek ve tercihinin anlaşılabilir olduğunu ifade etmektedir.⁷¹²

Açık olmayan genel işlem koşullarının yorum denetimine tabi tutularak düzenleyen aleyhine ve karşı taraf lehine yorumlanabilmesi için asgari olarak iki farklı anlam çıkması gerekli olup yorum denetimi neticesinde anlamsız bir sonuca ulaşılması ya da ciddi bir anlam belirlenememesi halinde hâkim tarafından tespit edilecek bir anlam bulunmayıp geçersizlik durumu söz konusu olacaktır.⁷¹³

Yorum denetimi sonucunda açık olmayan genel işlem koşulları düzenleyen aleyhine ve karşı taraf lehine yorumlanırken karşı taraf yararına olacak şekilde yorum içeriği düzeltilmemeli ve düzenleyenin kendisine yüklenen özel sorumluluğa aykırı hareket etmesi sonucu katlanacak olduğu riziko karşı tarafa yüklenmemelidir.⁷¹⁴ Oğuz, burada genel işlem koşullarının hazırlanma aşamasında tüketici çevresine ilişkin temsilcilerin katılmış olmasının bir önemi bulunmadığını ve sonucu değiştirmeyeceğini ifade etmektedir.⁷¹⁵

⁷¹¹ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.243, dn.1149.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.121, dn.569.

⁷¹² Şüheda DALKA OKUMUŞ (2018), age. s.59.

⁷¹³ İbrahim KAPLAN (2013), age. s.76-77.; Adem YELMEN (2014), age. s.112-113.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.237.; Yeşim Müride ATAMER (2012), agm. s.37.; Taraflar arasında sözleşme kaydının ne anlama geldiği hususunun tartışmalı olduğu her durumda açık olmama kuralına başvurulmasının doğru olmadığına ilişkin görüş için bkz. Nihat YAVUZ (2012), age. s.36.

⁷¹⁴ Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.157-158.; Cemal OĞUZ (1993), agt. s.96.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.243-244. TBK m.23'te düzenlenmiş olan bu düzenlemenin altında Roma hukukundan beri uygulanan kendi eylemine zıt davranma yasağı olarak bilinmekte olan “*venire contra factum proprium*” ilkesinin yatmakta olduğu ve genel işlem koşullarının açık ve anlaşılır olmaması halinde sözleşmeyi hazırlayan tarafın önceki yorumlarına zıt yorumlar üretmesi halinde *venire contra factum proprium* yasağı ile karşılaşacak olduğu belirtilmiştir. Bkz. Şener AKYOL (2006a), “*Venire Contra Factum Proprium*”, *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, s.77-79.; Şüheda DALKA OKUMUŞ (2018), age. s.58-59.

⁷¹⁵ Cemal OĞUZ (1993), agt. s.96.

Genel işlem koşulları önceden tek yanlı olarak çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanmış olduğundan somut olarak her bir sözleşmenin ihtiyaçlarına ve içeriğine uygun hükümleri ihtiva etmesi olanaklı değildir.⁷¹⁶ Bu sebeple sözleşme tarafları genel işlem koşullarının varlığını kabul etmekle birlikte kendi aralarında bireysel anlaşmalar da yapabilmektedir.⁷¹⁷ Bu noktada bireysel anlaşmalar ile genel işlem koşullarının çelişmesi durumunda öncelik sorunu gündeme gelmektedir.

TBK’de bireysel anlaşmalar ile genel işlem koşullarının çelişmesi durumunda öncelik sorununa ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte Alman hukukunda (BGB § 305b) genel işlem koşullarına nazaran bireysel anlaşma hükümlerinin öncelikli olarak uygulama alanına sahip olduğu belirtilmektedir.⁷¹⁸

Türk hukuk doktrininde ise, Alman hukukunda olduğu üzere ilke olarak genel işlem koşullarına nazaran bireysel anlaşma hükümlerinin öncelikli olarak uygulanacağı kabul edilmektedir.⁷¹⁹ Bu öncelikli uygulama alanının sebebi sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bireysel anlaşmaların müzakere edilme sonucu kabul edilmesi şeklinde açıklanmaktadır.⁷²⁰

“*Hiç kimse kendi davranışıyla çelişemez*” ilkesinin sonucu olarak genel işlem koşullarına nazaran bireysel anlaşma hükümlerinin öncelikli olarak uygulanması noktasında bireysel anlaşma hükümlerinin genel işlem koşulları olduğu yönünde itiraz öne sürülemeyecektir.⁷²¹

Bireysel anlaşmanın sözleşme kurulmadan önce ya da sonra, sözlü ya da yazılı, açık ya da örtülü olarak yapılmış olması kural olarak önem arz etmemekle birlikte genel işlem koşullarına nazaran bireysel anlaşma hükümlerinin öncelikli olarak uygulama alanına sahip olması noktasında açıkça bir çelişki olması da aranmamaktadır.⁷²²

⁷¹⁶ Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.282.

⁷¹⁷ İsmail ATAMULU (2018), agm. s.111.

⁷¹⁸ Safa REİSOĞLU (2014), age. s.73.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.70.; Galip Sermet AKMAN (1979), “Genel İşlem Şartları”, *Yargı Dergisi*, S.35, s.14.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.282.; Adem YELMEN (2014), age. s.91-92.; Nihat YAVUZ (2012), age. s.39.; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2017), age. s.236.; Manfred REHBİNDER (1976), agm. s.649.; Ramazan AYDIN (2016), agm. s.100.

⁷¹⁹ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.124-125.; Ramazan AYDIN (2016), agm. s.100.; Pakize Ezgi AKBULUT (2016), age. s.397.

⁷²⁰ Şüheda DALKA OKUMUŞ (2018), age. s.60.

⁷²¹ Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.282-283.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.294.

⁷²² Yeşim Müride ATAMER (2012), agm. s.39-40.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.284.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.126.

Öncelik sorununun gündeme geldiği bir diğer nokta ise çoğunlukla girişimciler arasında karşılaşılan ve her iki girişimcinin de kendisine ait genel işlem koşullarını kullanmak istemesi ve genel işlem koşullarının çatışması halinde hangi genel işlem koşulunun öncelikli olarak uygulanacak olduğu hususudur. Bu konu doktrinde tartışmalı olup konuya ilişkin dört görüş bulunmaktadır. Birinci görüş⁷²³, son söz teorisini savunmakta ve sözleşmenin kuruluşunda son sözü söylemiş olan tarafın genel işlem koşulunun geçerli olacağını ifade etmektedir. İkinci görüş⁷²⁴, İsviçre ve Alman hukukunda baskın görüş tarafından savunulmakta ve her iki tarafın da dayanmakta olduğu genel işlem koşullarına bağlayıcılık tanımayarak düzenleyici kuralların uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Üçüncü görüş⁷²⁵, genel işlem koşullarına bağlayıcılık tanınırken hangi girişimcinin tipik edimi yerine getirilmiş olduğuna bakılması gerektiğini ifade etmektedir. Son olarak dördüncü görüş⁷²⁶ ise, kendisine ait genel işlem koşullarını kullanmak isteyen girişimcilerin ekonomik açıdan eşit olup olmadığı noktasında ikili bir ayırım yaparak; ekonomik açıdan eşit olmaları halinde ikinci görüşün geçerli olması gerektiğini yani her iki tarafında dayanmakta olduğu genel işlem koşullarına bağlayıcılık tanımayarak düzenleyici kuralların uygulanması gerektiğini ifade etmekte, tarafların ekonomik açıdan eşit olmamaları halinde ise dayanağını TBK'nin 23. maddesinin oluşturduğu yorum denetiminin kıyasen uygulanması sonucu sözleşmenin zayıf tarafının kullanmak istediği genel işlem koşuluna öncelik tanınması gerektiğini ifade etmektedir.

2.8.4.2 Genel İşlem Koşullarının Yorumunda İzlenecek Yöntemler

2.8.4.2.1 Sübjektif ve Objektif Yorum Yöntemi

Alman ve İsviçre hukuk doktrininde genel işlem koşullarının yorumuna ilişkin olarak farklı görüşler mevcuttur. İsviçre hukuk doktrininde bir görüş, genel işlem koşulları bakımından hâkimin tarafların gerçek iradesini araştırmasını ve araştırma

⁷²³ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.245.

⁷²⁴ Age. s.245. Bu noktada Havutçu, her iki girişimcinin de kendisine ait genel işlem koşullarını kullanmak istemesi ve genel işlem koşullarının çatışması halinde söz konusu çatışmanın yan noktalarda düzenlenen hususlara ilişkin olması gerektiğini nitekim asli noktalarda düzenlenen hususlarda çatışma olması halinde zaten sözleşmenin kurulmamış olacağını ifade etmektedir. Bkz. Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.143-144. Atamer ise, asli edimlerin kural olarak içerik denetimi mümkün değilse de yorum denetimine tabi tutulacağını ve asli edimlerin açık ve anlaşılır olmaması durumunda Havutçu'nun değindiği gibi sözleşmenin kurulmamış sayılması yerine geçersizlik yaptırımına tabi tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Yeşim Müride ATAMER (2012), agm. s.49, dn.111 ile s.58-59.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.246.

⁷²⁵ Age. s.245.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.143.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.115-116.

⁷²⁶ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.245-246.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.121-122.

neticesinde herhangi bir anlam belirlenememesi halinde güven teorisi doğrultusunda yorum yapılması gerektiğine ilişkin ‘‘sübjektif yorum yöntemini’’ savunmakta ve yorum noktasında genel işlem koşullarının özelliklerinin dikkate alınarak klasik sözleşmelere ilişkin ilkelerden hareket edilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁷²⁷

Alman hukuk doktrinde savunulan bir görüş ise, hakimin öncelikli olarak tarafların gerçek iradesini araştırması sonucu tarafların iradelerinin uyuşması halinde bu çerçevede sözleşmenin kurulmuş kabul edileceğini, araştırma neticesinde tarafların gerçek iradelerine ilişkin olarak bir tespit yapamaması halinde dürüst ve makul üçüncü kişilerin⁷²⁸ o kavram ile neyi ifade etmeye çalıştıklarını tespit edeceğine ilişkin⁷²⁹ ‘‘objektif yorum yöntemini’’ savunmakta ve yorum noktasında kanun hükümlerinde olduğu üzere gelecekte yapılacak olan çok sayıda sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanmış olan genel işlem koşullarının yorumunda genel ve soyut yorum yönteminden hareket edilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁷³⁰ Bu yorum yönteminde genel işlem koşullarının yorumunda genel işlem koşullarının hukuk normu niteliğini haiz olduğu görüşünden hareket edilmekte ve genel işlem koşulları tarafların sahip oldukları düşüncelerden ve somut sözleşmeden soyutlanarak yorumlanmaktadır.⁷³¹

Türk hukuk doktrinde ise bazı yazarlar, genel işlem koşullarının önceden genel ve soyut şekilde herkese uygulanmak amacıyla hazırlanması nedeniyle genel işlem koşullarının yorumunda bu koşulları kullanan ya da hazırlayan kişilerin iradesinin araştırılması ile bir sonuca varılamayacağından hareketle objektif yorum yöntemini savunmaktadır.⁷³² Söz konusu görüşü savunan yazarlara göre, girişimcinin genel işlem koşullarını rasyonelleştirmek istemesi ve her sözleşme için genel işlem koşullarının farklı yorumlanması riski ile karşı karşıya kalan girişimcinin bu riskten kurtarılması gerekliliğini belirterek genel işlem koşullarının yorumunda tüketiciyi

⁷²⁷ Cemal OĞUZ (1993), agt. s.79.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.91.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.130.

⁷²⁸ Güven ilkesi uyarınca yorum yapılırken dürüstlük kuralı gereği beyan sahibine göre değil beyan muhatabının beyana verecek olduğu anlamın esas alınması gerektiği yönündeki görüş için Bkz. Burcu KALKAN OĞUZTÜRK (2008), *Güven Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.45.

⁷²⁹ Atamer, burada tarafların sözleşmenin kurulması noktasında aynı görüşte olduğunu fakat sözleşmenin nasıl bir içerikle meydana geldiği noktasında sorun bulunduğunu, hâkimin tarafların kararlaştırdığı sözleşme içeriğini sözleşmenin yorumu yoluyla tespit ettiğini belirtmiştir. Bkz. Yeşim ATAMER (2001b), age. s.130.

⁷³⁰ Ulmer/Brandner/Hensen, Art.5, Rn.3,8,17’den aktaran Ömer ÇINAR (2009), agt. s.92.; Ayşe Havutçu (2003), age. s.149-150.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.131.; Cemal OĞUZ (1993), agt. s.90.

⁷³¹ Ömer ÇINAR (2009), agt. s.92.

⁷³² Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.150.; Mehmet BAHTİYAR (1996), agm. s.95.; Polat SOYER (1987), *Genel İş Koşulları*, İzmir, s.130-131’den aktaran Ömer ÇINAR (2009), agt. s.93.; Ramazan AYDIN (2016), agm. s.101.

koruma maksadıyla hareket edilmemeli ve öncelikli olarak sözleşme taraflarının esas iradelerine bakılmalı, tarafların gerçek iradelerinin tespit edilememesi halinde güven teorisi⁷³³ gereğince normatif yorum metodu uygulanmalıdır.⁷³⁴ Doktrinde bir görüş objektif yorum yönteminin tüketici sözleşmesi niteliği taşımayan sözleşmelerde yer alan genel işlem koşullarının yorumu bakımından uygulanabilecekse de kanun ve ilgili yönetmelik hükümleri uyarınca tüketici sözleşmesi niteliği taşıyan sözleşmelerde yer alan genel işlem koşullarının yorumu bakımından uygulanma imkânı bulunmadığını belirtmiştir.⁷³⁵

Atamer, sübjektif yöntemin asla yalnızca genel işlem koşullarını müşterinin somut olayda ne şekilde anladığından hareket etmemesi, objektif yöntemin ise, getirmiş olduğu istisna haller ile esasında somut olayın özelliklerinin mevcut bulunması halinde bunları göz önünde bulundurması sebebiyle ulaşılmış olduğu sonuçlar açısından sübjektif yorum yöntemi ile objektif yorum yöntemi arasında çok da bir fark olmadığını ifade etmiştir.⁷³⁶

2.8.4.2.2 Belirsizlik Halinde Yorum İlkesi

Dayanağı TBK m.23 olan belirsizlik halinde yorum ilkesi, genel işlem koşullarının yorumlanmasına ilişkin olarak hükmün içeriğinde tereddütte kalınması halinde düzenleyen aleyhine, karşı taraf lehine olan muhtemel yorumun tercih edilmesini ifade etmektedir.⁷³⁷ Nitekim TBK m.23'te: "Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır." denilmektedir. Alman hukukundaki düzenlemede ise bu husus: "Genel işlem koşullarının anlamında tereddüt halinde, kullanan aleyhine olan anlam esas alınır." şeklinde ifade

⁷³³ Güven ilkesi (teorisi), sözleşmenin taraflarını gerek birbirlerine karşı gerekse değişen koşullara karşı zırlı bir otomobil gibi sözleşmenin kuruluş aşamasında ya da gelecekte yapılacak olan sözleşmelerde acemi ve zayıf tarafı korumaktadır. Böylelikle, koruma kalemlerini, koruma listesini ve korumanın derinliğini belirleme şeklinde fonksiyonları bulunmaktadır. Ancak güven ilkesi yaşam kaynağını dürüstlük kuralından almakta olup dürüstlük kuralı asıl güç konumunda bulunmaktadır. Örnekle ifade edilecek olursa dürüstlük kuralı, güven ilkesini harekete geçiren anahtar, harekete geçtikten sonra ise yakıt rolü üstlenmektedir. Bkz. Şener AKYOL (2010), *Sözleşmenin Yorumu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.91-92.

⁷³⁴ Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.151.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.133-134.; Ulmer/Brandner/Hensen, Art.5, Rn.25'ten aktaran Ömer ÇINAR (2009), agt. s.93.; İbrahim KAPLAN (2013), age. s.79 vd.; Cemal OĞUZ (1993), agt. s.89-90.

⁷³⁵ Ömer ÇINAR (2009), agt. s.93.

⁷³⁶ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.132.

⁷³⁷ Age. s.134.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.95.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.151-152.

edilmiştir.⁷³⁸ Alman hukukunda geçerli olan bu kural TBK m.23 hükmü ile hukukumuza aynen alınmış olup Aydoğdu, çoğunlukla sözleşmeyi düzenleyen taraf yararına olan kuralların açık ve tereddüde mahal bırakmayacak şekilde kaleme alınıyor olması sebebiyle belirsizlik halinde yorum ilkesinin sınırlı uygulama alanına sahip olduğunu ifade etmiştir.⁷³⁹

Belirsizlik halinde yorum ilkesi, tek yanlı olarak sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğünü kullanan işletmeye açık, anlaşılır ve birden çok yoruma mahal bırakmayacak biçimde genel işlem koşullarını kaleme alması şeklinde özel bir sorumluluk yüklendiği, bu özel sorumluluğa aykırı hareket etmesi halinde metnin kendi aleyhine yorumlanmasına katlanacağına ve önceden tek yanlı olarak hazırlanmış olan sözleşme metnlerinin doğuracağı rizikolara kendisinin katlanması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır.⁷⁴⁰ Zira işletmeciye yüklenen bu özel sorumluluğa aykırı hareket etmesi halinde sözleşme metninin doğuracağı rizikolara tüketicinin katlanması gerektiğine ilişkin haklı bir gerekçe bulunmamakla birlikte başka bir kişiye ait olan genel işlem koşullarının kullanılması halinde de sonuç değişmeyecektir.⁷⁴¹ Bu anlamda sözleşmeyi hazırlayan taraf sonradan “*hükmün aslında şöyle anlaşılması gerekirdi*” şeklinde yorumlarla sonradan söz konusu hükümleri değiştirmeye çalışması da mümkün olmayacaktır.⁷⁴²

Belirsizlik halinde yorum ilkesi, genel işlem koşullarının yorumunda doğrudan uygulanamaması ve genel işlem koşullarında yer alan hükmün birden çok anlama gelmesi veya anlamın tespit edilememesi halinde uygulanacak olması sebebiyle tali bir ilkedir.⁷⁴³

2.8.4.2.3 Daraltıcı Yorum İlkesi

Genel işlem koşullarının yorumu açısından belirsizlik halinde yorum ilkesi dışında bir yorum kuralı olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte genel işlem koşullarının müşteri aleyhine olması durumunda söz konusu genel işlem koşullarına

⁷³⁸ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.230.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.96.

⁷³⁹ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.230-231.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.116.

⁷⁴⁰ Tamer İNAL (2005), age. s.241.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.134-135.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.95.; Mehmet AKÇAAL (2014), agm., s.59.

⁷⁴¹ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.135.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.95.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.152.

⁷⁴² İsmet SUNGURBEY (1994), *Türkiye’de Bankaların İçyüzü*, Çorlu, s.38’den aktaran Tamer İNAL (2005), age. s.240.; İsmet SUNGURBEY (1994), *Türkiye’de Bankaların İçyüzü*, Çorlu, s.38’den aktaran Tamer İNAL (2018), age. s.106.

⁷⁴³ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.136.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.96.

dar yorum yapılarak olabildiğince sınırlı uygulama alanı tanınması yönündeki daraltıcı yorum ilkesi savunulmaktadır.⁷⁴⁴

Daraltıcı yorum ilkesinde, belirsizlik halinde yorum ilkesinde olduğu üzere genel işlem koşullarında yer alan hüküm birden çok anlama gelmekte ve somut şekilde müşteri lehine olan anlam tercih edilmekte olup esas olarak yetkili mahkeme kaydı ve sorumluluğu kaldıran ya da kısıtlayan kayıtlar gibi sözleşme koşulları bakımından uygulanabileceği kabul edilmektedir.⁷⁴⁵ Doktrinde belirsizlik halinde yorum ilkesi ile daraltıcı yorum ilkesinin iç içe geçtiği belirtilmekteyse de, daraltıcı yorum ilkesi uygulamasında belirsizlik halinde yorum ilkesinden farklı olarak esasında o hükme verilebilecek olan birden fazla anlamın bulunmaması ve yalnızca daha ‘‘dar’’ ya da daha ‘‘geniş’’ yorum yapılması söz konusu olmaktadır.⁷⁴⁶ Çınar, daraltıcı yorum ilkesinin genel işlem koşullarında yer alan hükmün birden çok anlama gelmesi ya da belirsiz olması halinde uygulama alanı bulabilecek olması sebebiyle bağımlı bir yorum ilkesi olduğunu ifade etmiştir.⁷⁴⁷ Alman hukuk doktrininde ise daraltıcı yorum ilkesi genel olarak reddedilmektedir.⁷⁴⁸

2.8.5 İçerik Denetimi

2.8.5.1 Genel Olarak

Genel işlem koşulları yürürlük denetimi sonrası ikinci adım olarak yorum denetiminden geçtikten sonra üçüncü ve son adım olarak içerik denetiminden geçmektedir. Başka bir ifadeyle sözleşme içeriğine dahil edildiği kabul edilen ve yorumlanmak suretiyle anlamı tespit edilen hükümlerin son adım olan içerik denetiminde dürüstlük kuralına açık şekilde aykırılık teşkil edip etmediği araştırılmak suretiyle geçerli olup olmadığına ilişkin bir karar verilmektedir.⁷⁴⁹ Yürürlük denetimi ile yorum denetiminden geçmiş olan sözleşme koşullarının adil olabilmesi açısından dürüstlük kuralına açık şekilde aykırılık teşkil ederek kullanan yararına sonuç doğuran sözleşme koşullarının hakim tarafından hükümsüz sayılmasına karar verilmesine

⁷⁴⁴ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.140.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.97-98.

⁷⁴⁵ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.141.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.98.

⁷⁴⁶ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.141.

⁷⁴⁷ Ömer ÇINAR (2009), agt. s.98.

⁷⁴⁸ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.141.

⁷⁴⁹ İsmail ATAMULU (2018), agm. s.112.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.99.; Fikret EREN (2020), age. s.237.; Mahkemelerin sadece pozitif hukuk tarafından normlaştırılmış sonuçların koşullar açısından mevcut olup olmadığını tespit edeceğine, tarafların menfaat dengeleri bakımından hâkimin hakkaniyete uygunluk kontrolüne yetkili olmadığına ilişkin görüş için bkz. Cemal OĞUZ (1993), agt. s.102.

‘‘içerik denetimi’’ denilmektedir.⁷⁵⁰ Sözleşme adaleti sağlanmadan, sözleşmenin karşı tarafına karşılıklı görüşme ve müzakere imkanı tanınmadan sözleşmenin imzalanmış olması; zayıfların korunması, Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen sosyal hukuk devleti ve sosyal adalet ilkesinin mecburi sonucu olarak içerik denetiminin ortaya çıkış sebebini teşkil etmektedir.⁷⁵¹ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi konuyla ilgili olarak 18.12.2014 tarihli bir kararında genel işlem koşullarının içerik denetimine ilişkin TBK m.25 hükmünün kamu düzenini ilgilendirmesi sebebiyle hakime doğrudan sözleşme içeriğine müdahale imkanı verdiği söz etmiştir.⁷⁵²

Genel işlem koşullarının denetimini tarihsel açıdan bakıldığında de içerik denetiminin yürürlük ve yorum denetiminden sonra geldiği görülmekte olup bunun sebebi sözleşme özgürlüğü temelinde oluşturulan liberal ekonomik sistemlerde ‘‘son çare’’ olarak sözleşme koşullarının hâkimin müdahalesi ile hükümsüz sayılması yoluna başvurulmak istenilmesi şeklinde açıklanmaktadır.⁷⁵³ Bu sebeptir ki mahkemelerce kanun koyucu tarafından özel denetim ilkeleri öngörülünceye dek olabildiğince sözleşme özgürlüğüne yönelik bir müdahale olmaksızın sorunların çözümü yöntemi benimsenmiştir.⁷⁵⁴ Alman Anayasa Mahkemesi ise içerik denetiminin hukuki dayanak noktasını 13.10.1993 tarihli kararında:

‘‘Dürüstlük kuralının sözleşme özgürlüğü ilkesine içkin bir sınır oluşturduğu ve sözleşmede içerik denetimi yapacak hakimin müdahalesine temel sağladığı özel hukuk öğretisi tarafından kabul edilmektedir(..). Bu çerçevede genel hükümlerin yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuk mahkemelerine düşen görev sözleşme yoluyla bir tarafın diğer tarafın iradesine tabi kılınmamasına dikkat etmektir. Taraflar eğer geçerli bir içerik hususunda anlaşmışlarsa derinlemesine bir içerik denetimine yer kalmayacaktır. Ancak sözleşmenin içeriği taraflardan birini alışılmadık ölçüde ağır bir yük altına sokuyorsa ve taraflar arasındaki menfaatler dengesi bariz bir şekilde gayrimakul ise, artık mahkemeler ‘‘sözleşme sözleşmedir.’’ tespiti ile yetinemezler. (...) Ancak sözleşme paritesinin bozulmuş olduğunun hiç dikkate alınmaması ya da dikkate alındığı halde yeterli olmayan araçlarla dengelenmeye

⁷⁵⁰ Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.154.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.143.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.262., 278.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.60.

