

**6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA
DÜZENLENEN GENEL İŞLEM KOŞULLARININ KİŞİ
BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI**

*Personal Application Area of the General Terms and Conditions,
which is Ruled by Turkish Law of Obligations No.6098*

*Doç. Dr. Murat AYDOĞDU**

İNCELEME PLANI: GİRİŞ, I. SÖZLEŞME MODELLERİNİN VE GENEL İŞLEM KOŞULLARINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN KISA TARİHÇESİ, II. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE FONKSİYONLARI (ETKİLERİ), III. ÜLKEMİZDEKİ DÜZENLEMELERDE KULLANILAN TERİMLERİN BAĞDAŞTIRILMASI VE SİSTEMATİK SORUNU, IV. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA DÜZENLENEN GENEL İŞLEM KOŞULLARININ KİŞİ BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI, SONUÇ, KISALTMALAR CETVELİ, YARARLANILAN KAYNAKLAR.

GİRİŞ

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı (yeni) Türk Borçlar Kanununda¹ yer alan genel işlem koşulları (şartları) ile ilgili hükümler, oldukça önemli olup mevcut 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda² yoktur. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundan daha önce olmak üzere hukukumuzda ilk defa genel işlem koşullarına ilişkin pozitif düzenlemenin 4077 sayılı Tüketicinin Korunması

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ 6098 sayılı Kanun için bk. RG. 04.02.2011, S: 27836.

² 818 sayılı Kanun için bk. RG. 29.4.1926, S: 359.

Hakkında Kanun'da³ 4822 sayılı Kanun⁴ ile yapılan değişiklik sonrası öngörüldüğünü belirtmek gerekir (TKHK. m.6). İncelememizde 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükmüne de karşılaştırma yapmak açısından değinilecektir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun genel işlem koşulların ilişkin pozitif düzenlemeler oldukça ayrıntılıdır. Konu, 6 madde içinde olmak üzere, m.20-25 içinde düzenlenmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun;

- 20. maddesinde, "E.Genel işlem koşulları" üst başlığı ve "I. Genel olarak" alt başlığı altında genel işlem koşullarının unsurları,
- 21. maddesinde, "E.Kapsamı" üst başlığı ve "1.Yazılmamış sayılma" alt başlığı altında genel işlem koşullarının kapsamına ve yazılmamış sayılma yaptırımı,
- 22. maddesinde, "2.Yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi" başlığı altında Yazılmamış sayılmanın diğer sözleşme hükümlerine etkisi,
- 23. maddesinde, "III. Yorumlanması" başlığı altında genel işlem koşullarında yer alan bir hükmün nasıl yorumlanacağı,
- 24. maddesinde, "IV.Değiştirme Yasağı" başlığı altında genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşme hükmünün hangi koşullar altında değiştirilemeyeceğine ya da yeni düzenleme getirilemeyeceğine ve bu kapsamda yazılmamış sayılacağı,
- 25. maddesinde, "V.İçerik denetimi" başlığı altında genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına aykırı olacak biçimde karşı taraf aleyhine olamayacağı,

düzenlemiştir.

³ 4077 sayılı TKHK. için bk. RG. 08.03.1995, S: 22221. Yürürlük Tarihi 08.09.1995.

⁴ 4822 Sayılı Kanun için bk. RG. 14.03.2003, S: 25048. Bu Yasanın geçici 1. maddesi (kredi kartı borçlarında ödeme kolaylığı hakkındaki) ve 36'ncı maddesinin (ödeneklerle ilgili 4077 sayılı Yasanın 29. maddesindeki değişikliğin) yürürlüğe giriş tarihi, 14.03.2003; diğer tüm maddelerinin yürürlüğe girişi 14.6.2003'tür (4822 Sayılı Yasa m.38).

Ayrıca kira sözleşmesinde “*Kiraya verenin teslim borcu*” ile ilgili olarak TBK 301. Maddede bir özel kural öngörülmüştür.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda yer alan genel işlem koşulları ile ilgili ilk göze çarpan düzenleme, bu düzenlemelerin kişi bakımında uygulama alanı ile ilgili olarak bir sınırlama yapmasıdır. Yani genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler tacirler yanında tacir olmayanlar (tüketiciler, alıcılar, müşteriler) için de uygulanabilecektir.

İncelememizde genel işlem koşullarının ve sözleşme modellerinin kısa tarihçesi verildikten sonra, genel işlem koşullarının hukuki niteliği ve fonksiyonlarına (etkilerine) değinilecek, ardından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun düzenlemelerine ile 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükmüne de yer verilerek Ülkemizde kullanılan terimlerin bağdaştırılması ve sistematik sorunu ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda düzenlenen genel işlem koşullarının kişi bakımından uygulama alanına değinilecektir.

I. SÖZLEŞME MODELLERİNİN VE GENEL İŞLEM KOŞULLARINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN KISA TARİHÇESİ

Sözleşme görüşmelerinin yapılması şekline göre, iki türlü sözleşme modeli olduğu kabul edilmektedir. Bu modellerden ilki, insanlık tarihi kadar eski bir model olan klasik anlamda *bireysel (görüşmeli, pazarlıklı, klasik) sözleşme modeli*; diğeri ise sanayi devrimiyle yaygınlaşmaya başlayan *standart (tip, kitlesel, formüler, katımlı, modern) sözleşme modelidir*. Bu anlamda standart sözleşme, bireysel sözleşmelerin karşısında yer almaktadır⁵.

⁵ ANTALYA, Gökhan: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C:1, İstanbul 2012, s.285-286; ANTALYA, Gökhan: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C:1, İstanbul 2012, ATAMER, Yeşim M.: Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul 2001, s.9 vd.; ÇINAR, Ömer : Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009, s.7-8; EREN, Fikret : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış, 14.Bası, Ankara 2012, s.216-217; HAVUTÇU, Ayşe: Açık İçerik

Bireysel sözleşmelerde, irade özgürlüğü ve tarafların eşit olduğu varsayımı tam anlamıyla uygulama olanağı bulur; yani her iki taraf da sözleşme görüşmeleri sırasında kendi iradesine dayalı pazarlık yapma olanağına sahiptir ve en adil olan hükümler, tarafların kendi iradeleriyle bulunur⁶. Borçlar hukukunun temelinde bireysel (klasik) sözleşme modeli yatmaktadır. Bireysel sözleşmelerde tarafların eşit olduğu, özgür iradeleriyle sözleşmeyi düzenleyebilecekleri varsayımı, hatta Fransız hukukunda veciz bir şekilde söylendiği üzere “sözleşme ile kararlaştırılan adildir” (“qui dit contractuel, dit juste”) ilkesi egemendir⁷. Bireysel sözleşme modeli, Alman, İsviçre-Türk Borçlar hukukunda da temel alınmıştır⁸.

Denetim Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s.1-2; REİSOĞLU, Sefa : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2011, s.71; VEZİROĞLU, Cem : Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları, İBD., Yıl : 2010, S:5, s.3073 vd.

- ⁶ Başka deyişle tarafların asıl amacı “sözleşme (akit) adaleti”ni yakalamaktır. Bk. HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2011, s.61; BAŞALP, Nilgün: “Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hakim Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler”, (Prof. Dr.Şener AKYOL’a Armağan, İstanbul 2011, s.221-238), s.221-222 ile s.228-229.
- ⁷ SCHULTE-NÖLKE, Hans/HK-BGB: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Nomos Kommentar, 6.Aufl., Baden-Baden 2009, §305, Rn.7 vd.; BASEDOW, Jürgen : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 5. Aufl., München 2007, Vor. §305, Rn.4 vd.; ÖZEL, Çağlar: “Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri”, Sosyo Ekonomi Dergisi, Ocak-Haziran 2006-1, s.154 vd. (Tasarı); AKMAN, Sermet : “Genel İşlem Şartları”, Günümüzde Yargı, Yıl: 1979, S:3 (s.13-18), s.13; ÖZEL, Çağlar : “Haksız Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması Sorununa Bir Bakış ve Almanya Örneği”, BATİDER, Yıl : 1999, S: 2, (Haksız Koşullar, s.53-69), s.53-54; PFLUG, Hans-Joachim : Kontrakt und Status im Recht der AGB, München 1986, s.1-2; PROBST, Thomas : Art. 8 UWG, in: JUNG/SPITZ (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2010, Art.8 UWG, N.1.
- ⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.154.

Oysa bireysel sözleşme modelinin karşısında yer alan standart sözleşmeler gittikçe yaygınlaşmaktadır. Standart sözleşmelerde genelde bilgi ve ekonomik bakımından güçlü taraf (bankalar⁹, büyük şirketler, karteller, holdingler vb.) sözleşme koşullarını (şartlarını, hükümlerini) belirlemekte ve karşı tarafa adeta dikte ettirmektedir¹⁰. Böylece bu tip sözleşmelerde, bireysel sözleşme hükümleri yok denecek kadar az olmakta veya hiç olmamakta, buna karşılık müzakere edilmeden oluşturulan genel işlem koşulları (GİK) niteliğindeki sözleşme hükümleri alabildiğince fazla olmaktadır. Bu nedenle bu tip sözleşmelerde sözleşme adaletinin (hakkaniyetin) sağlandığı söylenebilir. İşte GİK denetimi ile sağlanmak istenen husus da bozulan sözleşme dengesinin ve sözleşme adaletinin sağlanması ki bu amaçla zayıf olan tarafın korunmasıdır. Gerçekten de bu tür sözleşmelerde "ya hep ya hiç=ya kabul et ya da vazgeç" ("take it or leave it") ilkesi egemendir¹¹. Bu tip sözleşmeler sanayi devriminin (1848) bir sonucu olarak adeta bir virüs gibi elden ele yaygınlaşmış ve 20. Yüzyıla adeta

-
- ⁹ Bankaların kullandığı tüm sözleşmelerin genel işlem koşulları içerdiği hakkında bk. KUNTALP, Erden : "Bankalar ve Genel İşlem Koşulları", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar, 8 Nisan 20112, BATİDER, Ankara 2011, s.81 vd. (GİŞ Sempozyumu), s.90-91. Ayrıca Ülkemizdeki bankaların her türlü riski müşteriye yükleyen 25 sayfa GİK içeren sözleşme kullanırken, Almanya'da GİK denetimi sıklığı nedeniyle 4 sayfa GİK içeren sözleşme metinlerinin kullanıldığı hakkında ilginç ve yerinde tespit için bk. ATAMER, Yeşim M.: "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m.6 ve TTK m.55, f.1 (f) İle Karşılaştırmalı Olarak", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar, 8 Nisan 20112, BATİDER, Ankara 2011, s.9 vd. (GİŞ Sempozyumu), s. 145.
- ¹⁰ Bankaların acımasız nitelikteki pek çok sözleşme hükümlerinin uygulamada maalesef geçerli sayıldığı hakkında bk. ATAMER, GİŞ, s. 235 vd; ÖZ, Turgut : Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2002 (s.128 vd.), s.141 vd.; KAPLAN, İbrahim : "Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları", BATİDER 1991, C.XVI, S.2, (s.49 vd.), s.71 vd.
- ¹¹ Bu özelliğe TBK m.20 gerekçesinde de değinilmiştir. Bk. TBK. m.20'nin yukarıda verilen madde gerekçesi, paragraf 4.