⁷⁵¹ Cemal OĞUZ (1993), agt. s.100.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.262, 279.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.123.

⁷⁵² Bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 2014/13539, K. 2014/16751, T.18.12.2014, E.T. 09.01.2021, <https://intranet.uyap.gov.tr>.

⁷⁵³ Şüheda DALKA OKUMUŞ (2018), age. s.136.

⁷⁵⁴ Yeşim Müride ATAMER (2012), agm. s.33.

çalışılması halinde anayasal güvence altında bulunan irade serbestisi gerçekten ihlal edilmiş olacaktır.’’

şeklinde ifade etmiştir.⁷⁵⁵

İçerik denetiminde yürürlük denetiminden farklı olarak hükmün adil olup olmadığı hususu ile ilgilenilmekte ve genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilmiş olmasına karşın içerik denetiminde hükümsüz sayılabilecek olması içerik denetiminin oldukça önemli bir aşama olduğunu göstermektedir.⁷⁵⁶ İçerik denetimi ile birçok açıdan sözleşmenin zayıf tarafını olan oluşturan kişilerin menfaatlerini zedeleyen hükümler ayıklanarak genel işlem koşullarını kullanan tarafın sözleşmedeki menfaatler dengesini bozmaya çalışması taraflarca kabul edilmiş olmasına rağmen engellenmektedir.⁷⁵⁷

İçerik denetiminin TBK’de genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler getirilmeden önce doktrinde benimsendiği üzere emredici hukuk kurallarına, ahlaka, kamu düzenine, aşırı yararlanma, dürüstlük kuralı gibi Borçlar Hukukunun çeşitli ilkelerinden faydalanılmak suretiyle yapıldığı görülmektedir.⁷⁵⁸

Emredici hukuk kuralları, tarafların istek ve iradelerinin göz önünde bulundurulmadığı, aksi kararlaştırılmayan ve uyulması mutlak olan kuralları ifade etmektedir.⁷⁵⁹ TBK 27/1⁷⁶⁰ maddesi uyarınca emredici hukuk kurallarına⁷⁶¹ aykırı olarak düzenlenmiş olan sözleşmeler kesin hükümsüz olacaktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 06.06.2018 tarihli kararında bu hususa değinmiştir.⁷⁶²

⁷⁵⁵ Nilgün BAŞALP (2011), ‘‘Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler’’, *İçinde, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan*, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.233. (naklen alıntı; BVerfG 89, 214=NJW 1994, 36)

⁷⁵⁶ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.110.; Yeşim Müride ATAMER (2012), agm. s.41.

⁷⁵⁷ Deniz UĞUR KÜÇÜKGÖDE (2019), agt. s.117.; İsmail ATAMULU (2018), agm. s.113.

⁷⁵⁸ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.144.; Safa REİSOĞLU (2014), age. s.78.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.100-101.; Adem YELMEN (2014), age. s.125.; Umut YENİOCAK (2013), agm. s.77.

⁷⁵⁹ Şaban KAYIHAN ve Mustafa ÜNLÜTEPE (2018), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, s.133.; M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.86.; Kesin hükümsüzlüğün mahkeme kararı ile doğması halinin istisnai nitelikte olduğuna ve buradaki hükümsüzlük için mahkeme kararı gerekmediğine ilişkin görüş için Bkz. Şener AKYOL (2006c), age. s.163.

⁷⁶⁰ TBK m.27/f.1: ‘‘Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.’’ şeklinde hüküm içermektedir.

⁷⁶¹ Bir hükmün emredici niteliği kanunda ifade edilmiş olabileceği gibi bazen de açıkça belirtilmemiş olabilmektedir. Açıkça belirtilmeyen hallerde hükmün emredici nitelikte olup olmadığı belirlenirken kuralın ifade ediliş ve yazım şekli, dayandığı esas, hükmün konulma amacı araştırılmalıdır. Yazılış biçiminden anlaşılabilmesi halinde hukuki ilişkilerin zayıf tarafını, insan haklarını, şahsiyeti veya kamu düzenini korumak ya da ahlaki düşüncelerle düzenlenmiş olan hükümlerin emredici nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Bkz. M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.87.; Şener AKYOL (2006c), age. s.161-162.; Hüseyin HATEMİ (2011), age. s.61.

⁷⁶² ‘‘...Emredici hukuk kuralına aykırı olarak sözleşme yapılamaz ve hukuksal bir tasarrufta da bulunulamaz. Aksi takdirde, aykırı yapılan sözleşme veya tasarruf ‘‘batıl’’ olur...’’ Bkz. Yargıtay

Ahlak, belirli bir toplumda uygulanmak suretiyle zaman içerisinde yerleşerek o toplumun üyeleri tarafından benimsenen kurallar bütünüdür.⁷⁶³ Genel işlem koşullarının denetimi bakımından ahlaka aykırılık düşüncesi, tek yanlı olarak ve toplumdaki makul ve dürüst kişilerin mevcut düşünce ve davranışlarına aykırılık teşkil edecek biçimde sözleşmeye konulmuş olan bazı hükümlere dayanmakta olup Alman Hukukunda bir dönem etkin biçimde kullanılmıştır.⁷⁶⁴ Almanya’da hakim durumun kötüye kullanılmış olması ahlaka aykırılık olarak nitelendirilmekte iken, Türkiye’de ekonomik açıdan özgürlüğün hukuki işlemler vasıtasıyla yok olmasına neden olması hali ahlaka aykırı sayılmış ve İsviçre’de genel işlem koşullarının denetiminde bu kritere hiç başvurulmamıştır.⁷⁶⁵

Ahlaka aykırılık denetimi⁷⁶⁶, ahlaka aykırı olmamakla beraber yalnızca tüketici gibi birçok yönden sözleşmenin zayıf tarafını teşkil eden kişileri koruma maksadıyla yola çıkılması halinde yetersiz ve dar kapsamlı olacak olması ve yine genel işlem koşullarının içerik denetiminden daha çok söz konusu koşulların sözleşmenin zayıf tarafına dayatılarak kabul ettirilmesinde göz önünde bulundurulması sebebiyle eleştirilmiştir.⁷⁶⁷ İsviçre ve Alman öğretisinde yeterli taraftar bulamadan ahlaka aykırılık görüşü terk edilmiştir.⁷⁶⁸

Ahlaka aykırılık haline ilişkin olarak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 04.03.2019 tarihli bir kararında taraflar arasında düzenlenen ve sözleşmeye konulan rekabet etmemeye dayalı taahhüt ve buna bağlı cezai şart hükümlerinin sözleşme özgürlüğü çerçevesinde serbest rekabet yasağı niteliğinde olduğuna hükmetmiştir.⁷⁶⁹

Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/15-248, K. 2018/1175, T.06.06.2018, E.T. 27.12.2020, <https://intranet.uyap.gov.tr>.

⁷⁶³ Adnan GÜRİZ (2020), *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitabevi, 15. Baskı, Ankara, s.13.

⁷⁶⁴ Hüseyin HATEMİ (1976), *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK m.65 Kuralı)*, Gözden Geçirilmiş Doçentlik Tezi, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, s.64, 84.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.108.

⁷⁶⁵ Arif B. KOCAMAN (2003), agm. s.1106-1107.

⁷⁶⁶ Atamer, ahlaka aykırılık sınırlamasının emniyet supabı niteliğini taşımakla birlikte ahlak anlayışından sapan her sözleşmenin denetlenmesinin söz konusu olmadığını yalnızca asgari düzeyde etik bir standardın korunmasının amaçlandığını belirtmiştir. Bkz. Yeşim ATAMER (2001b), age. s.151-152.

⁷⁶⁷ Arif B. KOCAMAN (2003), agm. s.1106-1107.; Tamer İNAL (2018), age. s.98.

⁷⁶⁸ Mehmet BAHTİYAR (2008), agm. s.115.; Nihat YAVUZ (2012), age. s.41.

⁷⁶⁹ ‘...Davacı vekili, taraflar arasında akdedilen sözleşme uyarınca davalının kendi adına tescilli aracı ile müvekkili namına İstanbul ilinden Kocaeli Üniversitesine öğrenci taşıma servis işini üstlendiğini, sözleşmenin 20/09/2010-20/06/2011 tarihlerini kapsayacak şekilde yapıldığını ve eğitim döneminin bitmesi ile sözleşme yenilenmediği sona ereceğinin kararlaştırıldığını, eğitim döneminin bitmesi ile sözleşmenin yenilenmediğini, ayrıca sözleşmede açıkça sözleşmenin feshinden itibaren bireysel taşımacılığın 1 yıl süre ile yasaklandığını, aksi halde 50.000,00 TL cezai şart ödeneceğinin kabul edildiğini, ancak davalının sözleşmenin bitiminden sonra müvekkilinden bağımsız olarak Kocaeli Üniversitesine öğrenci taşımaya devam ettiğini, bunun üzerine cezai şart alacağının tahsili amacıyla

başlatılan icra takibinin davalının haksız itirazı ile durduğunu ileri sürerek itirazın iptali ile takibin devamına ve %20'den az olmamak üzere icra inkar tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davacının sözleşme uyarınca edimlerini yerine getirmediğini, müvekkiline eksik ödeme yapılmasına rağmen müvekkilinin hizmet vermeye devam ettiğini, alacağın tahsili amacıyla davacı hakkında icra takibi başlatıldığını, kendi edimlerini yerine getirmeyen davacının cezai şart talep etme hakkı bulunmadığını, ayrıca sözleşmede ücret dahi belirlenmemişken sözleşmedeki cezai şartın tek taraflı ve fahiş olduğunu, davacının cezai şartla ilişkin bu madde ile müvekkili dışında davacı ile çalışan bir çok şoförü mağdur ettiğini, müvekkilinin esnaf olması ve sözleşmedeki zayıf unsur olması nedeniyle bu maddenin geçersiz olduğunu, genel işlem şartı niteliğinde olduğunu, Anayasa'nın 48 ve devamı maddelerinde düzenlenen çalışma hürriyetine de aykırı olduğunu, ayrıca İstanbul'dan Kocaeli'ne taşıma işinin ihale ile davacıya verilmiş bir tekel hakkı olmadığını, benzer işi bir çok şirketin yapmakta olduğunu, müvekkilinin benzer işi davacı ile çalışmadan önce de gerçekleştirmekte olduğunu savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece, iddia, savunma, toplanan deliller ve tüm dosya kapsamına göre; "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 'Çalışma ve Sözleşme Hürriyet' başlığı altında düzenlenen 48. maddesi uyarınca herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu, mülga 818 sayılı BK'nin 19. maddesi uyarınca sözleşmelerin konusunun, kanunun gösterdiği sınırlar dairesinde, serbestçe tayin olunabileceği, kanunun kat'i surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet, ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları sözleşmelerin geçerli olacağı(6098 sayılı TBK m.26), 20.maddeye göre ise sözleşmenin konusunun gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olması halinde geçersiz olacağı, (TBK m.27), benzer bir geçersizlik halinin de, aynı Yasanın 161. (TBK 182) maddesinde cezai şartlara ilişkin olarak da öngörülmüş olduğu, bunun yanında TMK'nin 23/2. maddesi uyarınca kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağı, dolayısıyla hukuk sistemimizde sözleşme serbestisi ilkesi yanı sıra bu özgürlüğün sınırlarının da belirlenmiş durumda olduğu, sözleşmenin geçerlilik koşullarından "hukuka uygun olma" koşuluna, "rekabeti sınırlandırıcı anlaşmaların" örnek verilebileceği, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun; rekabetin sınırlandırılmasını, hakim durumun kötüye kullanılmasını ve rekabeti sınırlandırıcı anlaşmaları yasaklamış olduğu (md. 65). sözleşmenin bu haliyle bir yıllık bir süre için dahi olsa gelecek taşıma dönemlerindeki ihalelerde davacı taşıyıcının serbest piyasa koşulları içinde kendisine rakip olmasını engellemeye yönelik bir düzenleme olduğu, sözleşmenin bu haliyle taşıma piyasasının belirli bir bölgede parsellenmesi sonucunu doğuracak şekilde davalı tarafın çalışma ve sözleşme hürriyetini ortadan kaldıran bir "kelepçeleme" düzenlemesi olduğu, yapılan işin niteliği gereği davacının ticari sırrı olarak vasıflandırılabilir bir durumun da bulunmadığı, sözleşmenin anılan hükmünün haksız rekabeti önlemeye yönelik bir düzenleme olarak kabulünün mümkün bulunmadığı, dolayısıyla taraflar arasındaki taşıma sözleşmesinde düzenlenen cezai şart hükmünün geçersiz sayılması gerektiği, dolayısıyla davacının davasında haklı olmadığı, bunun yanında davacı icra takibi başlatmakta haksız ise de kötü niyetli olduğu ispat edilemediğinden davalının tazminat talebinde haklı görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, karara karşı istinaf başvurusunda bulunulması üzerine Bölge Adliye Mahkemesi tarafından davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiş, karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir...TBK m.26/1 (eBK m.19/1) maddesindeki " Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler" hükmü uyarınca, özel hukuk ilişkilerinde taraflar arasında asıl olan, kanunun yasakladığı ve sınırladığı haller dışında tarafların sözleşme ilişkisinin koşullarını serbestçe belirlemeleridir. TBK 27.maddesi uyarınca, ekonomik özgürlüğü ve çalışma haklarını, kanuna, kamu düzenine, kişilik haklarına, ahlak ve adaba aykırı şekilde kısıtlayan veya ifası imkânsız edim içeren sözleşmeler "kesin hükümsüzlük" hukuki yaptırımına tabidir. Ancak, öğretide, Kelepçeleme Sözleşmeleri (Knebelungs Vertreage / Oppressive Contract) olarak da adlandırılan sözleşme hükmünün geçersiz sayılabilmesi için, söz konusu sözleşme hükmü ile üstlenilen belirli ticari faaliyetleri yapma veya yapmama yükümlülüklerinin içerik, coğrafi alan veya süre itibarıyla, ekonomik özgürlüğü veya varlığı aşırı derecede tehlikeye sokacak, bir nevi sözleşmenin diğer tarafına bağımlı kılacak ve izaç edecek nitelikte olması gerekir (Akın Ünal, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.120 vd.). Bir sözleşme hükmünün bu nitelikte olup olmadığının ise her somut olayın özelliğine ve şartlarına göre mahkemece ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Somut olayda, davalının, daha önce ticari faaliyet yürütmediği ve ilk defa davacı vasıtasıyla ve onun adına yolcu taşıma ticari faaliyetine başladığı bir güzergahta, aralarındaki yolcu taşıma (hizmet sunma) ilişkisinin sona ermesinden sonra, sadece Sözleşmeye konu güzergahta ve 1 yıl süreyle yolcu taşımayacağına ilişkin rekabet yasağı taahhüdünün, Sözleşmenin tipi, coğrafi alan, süre ve içerik itibarıyla "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı" olduğundan söz edilemeyeceği, Anayasal Çalışma Özgürlüğünün ihlali anlamına da gelmeyeceği, zira

Kamu düzeni, sınırlı belirsiz ve yazılı olmayan bir kavram olmakla birlikte anayasal düzeni ve toplum menfaatlerini korumayı amaçlayan kurallar bütünüdür. ⁷⁷⁰ Kamu düzeninden ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışmalı olup iki görüş bulunmaktadır. ⁷⁷¹ Birinci görüş ⁷⁷², kamu düzeni kavramını hukuka aykırılık altında ele almakta, hükümlerin emredici nitelikte olup olmadığı hususunu belirleme bakımından yorum yardımcısı şeklinde görmekte ve tek başına sözleşme içeriğinin sınırını belirlemede kamu düzenine aykırılık kriterine başvurulamayacağını belirtmektedir. Diğer görüş ⁷⁷³ ise, kamu düzeni kavramı bağımsız bir denetim

davalının dava konusu sözleşme ile davacıya bağımlı ve mutlaka o güzergahta çalışmasının zorunlu hale gelmediği bu nedenle davalının ekonomik özgürlüğünü ve varlığını tehlikeye düşürmeyeceği, konunun 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleriyle de hiçbir alakasının olmadığı halde ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde serbest rekabet yasağı niteliğinde olduğu halde, mahkeme hatalı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş ve hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.” Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2017/5343, K. 2019/1793, T.04.03.2019, E.T. 27.12.2020, <https://intranet.uyap.gov.tr>.

⁷⁷⁰ Turhan ESENER (2015), age. s.22.

⁷⁷¹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi kamu düzeni ile ilgili olarak şu ifadelerle yer vermiştir: “ Türk kamu düzeninin ihlâlini gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlâli halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlâli halinde veya her emredici hükmü ihlâl eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyi niyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir. İç hukukta kamu düzeninin, tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir...” şeklinde ifade edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.12.1990 gün ve 1990/3-527, 1990/627 sayılı kararında bir kuralın kamu düzeni ile ilgisinin ülkenin sosyal, ekonomik, ekinsel (kültürel) ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmesi gerektiği; sözü edilen gerçeklerin, kuralın vazgeçilmezliğini, toplumsal yararını ortaya koyması durumunda kuralın kamu düzeni ile ilgisinin mevcut olduğu ifade edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.11.1973 gün ve 609/959 sayılı kararında ise “Kamu düzeni kavramı, benzer yönler olmakla beraber her ülkenin, o ülkenin kendisine özgü tarihsel, sosyal, ekonomik ve diğer koşulların oluşturduğu özel bir anlam taşır” hükmüne yer verilmiştir. Kamu düzeni, öğretide kamu yararı düşüncesi ile konulmuş özel hukuk düzeni olarak kabul edilmektedir. Kamu düzeni, toplum içinde yaşayan fertlerin kamu yararına olarak uymak zorunda oldukları kuralların bütün olup, bu kuralların borç ilişkisi bakımından özelliği, kişisel iradeleri sınırlandırmış bulunmasında gözükmektedir (Esener Turhan, Borçlar Hukuku, 1, Ank. 1969, sh. 203). Bir başka deyişle; genellikle devletin yararına konulmuş bulunmaları nedeniyle bu kurallar tarafların iradelerine karşı korunmaktadır. Yukarıdaki görüşler birleştirilip incelendiğinde şu sonuca varılabilir: Bir kuralın kamu düzeni ile ilgisi, ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmelidir. Diğer bir deyimle, sözü edilen gerçekler kuralın vazgeçilmezliğini; toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni ile ilgisi kabul edilmelidir. Bilimsel içtihatlarda kamu düzeninin zamana ve mekâna göre değişiklik gösterdiği kabul edilmekte devletlerin vazgeçemeyeceği temel ilkelerde kamu düzenine ilişkin olarak değerlendirme yapıldığı anlaşılmaktadır. Özel hukukta kamu nitelikli kurallar genellikle aile, miras ve eşya hukukunda yer almakta ayrıca, Gümrük Kanunları, Vergiye İlişkin Mevzuat, Nesebe İlişkin Mevzuat vb. Türk Hukuku açısından kamu düzeninden sayıldığından devletin müdahalesine açık olarak değerlendirilmektedir.” Bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E. 2019/1234, K. 2019/3335, T.11.07.2019, E.T. 27.12.2020, <https://intranet.uyap.gov.tr>.

⁷⁷² Yeşim ATAMER (2001b), age. s.183-184.

⁷⁷³ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.184.

fonksiyonuna sahip olup sözleşme içeriğinin kanun hükmünü ihlal etmeyecek derecede ancak hukuk düzenine ilişkin ilkelere aykırı olması halinde denetime tabi tutulacağını belirtmiştir.

Genel işlem koşullarının kamu düzenine aykırı hükümler içeriyor olması halinde ise, TBK 27/1 maddesi gereği kesin hükümsüz olacaktır.

Aşırı yararlanma eski kanundaki ifadesi ile gabin TBK'nin 28. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu madde metni:

“Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.”

şeklindedir. Genel işlem koşulları bakımından ise tek yanlı şekilde önceden belirlenmiş olan sözleşme koşulları sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık orantısızlık bulunmasına ilişkin aşırı yararlanmanın objektif unsurunu oluşturmakta sözleşmenin zayıf tarafının yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olmaması ve psikolojik baskı altında sözleşme koşullarını kabul etmesi ise tecrübesizliğe ilişkin aşırı yararlanmanın subjektif şartını oluşturmaktadır.⁷⁷⁴ Aşırı yararlanmaya ilişkin olarak bir görüş⁷⁷⁵, edimler arasındaki orantısızlığın genel işlem koşullarının denetiminde göz önünde bulundurulduğunu fakat bedeller arasındaki orantısızlığın denetlenmediğinden bahisle aşırı yararlanma açısından bedeller arasındaki orantısızlığın incelemeye konu olabileceğini belirtmekte; diğer görüş⁷⁷⁶ ise, genel işlem koşullarının denetimi bakımından kalıcı bir çözümün aşırı yararlanma kriteri üzerinden oluşturulmasının mümkün olmadığını belirtmektedir.

Hukukumuzda gelinen noktaya bakıldığında TBK m.25 gereği karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştıracak derecede dürüstlük kuralına aykırı olma kriterinin benimsendiği görülmektedir.⁷⁷⁷ Borçlar hukukuna ilişkin genel hükümlerin ise ilgili sözleşme türleri için konulan yedek hukuk kuralları bir tarafa tüm sözleşme

⁷⁷⁴ Galip Sermet AKMAN (1979), agm. s.41.; Tamer İNAL (2018), age. s.100-101.

⁷⁷⁵ Deniz UĞUR KÜÇÜKGÖDE (2019), agt. s.141.

⁷⁷⁶ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.167.

⁷⁷⁷ Aydın ZEVLİLER, Ayşe HAVUTÇU, Şeref ERTAŞ, Murat AYDOĞDU ve Emre CUMALIOĞLU (2013), age. s.143.; Tamer İNAL (2018), age. s.103.; Safa REİSOĞLU (2014), age. s.78.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.115.; Mehmet BAHTİYAR (2008), agm. s.117.; Adem YELMEN (2014), age. s.125-126.

türleri bakımından geçerli olduğundan bahisle içerik denetiminde yararlanılması gerektiği belirtilmektedir.⁷⁷⁸ Bu noktada TBK'nin 27. ve 28. maddelerinin tüm sözleşme hükümleri bakımından geçerli olduğu göz önünde bulundurulduğunda genel işlem koşullarının içerik denetiminde söz konusu maddeler ve dahası Borçlar Hukukunun temel ilkeleri de göz önünde bulundurulacaktır.⁷⁷⁹ Genel işlem koşullarına ilişkin içerik denetiminin TBK'nin 26. ve 27. maddeleri ile TMK'nin 23. maddesi uyarınca kamu düzenine, hukuka, ahlaka, kişilik haklarına aykırılık gibi genel hükümler doğrultusunda yapılması halinde bu denetim ‘*genel ya da klasik denetim*’ olarak isimlendirilecektir.⁷⁸⁰ Genel işlem koşullarına ilişkin içerik denetiminin genel hükümleri aşar şekilde daha modern ve ileri düzeyde olması halinde ise bu denetim ‘*özel denetim, açık içerik denetimi, özel açık içerik denetimi ya da doğrudan denetim*’ olarak isimlendirilecektir.⁷⁸¹

2.8.5.2 İçerik Denetimi Kriteri: Karşı Taraf Aleyhine ya da Karşı Tarafın Durumunu Ağırlaştırarak Derecede Dürüstlük Kuralına Aykırı Olma

TBK m.25'te: ‘*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*’ denilmek suretiyle içerik denetiminde kanun koyucu tarafından karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştıracak derecede dürüstlük kuralına aykırı olma hususunun kriter olarak benimsendiği görülmektedir.

İçerik denetimine ilişkin TBK hükmü doktrinde pek çok açıdan eleştirilmiştir. Öncelikle mehz teşkil eden Alman Kanununda⁷⁸² ölçüsüz (önemli, ağır) düzeyde zarar vermeden bahsedilmiş olması, 6502 sayılı TKHK'de⁷⁸³ iyi niyet kurallarına

⁷⁷⁸ Yeşim Mürde ATAMER (2012), agm. s.45.

⁷⁷⁹ Renan BAYKAN (2005), agm. s.220 vd.

⁷⁸⁰ Fikret EREN (2020), age. s.241.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.262.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.123. Oğuzman, ahlaka ya da kişilik haklarına aykırılık teşkil eden genel işlem koşulları bakımından genel işlem koşullarına özgü hükümler doğrultusunda denetim yapılmasına gerek olmadığı, TBK m.27 uyarınca geçersiz sayılmasının yeterli olduğunu ifade etmektedir. Bkz. M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.176. Benzer yönde görüş için bkz. Fikret EREN (2020), age. s.241.

⁷⁸¹ Aydoğdu, açık içerik denetimini de kendi içerisinde basit içerik denetimi ile kuvvetlendirilmiş içerik denetimi şeklinde ikili ayrıma tabi tutmuştur. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.262.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.123.

⁷⁸² BGB 307/1 hükmünde: ‘*Genel işlem koşulları içerisinde yer alan ve karşı tarafın dürüstlük kuralına karşı düşecek ölçüsüz (önemli, ağır) düzeyde zarar veren hükümler geçersizdir.*’ denilmektedir. Bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.266-267.

⁷⁸³ TKHK m.5/f.1: ‘*Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.*’ denilmektedir.

aykırı düşecek şekilde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olmadan söz edilmiş olması, 93/13 sayılı Yönergede önemli ve haksız bir orantısızlıktan söz edilmesine karşın TBK’de karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştıracak derecede dürüstlük kuralına aykırı olma kriterinden söz edilmesi eleştirilere neden olmuştur.⁷⁸⁴ Birinci görüş⁷⁸⁵, hukukumuzda da yorum yoluyla 93/13 sayılı Yönergede ve Alman hukukunda olduğu gibi önemli dengesizlik kriterinin aranması gerekliliğini, tüketici sözleşmeleri açısından ise önemli ölçüde olma kriterinin aranması gerekliliğini ileri sürülmektedir. İkinci görüş⁷⁸⁶, TBK m.25 hükmünde kural içi boşluğun söz konusu olduğu ve söz konusu boşluğun TTK m.55/1-f’de öngörülen önemli ölçü kriteri ile doldurulması gerekliliğini ileri sürmektedir.⁷⁸⁷ Bu görüş, TBK m.25 hükmünün:

‘‘Genel işlem koşullarına, dürüstlük kuralına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz. Örneğin

1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya

2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımı öngören, önceden yazılmış genel işlem şartları kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.’’

şeklinde olması gerektiğini ifade etmektedir.⁷⁸⁸ Üçüncü görüş⁷⁸⁹ ise, TBK m.25 hükmünde belirtilen ‘‘veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte’’ ibaresinin gereksiz olduğunu belirtmekle birlikte ‘‘önemli düzeyde olma ya da ölçüsüz olma’’ kriterine kanun koyucu tarafından bilinçli şekilde yer verilmediğini ve bu sebeple ilk iki görüşe katılmanın mümkün olmadığını ifade etmektedir. Yine üçüncü görüş, haksız rekabete ilişkin TTK m.55/1-f’de öngörülen önemli ölçü kriterinin uygulama alanının farklı olması, en başta bu şekilde ağır kriterlerin uygulanmasının kuralın uygulanmasını

⁷⁸⁴ Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.170-171.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.266-267.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.123.

⁷⁸⁵ Yeşim Mürde ATAMER (2012), agm. s.50.

⁷⁸⁶ O. Gökhan ANTALYA ve E. Doğa DOĞANCI (2018), agm. s.835.; Ramazan AYDIN (2016), agm. s.106.; O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.516.

⁷⁸⁷ Genel işlem koşullarının düzenlendiği TBK hükümlerine göre TTK m.55/f hükümleri özel hüküm niteliğine haiz olup öncelikli olarak uygulanacaktır. M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.171.; Atamer, bir kredi kurumu tarafından sunulan kredi kartının kötüye kullanılması durumunda sorumluluğun müşteriye ait olacağına ilişkin genel işlem koşullarından oluşan sözleşme hükmünün, rizikonun kredi kartının kötüye kullanılması halinde üye işyerini bizzat denetleme ve zararı sigortalama olanağına sahip olan kredi kuruluşuna yüklenmesinin daha doğru ve adil olacağından bahisle söz konusu sözleşme hükmünü geçersiz sayan Alman Federal Mahkemesi kararını örnek vererek önemli ölçüde dengesizliğin özellikle rizikonun büyük ölçüde taraflardan birine ya da tamamen birine verilmesi şeklinde olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Yeşim Mürde ATAMER (2012), agm. s.52.

⁷⁸⁸ Agm. s.43-44.

⁷⁸⁹ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.268.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.124-125.

güçleştireceğinden bahisle TBK bakımından bu kriterin baz alınmasının yerinde olmadığını belirtmektedir.⁷⁹⁰

Hukukun evrensel ilkelerinden olan dürüstlük kuralı ve onun tamamlayıcısı niteliğinde hakkın kötüye kullanılması yasağı hukukun her alanında kendisini gösterdiği gibi⁷⁹¹ genel işlem koşullarının içerik denetiminde de özel bir uygulama alanına sahip olmaktadır.⁷⁹² Dürüstlük kuralı TMK'nin 2. maddesinde: “ *Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*” şeklinde düzenlenmiş olup kişinin toplumdaki değer yargıları ve ahlaki ölçüler doğrultusunda dürüst bir insan şeklinde davranması anlamına gelmektedir.⁷⁹³ Hukukumuzda hakkın açıkça kötüye kullanılması durumunda evleviyetle dürüstlük kuralına da aykırılığın olduğu kabul edilmektedir.⁷⁹⁴

Doktrinde dürüstlük kuralına aykırılığa ilişkin olarak bir görüş⁷⁹⁵, içerik denetimine ilişkin TBK hükmünde belirtilmemesi nedeniyle “açıkça aykırılık” olmasına gerek olmadığını, dürüstlük kuralı açısından karşı taraf aleyhine dengesizliğe neden olup olmadığı hususunun araştırılması gerektiğini belirtmektedir. Diğer görüş⁷⁹⁶ ise, genel kural olan TMK m.2’de dürüstlük kuralı ve yaptırımının açık şekilde düzenlenmiş olması sebebiyle gerek TBK’de gerekse TKHK’de düzenlemeye ihtiyaç duyulmadığını, bu sebeple içerik denetimine ilişkin TBK hükmünde belirtilmese de genel işlem koşulları bakımından dürüstlük kuralına aykırılık hususu belirlenirken “açıkça” ihlale yol açıp açmadığı hususunun belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Doktrinde esas kriterin genel işlem koşulları içeren sözleşme hükümlerinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek şekilde karşı taraf aleyhine⁷⁹⁷ dengesizliğe başka bir deyişle oransızlığa sebep olma olduğu belirtilmektedir.⁷⁹⁸ Dürüstlük kuralına

⁷⁹⁰ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.269.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.124-125.

⁷⁹¹ Nami BARLAS (1977), “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi”, *İHFM*, C.55, S.3, s.191.

⁷⁹² Ahmet M. KILIÇOĞLU (2018a), age. s.181.; Mehmet AKÇAAL (2014), agm., s.62.

⁷⁹³ Özgür KARADAĞ (2015), age. s.64.

⁷⁹⁴ Şener AKYOL (2006b), age. s.23.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.274.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.128.

⁷⁹⁵ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.272.

⁷⁹⁶ O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.515.

⁷⁹⁷ Sözleşmenin karşı tarafının malvarlığı ya da şahıs varlığında kendi iradesinden bağımsız olarak meydana gelen her çeşit olumsuzluk ve eksilme karşı taraf aleyhine konulan hüküm anlamı taşımaktadır. Fikret EREN (2020), age. s.243.

⁷⁹⁸ Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.154.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.266.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.123.; Adem YELMEN (2014), age. s.123-124.; İçerik denetimi bakımından dürüstlük

aykırılık teşkil edecek biçimde oransızlığın meydana gelip gelmediği hususunda: doktrinde bir görüş⁷⁹⁹, objektif ve soyut ölçütler yerine somut ölçütlerin göz önünde bulundurulması gerektiğini ve sözleşme ile taraflara tanınan hak ve yükümlülüklerin dürüstlük kurallarına ilişkin kriterler baz alınarak karşılaştırılması gerektiği ifade etmektedir. Doktrinde ikinci görüş⁸⁰⁰, genel işlem koşullarının nitelik ve özellikleri itibariyle sağladığı yarar ve koruma, sözleşme ile kararlaştırılan edim yükümlülükleri ve diğer yükümlülükler ile bunlardan doğan riziko ve zarar dağılımı, sözleşme hükümleri, sözleşme yapılmasına etki eden koşullar, tarafların kişilikleri ve diğer durumların dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Doktrinde üçüncü görüş⁸⁰¹ ise, Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik hükümlerinin dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir.

Madde metninin lafzından hareketle karşı taraf aleyhine olmayan genel işlem koşulları bakımından içerik denetimi yapılamayacağı söylenebilir.⁸⁰²

2.8.5.3 Tek Yanlı Şekilde Değiştirme Yasağı

Değiştirme yasağı TBK m.24'te düzenlenmiş olup söz konusu hükümde:

“Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.”

denilmektedir. Bu kapsamda değiştirme yasağı sözleşme serbestisinin istisnasını oluşturmaktadır.⁸⁰³ Madde gerekçesine⁸⁰⁴ bakıldığında ise, değiştirme yasağının

kuralına aykırı olma koşulunun genel şartı, karşı taraf aleyhine olma koşulunun ise özel şartı oluşturduğuna ilişkin görüş için bkz. Fikret EREN (2020), age. s.245.

⁷⁹⁹ Özgür KARADAĞ (2015), age. s.66.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.269.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.125.; Yeşim Müride ATAMER (2012), agm. s.50 vd.; Fikret EREN (2020), age. s.246.; Somut olayın özelliklerinin dikkate alınmaması gerektiğine ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz. Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.172.

⁸⁰⁰ O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.513-514.

⁸⁰¹ Yeşim Müride ATAMER (2012), agm. s.53.

⁸⁰² Aydoğdu, kanun koyucunun bu şekilde düzenleme yapmış olmasının altında kendi aleyhine olan hususları genel işlem koşullarını kullanan tarafın zaten sözleşme içerisine dahil etmeyeceği düşüncesinin yattığını ifade etmektedir. Bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.279.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.131.

⁸⁰³ Muzaffer ŞEKER (2016), “6098 Sayılı Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Değiştirme Yasağı Başlıklı 24. Maddenin Değerlendirilmesi ve Kaldırılma İmkânı”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C.15, S.29, s.384-385.; Tek yanlı şekilde değiştirme yasağına ilişkin TBK m.24 hükmünün, TBK m.21’de öngörülen yazılmamış sayılma yaptırımının özel görünümü olduğuna ilişkin görüş için bkz. M. Kemal OGUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.177.

⁸⁰⁴ TBK m.24 gerekçesi: “ 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda yer verilmeyen, “IV. Değiştirme yasağı” kenar başlıklı yeni bir maddedir. Tasarının tek fıkradan oluşan 24’üncü maddesinde, genel işlem koşullarını değiştirme yasağı düzenlenmektedir. Maddede, tip sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer

yaptırımını madde metninin aksine kesin hükümsüzlük olarak belirtilmiştir. Bu açıdan değiştirme yasağına ilişkin madde metni ile gerekçenin çelişki yarattığı görülmektedir.

İçerik denetimine ilişkin TBK m.25 hükmünde olduğu gibi değiştirme yasağına ilişkin TBK m.24 hükmü de doktrinde pek çok açıdan eleştirilmiştir.

Oğuz, değiştirme yasağına ilişkin kayıtlarla ilgili olarak söz konusu kayıtların ilişkilendirme anlaşması dışarısında kaldığından bahisle hüküm ifade etmeyeceğini belirtmektedir.⁸⁰⁵

Atamer, tarafların sıfatlarına bakılmaksızın genel nitelikte hüküm olması sebebiyle uygulanacak olan TBK m.24 hükmünün, değişen koşullara göre uyarlama ihtiyacının mevcut olması ve esas olarak sürekli edimli sözleşmelerde haklı sebebin var olması durumunda değişiklik yapılmasının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyeceğine ilişkin Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliği ile çelişki oluşturduğunu ifade etmektedir.⁸⁰⁶

Aydoğdu, Alman hukukunda olduğu gibi hukukumuzda da değiştirme yasağının içerik denetiminin mutlak yasağı kapsamında yer alması sonucuna varılabilecek olduğunu ya da TBK m.25 hükmüne eklenecek fıkra ile söz konusu madde içerisinde düzenlenerek sorunun giderilmesi yoluna gidilebileceğini belirterek, her ne kadar TBK m.24 hükmünde değiştirme yasağına ilişkin koşullar için yazılmamış sayılma yaptırımını öngörülmüşse de söz konusu kayıtları içeren

alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme yapma yetkisi veren kayıtlara yer verilemeyeceği belirtilmektedir. Bir tip sözleşmede veya aynı bir sözleşmede yer verilen bu tür kayıtlar, Tasarının 27'nci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlı olacaktır. Başka bir ifadeyle, burada aynı fıkranın ikinci cümlesinin uygulanması söz konusu değildir. Genel işlem koşullarının, düzenleyen tarafından tek yanlı ve önceden hazırlanmış olması, bunların Tasarının 21'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca sözleşmenin kapsamına girmesi, bu sözleşmenin düzenleyen tarafından tek yanlı olarak değiştirebileceği anlamına gelmez. Ancak, uygulamada genel işlem koşulları içinde, bu koşulların tamamının veya bir kısmının değiştirilmesi konusunda düzenleyene yetki verildiği görülmektedir. Maddede, kendisinde böyle bir yetkiyi saklı tutmuş olsa bile, düzenleyenin bu yetkisine dayanarak, sözleşmeyi tek yanlı, yani dilediği gibi değiştirme ya da yeni düzenleme yapma yolu kapatılmış ve bu tür kayıtların yazılmamış sayılacağı öngörülmüştür. Bu tür düzenlemeler de, Hukukumuzda yabancı değildir. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6 ve 6/A maddelerinde de sözleşmedeki haksız şartlara ilişkin düzenlemeyle tüketicileri koruyucu nitelikte benzer hükümlere yer verilmiştir. Aynı Kanunun tüketici kredisine ilişkin 10'uncu maddesinde, sözleşmede öngörülen kredi koşullarının sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değiştirilemeyeceği öngörülmüştür. Uygulamada, hemen hemen bütün tip sözleşmelerde, düzenleyenlere, böyle bir yetkinin verilmiş olduğu ve uyumsuzluk hâlinde bu düzenlemelere geçerlilik tanındığı göz önünde tutulduğunda, bu madde hükmünün önemi kendiliğinden anlaşılır. Maddede söz konusu edilen kayıtlar, sadece düzenleyen lehine, diğer taraf aleyhine olan değişiklik ya da yeni düzenleme yapma yetkisi veren genel işlem koşullarına ilişkindir. Buna karşılık, diğer taraf lehine yapılacak değişikliklerin ya da yeni düzenlemelerin geçerli olduğu konusunda duraksama yoktur.” şeklinde.

⁸⁰⁵ Cemal OĞUZ (1993), agt. s.112.

⁸⁰⁶ Yeşim Müride ATAMER (2012), agm. s.60-61.

sözleşmelere TBK m.27/f.2/c.1 bağlamında kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.⁸⁰⁷

Şeker, sözleşmede yer alan yeni düzenlemeler yapma ya da sözleşmeyi değiştirmeye ilişkin yetkilerin şaşırtıcı koşul niteliğinde olması ve bu kayıtların TBK m.21 gerekçesinde belirtildiği üzere genel işlem koşulu niteliğinde kabul edilmesi sebebiyle TBK m.21/2 hükmünün değiştirme yasağını da içerir şekilde düzenlenmiş olması karşısında TBK m.24 hükmünün gereksiz olduğunu ve tamamen iptal edilebileceğini ifade etmektedir.⁸⁰⁸

Havutçu, değiştirme yasağına ilişkin koşulların sözleşmenin karşı tarafını açık şekilde mağdur ettiğini, bu sebeple söz konusu hüküm bulunmasa da bu koşulların TBK m.25 bağlamında içerik denetimine tabi tutularak geçersiz sayılacağını belirterek mevcut durumda TBK m.25 çerçevesinde değerlendirilmeye gerek olmaksızın söz konusu hükümlerin geçersiz olacağını ifade etmektedir.⁸⁰⁹

Altop, değiştirme yasağına ilişkin koşulların geçersiz olduğunun kabul edilmesini doğru bulmakla birlikte değiştirme yasağının TBK m.25 çerçevesindeki içerik denetiminin somut uygulama şekli olduğundan bahisle örnek mahiyetinde TBK m.25'te yer bulması gerektiğini ifade etmektedir.⁸¹⁰

Akçaal, değiştirme yasağının, yürürlük denetiminin hukuki sonucu olan yazılmamış sayılma yaptırımına tabi tutulmasını eleştirerek değiştirme yasağına ilişkin yaptırımın TBK m.27 gereği kesin hükümsüzlük olması gerektiğini ifade etmektedir.⁸¹¹

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, konuyla ilgili olarak 16.12.2019 tarihinde:

“... Genel işlem koşulları, taraflar arasında bozulan menfaat dengesini tekrar kurmayı ve sözleşme adaletini sağlamayı, denetim yolu ile gerçekleştirir. Bu denetimler, kapsam denetimi (TBK m. 21/1), şaşırtıcı genel işlem koşulu denetimi (TBK m. 21/2), yorum denetimi (TBK m. 23), değiştirme ve yeni düzenleme yapma yasağı denetimi (TBK m. 24) ile içerik denetimi (TBK m. 25) diye sıralanabilir. Yine genel işlem koşulları içinde öngörülmüş bu denetimler farklı yaptırımlara

⁸⁰⁷ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.248, 250. Aynı yönde görüş için bkz. Adem YELMEN (2015), agm. s.373.

⁸⁰⁸ Muzaffer ŞEKER (2016), agm. s.389.

⁸⁰⁹ Ayşe HAVUTÇU (2011), ‘‘6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi’’, *İzmir Barosu Dergisi*, S.2, s.45.

⁸¹⁰ Atilla ALTOP (2012), agm. s.43.; Değiştirme yasağına ilişkin TBK m.24 hükmünün, TBK m.25 çerçevesinde içerik denetiminin özel ve mutlak uygulama şekli olduğuna ilişkin benzer görüş için bkz. O. Gökhan ANTALYA (2019a), age. s.510.

⁸¹¹ Mehmet AKÇAAL (2014), agm., s.60-61. Aynı yönde görüş için bkz. Pakize Ezgi AKBULUT (2016), age. s.403.

bağlanmıştır. Kapsam, şartıcı genel işlem koşulları, değiştirme ve yeni düzenleme yapma yasağı denetiminin yaptırımı yazılmamış sayılma, yorum denetiminin muayyidesi aleyhe yorum, içerik denetiminin yaptırımı ise kısmi hükümsüzlüktür. Kapsam denetiminden (BK m. 21/1), şartıcı genel işlem koşulları denetiminden, (BK m. 21/2), değiştirme ve yeni düzenleme yapma yasağı denetiminden (BK m. 24) geçen genel işlem koşulları bu denetimleri geçemeyen genel işlem koşullarının aksine sözleşmede geçerli bir şekilde kalmaya devam eder. Ayrıca bir sözleşme düzenlemesi genel işlem koşulu olarak nitelendikten sonra, kapsam denetimi yönünden, müzakere yapıldığını ispat yükü genel işlem koşuluna dayanan tarafa geçer. Bu ispat yükü ancak sözleşme metni dışındaki unsurlarla yerine getirilebilir. Şartıcı genel işlem koşulları ile değiştirme ve yeniden düzenleme yapma yasağı denetimi dışında kalan ve denetim sonucu yazılmamış sayılarak sözleşme dışında bırakılan genel işlem koşullarının, sözleşmede meydana getirebileceği sözleşme boşluklarının hâkim tarafından doldurulması gerekmektedir.’’

şeklinde karar vermiştir.⁸¹² Verilen karardan anlaşıldığı üzere Yargıtay değiştirme yasağının yaptırımının yazılmamış sayılma olduğunu belirtmektedir.

2.8.5.4 İçerik Denetiminin Sınırı

Tüm genel işlem koşullarının içerik denetimine tabi tutulup tutulmayacağı hususu içerik denetiminin sınırına ilişkin sorunu gündeme getirmektedir. TBK’de içerik denetimi dışında tutulacak olan kayıtlara ilişkin olarak bir hüküm bulunmamaktadır.⁸¹³

Doktrinde kanun, tebliğ, yönetmelik vb. gibi kanuni düzenlemeleri olduğu gibi sözleşme içerisine aktaran genel işlem koşullarının içerik denetimi dışında kaldığı kabul edilmektedir.⁸¹⁴ Ancak bu her koşulda mutlak olarak uygulanacak bir husus olmayıp, hiçbir koşulda somut hukuki ilişkiye uygulanma imkânı olmayan kurallar bakımından kuralda sapma olduğu düşüncesiyle denetim yapma zorunluluğunu meydana getirecektir.⁸¹⁵ Atamer, bu kapsamda kanuni düzenlemeler gibi uluslararası

⁸¹² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2018/4910, K. 2019/8174, T.16.12.2019, E.T. 09.01.2021, <https://intranet.uyap.gov.tr>.

⁸¹³ 4077 sayılı mülga TKHK ile 6502 satılı TKHK’nin aksine TBK’de genel işlem koşullarının içerik denetimine ilişkin olarak hüküm bulunmaması Karadağ tarafından eleştirilmiş ve söz konusu kanunlar ile uyumluluk sağlanabilmesi açısından yasal düzenlemeler ile açık bir sınır getirilmesi gerekliliği ifade edilmiştir. Bkz. Özgür KARADAĞ (2015), age. s.67.

⁸¹⁴ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.217-218.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.150.

⁸¹⁵ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.218.; Yeşim Mürde ATAMER (2012), agm. s.54-55.

düzenlemelerin de genel işlem koşulları içermesi halinde denetime tabi olacağını ifade etmektedir.⁸¹⁶

Doktrinde genel işlem koşullarının içerik denetimi dışında kaldığı kabul edilen bir diğer husus ise, edim ve karşı edim yükümlülüklerini belirleyen genel işlem koşulu niteliğini haiz sözleşme hükümleridir.⁸¹⁷ Bu husus ile sözleşmelerin sözleşme özgürlüğü ilkesi bağlamında oluşturulması amacına hizmet edilmekte ve sözleşme içeriğinin oluşturulması ile sınırlı kalmak üzere içerik denetiminin yapılması amaçlanmaktadır.⁸¹⁸ Sözleşmelerde bulunan edim ve karşı edim dengesi; rekabet gücü, piyasa adaleti, arz ve talep konusu ile alakalı olduğundan konunun niteliği itibari ile içerik denetimi dışında kaldığı ifade edilmektedir.⁸¹⁹

2.8.5.5 İçerik Denetiminin Hukuki Sonuçları

Genel işlem koşullarının içerik denetimine ilişkin olarak TBK'nin 25. maddesinde söz konusu denetimin yaptırımı düzenlenmemiş olup bu husus madde gerekçesinde belirtilmiştir.⁸²⁰ TBK madde 25 gerekçesinde:

“Bu tür hükümlerin yaptırımı, Tasarının (TBK'nin) 27'nci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük olacaktır. Başka bir ifadeyle burada, aynı fıkranın ikinci cümlesinin uygulanması söz konusu değildir. Bu sebeple, sözleşmenin kapsamına dahil edilen hükümlerden genel işlem koşullarına konulması yasak olanlar dışındakiler, geçerliliklerini koruyacaktır. Tasarının (TBK'nin) 21'inci maddesinde genel işlem koşullarının bağlayıcılığı, bu maddede ise, söz konusu koşulların içerik denetimi düzenlenmektedir.”

denilmektedir. Madde gerekçesinde belirtildiği üzere dürüstlük kuralına aykırı olduğu içerik denetimi neticesinde belirlenen genel işlem koşullarının yaptırımı kesin hükümsüzlük(kısmi) olacaktır.⁸²¹ Yine madde gerekçesinde belirtildiği üzere, TBK

⁸¹⁶ Agm. s.55-56.

⁸¹⁷ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.220.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.67.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.149.

⁸¹⁸ Agt. s.156.

⁸¹⁹ Özgür KARADAĞ (2015), age. s.67.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.220.

⁸²⁰ Alman hukukunda (BGB §307/I, c.1) içerik denetimi yaptırımının hükümsüzlük olduğu hususunun açıkça belirtilmesi, hukukumuzda ise madde metninde açıkça belirtilmeyerek gerekçeye bırakılmış olması doktrinde eleştirilmiş ve Alman hukukunda olduğu üzere madde metninde yaptırımın düzenlenmesinin yararlı olacağı ifade edilmiştir. Bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.280.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.133-134.; Adem YELMEN (2014), age. s.157-158.; Yeşim Mürde ATAMER (2012), agm. s.61-62.; Orhan Ersun CİVAN (2015), age. s.307-308.; Akın ÜNAL ve Emre KÖROĞLU (2019), “Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetiminin Sonuçları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, dergipark.org.tr, s.528.