damgasını vurmuştur¹². GİK ile ilgili ilk kullanımların, 1847 yılında Demiryolu taşımacılığında, 1880'li yıllarda sigorta sözleşmelerinde, bankacılıkta ve özellikle kredi sözleşmelerinde olduğu kaydedilmektedir¹³. GİK içeren standart sözleşmeler o derece yaygınlaşmıştır ki Almanya'da 1980 yılında FORSTMOSER tarafından yayımlanan bir makalede de belirtildiği gibi¹⁴, sigortacılık, bankacılık, turizm, uzaktan eğitim ve otomobil satışlarında GİK'e dayalı sözleşmeler %100; inşaat, tellallık, mobilya ve mesken kiralarda %80, diğer bazı işlerde %50 oranına ulaşmıştır. Ülkemizde de durumun pek farklı olduğu söylenemez¹⁵.

-
- ¹² ANTALYA, s.285-286; ATAMER, GiŞ, s.21 vd., özellikle s.35; HAVUTCU, s.1-2; ÇINAR, s.9-10; BRUNNER, Alexander: Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: E. Kramer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band X, Konsumentenschutz im Privatrecht, Basel 2008 (s.111 vd.), s.120-121; VEZİROĞLU, s.3074-3075; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C:1, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip) Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, İstanbul 2008, §23, N.1; KILIÇOĞLU, Ahmet : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2011, s.108-109; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.154-155; BASEDOW/MüKO, Vor. §305, Rn.1-2.
- ¹³ ULMER, Peter/BRANDNER, H. Erich/HENSEN, H.Diether : AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305-310 BGB und zum UKlaG., Mit kommentierten Vertragstypen, Klauseln und speziellen AGB-Werken, 11. Auflage, Köln 2011, Einleitung, Rn.10; RANIERI, Filippo : Europäisches Obligationenrecht, ein Handbuch mit Texten und Materialien, 3. Auflage, Wien/New York 2009, s.325.
- ¹⁴ FORSTMOSER Peter: Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht, FG Kummer, Bern 1980, (s.99 vd.), s.99. Ayrıca bk. ULMER/BRANDNER/HENSEN/HABERSACK, Einleitung, Rn.7; REHBINDER, Manfred (Çev. TEOMAN, Ömer) : "Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması, İÜHF, 1976, Sayı 1-4, C.XLII, (s.641-653), s.642. (ayrıca bu metin için bk. <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmecmua/article/viewFile/4570/4162>, e.t.15.05.2012).
- ¹⁵ HAVUTCU, s.22; ÇINAR, s.14-15; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, §23, N.1; VEZİROĞLU, s.3075; ÖZEL, Tasarı, s.155-156.

Ne var ki insanlık, bireysel sözleşme modelinin dayanağı olan irade özgürlüğünün ve bu özgürlüğü savunan akımların o derece etkisinde kalmıştır ki bu tip sözleşmelere müdahaleler, bu alanda ilk sayılabilecek İtalya (1942 tarihli Medeni Kanun değişikliği) esas alınacak olursa, yaklaşık sanayi devriminden 100 yıl sonra gelmiştir¹⁶. Özellikle II. Dünya savaşından sonra toparlanan Dünya ekonomisi, seri üretimdeki inanılmaz artış ve kitlelere yapılan satışların artışıyla beraber genel işlem koşullarının oldukça yaygınlaşması sonucu, 20. Yüzyılın ikinci yarısında sonra (özellikle 1960'lı yıllardan sonra) teknik anlamda GİK denetimi içeren özel kanunlaşma hareketleri görülmeye başlanmıştır¹⁷. Aslında 1970'li yıllardan itibaren Borçlar Hukukunda şekli anlamda sözleşme özgürlüğü anlayışı, yerini "güçlüye karşı güçsüzün korunması" anlayışını yerleştiren maddi anlamda sözleşme özgürlüğü anlayışına bırakmıştır. Bu anlayışın tecellisi için hakimin müdahalesi olanağının kabul edildiği ve bu kapsamda birçok Ülkede GİK denetimine de yer verildiği görülmektedir¹⁸. Gerçekten de genel işlem koşulları mutlak olarak geçersiz

¹⁶ Hukukçular tarafından GİK denetimi ile ilgili olarak 20. yy. başlarında durumun farkına varılmış, ancak teorik temellere oturtma ve denetim yapılmasına ilişkin görüşler, 20 yy. ikinci yarısından sonra ileri sürülmüştür. Örneğin, 1901 yılında irade beyanları hakkında yazdığı bir eserde Fransız hukukçu SALEILLES, (Raymond : De la déclaration de la volonté, Paris 1901, s.229 vd.; Naklen PFLUG, s.3-4, dn.17) görüşme olmadan (sauf adhésion de) kurulan katımlı sözleşmelerin (les contrats d'adhésion) gittikçe yaygınlaşacağını öngörmüştür. Ayrıca bk. RANIERI, s.326-327.