⁸²¹ İsmail ATAMULU (2018), agm. s.113.; Fikret EREN (2020), age. s.249.; Ramazan AYDIN (2016), agm. s.133-134.; Mustafa Alper GÜMÜŞ (2014), age. s.59.; Yeşim Mürde ATAMER (2012), agm.

m.27/f.2/c.2 uygulanmayacak ve içerik denetimi neticesinde geçersiz sayılan hükümler için genel işlem koşullarını kullanan taraf söz konusu hükümler olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak olduğunu iddia edemeyecektir.⁸²² Nitekim aksi davranışın kabulü halinde çelişkili davranış yasağı⁸²³ gündeme gelecektir.⁸²⁴ Bu kapsamda TBK m.27/f.2’de belirtilmiş olan kısmi kesin hükümsüzlük ile TBK m.25 gerekçesinde belirtilmiş olan kısmi kesin hükümsüzlük farklılık arz etmektedir.⁸²⁵ Burada öngörülen aksi ispat edilemeyecek kanuni bir varsayımdır.⁸²⁶

Aydoğdu, içerik denetiminin yaptırımı olan kısmi kesin hükümsüzlüğün Borçlar hukuku bağlamında tek taraflı kısmi hükümsüzlük olarak anlaşılmasının faydalı olacağını ve buradaki tek taraflı hükümsüzlüğün kesin hükümsüzlük (butlan) anlamında kullanılmakta olup tek taraflı bağlamazlıktan farklı olduğunu ifade etmektedir.⁸²⁷ Genel işlem koşullarındaki kısmi hükümsüzlüğün ise doktrinde söz konusu hükümlerin aleyhine düzenlenen ve uygulanan sözleşmenin karşı tarafınca öne sürülebileceği kabul edilmektedir.⁸²⁸

Genel işlem koşullarının içerik denetimi neticesinde sözleşme hükmünün hükümsüz sayılması sonucu sözleşmede boşluk oluşacak ve bu boşluğun ne şekilde doldurulacağı sorunu ile karşı karşıya kalınacaktır.⁸²⁹ Bu sorun söz konusu sözleşme

s.61.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.68.; Adem YELMEN (2014), age. s.157.; Ramazan AYDIN (2016), agm. s.113.; Mehmet AKÇAAL (2014), agm., s.62.

⁸²² Fikret EREN (2020), age. s.251.; Sanem AKSOY DURSUN (2008), *Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, On iki Levha Yayınları, İstanbul, s.184.; Burada egemen olan Roma Hukukundan bu yana uygulanan mümkün oldukça ‘‘sözleşmenin ayakta tutulması ilkesi’’dir. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.280.; Yeşim Müride ATAMER (2012), agm. s.62.; Adem YELMEN (2014), age. s.158.; Orhan Ersun CİVAN (2015), age. s.309.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.134.; Nitekim TBK m.27/f.2 hükmü emredici nitelikte olmayıp taraflarca aksi kararlaştırılabilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgür KARADAĞ (2015), age. s.68.

⁸²³ Dürüstlük kuralı ve özellikle hakkın kötüye kullanılması yasağının uzantısı olarak kendi eylemine zıt davranma yasağı olarak da bilinen ‘ ‘çelişkili davranma yasağına (venire contra factum proprium)’ ’ göre, bir kişinin önceki davranışlarının sonraki hakkın kullanılması açısından tutarlı olması gerekmektedir. Önceki davranış ile sonraki davranışın hayal kırıklığına neden olması ya da çelişmesi halinde hakkın kötüye kullanımı söz konusu olacaktır. Hakkın kötüye kullanımını ise kanun korumamaktadır. Bu kapsamda çelişkili bir davranış çelişki yasağının kurucu unsurunu teşkil etmektedir. Bkz. Şener AKYOL (2007), age. s.13 vd.; Şener AKYOL (2006b), age. s.57-58.; Şener AKYOL (2006a), agm. s.77-79.

⁸²⁴ Fikret EREN (2020), age. s.251.

⁸²⁵ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.282.; Fikret EREN (2020), age. s.251.

⁸²⁶ Aydın ZEVKLİLER, Ayşe HAVUTÇU, Şeref ERTAŞ, Murat AYDOĞDU ve Emre CUMALIOĞLU (2013), age. s.146.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.134.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.281.

⁸²⁷ Age. s.284.

⁸²⁸ Fikret EREN (2020), age. s.251.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.284.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.134-135.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.163-164.; Pakize Ezgi AKBULUT (2016), age. s.399.; Akın ÜNAL ve Emre KÖROĞLU (2019), agm. s.533.

⁸²⁹ Sanem AKSOY DURSUN (2008), age. s.184-185.; Genel işlem koşullarının içerik denetimi neticesinde hükümsüz sayılan sözleşme hükümleri her zaman sözleşmede boşluk yaratmayabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akın ÜNAL ve Emre KÖROĞLU (2019), agm. s.537.

hükümünün emredici nitelikteki düzenlemelere aykırı olup olmamasına göre farklı şekillerde giderilecektir. Hükümsüz sayılan sözleşme hükümünün emredici nitelikteki düzenlemelere aykırı olması halinde tarafların bu hususta anlaşarak başkaca bir hüküm belirlemeleri önemli olmaksızın geçersiz sayılan hükmün yerine emredici nitelikteki düzenleme alınarak söz konusu boşluk giderilecektir.⁸³⁰ Hükümsüz sayılan sözleşme hükümünün emredici nitelikteki düzenlemelere aykırı olmama halinde ise -tarafların bu hususta anlaşarak ikame hükümler belirlemesi durumunda bu hükümlerin öncelikli olarak uygulanması saklı kalmak üzere⁸³¹ - kanundaki yedek hukuk kuralı niteliğindeki düzenlemeler alınarak söz konusu boşluk giderilecektir.⁸³² Somut olarak kanun ile düzenlenmiş sözleşme tiplerinden oldukça farklı ya da kanundaki düzenlemelerden farklı şekilde sözleşme tarafları için hak ve yükümlülükler öngörülmesi halinde yedek hukuk kuralları sözleşme içeriğiyle uyuşmayacak olup bu halde sözleşmede oluşan boşluğun doldurulması hakime ait olacaktır.⁸³³ Sözleşmeye müdahale ederek sözleşmede meydana gelen boşlukları doldururken hakim dürüstlük kuralı, denkleştirici adalet, hakkaniyet, kişilik haklarının korunması, hukuk güvenliği, adil yargılanma ile yüksek mahkemeler tarafından benimsenmiş sosyal açıdan zayıf tarafın korunması gibi ilkeleri göz önünde bulundurmalıdır.⁸³⁴ Yine hakim sözleşmede meydana gelen boşluğu doldururken sözleşmenin tipik ya da atipik oluşunu⁸³⁵ ve sözleşme taraflarının varsayımsal iradelerini göz önünde bulundurarak değerlendirme

⁸³⁰ Agm. s.538.; Adem YELMEN (2014), age. s.159.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.69.; Fikret EREN (2020), age. s.251.; Orhan Ersun CİVAN (2015), age. s.325.; Emredici hukuk kurallarının tartışmasız biçimde uygulanacak olması sebebiyle bu hallerde boşluk oluşmayacağına ilişkin görüş için bkz. Sanem AKSOY DURSUN (2008), age. s.187.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.165.

⁸³¹ Özgür KARADAĞ (2015), age. s.70.; Genel işlem koşullarının içerik denetimi sonucu oluşacak boşluğa ilişkin tarafların belirlemiş oldukları ikame hükümlerin uygulanabilmesi için söz konusu hükmün tarafların menfaat dengesine uygun olması gerekmekte olup aksi durumun söz konusu olduğu hallerde ikame hüküm uygulanmayarak önce kanun hükümlerine başvurulmalıdır. Bkz. Sanem AKSOY DURSUN (2008), age. s.187-188.; Akın ÜNAL ve Emre KÖROĞLU (2019), agm. s.541.; Ramazan AYDIN (2016), agm. s.114.

⁸³² Özgür KARADAĞ (2015), age. s.70.; Orhan Ersun CİVAN (2015), age. s.327.; Sanem AKSOY DURSUN (2008), age. s.187.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.166.; Fikret EREN (2020), age. s.251.; Adem YELMEN (2014), age. s.159.; Ramazan AYDIN (2016), agm. s.114.

⁸³³ Yeşim ATAMER (2001b), age. s.228-229.; Orhan Ersun CİVAN (2015), age. s.328.; Sanem AKSOY DURSUN (2008), age. s.189.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.166-167.; Fikret EREN (2020), age. s.252.; Adem YELMEN (2014), age. s.159.; Akın ÜNAL ve Emre KÖROĞLU (2019), agm. s.539.; Ramazan AYDIN (2016), agm. s.114.

⁸³⁴ Yasemin IŞIKTAÇ (2010), *Hukuk Başlangıcı*, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.201.; Hâkimin benimseyeceği tamamlayıcı yorum objektif nitelikte olmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sanem AKSOY DURSUN (2008), age. s.189-190.

⁸³⁵ Özgür KARADAĞ (2015), age. s.70.

yapmalıdır.⁸³⁶ Ünal/Köroğlu, başvurulan tüm bu yollara rağmen sözleşme tarafları arasındaki menfaat dengesinin kurulamıyor olması halinde sözleşmenin kesin hükümsüz sayılmasının mümkün olması gerektiğini ifade etmektedir.⁸³⁷

2.9 GENEL İŞLEM KOŞULLARININ ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ

Abonelik sözleşmelerinde yer alan sözleşme kayıtlarının genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesi halinde söz konusu kayıtların abonelik sözleşmesinin geçerliliğini ne şekilde etkileyeceği sorunu gündeme gelmektedir.

TBK 20-25 maddeleri arasında yer alan genel işlem koşullarına ilişkin hükümler, tüm özel borç ilişkilerini içerecek biçimde düzenlenmiş olması sebebiyle genel işlem koşullarının abonelik sözleşmelerinde yer alması halinde abonelik sözleşmelerine de uygulanacaktır. Bu doğrultuda çalışmanın ‘‘Genel İşlem Koşullarının Denetimi’’ başlığı altında yer alan tüm hususlar abonelik sözleşmeleri açısından da uygulama alanı bulabilecektir.

⁸³⁶ Ömer ÇINAR (2009), agt. s.167.; Hâkimin sözleşme boşluğunu doldururken tarafların farazi iradelerini dikkate alamayacağına yönelik aksi yöndeki görüş için bkz. Akın ÜNAL ve Emre KÖROĞLU (2019), agm. s.540.

⁸³⁷ Agm. s.542-543.

BÖLÜM III

ABONELİK SÖZLEŞMELERİNDE HAKSIZ ŞART OLARAK KABUL EDİLEN BAZI KOŞULLAR

Hukukumuzda haksız şartlar 6502 sayılı TKHK m.5/f.9⁸³⁸ ile Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin ‘‘Haksız Sözleşme Şartları’’ başlıklı Ek-1. maddesinde düzenlenmektedir. 93/13 sayılı AB Yönergesi söz konusu bu düzenlemeler ile iç hukukumuzda aktarılmış olmaktadır.⁸³⁹ Haksız şartlar AB Yönergesi ekinde oldukça ayrıntılı şekilde örneklendirilmiştir.⁸⁴⁰ Alman Hukukunda, haksız şartlar hâkimin takdir yetkisinin olmadığı mutlak yasak koşullar⁸⁴¹

⁸³⁸ TKHK m.5/f.9: ‘‘Haksız şartların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile sınırlayıcı olmamak üzere haksız şart olduğu kabul edilen sözleşme şartları yönetmelikle belirlenir.’’ şeklinde hüküm içermektedir.

⁸³⁹ Ramazan AYDIN (2016), agm. s.86.

⁸⁴⁰ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.290.; Murat AYDOĞDU (2014b), age. s.203.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.226.

⁸⁴¹ Hâkimin takdir yetkisinin olmadığı mutlak yasak koşullar Alman Medeni Kanunu’nda (BGB §309);

‘‘1- (Kısa vadeli fiyat artışları) Sürekli borç ilişkileri dışında, sözleşmenin kuruluşundan itibaren dört ay içinde teslim edilecek malın veya ifade edilecek iş görme ediminin karşılığı, bedeli artırmaya ilişkin koşullar,

2- (İfadan kaçınma hakkı)

a) Kullanan karşısındaki sözleşme tarafının, BGB § 320’ye göre sahip olduğu ifadan kaçınma hakkını ortada kaldırmaya veya sınırlandırmaya ya da,

b) Kullanan karşısındaki sözleşme tarafının, aynı sözleşmeden dolayı sahip olduğu hapis hakkını ortadan kaldırmaya veya sınırlandırmaya, özellikle, bu hakkın kullanılmasını, kullananın ayıbı kabul etmesine bağlayan koşullar,

3- (Takas yasağı) Kullananın karşısındaki sözleşme tarafının, çekişmesiz veya kesinleşmiş bir alacak ile takas etme yetkisini ortadan kaldırmaya ilişkin koşullar,

4- (İhtar, mehil) Kullananı, diğer tarafa ihtarda bulunma veya ek mehil vermeye ilişkin yasal bir külfetten kurtarmaya ilişkin kayıtlar,

5- (Tazminat taleplerinin götürü olarak belirlenmesi)

a) Olayların olağan akışında gerçekleşmesi beklenebilecek zarar veya değer kaybını aşacak tutarda veya

b) Diğer tarafa zarara veya değer kaybının olmadığını ya da belirlenen tutardan önemli ölçüde düşük olduğunu kanıtlama imkânı açıkça verilmeksizin kullananın götürü bir tazminat veya değer kaybı talep etme imkânı tanınmasına ilişkin koşullar,

6- (Cezai şart) Kullananın, diğer tarafın edimi kabul etmemesi veya zamanında kabul etmemesi ya da borcunu ifada temerrüde düşmesi veya diğer tarafın sözleşmeden dönmesi halinde cezai şart talep etme imkânı tanınmasına ilişkin koşullar,

7- (Vücut bütünlüğü, sağlık, yaşam hakkının ağır kusur ile ihlal edilmesinde sorumluluğun kaldırılması)

a) (Vücut bütünlüğü, sağlık, yaşam hakkının ihlali) Kullananın gerek kendisinin ihmalle gerek yasal temsilcisinin veya ifa yardımcısının ihmali veya kasıtlı bir davranışla sözleşmeden doğan bir

yükümlülüğe aykırı davranmaları sonucunda diğer tarafın yaşam, sağlık, vücut bütünlüğüne verilen zararlardan sorumluluğu kaldıran veya sınırlandıran kayıtlar

b) (Ağır kusur) Kullananın gerek kendisini ağır ihmalle gerek yasal temsilcisinin veya ifa yardımcısının kast veya ağır ihmali bir davranışla sözleşmeden doğan bir yükümlülüğe aykırı davranmaları sonucunda karşı tarafa verilen diğer zararlardan dolayı sorumluluğu kaldıran veya sınırlandıran kayıtlar a ve b şıkları, Yolcu Taşımaları Hakkında Kanun'a göre izin verilen taşıma koşulları ve tramvay, trolleybüs ve motorlu taşıt araçları ile yapılan düzenli seferlerde uygulanan talimatnamelerdeki sorumluluğu sınırlandıran koşullar hakkında uygulanmaz. Öyle ki, 27 Şubat 1970 tarihli "Genel Taşıma Şartları Hakkındaki Yönetmelik" hükümlerinden bu taşıma koşulları ve talimatnamelerde yolcu aleyhine sapılmamış olmalıdır. Ayrıca b şıkkı, devlete izin verilen piyango veya oyunlardaki sınırlandırmalar için de geçerli değildir.

8-(Diğer sorumsuzluk kayıtları)

a) (Sözleşmeden dönme hakkının kaldırılması) Satılanın veya imal edilen şeyin ayıplı olması hali dışında kullananın sorumlu olduğu bir yükümlülük ihlali nedeniyle diğer tarafın sözleşmeden dönme hakkını kaldıran veya sınırlandıran kayıtlar, bu hüküm, 7 numaralı bentte belirtilen taşıma koşulları ve talimatnamelerinde yer alan kayıtlar hakkında, orada belirtilen koşullar altında geçerli değildir.

b) (Ayıba karşı sorumluluk) Yeni üretilen şeylerin teslimine dair sözleşmelerde,

aa) (Kaldırılması ve üçüncü kişilere gönderme) Kullananın karşılarındaki sözleşme tarafının kullanana karşı sahip olduğu onarım ve değiştirme talepleri dahil olmak üzere ayıba karşı sorumluluktan doğan haklarını tamamen veya kısmen ortadan kaldıran, üçüncü kişilere karşı taleplerle sınırlandıran veya önceden üçüncü kişilere karşı yargısal yollara başvurulmasına bağlı tutan,

bb) (Onarımla sınırlandırma) Kullananın karşılarındaki sözleşme tarafına, onarımın sonuçsuz kalması halinde seçimine göre sözleşmeden dönme hakkını açıkça tanımadan onun kullanana karşı ayıba karşı sorumluluktan doğan taleplerine tekeffülün konusu bir inşaat yapma borcu değilse-tamamen veya kısmen onarım ile sınırlandıran,

cc) (onarım masrafları) Kullananın, özellikle, nakil, yol, işçilik ve yedek arça masrafları şeklindeki onarım amacıyla yapılacak masrafları karşılama yükümlülüğünü kaldıran veya sınırlandıran,

dd) (Onarımın ön koşula bağlanması) Kullananın onarım yükümlülüğünün doğmasını ivazın önceden tamamen veya ayıpla orantısız olarak büyük bir kısmının ödenmesine bağlı tutan,

ee) (Ayıp ihbarı için hak düşürücü süre) Kullananın karşılarındaki sözleşme tarafının gizli ayıpları ihbar süresi aşağıdaki ff şıkkına göre caiz olandan daha kısa bir süre olarak belirleyen,

ff) (Taleplerin zamanaşımına uğramasını kolaylaştırma) Diğer tarafın kullanana karşı ayıp nedeniyle sahip olduğu talep haklarının zamanaşımına uğramasını, § 438/I Nr. 2 ve § 634a/I, Nr. 2'de öngörülen hallerde kolaylaştıran veya diğer hallerde, taleplerin zamanaşımı süresini, kanuni zamanaşımı süresinin başlangıcından itibaren bir yıldan daha kısa bir süre olarak belirleyen, (bu hüküm, inşaat ediminin ihale talimatnamesinin b bölümünde yer alan koşullarla bir bütün olarak ilişkilendirildiği sözleşmelerde uygulanmaz.)

9)(Sürekli borç ilişkilerinin süresi) Düzenli olarak mal teslim edilmesi, belirli hizmet edimlerinin yerine getirilmesi veya eser imalini konu alan sürekli sözleşme ilişkilerinde

a) Karşı tarafın iki yıldan uzun süreyle bağlanmasına,

b) Karşı tarafın, her defasında bir yıldan fazla bir süre için sözleşmeyle bağlı kalmasına yol açacak şekilde sözleşmenin zımnen yenilenmesine veya,

c) Karşı taraf aleyhine, zımni olarak uzatılmış olan sözleşme süresinin bitimine üç aydan daha uzun bir süre öncesinde fesih ihbarda bulunması külfeti getirilmesine ilişkin koşullar, bu hüküm birbirine bağlı olarak satılan şeylerin teslimine ilişkin sözleşmelerde, sigorta sözleşmelerinde fikri hak sahibiyle yeniden değerlendirme tüzel kişilikleri arasındaki fikri hakları koruma kanunu kapsamındaki sözleşmelerde uygulanmaz,

10)(Sözleşme tarafının değişmesi) Satım, eser veya hizmet sözleşmelerinde,

a) Üçüncü kişi ismen belirlenmeksizin veya,

b) Diğer tarafa sözleşmeden dönme hakkı tanınmaksızın Kullananın hak ve borçları, üçüncü kişinin üstlenmesi yoluyla kullananın yerine üçüncü kişinin geçmesi veya geçebilmesine ilişkin koşullar,

11) (Temsilcinin sorumluluğu) Kullananın, sözleşmeyi diğer akıt adına kuran temsilciyi,

a) Bu durumu açıkça veya ayrı bir beyanla ifade etmeksizin, şahsen sorumlu tutacağına veya borçlu yerine sorumlu tutacağına veya,

b) Yetkisiz temsil halinde, BGB § 179'da öngörülenden daha kapsamlı bir şekilde sorumlu tutacağına ilişkin koşullar,

12) (İspat yükü) Kullananın ispat yükünü diğer taraf aleyhine değiştirdiği koşullar, özellikle,

ve hâkimin takdir yetkisinin olduğu nispi yasak koşullar⁸⁴² şeklinde ikili ayrıma tabi tutulmuştur.⁸⁴³ Hukukumuzda ise sözleşmede yer alan hangi şartların haksız şart niteliğinde olduğu hususu Yönetmelikteki listede tahdidi olmayan şekilde tadadi olarak sayılmış ve herhangi bir sınıflandırma yapılmamıştır.⁸⁴⁴ Yönetmelikteki listede yer alan kayıtlardan birinin sözleşmede yer alması halinde bu koşullar haksız şart olarak nitelendirilecek ve tüketici aleyhine dengesizliğe sebebiyet verip vermediği

a) Karşı tarafa kullananın sorumluluk alanında bulunan hususlar için ispat yükü getiren veya,
b) Karşı tarafa bazı vakıaları teyit ettiren kayıtlar, (bu bent, ayrı olarak imzalanmış lan tesellüm belgelerinde yer alan kayıtlar hakkında veya elektronik yolla ayrı olarak imzalanmış tesellüm belgelerinde öngörülen kayıtlar hakkında uygulanmaz.),

13)(Bildirim ve beyanların şekli) Diğer tarafın kullanana veya üçüncü bir kişiye karşı yöneltmesi gereken bildirim veya beyanların geçerliliğini, yazılı şekilden ağır şekil şartlarına veya özel bazı varma koşullarına bağlamasına ilişkin koşullar.” şeklinde düzenlenmiştir. Bkz. Deniz UĞUR KÜÇÜKGÖDE (2019), agt. s.202-205.

⁸⁴² Hâkimin takdir yetkisinin olduğu nispi yasak koşullar Alman Medeni Kanunu’nda (BGB §308);

“1- (Kabul ve ifa süreleri) Genel şartları kullananın karşı tarafın ediminin kabul veya reddi ya da 355/1 ile 355/2. madde ve 356. maddeye göre cayma veya iade süresinin geçmesinden sonra ifaya ilişkin kayıtlar hariç olmak üzere bir edimin ifasında bulunabilmek için aşırı derecede uzun veya yeteri derecede belli edilmemiş süreleri saklı tutan koşullar,

2- (Ek zaman aralığı) Kullananın, kendisine yasal hükümlere aykırı ve haklı olmayan şekilde uzun ya da yeterince belirtilmemiş ek süreleri saklı tutan koşullar,

3- (Dönme hakkının saklı tutulması) Sürekli sözleşmeler/ yükümlülükler dışında, kullananın sözleşmede gösterilen ancak objektif olarak haklı hiçbir sebebe dayamayan bir nedenle sözleşmedeki yükümlülüğünü gerçekleştirmekten dönme hakkını saklı tuttuğu koşullar,

4- (Değiştirme hakkının saklı tutulması) Kullanıcının yükümlülüklerini değiştirmesine veya ondan sapmasına ilişkin kayıtlar; meğerki, kullanıcının çıkarları dikkate alındığında sözleşmedeki değişiklik ya da sapma karşı taraftan haklı olarak beklenebilir olsun,

5- (Farazi beyanlar) Kullanın karşısındaki sözleşme tarafının bir eylemi üstlenmesi ya da hariç tutmasının, belli bir yönde yapılmış bir irade açıklaması olarak var sayılmasına ilişkin koşullar;

a) Sözleşmenin diğer tarafına açık bir irade beyanında bulunmak üzere makul bir süre tanınmadıkça ve

b) Kullanan, sürenin başlangıcında, ön görülen davranışın ne anlama geleceğine diğer tarafın özel olarak dikkatini çekmedikçe

6- (Ulaşma varsayımı) Kullanıcı tarafından, karşı taraf için özel öneme sahip olan beyanın sözleşmenin diğer tarafça alınmış sayılacağını belirten kayıtlar,

7- (Sözleşmenin tasfiyesi) Kullanana, taraflardan birinin sözleşmeden dönmesi veya sözleşmeyi feshetmesi halinde, diğer taraftan,

a) Bir haktan veya bir maldan ya da yerine getirilmiş bir edimden yararlanması karşılığında aşırı bir yararlanma bedeli veya

b) Yapılan masraflar için aşırı bir giderim talep edebilme imkânı tanımaya ilişkin koşullar,

8- (Edimin ifa olarak arz edilebilecek durumda olmaması) Kullanan, 3 numaralı bende göre geçerli biçimde saklı tutabileceği dönme hakkının, kullananı, edimini ifade edebilecek durumda olmaması halinde;

a) Karşı tarafı edimin ifa olarak arz edilebilecek hazır durumda olmadığı konusunda gecikmeksizin bilgilendirmeyi ve

b) Karşı tarafın yerine getirdiği edimi gecikmeksizin iade veya tazmin etmeyi taahhüt etmedikçe, sözleşmeyi ifa yükümlülüğünden kurtarmayı saklı tutmaya ilişkin koşullar” şeklinde düzenlenmiştir. Bkz. Deniz UĞUR KÜÇÜKGÖDE (2019), agt. s.201-202.

⁸⁴³ Mehmet DEMİR (2008), agm. s.224.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.169,174.; Murat AYDOĞDU (2018), age. s.290.; Ayşe HAVUTÇU (2003), age. s.236.

⁸⁴⁴ İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.348.; Özgür KARADAĞ (2015), age. s.186.; Metin ULUSAL (2016), age. s.153.; Sezer ÇABRİ (2016), age. s.142.; Hukukumuzda mahkemelere yol göstermek bakımından birkaç örneğin verilebilecek olduğuna ilişkin eleştiri için bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.290-291.

hususla incelenmeyecektir.⁸⁴⁵ Yönetmelikteki listede yer almayan kayıtlara sözleşmede yer verilmesi halinde ise Yönetmelikteki listenin örnek mahiyetinde olması sebebiyle söz konusu koşulların haksız şart niteliği taşıyıp taşımadığı TKHK m.5'teki unsurlar çerçevesinde değerlendirilecektir.⁸⁴⁶

Çalışmanın bu kısmında Yönetmeliğin ‘‘Haksız Sözleşme Şartları’’ başlıklı Ek-1. maddesinin birinci fıkrasında on yedi bent halinde sayılan sözleşme şartları sözleşmenin kurulması ve ifası ile ilgili kayıtlar, girişimcinin sorumluluğunu kısıtlayan veya kaldıran kayıtlar, sözleşmenin sona erdirilmesi ile ilgili kayıtlar ve usul hukuku ile ilgili kayıtlar şeklinde ayrıma tabi tutularak dört başlık altında incelenecektir.

3.1 SÖZLEŞMENİN KURULMASI VE İFASI İLE İLGİLİ KAYITLAR

Yönetmeliğin birinci maddesinin c, ğ, h, ı, i, j bentlerinde;

- ‘‘c) Sözleşmeyi düzenleyen, sadece kendisi tarafından belirlenen koşullarda edimini ifa edeceği, buna karşılık tüketicinin her halde ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar,*
- ğ) Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, geri dönülemez bir şekilde kabul ettiğini öngören şartlar,*
- h) Sözleşmeyi düzenleyen sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı olarak değiştirmesine imkân veren şartlar,*
- ı) Sözleşmeyi düzenleyen, sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar,*
- i) Sözleşmeyi düzenleyen mal veya hizmetin bedelini, ifa anında tespit edebileceğini veya yükseltebileceğini öngören ve nihai bedelin, sözleşmenin kurulması anında tespit edilen bedele nazaran çok yüksek olması halinde, tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı tanımayan şartlar,*
- j) Sözleşmeyi düzenleyene, mal veya hizmetin sözleşme koşullarına uygun olup olmadığını tespit etme hakkı veren veya bir sözleşme şartının nasıl yorumlanacağı konusunda münhasır yetki veren şartlar...’’*

denilmek suretiyle sözleşmenin kurulmasına ve ifasına ilişkin kayıtların haksız şart niteliği taşıdığı durumlara örnek verilmiştir. Söz konusu koşulların içerik denetimi ile

⁸⁴⁵ Sezer ÇABRİ (2016), age. s.142.; Metin ULUSAL (2016), age. s.153.; Yönetmelikteki listede yer alan kayıtların sözleşmede yer alması halinde bu koşulların her durumda haksız şart olarak nitelendirilemeyeceği, sözleşmede yer alan başkaca bir şart ile bu şartın dengelenmiş olabileceği dolayısıyla her somut olayın şartlarına göre değerlendirme yapılması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.348.; Osman AÇIKGÖZ (2013), age. s.452.

⁸⁴⁶Metin ULUSAL (2016), age. s.153.; İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.348.; Sezer ÇABRİ (2016), age. s.142.; Aydoğdu, bu noktada hakimlere çok iş düştüğünü belirtmektedir. Bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.290.

düzenleyen lehine tek yanlı olarak bozulan sözleşme dengesinin yeniden sağlanması için sözleşme koşullarının hükümsüz kılınması amaçlanmaktadır.⁸⁴⁷

Borçlar hukukunda kural ‘‘ifanın edime uygun olması prensibi’’ gereği borçlunun borçlandığı şeyi aynen ifa etmesidir.⁸⁴⁸ TBK m.84/f.1⁸⁴⁹ uyarınca, alacaklı kısmi ifayı kabul etmek zorunda değildir.⁸⁵⁰ Sözleşmeye uygun biçimde borçlunun borcunu yerine getirmesine ifa adı verilmektedir. Yönetmeliğin birinci maddesinin c bendinde belirtildiği üzere düzenleyenin yalnızca kendisince belirlenen koşullarda ifa yükümlülüğünü yerine getirecek olmasına karşın tüketicinin ifa yükümlülüğü açısından her halde sözleşme ile bağlı olmasına ilişkin kayıtlar, sözleşme ile edinilen gayeyi tehlikeye atacak ve adil olmayan bir rekabet dengesi meydana getirecektir.⁸⁵¹ Bu kapsamda düzenleyenin ifa yükümlülüğünün sözleşmede açık bir biçimde belirlenmemiş ve bu ifa yükümlülüğünün hangi biçimde yerine getirilecek olduğunu belirleme yetkisinin düzenleyene verilmiş olmasına karşın tüketicinin her koşulda mutlak biçimde ifa yükümlülüğü ile zorunlu tutulacağına ilişkin kayıtlar haksız şart niteliği taşıyacaktır.⁸⁵² Alman hukukunda da benzer şekilde sözleşmenin kullanan dışındaki tarafını ifadan kaçınmaya ilişkin hakkını ortadan kaldıran ya da sınırlandıran şartlar geçersiz sayılmıştır.⁸⁵³ Burada tüketici açısından katlanılabilir bir değişiklik olduğunu ispat yükü düzenleyene ait olmak ve belirli haller ile sınırlandırılmak koşuluyla TMK m.2 nazara alınarak menfaat dengesini tüketici aleyhine bozmayan değişikliklerin mümkün olduğu söylenebilir.⁸⁵⁴

Yönetmeliğin birinci maddesinin g bendinde belirtildiği üzere sözleşme kurulmadan evvel tüketicinin fiilen bilgi sahibi olamadığı şartların dönüşü olmayan bir biçimde kabul edildiğine ilişkin sözleşme şartları haksız şart niteliği taşıyacaktır. Bu tür koşullar TKHK’nin özüne aykırılık teşkil etmektedir.⁸⁵⁵ Nitekim TKHK

⁸⁴⁷ Ömer ÇINAR (2009), agt. s.171.

⁸⁴⁸ M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.289.; Yeşim ATAMER (2001b), age. s.237.; Fikret EREN (2020), age. s.1029.

⁸⁴⁹ TBK m.84/f.1: ‘‘Borcun tamamı belli ve muaccel ise, alacaklı kısmen ifayı reddedebilir.’’ şeklinde hüküm içermektedir.

⁸⁵⁰ M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.294.; Fikret EREN (2020), age. s.1034.

⁸⁵¹ Ömer ÇINAR (2009), agt. s.171.

⁸⁵² İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.349.

⁸⁵³ Murat AYDOĞDU (2018), age. s.305.

⁸⁵⁴ Örneğin, mobilya satımında belirli bir modelin seçilmesi ve kaçınılmaz biçimde mobilya renginin asıl renkten farklı olması halinde sözleşmede yer alarak bu tarz küçük boyutta olan değişiklikleri yapma hakkını düzenleyene veren sözleşme şartları geçersiz olarak sayılamayacaktır. Yeşim ATAMER (2001b), age. s.237.

⁸⁵⁵ Sözleşmede yer alan bu tür kayıtların tüketicinin söz konusu kayıtların aksini ispat etme hakkını elinden alması sebebiyle dava veya ispat hakkını kısıtlayan kayıtlar olduğuna ilişkin görüş için bkz. İ.

m.5/f.1⁸⁵⁶'de haksız şart tanımına yer verilmiş olup bu tanımdan hareketle haksız şartın unsurları arasında söz konusu kayıtların tüketici ile müzakere edilmemesi de sayılmaktadır.⁸⁵⁷

İstanbul BAM 3. Hukuk Dairesi 05/12/2018 tarihli bir kararında, davacının miktar bulunmayan başvuru dilekçesine "su aboneliği olmak için çıkabilecek herhangi bir faturayı kabul ediyorum" yazmak zorunda kalarak abone olduğunu beyanla su ihbarnamesi ile ödenmesi istenen su kullanım bedelinden borçlu olmadığını tespitine karar verilmesini talep ettiği olaya ilişkin olarak: "

"...Emsal Yargıtay kararlarına göre, önceki abone borcundan kaynaklı alacak sonraki aboneden talep edilemez. Kaldı ki abonelik sözleşmesinin imzası sırasında, davacı miktar yazmadan, sözleşme yapabilmek için önceki borcu kabul ettiğini bildirerek, ancak önceki endeks belirtilmeksizin abonelik sözleşmesini imzalamıştır. Genel işlem koşulu olarak, abonelik sözleşmesi yapmak zorunda olan davacının, hiçbir yasal koşulda, önceki abone borcundan sorumluluğu yokken, abonelik yapma zorunluluğu karşısında zorunlu olarak imzaladığı sözleşmesindeki, üstelik bedel bile belli olmayan koşullardan sorumlu olması beklenemez."

şeklinde karar vermiştir.⁸⁵⁸

Kural olarak Borçlar Hukukunda borç sözleşmede kararlaştırılmış olan edimin ifa edilmesiyle sona ermektedir. Bu doğrultuda yönetmeliğin birinci maddesinin h ve 1 bentlerinde belirtildiği üzere düzenleyenin haklı neden olmaksızın tek yanlı biçimde sözleşme şartlarını ya da sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliklerini değiştirebileceğine ilişkin kayıtlar TBK hükümlerinin amacına aykırı olacak ve haksız şart niteliği taşıyacaktır.⁸⁵⁹ Aksi halin kabulü tüketicinin sürpriz şekilde kısıtlamalara ya da yükümlülüklerle tabi tutulması sonucunu doğuracaktır.⁸⁶⁰ Yönetmelikte yer alan bu hükümlerden haklı sebebin varlığı halinde sözleşme şartlarının ya da sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliklerinin düzenleyen tarafından değiştirilebileceği

Yılmaz ASLAN (2015), age. s.356.; Söz konusu bent ile tüketicinin varsayıma dayalı beyanını içeren sözleşme hükümleri haksız şart olarak nitelendirilmiştir. Bkz. Adem YELMEN (2014), age. s.141.

⁸⁵⁶TKHK m.5/f.1: "Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır." şeklinde hüküm içermektedir.

⁸⁵⁷ Özgür KARADAĞ (2015), age. s.161.

⁸⁵⁸ Bkz. İstanbul BAM 3. HD, E. 2017/2246, K. 2018/1745, T.05.12.2018, E.T. 17.05.2021, <https://intranet.uyap.gov.tr>.

⁸⁵⁹ Ömer ÇINAR (2009), agt. s.171.; Adem YELMEN (2014), age. s.140.

⁸⁶⁰ İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.351.; Tüketici yararına olan değişikliklerin geçerli olacağına ilişkin görüş için bkz. Adem YELMEN (2014), age. s.140.

sonucu çıkmaktadır. Doktrinde bir görüş⁸⁶¹, TKHK m.4/f.2’de yer alan emredici hüküm karşısında haklı sebeple sözleşme şartlarının değiştirilme imkanının bulunmadığını, haklı sebeple sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliklerinin değiştirilmesi halinde ise asgari olarak tüketiciye sözleşmeden dönme imkânı tanınması gerektiğini ifade etmektedir. Doktrinde diğer bir görüş⁸⁶² ise, sözleşmede tek yanlı biçimde düzenleyene sözleşme şartlarını ya da sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliklerini değiştirme yetkisi veren kayıtların haklı nedene dayanıp dayanmadığı hususu belirlenirken dürüstlük kuralının nazara alınması gerektiğini ifade etmektedir.

Yönetmeliğin birinci maddesinin i bendinde sözleşmenin kurulduğu esnada belirlenen bedeli, düzenleyenin ifa sırasında tespit edebileceğine ya da artırabileceğine ilişkin kayıt içermesine rağmen tüketiciye sözleşmeden dönme imkânı tanımayan şartların haksız şart niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Tüketici aleyhine öngörülen bu şartlar düzenleyenin tek yanlı iradesinin sonucu olabileceği gibi savaş, devalüasyon gibi tarafların dışında gelişen olaylar sonucu da olabilmektedir. Düzenleyenin tek yanlı iradesinin sonucu olarak söz konusu şartların öngörülmesi ve sözleşmenin kurulduğu esnada açık ve anlaşılır biçimde bedelin belirlenmemesi halinde bu şartlar haksız şart olarak nitelendirilebilecektir.⁸⁶³ Ancak burada belirtmek gerekir ki yönetmeliğin birinci maddesinin i bendinde öngörülen şartlar, fiyat endeksi şartlarına uygun olmak, hukuka aykırı olmamak ve fiyat değişikliğine ilişkin metodun içerisinde açık biçimde tanımlanmış olmak kaydıyla engel teşkil etmemektedir.⁸⁶⁴

Savaş, devalüasyon gibi tarafların dışında gelişen olaylar neticesinde sözleşme ya da kanunda meydana gelen duruma ilişkin hüküm bulunmaması halinde nasıl bir yol izleneceği sorunu gündeme gelmektedir.⁸⁶⁵ TBK’nin “Aşırı İfa Güçlüğü” başlıklı 138. maddesinde;

“Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini

⁸⁶¹ Yılmaz, Yönetmelikte yer alan h bendinin finans hizmeti ifa edenlere tüketici tarafından ödenecek ya da tüketiciye ödenecek faiz oranlarını ya da finans hizmetlerinin diğer bütün masraflarının bedelini haklı sebep halinde önceden bildirim yapmaksızın değiştirme hakkı veren şartlar ile meslek sahibine, süresiz bir sözleşmenin hükümlerini tek yanlı biçimde değiştirme hakkı tanıyan şartlara engel olmadığını belirtmiştir. Bkz. İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.353.

⁸⁶² Ömer ÇINAR (2009), agt. s.171.

⁸⁶³ İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.353-354.

⁸⁶⁴ Age. s.354.

⁸⁶⁵ Ömer ÇINAR (2009), agt. s.172.

dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır. Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır.”

şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Abonelik sözleşmelerinin sürekli borç doğuran sözleşme niteliğine haiz olması nedeniyle savaş, devalüasyon gibi tarafların dışında gelişen olaylar neticesinde borçlu TBK madde 138’e dayanarak sözleşmenin uyarlanmasını isteyebilecektir. Ancak sürekli borç doğuran sözleşmelerde ifaya başlanmış olup da TBK madde 138 gereği uyarlama imkânı bulunmuyorsa burada sözleşmeden dönme değil ileriye etkili olan sözleşmenin feshi söz konusu olacaktır.⁸⁶⁶ YHGK’nin 12.11.2014 tarihli kararında belirttiği üzere emprevizyon ilkesi uzun süreli sözleşmeler bakımından da geçerli olacaktır.⁸⁶⁷

⁸⁶⁶ M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.469-470.; Fikret EREN (2020), age. s.544.

⁸⁶⁷ “Taraflar arasındaki “sözleşmenin uyarlanması” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; ilk derece mahkemesince davanın kabulüne karar verilmiş, taraf vekillerinin kararı temyiz etmesi üzerine, Yargıtay 13.HD, 12.12.2013 gün ve 2013/1042 E. - 2013/31247 K. sayılı ilamı ile: Davacı, davalı bankadan dövize endeksli TL olarak 9.354.000 Japon Yeni tutarında 99.000- TL’lik 60 ay vadeli konut kredisi kullandığını, ancak ekonomik kriz nedeniyle Japon Yeni’nin TL karşısında aşırı değer kazandığını, işlem temelinin çöktüğünü, geri ödeme miktarının arttığını ileri sürerek, sözleşmenin 4077 Sayılı Kanunun 6. maddesine göre standart sözleşme olduğunun ve haksız şartlar içerdiğinin tespitine, Kanunun 10/B maddesi gereğince sözleşme öncesi bilgi formu verilmemesi nedeniyle sözleşmenin geçersiz olup olmadığının tespitine, sözleşmenin geçersiz olduğu tespit edilirse borcun Japon Yeni karşılığı TL olarak verildiği tarihten itibaren yüksek kurdan ödenen fazla miktarın BK.61 ve devamı maddeleri gereğince iadesine veya borçtan mahsubuna, sözleşmenin geçerli olduğu kanaatine varılırsa kredinin aylık taksitlerinin borç verilen tarihteki TL karşılığına çekilmesine ve bu miktarda sabitlenmesine, dosya masrafı olarak ödenen 900-TL’nin de iadesine karar verilmesini istemiştir. Davalı, davacının kendi iradesi ile döviz cinsinden kredi kullandığını, uyarlama koşullarının bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir. Mahkemece, alınan bilirkişi raporu benimsemek suretiyle, davacının sözleşme tarihinde TL karşılığında kredi kullanmış olsaydı 143.771,14-TL ödeme yapacağı gerekçesiyle sözleşmenin uyarlanması talebinin kabulüne, davacı tarafından kredinin kullanıldığı tarihten itibaren aylık 2.396,19-TL üzerinde yapılan fazla ödemelerin borcundan mahsubuna ve sonuç olarak toplam 143.771,14-TL borç üzerinde yaptığı ödemenin davalı bankaca geri ödemesinin yapılmasına, 900-TL dosya masrafı iadesi talebinin reddine karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir. Davacının, davalı bankadan 15.08.2008 tarihinde 9.354.000 Japon Yeni tutarında 99.000 TL’lik 60 ay vadeli konut kredisi kullandığı ve ilk taksidin 16.09.2008 tarihinde başladığı hususları tartışmasız olup, davacı Japon Yeni’nin TL karşısında aşırı değer kazandığını ve bu suretle işlem temelinin çöktüğünü ileri sürerek uyarlama talebinde bulunmuştur. Hemen belirtmek gerekir ki taraflar arasında düzenlenmiş bulunan sözleşmeye bağlılık esas olup, sözleşmenin uyarlanması ise uyarlama koşullarının varlığı halinde başvurulması gereken istisnai bir durumdur. Her şeyden önce sözleşmenin imzalanmasından sonra beklenmeyen olağanüstü durumların gerçekleşmesi, sözleşmenin uzun süreli olması, beklenmeyen olağanüstü durumların herkes için geçerli, objektif ve önceden belirlenemeyecek nitelikte bulunması, değişen koşulların sözleşmeyi çekilemeyecek hale getirmesi bu suretle işlem temelinin çökmesi zorunludur. Dava konusu olayda davacının başlangıçta seçme özgürlüğü varken TL yerine döviz bazında kredi kullandığı, bir başka deyişle serbest iradesiyle kredi türünü belirlediği anlaşılmakta olup, davalı banka elemanlarının davacıyı yönlendirdiği iddiası ispatlanamamıştır. Öte yandan ülkemizde zaman zaman ekonomik krizlerin vuku bulduğu ve bu bağlamda dövizle borçlanmanın risk taşıdığı da toplumun büyük bir çoğunluğu tarafından bilinen bir

olgudur. Davacı, bu riski önceden öngörebilecek durumda olmasına rağmen dövizle kredi kullanmış bulunmaktadır. Kaldı ki, eldeki dava kredi geri ödemesinin başladığı tarihten üç yıl sonra açılmış olup, bu durumda davacının sözleşmeyi benimsediğinin kabulü gerekir. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde dava konusu olayda uyarılma koşullarının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, değinilen bu yönler gözetilerek davanın tümüyle reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır gerekçesiyle karar bozularak dosya yerine geri çevrilmeye, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Bozma ve direnme kararı kapsamlarına göre Hukuk Genel Kurul'u önüne gelen uyuşmazlık; taraflar arasında düzenlenen "Konut Finansman Kredi Sözleşmesi"nin uyarılma koşullarının oluşup oluşmadığı; buradan varılacak sonuca göre sözleşmenin uyarlanmasının gerekip gerekmediği noktalarında toplanmaktadır. Bu noktada, kurulmuş bir sözleşmede sonradan ortaya çıkan bazı olgular nedeniyle değişiklik yapılabilmesi, bugün çağdaş tüm hukuk sistemlerinde kabul edilen, beklenmeyen hal (Emprevizyon) veya Clausula Rebus Sic Stantibus Kuramının koşullarının gerçekleşmiş olması halinde mümkün görülmektedir. Bu kuramın, borçlunun şartları ne olursa olsun mutlaka akde sadık kalmasını zorunlu gören, bir bakıma artık eskimiş olarak nitelendirilebilecek Ahde Vefa veya Pacta Sunt Servanda Kuramını sınırlamak için konulduğu benimsenmektedir. Beklenmeyen hal (Emprevizyon) kuramı, şöyle açıklanmaktadır: "Akit yapıldığı sırada mevcut bulunan şartlar önemli surette değişmişse taraflar akitle bağlı olmamalıdır. Buna "Clausula Rebus Sic Stantibus" (Beklenmeyen Hal Şartı) denmektedir. Bu görüş öğretide "Emprevizyon Teorisi" adıyla anılmaktadır. Öğretide, sözleşmenin, yapıldığı andaki durumun değişmeyeceği şeklindeki bir zımni kabul ile yapıldığı, aynen uygulanmasının taraflarca bu zımni şarta bağlı tutulduğu varsayılmaktadır (Tekinay /Akman/ Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7.Bası İst.1993. s.1005). Akitlerin ifasını şartların değişmemesine bağlayan (Clausula Rebus Sic Stantibus) fikri gerçeğe tam olarak uygun değilse de ahde vefa prensibine kesin ve sıkı sıkıya bağlılığında her zaman adil olmadığı görülmektedir. Bugün İsviçre-Türk Hukukunda çoğunlukla dayandığı esas, uyuşmazlıklara dürüstlük kuralı uyarınca çözüm bulunmasıdır (Prof.Dr.Kemal Oğuzman, Borçlar Hukuku Dersleri,Cilt 1, 4.Bası, İst.1987, s.123; Prof.Dr.Rona Serozan, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme 3.Cilt, İst. 1994, s.164; İbrahim Kaplan, Hakimın Sözleşmeye Müdahalesi, Ank.1987, S.112, Prof. Dr.Haluk Burcuoğlu, Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarılma, İst.1995 S.4. İsviçre Hukuku için Bkz.Eugen Bucher, Schweizer Isch'es Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2.Bası, Zürich 1988, s.385 vd. Henri Deschenaux, Le Titre Preliminaire Du Code Civil,Fribourg 1969, S.183). Mukayeseli Hukuk açısından konuyu irdelediğinde; Alman Hukukunda Beklenmeyen Hal veya Clausula Rebus Sic Stantibus kuramının daha da somutlaştırılarak kabul edildiği ve İşlem Temelinin Çökmesi Kuramı olarak adlandırılan bir kuramın geliştirildiği görülmektedir. Buna göre, sözleşmenin temelini teşkil eden, kendisi üzerine anlaşmanın dayandığı ve karşılıklı edimlerin tayin olunduğu edim ve karşı edim arasındaki dengenin taraflardan biri için artık çekilmez, katlanılmaz biçimde bozulduğu hallerde, işlem temelinin çökmesi söz konusu olacaktır (Bkz.Jozef Esser/Elke Schmidt, Schuldrecht,Band 1, Allgemeiner Teil,Heidelberg 1984 s.330 vd, Serozan age.s.164 vd). İsviçre Hukukuna gelince; Yargıcın bir sözleşmenin dönme ya da fesih suretiyle ortadan kalktığını veya Emprevizyon nedeniyle sözleşmenin uyarlanması gerektiğini kabul edebilmesi için, şu koşulların varlığı aranmaktadır: a) Öngörülmez bir dış olayın sebep olması: Söz konusu dış olay, bir kişi olayı olmamalıdır. Diğer taraftan bu olay öngörülemez olmalı ve sözleşmenin dengesi, yargıçtan müdahale talep eden tarafın kusurundan kaynaklanmaksızın bozmuş olmalıdır. b) Sözleşme ekonomisinin bozulması: Yargıç, yalnızca sözleşme henüz ifa edilmediği takdirde Emprevizyon Kuramı çerçevesinde müdahale edebilir. Öngörülemez olgular, taraflar arasındaki dengeyi bozmuş olmalıdır. Bu hal özellikle sinallagmatik sözleşmelerde, edim ve karşı edim arasındaki ilişkinin bozulmasında söz konusu olur. c) Objektif olarak katlanması beklenebilecek rizikonun aşılması gerekir. Federal Mahkeme içtihatlarında denge bozukluğunun önemli, açık ve aşırı olması aranmaktadır. Bu nedenle, her somut olayda, objektif bir değerlendirme ile, emprevizyon kuramını ileri süren tarafın üstlenmesi gereken azami rizikonun belirlenmesi gerekir. Eğer bu riziko aşılırsa, yargıç sözleşmeye el atabilecektir (Bkz.Henri Deschenaux a.g.e s.189-190). Türk hukukunda, mehaz kanundaki uygulamalar doğrultusunda, M.K.nun 2. maddesinden de esinlenilerek, hem Clausula Rebus Sic Stantibus ilkesi, hem de İşlem Temelinin çökmesi kuramı uygulanmak suretiyle, uyarılma davalarının görülebilir olduğu benimsenmiştir. İşlem Temelinin Çökmesi kavramının uygulanabilmesi için, sonradan meydana gelen değişikliklerin önceden teşhis ve tahmin edilememiş olması gerekir (Bkz.Prof Dr.Kemal Tahir Gürsoy, Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus, Emprevizyon Nazariyesi 1950 s.59-60). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nin "Aşırı İfa Güçlüğü" başlıklı 138. Maddesinde, "Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine

Bu noktada yönetmeliğin birinci maddesinin i bendinde belirtildiği üzere tüketicinin sözleşmeden dönme hakkı bulunmadığına ilişkin kayıtlar haksız şart niteliği taşıyacaktır.⁸⁶⁸

Yönetmeliğin birinci maddesinin j bendinde belirtildiği üzere mal ya da hizmetin sözleşme şartlarına uygunluğunun tespitinin ya da sözleşme şartlarının yorumunun düzenleyene ait olduğuna ilişkin şartlar haksız şart niteliği taşıyacaktır. Zira bu hususlarda meydana gelen ihtilaflar objektif kişi veya organlar tarafından çözümlenecek olup kişi veya organlara ait olan bu yetkinin düzenleyene verilmesi tüketicinin haklarının elinden alınması anlamı taşıyacaktır.⁸⁶⁹

3.2 GİRİŞİMCİNİN SORUMLULUĞUNU KISITLAYAN VEYA KALDIRAN KAYITLAR

Yönetmeliğin birinci maddesinin a, b, k, l bentlerinde;

- “a) Sözleşmeyi düzenleyen bir fiili veya ihmali nedeniyle, tüketicinin hayatını kaybetmesi, yaralanması veya maddi zarara uğraması halinde, sözleşmeyi düzenleyen yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar,*
- b) Sözleşmeyi düzenleyen, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini tamamen veya kısmen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin herhangi bir alacağını sözleşmeyi düzenleyene karşı var olan bir borcuyla takas*

değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır. Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. İşlem Temelinin Çökmesi ilkesinin somut olaya ne şekilde uygulanacağı hususu da irdelenmelidir. Yukarıda anıldığı gibi, uyarılma kurallarının uygulanması için öngörülmez bir dış olayın meydana gelmesi gerekir... Bu genel açıklamalardan sonra somut olaya dönüldüğünde: Taraflar arasındaki (davaya konu) konut kredi sözleşmesi 15.08.2008 tarihinde düzenlenmiş, davacı TL (YTL) üzerinden kredi kullanma imkânı varken, Japon Yeni üzerinden dövize endekli konut kredi kullanmıştır. Yaklaşık üç yıl boyunca da kurda aşırı bir değer artışı meydana gelmediğinden, davacı kullandığı kredi taksitlerini ödemiştir. Türkiye’de yıllardan beri ekonomik paketler açılmakta, ancak istikrarlı bir ekonomiye kavuşmamaktadır. Devalüasyonların ülkemiz açısından önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmadığı, kur politikalarının her an değişebileceği bir gerçektir. Devalüasyon ve ekonomik krizlerin aniden oluşmadığı, piyasadaki belli ekonomik darboğazlardan sonra meydana geldiği bilinmektedir. Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarılmanın koşullarından olan öngörülmezlik unsuru oluşmamıştır. Nitekim aynı ilkeler, Hukuk Genel Kurulu’nun 15.10.2003 gün ve 2003/13-599 E.-2003/599 K.; 07.05.2003 gün ve 2003/13-332 E.-2003/340 K.sayılı kararlarında da benimsenmiştir. Bu nedenle; aynı hususlara değinen, Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen Özel Daire bozma ilamına uyulması gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup; direnme kararı bozulmalıdır.” Bkz. YHGK, E. 2014/13-1614, K. 2014/900, T.12.11.2014, E.T. 30.03.2021, <https://intranet.uyap.gov.tr>.

⁸⁶⁸ Ömer ÇINAR (2009), agt. s.173.

⁸⁶⁹ İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.354.

- etme hakkı dahil, sözleşmeyi düzenleyene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar,*
- k) *Sözleşmeyi düzenleyen adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler tarafından verilen taahhütleri yerine getirme yükümlülüğünü sınırlandıran veya bu yükümlülüğü belli bir şekil şartına uyulmuş olmasına bağlayan şartlar,*
- l) *Sözleşmeyi düzenleyenin yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmesini zorunlu kılan şartlar...’’ denilmek suretiyle girişimcinin sorumluluğunu kısıtlayan veya kaldıran kayıtların haksız şart niteliği taşıdığı durumlara örnek verilmiştir.*

Yönetmeliğin birinci maddesinin a bendinde tüketicinin yarananmasının, maddi bir zarara uğramasının ya da ölümünün sözleşmeyi düzenleyenin fiili ya da ihmali sonucu gerçekleşmesi halinde düzenleyene sınırlı sorumluluk veren ya da sorumluluğunu kaldıran şartların sözleşmede yer alması halinde bu şartların haksız şart sayılacağı düzenlenmiştir. Yönetmelik hükmü incelendiğinde manevi zararlardan söz edilmemekle hüküm kapsamına alınmadığı görülmektedir.⁸⁷⁰ Yönetmelik ile manevi zararlar kapsama alınmasa da TMK'nin emredici nitelikteki hükümlerine aykırılık teşkil eden sözleşme şartları doğrudan geçersiz sayılacaktır.⁸⁷¹ Zira emredici nitelikte olan TMK'nin 24. maddesinde haklı sebep olmadıkça kişilik haklarına yönelik yapılan saldırıların⁸⁷² hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. Kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimse TMK m.25/f.3 ile genel nitelikte olan TBK m.56 hükümleri uyarınca manevi tazminat isteyebilecektir. Bu kapsamda yönetmeliğin birinci maddesinin a bendinde belirtilen sözleşme şartları emredici nitelikte olan TMK m.24 ve m.25 hükümlerine aykırı olduğundan geçersiz kabul edilecektir.⁸⁷³

Yönetmeliğin birinci maddesinin b bendinde düzenleyenin ifa yükümlülüğünü sözleşmede gerektiği biçimde yerine getirmemesi halinde tüketicinin haklarını ölçüsüz şekilde kısıtlayan⁸⁷⁴ ya da ortadan kaldıran sözleşme şartlarının haksız şart niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Yönetmelikte yer alan bu husus ifanın gereği gibi yerine getirilmemesi ve ayıplı ifaya ilişkindir. 6502 sayılı TKHK'nin emredici nitelikteki 11.

⁸⁷⁰ Neslihan ÖZUYSAL (2011), agt. s.134.; İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.348-349.

⁸⁷¹ Ömer ÇINAR (2009), agt. s.179.; Neslihan ÖZUYSAL (2011), agt. s.134.

⁸⁷² Kişilik hakkının ihlali ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Gamze TURAN BAŞARA (2018), *Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazancın İadesi*, Turhan Kitabevi, Ankara, s.53.

⁸⁷³ Nihat YAVUZ (2012), age. s.262.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.180.

⁸⁷⁴ Yönetmelikte yer alan ‘‘ölçüsüz şekilde sınırlayan’’ ifadesinin, düzenleyenin tüketicinin haklarını ölçülü şekilde sınırlayan kayıtları koyabileceği şeklinde yorumlanmasının yanıltıcı olduğuna ilişkin görüş için bkz. İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.349.

ve 15. maddeleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde ayıplı ifa halinde tüketicinin haklarının ölçsüz şekilde kısıtlanması ya da bütünüyle ortadan kaldırılması imkânı bulunmamaktadır.⁸⁷⁵ Düzenleyenin ifa yükümlülüğünü sözleşmede gerektiği biçimde yerine getirmemesi haline ilişkin olarak ise; kendisine kusur yüklenemeyeceğini ispat etmiş olmadıkça borcun gereği gibi ya da hiç ifa edilmemesi halinde borçlunun doğan zarardan sorumlu olacağına ilişkin TBK'nin 112. maddesi ve genel olarak borçlunun her çeşit kusurdan sorumlu olup bu sorumluluğun özel olarak işin niteliğine göre belirleneceğine ilişkin TBK'nin 114. maddesi bir bütün olarak değerlendirildiğinde tüketicinin haklarının ölçsüz şekilde kısıtlanması ya da bütünüyle ortadan kaldırılması imkânı bulunmamaktadır.⁸⁷⁶

Yönetmeliğin birinci maddesinin k bendinde temsilciler bakımından sözleşmeyi düzenleyenin sorumluluğunu sınırlandıran ya da bu sorumluluğu belirli bir şekil şartına tabi tutan sözleşme şartlarının haksız şart niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Girişimciler sözleşmelerine k bendinde belirtilen şekilde kayıt koymak suretiyle yetkili servis ya da acente gibi temsilcilerinin satış sonrasında ücretsiz hizmet verme mükellefiyetini zora sokmak ya da ücret karşılığı yapmak gibi yollarla yükümlülüklerini sınırlı hale getirme yolunu tercih etmektedir.⁸⁷⁷

Borçlar hukukunda kural olarak⁸⁷⁸ temsil yetkisi verildiğine ilişkin irade beyanı şekil şartına tabi tutulmamış olup⁸⁷⁹ aksine ilişkin sözleşme şartı öngörülmesi halinde bu sözleşme şartları haksız şart niteliği taşıyacaktır. Yine TBK m.47 gereği yetkisiz temsilde onamama halinde yetkisiz temsilci zararı gidermekle yükümlü olacaktır. Dolaylı temsilde ise temsilcinin, temsil işleminden doğan hakları temsil olunana devretmesi halinde ekonomik sonuçlar temsil olunan üzerinde doğacak, devretmemesi halinde aralarındaki sözleşme uyarınca temsil olunan tarafından ifaya zorlanabilecektir.⁸⁸⁰ Aksine ilişkin sözleşme şartı öngörülmesi halinde bu sözleşme şartları haksız şart niteliği taşıyacaktır.

Yönetmeliğin birinci maddesinin 1 bendinde düzenleyenin kendi yükümlülüklerini yerine getirmemiş olmasına karşın tüketicinin tüm yükümlülüklerini yerine getirmesini mecbur kılan sözleşme şartlarının haksız şart niteliğinde olduğu

⁸⁷⁵ Age. s.349.

⁸⁷⁶ Ömer ÇINAR (2009), agt. s.181.

⁸⁷⁷ İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.355.

⁸⁷⁸ Kural temsil yetkisinin şekle tabi olmaması olmakla birlikte kefalet sözleşmesine ilişkin TBK m.583/f.2'de olduğu gibi özel nitelikteki bazı maddelerde temsil yetkisi şekle tabi tutulmuştur.

⁸⁷⁹ M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.238.; Fikret EREN (2020), age. s.494.

⁸⁸⁰ M. Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (2020), age. s.226, dn.735.

belirtilmiştir. Benzer nitelikte düzenlemeye TKHK m.19/f.1⁸⁸¹'de de yer verildiği görülmektedir.

3.3 SÖZLEŞMENİN SONA ERDİRİLMESİ İLE İLGİLİ KAYITLAR

Yönetmeliğin birinci maddesinin ç, d, e, f, g, m bentlerinde;

- “ç) Tüketicinin sözleşmeyi kurmaktan veya ifa etmekten vazgeçmesi hallerinde sözleşmeyi düzenleyene tüketicinin kendisine ödediği bedeli muhafaza etme hakkı tanıyan, ancak sözleşmeyi düzenleyenin aynı türden davranışları için tüketiciye benzer bir tazminat hakkı tanımayan şartlar,
- d) Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketicinin, orantısız biçimde yüksek bir tazminat ödemesini gerektiren şartlar,
- e) Sözleşmeyi düzenleyene, sözleşmeyi keyfi bir şekilde feshetme hakkı tanıyan ancak tüketiciye aynı hakkı vermeyen şartlar ile sözleşmeyi düzenleyenin fesih hakkını kullanmasına rağmen, henüz ifa etmediği edimler karşılığında almış olduklarını muhafaza etme hakkı veren şartlar,
- f) Sözleşmeyi düzenleyene, haklı sebeplerin var olduğu durumlar hariç olmak üzere, belirsiz süreli bir sözleşmeyi makul bir bildirimde bulunmaksızın ve süre tanımaksızın feshetme hakkı tanıyan şartlar,
- g) Belirli süreli sözleşmelerde, sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin konulan şartlar,
- m) Sözleşmeyi düzenleyene, tüketicinin sahip olduğu teminatların azaltılmasına neden olabilecek şekilde, sözleşme kapsamındaki hak ve yükümlülüklerini, tüketicinin onayı alınmaksızın devretme imkânı veren şartlar...”

denilmek suretiyle sözleşmenin sona erdirilmesi ile ilgili kayıtların haksız şart niteliği taşıdığı durumlara örnek verilmiştir.

Yönetmeliğin birinci maddesinin ç bendinde tüketicinin sözleşmeyi ifa etmekten ya da kurmaktan vazgeçmesi durumlarında tek yanlı biçimde düzenleyene tüketici tarafından ödenen bedeli muhafaza etme hakkı tanımış olmasına karşın benzer tazminat hakkını tüketiciye vermeyen sözleşme şartlarının haksız şart niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Nitekim sözleşmeden dönme durumunda tarafların katlanmakla yükümlü olduğu edimlerin dengeli ve tek yanlı olmayan biçimde tespit edilmesi,

⁸⁸¹ TKHK m.19/f.1: “Taksitle satış sözleşmelerinde tüketicinin taksitleri ödemede temerrüde düşmesi durumunda, satıcı veya sağlayıcı, kalan borcun tümünün ifasını talep etme hakkını saklı tutmuşsa, bu hak ancak satıcı veya sağlayıcının bütün edimlerini ifa etmiş olması, tüketicinin de kalan borcun en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen en az iki taksidi veya kalan borcun en az dörtte birini oluşturan bir taksidi ödemede temerrüde düşmesi hâlinde kullanılabilir. Satıcı veya sağlayıcının bu hakkı kullanabilmesi için tüketiciye en az otuz gün süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması zorunludur.” şeklinde düzenleme içermektedir.

sözleşmeyi feshetme yetkisinin ise belirli bir denge kurularak verilmesi gerekmektedir.⁸⁸² Abonelik sözleşmelerinde sözleşmenin uzun süreli yapılması halinde fiyat indirimi öngörüldüğü ancak öngörülen bu indirimlerin sözleşmenin sona ermesi halinde geri alınacağına ilişkin sözleşme kayıtları uygulamada oldukça sık görülmektedir.⁸⁸³

Yönetmeliğin birinci maddesinin d bendinde tüketicinin sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde fahiş şekilde tazminat ödemekle yükümlü olacağına ilişkin sözleşme şartlarının haksız şart niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Söz konusu bent kapsamında haksız şart tespiti yapılırken somut olayın özellikleri nazara alınmalıdır.⁸⁸⁴ Yönetmelikte söz konusu sözleşme şartının haksız şart sayılması ile tüketicinin aleyhine olacak biçimde orantısız zararlar karşılığı ihtimalinin önüne geçilmek istenilmektedir.⁸⁸⁵

Yönetmeliğin birinci maddesinin e bendinde düzenleyene keyfi olarak sözleşmeyi feshetme hakkı tanımakla birlikte ifa etmemiş olduğu edimler karşılığı aldıklarını muhafaza etme hakkı veren ancak aynı hakkı tüketiciye tanımayan sözleşme şartlarının haksız şart niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Taraflara belli koşullarda dengeli olmak kaydıyla sözleşmeyi feshetme hakkı verilebilir.⁸⁸⁶ Ancak yönetmelikte belirtildiği şekilde sözleşmeye kayıt koyulması halinde tüketicinin sözleşmeyi feshetme hakkını kullanma ihtimali neredeyse bulunmayacaktır.⁸⁸⁷

Yönetmeliğin ek birinci maddesinde listelenen haksız şart örnekleri incelendiğinde ç, d ve e bentlerinde ortak biçimde tüketicinin sözleşmede öngörülen ifa yükümlülüklerini yerine getirmemesi ya da sözleşmeyi sona erdirmesi hallerine ilişkin olarak sözleşmeyi düzenleyen tüketicinin bu eylemleri dolayısıyla tüketiciyi tek yanlı şekilde zarara uğratmasının önüne geçilmek istenildiği görülmektedir.⁸⁸⁸

Yönetmeliğin birinci maddesinin f bendinde belirsiz süreli sözleşmeler açısından haklı sebep, makul bildirim ve süre tanımsızın düzenleyene fesih hakkı veren sözleşme şartlarının haksız şart niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte yönetmeliğin ek 2/a bendinde yönetmeliğin birinci maddesinin f bendine istisna

⁸⁸² İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.350.

⁸⁸³ Abonelik sözleşmelerinde ‘*indirim veriyoruz, sözleşmeyi sona erdirirseniz bu indirimleri peşinen tahsil ederiz*’ şeklinde öngörülen bu tarz cezai koşullar kanuna karşı hile olup dürüstlük kuralına aykırı sayılmalıdır. Bkz. Murat AYDOĞDU (2018), age. s.292.

⁸⁸⁴ Adem YELMEN (2014), age. s.147.

⁸⁸⁵ Ömer ÇINAR (2009), agt. s.188.

⁸⁸⁶ İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.350.

⁸⁸⁷ Age. s.350.

⁸⁸⁸ Adem YELMEN (2014), age. s.137.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.188.

getirilmiş ve finans hizmetlerini ifa edenlerin sözleşmeye tüketiciye derhal haber verilmesi yükümlülüğü bulunmak kaydıyla belirsiz süreli sözleşmeyi tek yanlı biçimde ve süre vermeden sözleşmeyi feshedebileceğine ilişkin şart koyabileceği ifade edilmiştir.⁸⁸⁹

Yönetmeliğin birinci maddesinin g bendinde sözleşmeye, belirli süreli sözleşmelerin belirlenen süre kadar uzayacağı şeklinde kayıt konulması halinde söz konusu kayıtların haksız şart niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Bu kayıtlar, belirlenen bu süreyi tüketicinin unutmuş olması sonucu iradesi dışında tüketicinin sözleşme ile bağlı olmasına sebep olacağından haksız şart niteliği taşıyacaktır.⁸⁹⁰ Bu hususa yönetmelikte yer alan listede yer verilmemiş olsaydı dahi söz konusu kayıtlar TKHK m.52/f.3 ve yine ASY m.13/f.1 gereği haksız şart niteliğinde olup sözleşmeye konulamayacaktır.

Son olarak yönetmeliğin birinci maddesinin m bendinde tüketici bakımından teminatların azalmasına sebep olabilecek biçimde tüketiciden onay almadan düzenleyene sözleşmedeki hak ve yükümlülüklerini devir olanağı veren sözleşme şartlarının haksız şart niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Düzenleyenin sözleşmedeki hak ve yükümlülüklerini devretmeye ilişkin yetkilerini kullanabilmesi için zorunlu bir halin mevcut olması ya da tüketicinin onayının alınması gerekmektedir.⁸⁹¹ Tüketicinin onayı ya da haklı bir sebep olmaksızın bu yetkinin düzenleyene verildiğine ilişkin şartlar tüketicinin aleyhine fahiş zararların doğmasının önüne geçilmesi amacıyla yönetmelikte haksız şart olarak nitelendirilmiştir.⁸⁹² Alman hukukundan farklı olarak hukukumuzda tüketiciye sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerin devredilmesi halinde sözleşmeden dönme hakkı verilmesi veya devredilecek kişinin isminin belirtilmesi sözleşme kayıtlarının haksız şart olarak nitelendirilmemesi için haklı neden oluşturmamaktadır.⁸⁹³

⁸⁸⁹ Burada önem arz eden husus istisnai hükmün ne şekilde uygulanacağı olup; tüketicinin ödemelerini aksatması nedeniyle bankanın kredi kartı hesabını kapatarak bunu derhal tüketiciye bildirmesi haksız şart sayılmayacakken aynı hükmün belirli süreli tüketici kredisi sözleşmesinde yer alması halinde söz konusu sözleşme şartı haksız şart niteliğinde sayılacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.350-351.

⁸⁹⁰ Age. s.351.

⁸⁹¹ Age. s.354.

⁸⁹² Ömer ÇINAR (2009), agt. s.194.

⁸⁹³ Agt. s.194-195.

3.4 USUL HUKUKU İLE İLGİLİ KAYITLAR

Yönetmeliğin birinci maddesinin n bendinde;

“n) Tüketicinin özellikle, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek, gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandırmak veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar” denilmek suretiyle usul hukuku ile ilgili kayıtların haksız şart niteliği taşıdığı duruma örnek verilmiştir.

Usul hukuku ile ilgili haksız şartlara ilişkin yönetmeliğin n bendi incelendiğinde tahkim sözleşmesi, delil sözleşmesi ve ispat külfetine ilişkin şartlardan söz edildiği görülmektedir.

Devlete ait olan yargı fonksiyonunun, devletin bu görevi yerine getirmek amacıyla kurmuş olduğu mahkemeler yoluyla değil de hakemler vasıtasıyla yürütülmesine tahkim adı verilmektedir.⁸⁹⁴ Özel kanun hükümleri ile belirlenen ve hakeme başvuruyu mecburi kılan zorunlu tahkim dışında bir de tarafların anlaşması yoluyla uyuşmazlığın çözümünü hakeme bıraktıkları ihtiyari tahkim söz konusudur.⁸⁹⁵ HMK'nin 407-444 maddeleri arasında düzenlenen ihtiyari tahkimde taraflar aralarında ayrı bir sözleşme yapmak ya da mevcut sözleşmeye şart eklemek suretiyle tahkim sözleşmesi yapabilmektedir.⁸⁹⁶

Tahkim sözleşmesi tüketici hukuku bakımından değerlendirildiğinde yönetmelikte belirtildiği üzere hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş yani mecburi tahkimin söz konusu olmadığı hallerde tek yanlı biçimde tüketicinin hakeme müracaatını öngörmek haksız şart niteliği taşıyacaktır. Burada HMK m.412/f.2'de olduğu gibi tarafların anlaşması söz konusu olmamakta yalnızca düzenleyen tek yanlı biçimde tüketiciyi hakeme başvuruya mecbur bırakmaktadır. HMK'nin aksine hakeme başvurmayı mecbur kılarak tüketicinin mahkemeye gitme ya da başka başvuru

⁸⁹⁴ Hakan PEKCANİTEZ, Oğuz ATALAY ve Muhammet ÖZEKES (2020), *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 8. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, s.598.; Ramazan ARSLAN, Ejder YILMAZ, Sema TAŞPINAR AYVAZ ve Emel HANAĞASI (2020), *Medeni Usul Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s.800.

⁸⁹⁵ Age. s.801.; L. Şanal GÖRGÜN, Levent BÖRÜ, Barış TORAMAN ve Mehmet KODAKOĞLU (2018), *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, s.765.

⁸⁹⁶ Ramazan ARSLAN, Ejder YILMAZ, Sema TAŞPINAR AYVAZ ve Emel HANAĞASI (2020), age. s.802.

yollarını kullanma olanağını elinden alan ve davayı takip etmesini güçleştiren sözleşme koşulları bu kapsamda haksız şart teşkil etmektedir.⁸⁹⁷

Yine HMK yürürlüğe girmeden önceki dönemde genel işlem koşullarını ihtiva eden tüketici sözleşmeleri içerisinde yetki kayıtları konulmak suretiyle usul hukukuna ilişkin yetki sözleşmelerinin yapıldığı görülmektedir.⁸⁹⁸ Söz konusu kayıtlara halen bankalar tarafından yer verildiği görülmekteyse de 6502 sayılı TKHK'nin 73/5. maddesinde tüketici davalarının tüketicinin yerleşim yeri mahkemesinde de açılabilirliğinin belirtilmiş olması karşısında söz konusu kayıtlar ile TKHK m.73/f.5 hükmünün ortadan kaldırılması mümkün değildir.⁸⁹⁹ Diğer taraftan yetki sözleşmelerinin düzenlendiği HMK m.17'de⁹⁰⁰ yetki sözleşmesinin taraflarının tacir ya da kamu tüzel kişileri olabileceğinin belirtilmiş olması karşısında tüketicilerin yetki sözleşmesinin tarafı olamayacağı açıktır.