¹⁷ LOCHER, Horst : Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 3. Aufl, München 1997, s.2-3. LOCHER'in de değindiği gibi, özellikle RAISER tarafından 1935 tarihinde savunulan sözleşme adaletinin sağlanabilmesi için GİK denetiminin zorunlu olduğu yönündeki görüşler (RAISER, Ludwig : Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935, s.15 vd.) oldukça etkili olmuştur. Bu konuda ayrıca bk. ULMER/BRANDNER/HENSEN/HABERSACK, Einleitung, Rn.10-11; BUNTE, Hermann-Josef : Entscheidungssammlung zum AGB-Gesetz (ABGE), Band I, Frankfurt 1991, s.1. GİK bakımından ileri sürülen dogmatik görüşler için bk. PFLUG, s.4 vd., özellikle s.12.

¹⁸ BGE 123 III 292 ve 298; BGE 111 II 142; BAŞALP, s.229, özellikle dn.30-31'de anılan yazarlar ile s.231 vd.

sayılmamakta, sadece belli koşullar altında ve hakim kararıyla hükümsüz veya yazılmamış sayılmaktadır. Keza ticari hayattaki hız ve rasyonelleşme karşısında, genel işlem koşullarından bütünüyle vazgeçmek ve mutlaka bireysel görüşme modelinin esas alınması gerektiğini söylemek olanaksız gibidir. Ancak irade özgürlüğüne ve tarafların eşitliği düşüncesine aykırı bir durum sergileyen GİK'in yargısal yolla denetlenmesi, onun sakıncalarını en aza indireceğinden, hemen hemen tüm ülke yasalarında bu yolda denetime yer verilmektedir¹⁹. Bu açıdan kaynağını Amerikan hukukunda bulan GİK denetiminin yanlış olduğunu savunan hukukun ekonomik analizi teorisi²⁰ GİK denetimini zorunlu gören Ülkelerde kabul görmemiştir.

Gerçekten de GİK ile ilgili düzenlemeler sıkı koşullara bağlı olarak, ilk defa İtalya'da 1942 tarihli değişikliklerle Medeni Kanunun 1341-1342 hükümlerine alınan hükümlerle başlamıştır²¹. Amerika'da 1960'lı yıllarda mahkeme kararları ile GİK denetimi başlamıştır²², ancak münferit anlamda ilk defa İsrail'de 1964 tarihli "Standart Sözleşmeler Hakkında Kanun" ile GİK denetimi hakkında düzenleme yapıl-

¹⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.159-160.

²⁰ Bu teoriye göre sözleşme özgürlüğünün gerçek amacı sosyal refahın sağlanmasıdır. Tüm fonksiyonlarını ifa eden rekabet sistemi içinde GİK denetimi gibi müdahalelere gerek yoktur. Bu tür müdahaleler olmazsa ekonomi kendi içinde bu tür kayıtları bertaraf edecektir. Liberal ekonominin ve serbest ekonomik modelin uygulandığı uzun süreler boyunca nedense sosyal refah bir türlü sağlanamamıştır. Geçiş döneminde zayıf olanı hiçbir şekilde düşünmeyen, ekonominin kendi insafına bırakan ve sosyal adalatten yoksun bu teorinin yerinde olmadığı yönündeki haklı eleştiri ve bilgi için bk. BAŞALP, s.235-236.

²¹ ULMER/BRANDNER/HENSEN/HABERSACK, Einleitung, Rn.106, dn.336-337. Ülke tarihçeleri için ayrıca bk. ATAMER, GİŞ, s.40 vd.; HAVUTCU, s.14 vd.; ÇINAR, s.16 vd.

²² RAISER, Gottfried : Die richterliche Kontrolle von Formularbedingungen im amerikanischen und deutschen Recht, Karlsruhe 1966, s.11 vd.; MUNZ, Martin: Allgemeine Geschäftsbedingungen in den USA und in Deutschland im Handelsverkehr, Heidelberg 1992, s.27 vd.); ULMER/BRANDNER/HENSEN/HABERSACK, Einleitung, Rn.106, dn.336.

mıştır²³. Ardından İsveç'te 1971 tarihli ve Almanya'da 1976²⁴, İngiltere'de²⁵ 1977 tarihinde tarihli konuyla ilgili bağımsız Kanunlar yürürlüğe konmuştur. İsveç'e ise konuyu haksız rekabet kapsamında 1986 tarihli "Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun" (Bundesgesetz gegen Unlauteren Wettbewerbs -UWG)²⁶ ile ele almıştır²⁷. Buradaki ilgili düzenlemenin ilk haline göre (UWG Art.8)²⁸: "*Haksız (kötüye kullanılabilir*²⁹) sözleşme koşulları kullanma

²³ Bu Kanun, von CAMMERER adlı meşhur Alman hukukçu tarafından hazırlanmıştır. Bk. ULMER/BRANDNER/HENSEN/HABERSACK, Einleitung, Rn.106, dn.337.

²⁴ Ancak Almanya'daki GİK denetimi özellikle 20 yy. başlarında hakkın kötüye kullanımı yasağından yola çıkılarak yapılmaktaydı. Örneğin 1906 yılında Alman İmparatorluk Mahkemesi kararında, tekel hakkının kötüye kullanılması nedeniyle sorumsuzluk anlaşmasına yönelik GİK kaydını geçersiz sayılmıştır. Bk. Reichsgericht, Urt. von 08.01.1906, in RGZ 62, s.264 vd.. Karar metni için bk. RANIERI, s.327-328. Almanya'da GİK denetiminin tarihi geçmişi hakkında bk. ULMER/BRANDNER/HENSEN/FUCHS, Vor. §§307-309, Rn.15 vd.