Usul hukuku ile ilgili haksız şartlara ilişkin olarak yönetmelikte bahsi geçen bir diğer konu delil sözleşmesidir. Delil sözleşmesi HMK'nin 193. maddesinde düzenlenmiş olup taraflar arasında mevcut bulunan veya gelecekte ortaya çıkabilme ihtimali olan hukuki uyuşmazlıklarla ilgili, olay ya da olguların belirli bir delil veya belirlenmiş olan başka deliller vasıtasıyla ispatlanması hususunda yapmış oldukları sözleşmeyi ifade etmektedir.⁹⁰¹ Delil sözleşmesi mevcut bir sözleşme içerisinde delil şartı şeklinde hüküm konulması ya da mahkeme önünde tutanağa geçirilerek tarafların imzalı beyanının alınması şeklinde yapılabileceği gibi ayrı bir sözleşme şeklinde de yapılabilmektedir.⁹⁰² Delil sözleşmesi; kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil ya da delillerle ispat edilebileceğinin karşılaştırılması halinde

⁸⁹⁷ Ömer ÇINAR (2009), agt. s.197.

⁸⁹⁸ Mehmet MÜLAZIMOĞLU (2014), *Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar ve Genel İşlem Koşullarının Denetimi*, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Isparta, s.109.; Tüketicinin anayasa ile güvence altına alınmış olan doğal hâkim önünde dava edilme hakkının elinden alınması kanuni düzenlemelerden ayrılması sebebiyle kamu düzenine aykırılık teşkil etmektedir. Yeşim ATAMER (2001b), age. s.283.

⁸⁹⁹ İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.356.

⁹⁰⁰ HMK m.17: "Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır." şeklinde hüküm içermektedir.

⁹⁰¹ Süha TANRIVER (2018), *Medeni Usul Hukuku, Cilt:I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması*, Yetkin Yayınları, 2. Bası, Ankara, s.820.; L. Şanal GÖRGÜN, Levent BÖRÜ, Barış TORAMAN ve Mehmet KODAKOĞLU (2018), age. s.484.; Ramazan ARSLAN, Ejder YILMAZ, Sema TAŞPINAR AYVAZ ve Emel HANAĞASI (2020), age. s.474.

⁹⁰² L. Şanal GÖRGÜN, Levent BÖRÜ, Barış TORAMAN ve Mehmet KODAKOĞLU (2018), age. s.485.; Ramazan ARSLAN, Ejder YILMAZ, Sema TAŞPINAR AYVAZ ve Emel HANAĞASI (2020), age. s.474.; Hakan PEKCANITEZ, Oğuz ATALAY ve Muhammet ÖZEKES (2020), age. s.368-369.; Süha TANRIVER (2018), age. s.824.

münhasır olmayan delil sözleşmesi olacak, belirli deliller ile ispatın öngörülmediği vakıalara ilişkin yalnızca belirli delil ya da delillerle ispatının kabul edilmesi halinde ise münhasır delil sözleşmesi olacaktır.⁹⁰³ Münhasır delil sözleşmeleri sözleşmenin güçlü olan tarafınca diğer tarafın ispat hakkını önemli düzeyde kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya sebep olabilmesi açısından kötüye kullanılabilir. ⁹⁰⁴ Bunun önüne geçebilmek amacıyla HMK m.193/f.2 ile: “*Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkansız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir.*” hükmü getirilmiştir.⁹⁰⁵

Delil sözleşmesi tüketici hukuku bakımından değerlendirildiğinde uygulamada özellikle genel işlem şartı şeklinde delil sözleşmesi kayıtlarına yer verildiği görülmektedir.⁹⁰⁶ Çoğunlukla tüketici sözleşmelerine konulan delil şartları, tüketicinin dayanabileceği delillerin satıcı bünyesinde bulunan deliller ile sınırlı olması şeklinde olup tüketicinin davayı kaybedeceği düşüncesiyle dava açmaktan vazgeçmesine sebebiyet vermektedir.⁹⁰⁷ Yönetmelikte yer alan haksız şartlar listesinin n bendi ve HMK m.193/f.2 hükmü göz önünde bulundurulduğunda tüketicinin gösterebilecek olduğu delilleri ölçüsüz biçimde sınırlandıran delil şartları haksız şart niteliği taşıyacak olup geçersiz sayılacaktır.⁹⁰⁸ Yönetmeliğin birinci maddesinin n bendinde “*Tüketicinin gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandıran şartlar*” ifadesine yer verilmesi karşısında tüketicinin delil ve ispat hakkını kısıtlamayan, güçleştirmeyen delil sözleşmeleri haksız şart niteliği taşımayacak ve geçerli olacaktır.⁹⁰⁹

⁹⁰³ L. Şanal GÖRGÜN, Levent BÖRÜ, Barış TORAMAN ve Mehmet KODAKOĞLU (2018), age. s.485.; Ramazan ARSLAN, Ejder YILMAZ, Sema TAŞPINAR AYVAZ ve Emel HANAĞASI (2020), age. s.475-476.; Hakan PEKCANITEZ, Oğuz ATALAY ve Muhammet ÖZEKES (2020), age. s.370-371.; Süha TANRIVER (2018), age. s.820-821.

⁹⁰⁴ L. Şanal GÖRGÜN, Levent BÖRÜ, Barış TORAMAN ve Mehmet KODAKOĞLU (2018), age. s.486.; Münhasır delil sözleşmelerine, yarattığı bu zorluk göz önünde bulundurularak “*daraltıcı etki doğuran*” delil sözleşmeleri de denilmektedir. Bkz. Süha TANRIVER (2018), age. s.820.

⁹⁰⁵ HMK m.193/f.2 hükmü ile getirilen bu düzenleme dürüstlük kuralının tekrarı niteliğindedir. Bkz. Baki KURU ve Ali Cem BUDAK (2011), “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler*”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.85, S.5, s.5.

⁹⁰⁶ L. Şanal GÖRGÜN, Levent BÖRÜ, Barış TORAMAN ve Mehmet KODAKOĞLU (2018), age. s.485.

⁹⁰⁷ İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.357.; Tüketici sözleşmelerinde yer alan özellikle münhasır delil şartları kanuni düzenlemeden sapması ve müşteriye oldukça mağdur etmesi sebebiyle kamu düzenine aykırılık teşkil etmektedir. Yeşim ATAMER (2001b), age. s.285.

⁹⁰⁸ Yönetmeliğin n bendinde getirilen bu düzenleme ile “*kamu düzeni*” kriteri uygulanmış ve mevcut hukuki düzenden ayrılmış olmak haksız şart olarak sayılmıştır. Bkz. İ. Yılmaz ASLAN (2015), age. s.356.; Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan ya da fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri HMK m.193/f.2 gereği kesin hükümsüz olacağından haksız şart denetimi yapılmasına gerek kalmayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. İsmail ATAMULU (2018), agm. s.137-138.

⁹⁰⁹ Agm. s.137.; Ömer ÇINAR (2009), agt. s.197.

Son olarak usul hukuku ile ilgili haksız şartlara ilişkin yönetmeliğin n bendinde ispat külfetinden söz edilmektedir. İspat⁹¹⁰ yükü, uyuşmazlık konusu olan vakıaların hangi tarafça ispat edileceğine ilişkin usuli yükü ifade etmektedir.⁹¹¹ İspat yüküne ilişkin temel kural TMK m.6 hükmüdür. Buna göre: ‘*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*’ İspat yüküne ilişkin temel kuralın istisnalarını özel ispat yükü öngören kanunlar, karineler ve tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklarla ilgili ispat yükünün kimde olacağına ilişkin yapmış oldukları ispat yükü sözleşmeleri oluşturmaktadır.⁹¹²

İspat külfeti tüketici hukuku bakımından değerlendirildiğinde özel ispat yükü öngören kanunlar ya da karineler olmaksızın düzenleyene ait olan ispat yükünün tüketiciye yüklenerek tüketicinin mahkemeye gitme ya da başka başvuru yollarını kullanma olanağını kısıtlayan ya da bütünüyle ortadan kaldıran şartlar haksız şart niteliği taşıyacaktır.⁹¹³ Yine düzenleyene ait olan ispat yükünün, uygulamada rastlandığı üzere sözleşmeye kayıt konulmak suretiyle tüketiciye yüklenmesi halinde söz konusu kayıtlar haksız şart niteliği taşıyacaktır.

⁹¹⁰ İspat, taraflar arasında çekişmeli olduğu tespit edilen maddi vakıaların doğru olduğuna dair mahkemeyi inandırma faaliyeti olup davanın çözümü açısından önem arz etmektedir. Bkz. L. Şanal GÖRGÜN, Levent BÖRÜ, Barış TORAMAN ve Mehmet KODAKOĞLU (2018), age. s.450, 457.; Ramazan ARSLAN, Ejder YILMAZ, Sema TAŞPINAR AYVAZ ve Emel HANAĞASI (2020), age. s.386.; Hakan PEKCANITEZ, Oğuz ATALAY ve Muhammet ÖZEKES (2020), age. s.324-325.; Süha TANRIVER (2018), age. s.759.

⁹¹¹ Ramazan ARSLAN, Ejder YILMAZ, Sema TAŞPINAR AYVAZ ve Emel HANAĞASI (2020), age. s.389.; İspat yükü, tarafların iddia ve savunmalarını dayandırmış oldukları olayın gerçekleşip gerçekleşmediğinin ispat edilememesi durumunda aleyhe kararlar karşılama tehlikesini ifade etmektedir. Hakan PEKCANITEZ, Oğuz ATALAY ve Muhammet ÖZEKES (2020), age. s.344.; Süha TANRIVER (2018), age. s.795.

⁹¹² L. Şanal GÖRGÜN, Levent BÖRÜ, Barış TORAMAN ve Mehmet KODAKOĞLU (2018), age. s.462-467.

⁹¹³ Yönetmelikte yer alan bu husus ile tüketicinin, girişimcinin yer verdiği kayıtların aksini ispat etme hakkının elinden alınmasının önüne geçilmektedir. Neslihan ÖZUYSAL (2011), agt. s.138.

SONUÇ

Abonelik sözleşmeleri, düzenli ya da sürekli aralıklarla bir mal ya da hizmetin abone tarafından edinilmesini sağlayan sözleşmelerdir. Elektronik haberleşme, elektrik, su, doğalgaz gibi temel gereksinimlerin giderilmesi adına aboneler bu sözleşmelerin tarafı olduğu gibi gazete, dergi, makale gibi hizmetlerden yararlanmak adına da abonelik sözleşmelerinin tarafı olmaktadır. Günümüzde özellikle teknolojiye yaşanan gelişmeler sonucu dijital platform üyeliklerinin sunmuş olduğu hizmetlerden yararlanmak için abonelik sözleşmelerinin yapıldığı görülmektedir. Tüketici sözleşmelerinin bir türü olan abonelik sözleşmelerinde abone ekonomik, psikolojik ve iradi açıdan sözleşmenin zayıf tarafını teşkil etmektedir. Yine abonelik sözleşmelerinde ücretin peşinen ödenmesine karşılık mal ya da hizmetin düzenli ya da sürekli aralıklarla sağlanması abone açısından sorunlara yol açabilmektedir. Tüm bu nedenler tüketicinin korunmasını zorunlu hale getirmiş ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesiyle tüketicinin korunmasına yönelik önemli adımlar atılmıştır. Abonelik sözleşmeleri 4077 sayılı TKHK'de süreli yayınlar ile sınırlı olarak düzenlenmişken 6502 sayılı TKHK'de gerek hukuki mahiyet gerekse kapsam açısından oldukça geniş düzenlemelere yer verilmiştir. 6502 sayılı TKHK'nin 52. maddesinde abonelik sözleşmelerinin tanımı yapılmış, abonelik sözleşmelerinin uzaması ve feshine ilişkin konular düzenlenmiştir. 6502 sayılı TKHK'nin 52. ve 84. maddelerine dayanılarak bir de Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği çıkarılmıştır.

6502 sayılı TKHK'de yapılan tanımdan hareketle abonelik sözleşmelerinin konu, bedel ve tarafların anlaşması olarak üç temel unsuru bulunmaktadır. Konu unsurunu bir mal ya da hizmet oluşturabileceği gibi mal ve hizmet birlikte de abonelik sözleşmelerinin konusunu oluşturabilecektir. TKHK'de abonelik sözleşmelerinin tanımı yapılırken ücret unsuruna yer verilmemişse de satıcı ve sağlayıcı tanımından hareketle abonelik sözleşmelerinin bir diğer unsurunu bedel oluşturacaktır. Son olarak özel hukuk sözleşmelerinin tamamında olduğu gibi abonelik sözleşmelerinde de belirli ya da belirlenebilir olan bedel ve sözleşmenin konusunu oluşturan mal ya da hizmet sağlama hususunda anlaşma unsurunun gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Satıcı ya da sağlayıcı mal ya da hizmeti sürekli ya da düzenli aralıklarla gerçekleştirdiğinden abonelik sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme niteliğindedir. Satıcı ya da sağlayıcının bir mal ya da hizmeti sürekli ya da düzenli aralıklarla sunma borcu altına girmesine karşılık abonenin ücret ödeme borcu altına girmesi dolayısıyla tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Çoğu zaman genel işlem koşulları içermesi ve abonenin bu koşulları müzakere etme olanağına sahip olmaması sebebiyle standart sözleşme özelliğine sahiptir. Abonelik sözleşmelerinin konusunu bir malın devrinin oluşturması halinde abonelik sözleşmeleri devir borcu doğuran sözleşme niteliğini haiz olmakta, hizmet sunumunun abonelik sözleşmelerinin konusunu oluşturması halinde ise iş görme borcu doğuran sözleşme niteliğini haiz olmaktadır. Abonelik sözleşmeleri türleri bakımından belirli süreli, belirsiz süreli ve taahhütlü, taahhütsüz olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Önemi sona erme bakımından göstermekle birlikte taraflarca belirlenen süre sonunda kendiliğinden sona erecek abonelik sözleşmelerine belirli süreli abonelik sözleşmesi, taraflarca sözleşme süresinin ne zaman sona ereceği hususunun kararlaştırılmadığı sözleşmelere ise belirsiz süreli abonelik sözleşmesi denilmektedir. Yine taahhütnamede belirtilen süre boyunca abone kalmayı taahhüt eden tüketiciye karşılık olarak satıcı ya da sağlayıcının, sözleşme konusu mal ya da hizmet bedelinde indirim yaptığı ya da sözleşme konusu malın teslimi ya da hizmetin ifası ile beraber taahhüde konu malın mülkiyetini ya da kullanım hakkını devrettiği aboneliklere taahhütlü abonelik sözleşmesi denilmektedir. Taahhütsüz abonelik sözleşmeleri ise, abonenin belirli bir süre boyunca abone olarak kalmayı taahhüt etmediği ve istediği zaman tazminat yükümlülüğü gündeme gelmeksizin abonelik sözleşmesini feshedebildiği sözleşmelerdir.

Sona erme bakımından abonelik sözleşmeleri tarafların anlaşması, fesih şeklinde hukuki işlemlerle sona erebildiği gibi sürenin dolması, ifanın imkansızlaşması ve ölüm, fiil ehliyetinin sınırlandırılması ya da kaybı, aciz hali gibi sebeplerle kendiliğinden de sona erebilmektedir. Abonelik sözleşmeleri bakımından karşılaşılan en büyük sorunlar sözleşmenin sona erdirilmesi noktasında kendini göstermektedir. Bu kapsamda gerek TKHK gerekse ASY'de abonelere sözleşmeyi sona erdirme noktasında çeşitli kolaylıklar sağlanmıştır. Kanun koyucu tarafından abonelerin bir yıldan fazla süreyle sözleşmeyle bağlı kalması istenilmediğinden sorunları çözmek amacıyla bir yıldan uzun süreli olan abonelik sözleşmelerinde bir

yıldan sonra cezai şart ve tazminat ödemeksizin fesih hakkı tanımıştır. Bunun dışında abonelere farklı fesih imkanları sunulmuştur.

Sanayi devrimi ve özellikle seri üretimin yaygınlaşması sonucu ortaya standart sözleşmeler çıkmıştır. Standart sözleşmeler, doktrinde tamamının veya bir kısmının genel işlem koşullarından oluştuğu sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır. Önceden ve tek yanlı biçimde hazırlanan bu sözleşmeler sözleşmenin karşı tarafı ile müzakere edilmemekte ve genellikle karşı taraf aleyhine hükümler içermektedir. Tüm sözleşme tiplerinde karşılaşılabilen genel işlem koşulları abonelik sözleşmeleri içerisinde de yer almaktadır. Abone tarafı olmak istediği sözleşmede bu koşulları çoğu zaman okumamakta okusa dahi genel işlem koşullarının oldukça karmaşık ve okunsa dahi anlaşılamayacak biçimde hazırlanması sebebiyle anlayamamaktadır. Abonenin bu şartları anlaması ihtimalinde dahi değiştirme imkânı olmadığından çoğu zaman kendisine dayatılan bu şartlar altında abonelik sözleşmesine taraf olmakta ve sorunlarla karşılaşmaktadır. Özellikle tüketici aleyhine olacak şekilde abonelik sözleşmelerine, sözleşmenin kurulması ve ifası, girişimcinin sorumluluğunun kısıtlanması ya da kaldırılması ve sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin kayıtlar konularak aboneler mağdur edilmektedir. Abonenin pazarlık imkânı olmaksızın taraf olduğu abonelik sözleşmelerinde bilgi düzeyi ve ekonomik güç bakımından sözleşmenin zayıf tarafını oluşturması ve genel işlem koşullarının yer aldığı sözleşmelerde sözleşme adaleti ve menfaat dengesinin satıcı ya da sağlayıcı yararına olması abone aleyhine olan bu şartların denetim zorunluluğunu ortaya koymuştur. Bu kapsamda 6502 sayılı TKHK’de ve TBK’de birtakım düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıca TKHK’nin yönetmeliğe atıf yapmasının sonucu olarak Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin ‘‘Haksız Sözleşme Şartları’’ başlıklı Ek-1. maddesinde on yedi bent halinde, örnekleme şeklinde sayılan haksız sözleşme şartları ile tüketicinin korunması amaçlanmıştır.

TKHK ve TBK’da yer alan düzenlemeler ile abone aleyhine sözleşmede yer alan genel işlem koşulları denetime tabi tutulmaktadır. TKHK’de yer alan hükümler yalnızca tüketicilerin taraf olduğu sözleşmelere uygulanmaktadır. TBK’de yer alan hükümler ise tüketici, tacir, esnaf ayrımı yapılmaksızın uygulanmaktadır. Bununla birlikte TKHK’de hüküm bulunmayan hallerde genel kanun niteliğini haiz olması sebebiyle TBK’nin genel işlem koşullarına ilişkin maddeleri uygulama alanı bulacaktır.

Genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelere bakıldığında TKHK’de haksız şart, TBK’de genel işlem koşulları ve TTK’de genel işlem şartları ifadesine yer verilmele söz konusu kanunlarda terim birliğinin sağlanamadığı görülmektedir. Doktrinde genel işlem koşulları ve haksız şart kavramları aynı kavramlar gibi kullanılsa da haksız şartların uygulama alanının daha geniş olması sebebiyle bu kavramlar arasında farklılıklar bulunmaktadır. Genel işlem koşulları ilk kez TBK’de tanımlanmış ve genel işlem koşullarına ilişkin hükümler TBK’nin 20-25 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Genel işlem koşullarının, Türk Hukukundaki ilk pozitif düzenleme niteliğini haiz TBK m.20’deki tanımından yola çıkılarak; bir sözleşmenin koşulunu ve kural olarak yan edimin konusunu oluşturmaları, önceden tek yanlı olarak belirlenmesi, genel ve soyut nitelikte olması, çok sayıda sözleşmede kullanmak amacıyla hazırlanması ve müzakere edilmemiş olması şeklinde beş unsur bulunmaktadır. Genel işlem koşullarının çok sayıda sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanma unsuru gayeye ilişkin olup fiili kullanım aranmamaktadır. Genel işlem koşulları önceden belirlenme unsuru sonucu zamandan tasarruf imkânı sağlaması, tehlikelerin hesaplanması, birikim ve tecrübeyi yansıtmaları, hukuki ilişkilerin rasyonelleştirilmesi ve yargı yoluna başvurulma olasılığını azaltması sebebiyle abonelik sözleşmelerine birtakım faydalar sağlamaktadır. Ancak yine önceden belirlenme unsurunun sonucu olarak abonenin fikirleri sözleşmeye yansıtılamamakta ve çoğu zaman abone aleyhine düzenlemeler içeriyor olması sebebiyle abone zararına sonuçlar doğurmaktadır. Bu zararları ve abonenin mağduriyetini giderebilmek adına abonelik sözleşmelerinde yer alan genel işlem koşulları denetime tabi tutulmaktadır.

Genel işlem koşullarının yargısal denetimi; yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi olmak üzere üç aşamadan oluşmaktadır. Yürürlük denetimi TBK m.21/1’de düzenlenmiş olup genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilip edilmediği tespit edilmektedir. Sözleşme taraflarının genel işlem koşullarını sözleşme içeriğine dahil edilmesine ilişkin anlaşmalarına ilişkilendirme sözleşmesi adı verilmekte olup genel işlem koşullarının sözleşme içerisinde bağlayıcı olabilmesi için mutlak biçimde bulunması gerekmektedir. Genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilebilmesini kanun koyucu, aboneye açıkça bu koşulların varlığı hakkında bilgi verilip öğrenme imkânı sağlamasına ve abonenin bu koşulları kabul etmesine bağlamıştır. Aksi halin söz konusu olduğu durumlarda ise yaptırımın yazılmamış sayılma olacağını belirtmiştir. Madde metninde yürürlük denetiminin hukuki sonucunun yazılmamış sayılma olarak belirtilmesi madde gerekçesinde ise ‘’sözleşme

içeriğinden saymama” ifadesine yer verilmesi doktrinde oldukça çeşitli yorumların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Kanaatimizce yürürlük denetiminin hukuki sonucu olarak belirtilen yazılmamış sayılma yaptırımı kısmi yokluk şeklinde anlaşılmalıdır.

Genel işlem koşullarının yürürlük denetiminden sonra ikinci adım olarak yorum denetimine geçilmekte ve yürürlük denetimi ile sözleşme içeriğine dahil edilen genel işlem koşullarının anlamı belirlenmektedir. Kaynağını dürüstlük kuralı ve Roma hukukunun genel ilkelerinden olan “in dubio contra stipulatorem” ilkesinden alan yorum denetimine ilişkin TBK’nin 23. maddesinde açık ve anlaşılır olmayan ya da birden fazla anlama gelen genel işlem koşullarının düzenleyen aleyhine, abone lehine yorumlanacağı belirtilmiştir.

Yürürlük denetimi ve yorum denetiminden sonra son adım olarak içerik denetimi yapılmaktadır. İçerik denetimi hâkim tarafından, sözleşmenin içeriği haline gelen ve anlamı yorumlanan sözleşme hükümlerinin dürüstlük kuralına açık şekilde aykırılık teşkil etmesi halinde hükümsüz sayılmasıdır. İçerik denetimi sosyal hukuk devleti ve sosyal adalet ilkesinin bir gereğidir. İçerik denetimi TBK m.25’te düzenlenmiş olup dürüstlük kurallarına aykırı şekilde abone aleyhine veya abonenin durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olan hükümlerin genel işlem koşulları içerisinde yer alamayacağı belirtilmiştir. İçerik denetimine ilişkin madde metninde benimsenen dürüstlük kuralına aykırı olma kriteri evrensel hukuk ilkelerinden olan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. İçerik denetiminin hukuki sonucu TBK’nin 25. maddesinin gerekçesinde kısmi kesin hükümsüzlük olarak belirlenmiştir. TBK m.25 gerekçesinde belirtilen kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımı aksi ispat edilemeyecek kanuni bir varsayım olması sebebiyle TBK m.27/f.2’de belirtilen kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımından ayrılmaktadır.

KAYNAKÇA

- ACAR BİLMİŞ Merve (2019), *Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Yorumu*, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi.
- AÇIKGÖZ Osman (2013), *Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- AÇIKGÖZ Osman (2017), “Elektronik Haberleşme Sektöründe Genel İşlem Koşulları”, *İçinde, Telekomünikasyon Hukuku*, Ed. Halil Akkanat, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- AKBULUT Pakize Ezgi (2016), *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması*, On İki levha Yayıncılık, İstanbul.
- AKÇAAL Mehmet (2014), “Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XVIII, S.1, ss.49-69.
- AKİPEK ÖCAL Şebnem (2016), “Tanımlar”, *Milli Şerh- 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Aristo Yayıncılık, İstanbul.
- AKİPEK ÖCAL Şebnem ve AYDOĞDU Murat (2016), “Madde 5 (AKİPEK/AYDOĞDU) Şerhi”, *Milli Şerh-6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Aristo Yayıncılık, İstanbul.
- AKİPEK Şebnem (1999), *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- AKMAN Galip Sermet (1976), *Sorumsuzluk Anlaşması*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul.
- AKMAN Galip Sermet (1979), “Genel İşlem Şartları”, *Yargı Dergisi*, S.35, ss.13-18.
- AKSOY DURSUN Sanem (2008), *Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, On iki Levha Yayınları, İstanbul.