²⁵ BANAKAS, Stathis (Çev. AKİPEK, Şebnem) : "Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Koşullar, İngiliz Hukukunun Avrupalılaşması", (BATİDER, Haziran 2000, C.XX, S.3, s.197-209), s.197 vd., özellikle s.199-200.

²⁶ Kanunun Almanca metni şu şekildedir (<http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/241.de.pdf>, e.t.12.05.2012) :

"Art. 8 Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen

Unlauter handelt insbesondere, wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei:

a. von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder

b. eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen."

²⁷ ULMER/BRANDNER/HENSEN/HABERSACK, Einleitung, Rn.106.

²⁸ Çeviri için bk. ATAMER, GİŞ, 43-44; HAVUTCU, s.200.

²⁹ "Missbräuchliche" kelimesini "kötüye kullanılabilir" şeklinde çevirenler olduğu gibi (örneğin bk. ATAMER, GİŞ, 43-44; ÇINAR, s.21) "hakkaniyete aykırı" şeklinde çevirenler (bk. HAVUTCU, s.200), bu çevirilere şiddetle karşı çıkarak "haksız" kelimesinin kullanılması gerektiğini belirtenler de

Özellikle sözleşme taraflarından biri aleyhine yanaltıcı şekilde

a.doğrudan veya kıyas yoluyla uygulanacak yasal düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya

b.sözleşmenin doğasına önemli ölçüde aykırı düşen bir hak ve borç dağılımını öngören, önceden kaleme alınmış genel işlem koşulu kullananlar haksız rekabet etmiş sayılır.”

Bu şekildeki düzenleme³⁰ İsviçre öğretisinde oldukça eleştiriye uğramıştır³¹. Eleştirilerde, bu düzenlemeyle GİK içerik denetimi yaptırımının geçersizlik olamayacağı, eskiden olduğu gibi genel hükümlerle (dürüstlük kuralı ZGB Art.2 ve kamu düzenine aykırılıkla OR Art.19-20) sonuca gidilebileceği savunulmaktaydı³². İlginçtir ki İsviçre’de genel bir düzenleme olmadığı halde sanki böyle bir genel düzenleme varmış gibi, kira sözleşmesinde kiracı zararına olan

mevcuttur. “Haksız şart” kelimesinin kullanılmasının daha doğru olduğu ve bunun nedenleri hakkında bk. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, §23, N.27, dn.58. Kanımızca da amacı en iyi ve kısa ifade ettiği için “haksız şart (koşul)” teriminin tercih edilmesinde bir sakınca yoktur.

³⁰ İsviçre’deki düzenleme hakkında kısa bilgi için bk. REİSOĞLU, s.71. Ayrıntılı bilgi için bk. HAVUTCU, s.179 vd.; KRAMER Ernst A.: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband/ Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Bern 1991 (BK OR VI), Art.19-20, N.281 vd.; KOLLER, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Bern 2006, §23, N.72 vd.

³¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, §23, N.8).

³² HAVUTCU, s.206 vd.; BAŞALP, s.234; GAUCH, P./REY, H./SCHLUEP, W. R./SCHMID, J.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, Rn.1151 vd., özellikle N.1155; HONSELL, Heinrich : Obligationenrecht, Art.1-529, Kurzkomentar, Basel 2008, Art.1, N.22 vd.; HUGUENIN, Claire: in HONSELL/VOGT/WIEGAND, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Zurich-Bern-Basel 2003 (BASK OR I), Art.19-20, N.25 vd.; KOLLER, §23, N.75-76; PROBST, Art.8 UWG, N.68. Bu Kanuna (UWG m.8) en sert eleştiri KRAMER’den gelmiştir (Bk. Allgemeine Geschaeftsbedingungen : Status quo, Zukunftsperspektiven, SJZ 1985, s.33 vd., özellikle s.36; BK OR VI, Art.19-20, N.281 vd., özellikle N.284-285).

“önceden formüle edilmiş genel işlem koşullarının” geçersiz olduğu belirtilmiştir (OR Art. 256/II, a)³³. İsviçre’de eleştiriler göz önüne alınarak yapılan 2 Ekim 2009 tarihli³⁴ ve 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni değişiklikle madde şu halini almıştır (UWG Art.8)³⁵ :

“Haksız (kötüye kullanılabilir) sözleşme koşulları kullanma Özellikle sözleşme taraflarından biri aleyhine doğruluk ve dürüstlük kuralını ihlal edecek ve tüketicinin aleyhine olacak şekilde sözleşmedeki hak ve borçlar arasında önemli derecede ve haksız kötüye kullanma içeren genel işlem koşulu kullananlar haksız rekabet etmiş sayılır.”

Yeni düzenlemede içerik kontrolünün daha açık biçimde yer aldığı, “yanıltıcı biçimde” (in irreführender Weise) ifadesine bilerek yer verilmediği, dürüstlük kuralına aykırılık ifadesine yer verildiği ve

³³ HIGI, Peter : Zürcher Kommentar, Bd.V/2b, Die Miete, Art.253-256 OR, Zürich 1994 (ZK), Art.256, N.61 vd., özellikle N.74. “Önceden formüle edilmiş genel işlem koşulları” terimi haksız rekabete ilişkin düzenlemede de (UWG m.8’de) kullanılmış, ancak yaptırım öngörülmemiştir. Bu nedenle haksız rekabete ilişkin bu düzenlemenin yaptırımı konusu yanlış anlaşılmaya elverişli bir düzenlemedir. Bk. KOLLER, §23, N.3. Nitekim İsviçre hukukunda haksız rekabetle ilgili düzenlemenin yaptırımı konusu oldukça tartışmalıdır. Bu tartışmalar için bk. HAVUTCU, s.206 vd.; KOLLER, §23, N.75-76.

³⁴ BBl 2009 6151. Kanunun diğer hükümleri Federal Meclis kararına göre, 1 Nisan 2012 tarihinde yürürlüğe girecek, sadece 8. Madde 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe girecektir. Bk. SCHOTT, Ansgar: Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen - Zur Inhaltskontrolle, insbesondere zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Der Schweizer Treuhänder 2012/2, (s.78 vd.), s.78. Hükmün Almanca yeni metni şu şekildedir (<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2011/4925.pdf>, e.t.05.06.2012):

“Art. 8 Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen

Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.”

Kanunun gerekçesine göre, içerik denetiminin yaptırımı geçersizliktir. Kanunun gerekçesi için bk. http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/legislaturrueckblick.aspx?rb_id=20090069, e.t.05.06.2012.

³⁵ Çeviri tarafımızca yapılmıştır.

korumanın sadece tüketiciler için getirildiği görülmektedir. Buna karşılık içerik denetimi sonrası geçersizlik yaptırımının açıkça belirtilmediği, ancak yorum yoluyla (UWG m.2 ve OR Art. 19-20 emredici hükümlerine aykırılık kabul edilerek) bu sonuca ulaşılabileceği ve öncekinden farklı olarak sadece tüketiciler için koruma getirilmesi³⁶ eleştiriye uğramıştır³⁷.

³⁶ Bu konuda ileri sürülen görüşe göre, Kanunun yeni halinde, açıkça tüketiciler koruma kapsamına alınmışsa da bu denetim içerik denetimi ile ilgilidir. Şaşırtıcı (alışılmadık) kayıtlar bakımından tacirlerin korunmaya devam edebileceği, Federal Mahkeme Kararlarının (BGE 15 III 7 E.2.1; BGE 119 II 446 E.1a.) bu yolda olduğu, keza genel hükümlerle (dürüstlük kuralı, kamu düzenine aykırılık, aşırı yararlanma gibi kurullarla -Art.2/I ZGB, Art.19 und 21 OR) de tüketiciler dışındakilerin korunması gerektiği şeklindeki görüş için bk. WILDHABER, Isabelle: "Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr", SJZ 2011/107, (s.537 vd.), s.538 ve s.542 vd.; STÖCKLI, Hubert : "Der neue Art. 8 UWG-offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle", Baurecht 2011, (s.184 vd.), s.187; SCHMID, Jörg: Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 2012/148 (s.1 vd.), s.16 vd., özellikle s.19.

³⁷ İsviçre'deki yeni düzenleme hakkında bilgi ve eleştiriler için bk. KUT, Ahmet/STAUBER, Demian: Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, Jusletter vom 20. Februar 2012, Rn. 105 vd.; FATZER, Peter/HASENBÖHLER, Franz: AGB-Inhaltskontrolle - Handlungsbedarf für Unternehmen? in: Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2011/2012, hrsg. von KPMG, Zürich 2011, s.188 vd.; STÖCKLI, UWG-offene Inhaltskontrolle, s.184; STÖCKLI, Hubert : Der neue UWG 8 - Aufbruch oder perte d'une chance?, in: HAVE Personen-Schaden-Forum 2012, hrsg. von Stephan Weber, Zürich 2012, s.200; HOLLIGER-HAGMANN, Eugénie: Artikel 8 - das Kuckucksei im UWG, Jusletter vom 20. Februar 2012, Rn. 1 vd.; BIERI, Laurent: Qu'apporte le nouvel article 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale? Jusletter vom 24. Oktober 2011, Rn.8 vd.; FURRER, Andreas: Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz?, Have 2011, s.324 vd.; PROBST, Art.8 UWG, N.76 vd., özellikle N.88; WEBER, Rolf H.: Welches Lauterkeitsrecht braucht die Schweiz? SIC! 2012, s. 231 vd., özellikle s.235-236; VISCHER, Markus: Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen, Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung? SJZ 108/2012, s. 177 vd., özellikle s.181; MAISSEN, Eva/RUSCH, Arnold F.: Automatische Vertragsverlängerungsklauseln in

AB ise 5.4.1993 tarihli 93/13 no.lu "Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Sözleşme Koşulları Hakkında Direktif" ile konuyu düzenleme altına almıştır. Direktifin hangi hükümleri inceleme konusu yaptığı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, Direktifin, GİK yanında bireysel sözleşme hükümlerini de haksız olması halinde denetleme amacı vardır³⁸. İkinci görüşe göre³⁹, Direktifin asıl amacı haksız GİK denetimi yapmaktır. Konuyla ilgili monografik eseri olan HENKEL'in de değindiği üzere⁴⁰, AB direktifi, Fransız ve Alman sisteminin karmasından oluşan bir sistemi esas almıştır. Fransız

allgemeinen Geschäftsbedingungen, Recht 2010, s. 95 vd., özellikle s.98; SCHOTT, s.78-79.