- AKYOL Şener (2006a), ‘‘Venire Contra Factum Proprium’’, *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan*, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- AKYOL Şener (2006b), *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası*, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul.
- AKYOL Şener (2006c), *Medeni Hukuka Giriş*, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul.
- AKYOL Şener (2007), *Medeni Hukukta Çelişki Yasası*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- AKYOL Şener (2010), *Sözleşmenin Yorumu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- ALTAŞ Hüseyin (2009), ‘‘Telekomünikasyon Alanındaki Abonelik Sözleşmeleri’’, *Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ALTINER YOLCU Fatma Zeynep (2018), ‘‘Tüketicinin Korunması Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Bu Gelişimin Türk Hukukuna Yansıması’’, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.24, S.2, ss.1111-1124.
- ALTINOK ORMANCI Pınar (2011), *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Medeni Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara.
- ALTOP Atilla (2012), ‘‘Genel İşlem Koşulları’’, *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (Makaleler-Tebliğler)*, Derleyen: M. Murat İNCEOĞLU, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- ANTALYA O. Gökhan (2019a), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1,1*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı.
- ANTALYA O. Gökhan (2019b), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1,3*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı.
- ANTALYA O. Gökhan ve DOĞANCI E. Doğa (2018), ‘‘Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bunun TBK m.20 vd.’daki Görünümlerinin ve TTK m.55 f.1 f ile TBK m.20 vd.’nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi’’, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.24, S.2, ss.823-860.
- ARAL Vecdi (1983), ‘‘Hukukta İrade Özgürlüğü’’, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.48, S.1-4, dergipark, ss.249-282.
- ARIKAN Mustafa (2012), ‘‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları’’, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, (3-4 Haziran 2011)*, Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Legal Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul.

- ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder, TAŞPINAR AYVAZ Sema ve HANAĞASI Emel (2020), *Medeni Usul Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ASLAN İ. Yılmaz (2015), *6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa.
- ASLAN İ. Yılmaz (2016), *Bankacılar İçin Tüketici Hukuku*, Bankalararası Kart Merkezi, <https://bkm.com.tr/wp-content/uploads/2016/08/TUKETICI-HUKUKU-KITABI-low.pdf>, ET.26/05/2021.
- ASLAN Mehmet (2020), ‘‘Tüketicilerle Yapılan Abonelik Sözleşmelerinin Sözleşme Özgürlüğü İlkesi Bakımından İncelenmesi’’, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.6, S.1, ss.159-182.
- ATAMER Yeşim (1996), ‘‘Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması’’, *İÜHFİM*, C. LV, ss.421-447.
- ATAMER Yeşim (2001a), ‘‘Bankaların Kredi Sözleşmelerinden Kaynaklanan Sorunlar ve Hukuki Çözüm Yolları’’, *İstanbul Ticaret Odası Yayın No:2001-08*, İstanbul.
- ATAMER Yeşim (2001b), *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul.
- ATAMER Yeşim Müride (2006), ‘‘Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirme ve Teklifler’’, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S.6.
- ATAMER Yeşim Müride (2012), ‘‘Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m.6 ve TTK m.55, f.1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak’’, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar, 8 Nisan 2011*, BATİDER, Ankara, ss.9-73.
- ATAMULU İsmail (2018), ‘‘Genel İşlem Şartlarında Şahsi (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü’’, *Hakemli Makale, ERÜHFD*, C.XIII, S.1, ss.101-147.
- ATASOY Adil Ömer, TAŞKIN Mustafa ve ACAR Hakan (2000), *Tüketiciyi Koruma Hukuku, İlgili Mevzuat ve Yargıtay Kararları*, Yargı Yayınevi, 2. Baskı, Ankara.
- ATEŞ Derya (2007), ‘‘Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları’’, *TBB Dergisi*, S.72.
- AYAN Mehmet (2016), *Eşya Hukuku II- Mülkiyet*, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Ankara.

- AYDIN Ramazan (2016), Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK m.5), *EÜHFD*, C.XI, S.1, ss.83-123.
- AYDOĞDU Murat (2007), ‘‘Konut Finansman Sistemi ve Sözleşmelerin Tüketici Hukukuna Etkileri’’, *acikerisim.deu.edu.tr*, ss.553-632
- AYDOĞDU Murat (2011), ‘‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı’’, *DEÜHFD*, C.13, S.2, ss.1-54.
- AYDOĞDU Murat (2013a), ‘‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı’’, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, dergipark, C.8, ss.571-621.
- AYDOĞDU Murat (2013b), ‘‘6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz’’, *DEÜHFD*, C.15, S.2, ss.1-62.
- AYDOĞDU Murat (2014a), *Tüketici Kılavuzu- Hukuk Rehberi*, XII Levha Yayınları, İstanbul.
- AYDOĞDU Murat (2014b), *Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- AYDOĞDU Murat (2015), *Tüketici Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi.
- AYDOĞDU Murat (2018), *Genel İşlem Koşulları Şerhi*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- AYRANCI Hasan (2003), ‘‘Sözleşme Kurma Zorunluğu’’, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, S.3, ss.229-252.
- AYRANCI Hasan (2010), *Enerji Sözleşmeleri*, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- BADUR Emel (2012), ‘‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümler Açısından İncelenmesi’’, *İçinde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu*, 12-13 Mayıs 2011, Ed. Emel Badur, Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü, Ankara.
- BAHTİYAR Mehmet (1996), ‘‘Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması’’, *Yargıtay Dergisi*, S.1-2, ss.76-98.
- BAHTİYAR Mehmet (2008), ‘‘Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması’’, *Makaleler I*, Beta Yayınevi, İstanbul, ss.99-121.
- BAHTİYAR Mehmet ve BİÇER Levent (2016), ‘‘Adi İş/ Ticari İş/ Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi’’, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.22, S.3, ss.395-436.

- BAKAR Gökhan (2015), *Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret Ve Tabi Olduğu Hükümler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- BAL Yakup (2019), *6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Abonelik Sözleşmeleri*, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- BARLAS Nami (1997), ‘‘Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi’’, *İHFM*, C.55, S.3, ss.191-208.
- BARLAS Nami (2001), ‘‘Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri’’, *İçinde, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı*, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul.
- BAŞALP Nilgün (2011), ‘‘Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler’’, *İçinde, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan*, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.221-238.
- BAYKAN Renan (2005), *Tüketici Hukuku Mevzuata İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri*, İstanbul Ticaret Odası Yayını, Yayın No: 2005-41, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul.
- BAYSAL Başak (2015), ‘‘Tüketici Kredisi (TKHK m.22-31)’’, *İçinde, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı*, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, On İki Levha Yayınları, İstanbul.
- BİGAT Şevket Güney ve LOKMANOĞLU Ensar (2009), ‘‘Genel İşlem Şartları Açısından Şaşırtıcı, Sürpriz, Beklenmeyen, Haksız, Adil Olmayan ve Çok Anlamlı Koşullar’’, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.83, S.6, ss.3147-3157.
- BURCUOĞLU Haluk (2016), ‘‘6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Bazı Yönlerden 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Karşısında Değerlendirilmesi’’, *İçinde, Tüketici Hukuku Konferansı*, 5-6 Aralık 2015, (Makaleler-Tebliğler), Ed. Hüseyin Can Aksoy, Yetkin Yayınları, Ankara.
- CANSEL Erol ve ÖZEL Çağlar (2017), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:1*, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara.
- CEYLAN Ebru (2016), ‘‘Abonelik Sözleşmeleri’’, *İçinde, Milli Şerh- 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Aristo Yayıncılık, İstanbul.
- CİVAN Orhan Ersun (2015), *Genel İş Koşulları*, Beta Yayıncılık, İstanbul.

- ÇABRİ Sezer (2016), *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Adalet Yayınevi.
- ÇETİNER Bilgehan (2017), ‘‘Elektronik Haberleşme Abonelik Sözleşmesinin Sona Ermesi’’, *İçinde, Telekomünikasyon Hukuku*, Ed. Halil Akkanat, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- ÇINAR Ömer (2009), *Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul.
- DALKA OKUMUŞ Şüheda (2018), *Elektrik- Doğal Gaz Piyasaları Abonelik Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerde Yer Alan Genel İşlem Koşullarının Denetimi*, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- DEMİR Mehmet (2008), ‘‘2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Genel İşlem Koşulları’na İlişkin Maddelerinin (m. 20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri’’, *TBB Dergisi*, S.76, ss.217-231.
- DERYAL Yahya ve KORKMAZ Yakup (2015), *Yeni Tüketici Hukuku Ders Kitabı*, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara.
- DURAL Mustafa (1973), ‘‘İmkânsızlık Kavramı ve Türleri’’, *BATİDER*, C.7, S.1.
- DURAL Mustafa (1976), *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık*, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- ENGİN Baki İlkay (2010), ‘‘Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması’’, *İçinde, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, ss.75-100.
- ERDOĞAN Kemal (2018), ‘‘Taahhütlü Abonelik Sözleşmesinin Sona Ermesi Ve Sonuçları’’, *Özel Hukuk-Araştırma Makalesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.26, S.3, ss.271-330.
- EREN Fikret (2014), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- EREN Fikret (2020), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 25. Baskı, Ankara.
- ERGİN Emre (2018), *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Abonelik Sözleşmeleri*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- ERGÜNE Mehmet Serkan (2017), *Taşınır Mülkiyeti*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.

- ERGÜNE Mehmet Serkan ve KURŞUN Ali Suphi (2018), ‘‘TBK m.27’’, *İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu- Yürürlük Kanunu, Cilt:1, Genel Hükümler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- ERTAŞ Şeref (2014), ‘‘Yeni Tüketiciyi Koruma Kanununda Abonman Sözleşmeleri’’, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.9, S.99, ss.104-106.
- ESENER Turhan (2015), *Hukuka Giriş*, Vedat Kitapçılık, 11. Baskı, İstanbul.
- GÖLE Celal (1983), *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara.
- GÖRGÜN L. Şanal, BÖRÜ Levent, TORAMAN Barış ve KODAKOĞLU Mehmet (2018), *Medeni Usul Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- GÜMÜŞ Mustafa Alper (2014), *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt:1(Madde 1-46)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- GÜNAY Cevdet İlhan (2009), ‘‘İkale Sözleşmesi’’, *Çimento İşveren Dergisi*, S.5, C.23, ss.4-25.
- GÜRİZ Adnan (2020), *Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi*, 15. Baskı, Ankara.
- HATEMİ Hüseyin (1976), *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK m.65 Kuralı)*, Gözden Geçirilmiş Doçentlik Tezi, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul.
- HATEMİ Hüseyin (2011), *Medeni Hukuka Giriş*, Vedat Kitapçılık, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul.
- HAVUTÇU Ayşe (2003), *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, Güncel Yayınevi, İzmir.
- HAVUTÇU Ayşe (2011), ‘‘6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi’’, *İzmir Barosu Dergisi*, S.2, ss.29-46.
- HAVUTÇU Ayşe (2016), ‘‘Genel İşlem Şartlarının Sözleşme ile İlişkilendirilmesi, İçeriklerinin Denetlenmesi’’, *İçinde, Tüketici Hukuku Konferansı*, 5-6 Aralık 2015, (Makaleler-Tebliğler), Ed. Hüseyin Can Aksoy, Yetkin Yayınları, Ankara, ss.75-103.
- İŞIKTAÇ Yasemin (2010), *Hukuk Başlangıcı*, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- İNAL Tamer (2005), *Açıklamalı- İctihatlı Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri (İsviçre Hukuku-Fransız Hukuku ve Avrupa Birliği Konseyi Yönergeleri Işığında)*, Kazancı Hukuk Yayınları, 2. Baskı, İstanbul.

- İNAL Tamer (2018), *İnternet Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar*, Aristo Yayıncılık, İstanbul.
- İNAN Ali Naim ve YÜCEL Özge (2014), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara.
- İNCEOĞLU Murat (2016), ‘‘Telekomünikasyon Sektöründe Abonelik Sözleşmeleri’’, *İçinde, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016*, Bilge Yayınevi, Ankara, ss.202-221.
- KADIOĞLU Kamil (2004), ‘‘4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da 4822 sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler Hakkında İnceleme’’, *TBB Dergisi*, S.55, ss.295-316.
- KALKAN OĞUZTÜRK Burcu (2008), *Güven Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- KAMA Musa (2019), *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Abonelik Sözleşmeleri*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- KAPLAN İbrahim (2013), *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi*, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara.
- KARA İlhan (2015), *Tüketici Hukuku*, Engin Yayınevi, Ankara.
- KARABEL Emine Gökçe (2015), *Yazılı Şekil Şartı*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul.
- KARADAĞ Özgür (2015), *Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara.
- KARAKOCALI Ahmet ve KURŞUN Ali Suphi (2015), *Tüketici Hukuku (6502 sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre)*, Aristo Yayınevi, İstanbul.
- KARTAL Doğan (2008), *Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Konya.
- KAŞAK Esra (2012), ‘‘Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları’’, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, S.2, ss.415-429.
- KAYA ÖZGÜR Gizem (2018), *Genel İşlem Koşulları ve Benzer Kurumlar*, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- KAYIHAN Şaban ve ÜNLÜTEPE Mustafa (2018), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı.

- KILIÇOĞLU Ahmet M. (2018a), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 22. Bası, Ankara.
- KILIÇOĞLU Ahmet M. (2018b), *Medeni Hukuk*, Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş- Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara.
- KOCA Güneş (2004), *Tüketicinin Korunması Açısından Abonelik Sözleşmeleri*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara.
- KOCAMAN Arif B. (2003), ‘Bankaların Tacir ve Sanayiciler ile Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukuki Açından Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri’, *İçinde, Ünal TEKİNALP’e Armağan, Cilt:1*, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip (2017), *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Cilt:1*, Filiz Kitabevi, 4. Basıdan Tıpkı 7. Bası, İstanbul.
- KOYUNCU Emine (2017), ‘TV Yayıncılığı Alanındaki Dijital TV Platformları Sosyal Paylaşım Ağlarını Neden Kullanırlar?’, *Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C.19, S.1, ss.315-335.
- KUNTALP Erden (1968), *Ard Arda Teslimli Satım Akdi*, Sevinç Matbaası, Ankara.
- KUNTALP Erden (2012), ‘Bankalar ve Genel İşlem Koşulları’, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar, 8 Nisan 2011, BATİDER*, Ankara.
- KURU Baki ve BUDAK Ali Cem (2011), ‘Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler’, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.85, S.5, ss.3-43.
- MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi (2005), *İş Hukuku*, 2.Baskı, Ankara.
- MÜLAZIMOĞLU Mehmet (2014), *Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar ve Genel İşlem Koşullarının Denetimi*, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Isparta.
- NARMANLIOĞLU Ünal (2010), ‘Kanuni Süresinde Ücreti Ödenmeyen İşçinin İş Görmekten Kaçınabilme Hakkı (İmkânı)’, *2010-acikerisim.deu.edu.tr*, ET. 15.11.2020.
- OĞUZ Cemal (1993), *Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bilim Dalı Doktora Tezi, Ankara.
- OĞUZ Cemal (1998), ‘Standart Sözleşmelerin BK. 21 ile 99/2 ve 100/3 Hükümlerine Göre Hâkim Tarafından Kontrolü’, *TBB Dergisi*, S.1, ss.25-37.

- OĞUZMAN M. Kemal ve BARLAS Nami (2020), *Medeni Hukuk*, Vedat Kitapçılık, 26. Bası, İstanbul.
- OĞUZMAN M. Kemal ve ÖZ Turgut (2020), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:1*, Güncellenip Genişletilmiş 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- OĞUZMAN M. Kemal, SELİÇİ Özer ve OKTAY ÖZDEMİR Saibe (2018), *Eşya Hukuku*, 21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- OZANOĞLU Hasan Seçkin (2000), ‘‘Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım)’’, *İçinde, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, ss.663-692.
- OZANOĞLU Hasan Seçkin (2001), ‘‘Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)’’, *AÜHFD*, C.50, S.1, ss.55-90.
- ÖKTEM ÇEVİK Seda (2008), *Mobil Telefon Abonelik Sözleşmeleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- ÖKTEM ÇEVİK Seda (2015), ‘‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Abonelik Sözleşmesi’’, *İçinde, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı*, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- ÖNAY Işık (2016), *Yenileme*, On İki Levha Yayınları, İstanbul.
- ÖZ Turgut (2002), ‘‘Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları’’, *İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, ss.128-152.
- ÖZBAY Ümit Vefa (2020), *Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ÖZDEMİR Hayrunnisa (2009), *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- ÖZEL Çağlar (1999), ‘‘Haksız Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması Sorununa Bir Bakış ve Almanya Örneği’’, *BATİDER*, C.XX, S.2, ss.53-69.
- ÖZEL Çağlar (2016), ‘‘Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Kavramı’’, *İçinde, Tüketici Hukuku Konferansı*, 5-6 Aralık 2015, (Makaleler-Tebliğler), Ed. Hüseyin Can Aksoy, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ÖZEL Çağlar (2019), *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı.
- ÖZEN Burak (2014), ‘‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Çerçevesinde Tüketici Kredileri’’, *İçinde, 6502 Sayılı Kanun'a Göre*

- Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları*, Bilge Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, ss.33-44.
- ÖZKAN Mehmet, AL Arzu ve YAVUZ Serkan (2018), ‘‘Uluslararası Politik Ekonomi Açısından Dördüncü Sanayi-Endüstri Devrimi’nin Etkileri ve Türkiye’’, *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi*, Dergipark, C.1, S.1, ss. 1-30.
- ÖZTAN Bilge (1982), *İmalatçının Sorumluluğu*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- ÖZTÜRK Feyza (2019), ‘‘Sürelî Yayın Aboneliği Sözleşmesi’’, *İçinde, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Hükümlerine Göre Tüketici Hukuku Uygulamalarında Tüketicinin Korunması*, Ed. Selin Sert Sütçü, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZUYSAL Neslihan (2011), *Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz ve ÖZEKES Muhammet (2020), *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 8. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul.
- POROY Reha (1978), ‘‘Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları’’, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- REHBİNDER Manfred (1976), ‘‘Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması’’, Çev. Ömer Teoman, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 42 (1-4)*, ss.641-653.
- REİSOĞLU Safa (2014), *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- RUHİ Ahmet Cemal (2013), *Sözleşmeler Hukuku, Cilt: I*, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara.
- SELİÇİ Özer (1977), *Borçlar Kanunu’na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- SEROZAN Rona (2007a), *Sözleşmeden Dönme*, Vedat Kitapçılık, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul.
- SEROZAN Rona (2007b), *Taşınır Eşya Hukuku, Eşya Hukukunun Temel Kavramları ve İlkeleri Zilyetlik, Mülkiyet, İntifa ve Rehin Uygulama Çalışmaları*, Filiz Kitabevi, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul.

- SEROZAN Rona (2011), ‘‘Yeni Borçlar Kanunu’nda Hukuki İşlemin (Özellikle Sözleşmenin) Oluşmasıyla İlgili Kurallardaki Yenilikler’’, *İçinde, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan*, Filiz Kitabevi, İstanbul, ss.663-672.
- SEROZAN Rona (2013), *Medeni Hukuk Genel Bölüm*, 4. Baskı, İstanbul.
- SEROZAN Rona (2016), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.III, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul.
- SERT SÜTÇÜ Selin (2019), ‘‘Elektronik Ticarete Tüketicinin Korunması’’, *İçinde, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Hükümlerine Göre Tüketici Hukuku Uygulamalarında Tüketicinin Korunması*, Ed. Selin Sert Sütçü, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- SİRMEN Lale (2012), ‘‘Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi’’, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar*, 8 Nisan 2011, BATİDER, Ankara, ss.109-134.
- SİRMEN Lale (2013), ‘‘Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri’’, *Journal of Yasar University 8 (2013)*, ss. 2465-2475.
- SİRMEN Lale (2015), ‘‘Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Kavramı’’, *Viyana Satım Sözleşmesi Hukuku ve Tüketici Hukuku, Sempozyum Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- SÜZEK Sarper (2005), *İş Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul.
- ŞEKER Muzaffer (2016), ‘‘6098 Sayılı Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Değişirme Yasağı Başlıklı 24. Maddenin Değerlendirilmesi ve Kaldırılma İmkanı’’, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C.15, S.29, ss.375-401.
- TANDOĞAN Haluk (2008), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1*, 5. Basımdan 6. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- TANRIVER Süha (2018), *Medeni Usul Hukuku, Cilt:I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması*, Yetkin Yayınları, 2. Bası, Ankara.
- TİRYAKİ Betül (2007), *Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk*, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- TİRYAKİ Betül (2008), ‘‘E-Tüketici ve Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması’’, inet-tr’08 - XIII. Türkiye’de İnternet Konferansı Bildirileri, ODTÜ, Ankara, 22-23 Aralık 2008.
- TOPAK Süleyman (2016), ‘‘Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları’’, *TBB Dergisi*, S.122, ss.281-314.

- TUNÇSİPER Yiğit (2018), *Genel İşlem Koşullarının Denetimi*, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- TURAN BAŞARA Gamze (2010), “Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık Sebebiyle Borcun Sona Ermesi”, *Dergipark, Çankaya University Journal of Law*, C.7, S.1, ss.1-22.
- TURAN BAŞARA Gamze (2018), *Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazancın İadesi*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- UĞUR KÜÇÜKGÖDE Deniz (2019), *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- ULAŞ KISA Seda (2000), “Avrupa Topluluk Hukukunda Tüketici Hakları ve Tüketicinin Korunması”, *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- ULUSAL Metin (2016), *Açıklamalı- İctihatlı Tüketici Hukuku*, Bilge Yayınevi, Ankara.
- ULUSAN İlhan (2011), “Tüketicinin Korunması Kanununda Yer Alan Genel İşlem Şartları ile Tüketicinin Korunması Hukukunda Düzenlenmiş Bulunan Haksız Şartlara İlişkin Bazı Değerlendirmeler Ve Özellikle İçerik Denetimi Sorunu”, *İçinde, Uluslararası Tüketici Hukuku Sempozyumu, 24-25 Kasım 2011, Metinler Kitabı*, Ed. Bahri Öztürk ve İlhan Uslan, İKÜ Yayınları, Yayın No: 189.
- ÜLGEN Hüseyin, HELVACI Mehmet, KENDİGELEN Abuzer, KAYA Arslan ve NOMER ERTAN Füsün (2015), *Ticari İşletme Hukuku*, 4. Basıdan 5.(Tıpkı) Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- ÜNAL Akın ve KÖROĞLU Emre (2019), “Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetiminin Sonuçları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, dergipark.org.tr, ss.523-550.
- VEZİROĞLU Cem (2010), “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.84, S.5, ss.3073-3083.
- YAVUZ Cevdet (2014), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayıncılık, 10. Baskı, (Hazırlayanlar: YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak), İstanbul.

- YAVUZ Cevdet (2019), *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, Beta Yayıncılık, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 16. Baskı, (Hazırlayanlar: YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak), İstanbul.
- YAVUZ Nihat (2012), *Öğretide ve Uygulamada Haksız Şartlar (Haksız Sözleşme Şartı)*, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara.
- YELMEN Adem (2014), *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- YELMEN Adem (2015), "Değiştirme Yasağı", *İzmir Barosu Dergisi*, abakus.inonu.edu.tr, ET. 26/05/2021, ss.368-393.
- YENİOCAK Umut (2013), "Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi", *TBB Dergisi*, S.77, ss.75-96.
- YILDIRIM Abdulkerim (2013), "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XVII, S.1-2, s.1015-1048.
- YILDIZ Mustafa Göktürk (2012), *Son Kullanıcıyla Akdedilen Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- YÜCER AKTÜRK İpek (2016), "Tüzelkişi Tacirin Tüketici Sıfatı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XX, S. 2, webftp.gazi.edu.tr, ss.103-128.
- ZEVKLİLER Aydın ve AYDOĞDU Murat (2004), *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara.
- ZEVKLİLER Aydın ve ÖZEL Çağlar (2016), *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ZEVKLİLER Aydın, HAVUTÇU Ayşe, ERTAŞ Şeref, AYDOĞDU Murat ve CUMALIOĞLU Emre (2013), *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler*, Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi, 2. Baskı, İzmir.