- ³⁸ ATAMER, GİŞ Sempozyumu, s.20; ATAMER, GİŞ, s.44-45; ATAMER, Yeşim M.: "Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar", Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU İçin Armağan, Ankara 2004, s.291 vd. (Armağan), s.292-293; SİRMEN, Lâle : "Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi" Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar, 8 Nisan 20112, BATİDER, Ankara 2011 (s.109 vd.), s.121; HAVUTCU, s.65-66; ÇINAR, s.3, s.22 ve s.46-47; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, §23, N.26 ve dn.56; ULMER/BRANDNER/HENSEN/HABERSACK, Einleitung, Rn.91; SCHWARZ, Jörg : "Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen - Auswirkungen auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Reglemente und Formularverträge der Schweizer Banken", in: Stauder Bernd (Hrsg.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Zürich 1996, s.127 ve s.129. Yazarlara göre TKHK m.6 hükmü de Direktifi esas aldığı için pazarlık konusu edilmeyen haksız GİK yanında diğer sözleşme hükümlerini de içerir. Diğer sözleşme hükümleri kavramının bireysel hükümlerle karıştırılması olasılığı karşısında bu görüşe katılmıyoruz.
- ³⁹ HENKEL, Alexandra : Inhaltskontrolle von Finanzprodukten nach der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Berlin 2004, s.23 vd. (kitabın tam metni için bk. http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/13769/tenea_juraweltbd76_henkel.pdf, e.t.15.07. 2012); JETZER, Rolf P./ZINDEL, Gaudenz: EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, SJZ 1994, s.432 vd., özellikle s.432-433; WILDHABER, s.540; PROBST, Art.8 UWG, N.73.
- ⁴⁰ HENKEL, s.23-24.

sistemi, kişi açısından tüketici sözleşmelerini esas almakta, konu açısından ise bireysel olarak müzakere edilsin edilmesin tüm sözleşmelerdeki haksız şartları denetleme amacını gütmektedir. Oysa Alman sistemi temelde her türlü sözleşmedeki bireysel olarak müzakere edilmeyen sözleşme hükümlerinin denetimini esas almıştır. Direktifin taslak halinde Fransız sisteminin esas alınması önerilmişse de kabul edilen halinde Alman sisteminden de yararlanılmıştır. Buna göre Direktifin son halinde, Fransız sistemindeki sadece tüketici sözleşmelerinin denetlenmesi esası alınmış, buna karşılık temelde Alman sistemindeki bireysel olarak müzakere edilmeyen sözleşme hükümleri denetim altına alınmıştır. Şöyleki sadece Alman sisteminde yer alan çok sayıda sözleşme için kullanma unsuruna gerek görülmemiştir. Bu açıdan GİK denetimine tabi hükümler, çoğunlukla tek taraflı olarak hazırlanan standart sözleşmelerde karşımıza çıkmaktadır. Biz de HENKEL'in görüşlerine katılıyoruz. Kanımızca Direktifin asıl amacı haksız GİK denetimi yapmaktır. Bu açıdan ikinci görüşü benimsiyoruz. Böylece pazarlık konusu edilmeyen hükümlerin sadece GİK hükümleri olabileceğini kabul ediyoruz. Aksi takdirde, pazarlık konusu edilmeyen diğer veya bireysel sözleşme hükümlerinin de olabileceği gibi içinden çıkılması güç bir sonuca ulaşılabileceğini düşünmekteyiz. Ayrıca Direktifin 3. maddesi, tüketicinin pazarlık konusu edemediği yani içeriğine etki edemediği, GİK ile ilgili denetim yaptığını açıkça belirtmekte ve bir sözleşme kaydının önceden hazırlanması veya standart sözleşmede yer alması halinde tüketiciyle müzakere edilmediği yolunda bir karine öngörmektedir⁴¹. Başka deyişle, denetim ölçütü olarak bireysel olarak müzakere edilmeyen (içeriğine etki edilemeyen) sözleşme koşullarının (yani GİK'in) dürüstlük kuralına aykırılığına bakılacağı açıkça öngörülmüştür⁴². Oysa ilk görüşü savunan yazarlar, bu hükümde (ve buna

⁴¹ ATAMER, GİŞ Sempozyumu, s.25; ÇINAR, s.25 ve s.46-47; BASEDOW/MüKO, §310, Rn.53 vd.; COESTER-WALTJEN, Dagmar : im Recht der AGB, Jura 1997, s.273.

⁴² Bu yöndeki yaklaşım için bk. ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun-Örnek Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004, s.158 vd.

uygun olan TKHK. m.6/III'de) geçen "...özellikle standart sözleşmede" ifadesinden yola çıkarak, bireysel sözleşmede yer alan hükümlerin de denetime tabi olduğunu belirtmektedir. Ancak bu ifade, değindiğimiz gibi standart sözleşmede yer alan bir koşulun, karine olarak GİK olduğunu kabul etmekten başka bir anlam taşımamaktadır. Yani bir kaydın bireysel sözleşmede yer aldığı ve münferiden tartışıldığı onu kullanan tarafından ispat edilebilirse, denetim dışında kalması sonucu doğar. Ancak dikkat edilirse, bir kaydın salt bireysel sözleşmede yer alması yeterli değildir. O kaydın ayrıca tartışıldığı da ispat edilmelidir. Başka deyişle kullanan, salt sözleşmenin bireysel sözleşme olduğunu ispatlamakla GİK denetiminden kaçamayacaktır. Ayrıca standart sözleşmenin bazı hükümlerinin müzakere edilmiş olması diğer hükümlerin de müzakere edildiği anlamına gelmeyecek ve diğer hükümlerin de müzakere edildiği ayrıca ispatlanmamışsa, onu standart sözleşme olmaktan çıkarmayacaktır (TKHK m.6/IV-V)⁴³. Bu açıdan bir sözleşme metninin matbu olarak hazırlanmış olması, hayatın olağan akışına göre, bu hükümlerin pazarlık konusu edilmediği yolunda bir sonuca varılmasını gerektirir⁴⁴. TKHK m.6/V hükmünde sözü edilen "*Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir.*" hükmü bu sonuca yöneliktir⁴⁵.

Şu halde sözleşmenin standart veya bireysel sözleşme olarak adlandırılması kural olarak önem arz etmez; sadece standart sözleşme olması halinde bu kayıtların GİK olduğu ve denetime tabi olduğu karinesi söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte ilk görüşü savunan

⁴³ ATAMER, GİŞ, s.70-71; HAVUTCU, s.88-89; ÇINAR, s.25; SİRMEN, s.122; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s.160; BASEDOW/MüKO, §305, Rn.13.

⁴⁴ ATAMER, GİŞ Sempozyumu, s.25; SİRMEN, s.122-123. Nitekim TKHK m.6 gerekçesinde, açıkça haksız şart denetiminin matbu sözleşme koşullarına yönelik olduğu vurgulanmıştır. Gerçekten de TKHK m.6 gerekçesine göre : "*Madde ile, tüketiciler, satıcılar tarafından matbu olarak hazırlanan sözleşmelere karşı koruma altına alınmaktadır.*" Bk. DEMİR, Mehmet Tüketicinin Korunması Hukuku Mevzuatı, Ulusal Mevzuat-İlgili Avrupa Birliği Yönergeleri, Ankara 2002, s.70. Ayrıca gerekçe için bk. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss842m.htm> (e.t.10.05.2012).

⁴⁵ ATAMER, GİŞ Sempozyumu, s.25.

yazarlardan ATAMER'in de yerinde olarak değindiği gibi⁴⁶ AB Direktifi GİK unsurları bakımından sadece birden fazla kullanım kriterinden tamamen vazgeçmiş ve sözleşme koşullarının pazarlık konusu yapılmamış olmasını denetim için yeterli görmüştür. Yani ilk görüşe bu anlamda katıldığımızı belirtmek isteriz⁴⁷.

Bireysel sözleşmede yer alan ve müzakere edilen kayıtlar için ancak önceden olduğu gibi genel hükümler çerçevesinde (dürüstlük kuralı, kamu düzeni, kişilik ve ahlaka aykırılık kuralları) koruma söz konusu olabilecektir. Nitekim Direktifin hazırlık çalışmaları sırasında pazarlık konusu olanlar dahil tüm sözleşme hükümlerinin denetime tabi olması gerektiği şeklindeki yaklaşımdan Almanya'nın muhalefeti sonucu vazgeçilmiştir⁴⁸. En basitinden Kanununu Direktime uygun hale getiren Almanya'da sadece GİK denetimin söz konusu olduğu (BGB §§305-310) unutulmamalıdır. Keza İsviçre'de de UWG m.8'de yapılan değişiklik sonrası içerik denetiminin açıkça "haksız (kötüye kullanılabilir) GİK" hakkında olduğu ve bunun Direktifle uyumlu olduğu vurgulanmıştır⁴⁹. Ayrıca bireysel sözleşme hükümlerine karşı koruyucu hükümler tüm Ülkelerde zaten var (dürüstlük kuralı, aşırı yararlanma, hata, hile vb. hükümler) olduğu halde, GİK bakımından

⁴⁶ ATAMER, GİŞ Sempozyumu, s.19-20. Aynı yöndeki görüş için bk. HENKEL, s.23-24.

⁴⁷ İlk görüşte katılmadığımız nokta, genel olarak Direktifin bireysel sözleşme hükümlerini de denetleme amacı taşıdığıdır (örneğin bk. HAVUTCU, s.65-66; ÇINAR, s.3, s.22 ve s.46-47). Oysa yukarıda değindiğimiz ve ATAMER'in de vurguladığı gibi (GİŞ Sempozyumu, s.20), AB Direktifi GİK unsurları bakımından sadece birden fazla kullanım kriterinden tamamen vazgeçmiş, sözleşme koşullarının pazarlık konusu yapılmamış olmasını denetim için ön koşul öngörmüştür. Yani GİK bakımından en önemli unsur olan, pazarlık konusu yapılmamış olma unsurunu yine aramıştır. Bu anlamda genel olarak Direktifin bireysel sözleşme hükümlerini de denetlediği yönündeki ilk görüş yerinde değildir.

⁴⁸ ATAMER, GİŞ, s.44, dn.18; ULMER/BRANDNER/HENSEN/HABERSACK, Einleitung, Rn.91.

⁴⁹ GAUCH/REY/SCHLUEP/SCHMID, Rn.1151; STÖCKLI, UWG-offene Inhaltskontrolle, s.185-186; WILDHABER, s.541-542; PROBST, Art.8 UWG, N.77-79; SCHMID, s.1 vd., özellikle s.7.

böylesine düzenlemeler yeterli olmadığı için özel bir düzenleme getirilmesi gerektiği ve getirildiği açıktır.

Ülkemizde ise Yargı kararlarının genel hükümleri uygulaması dışında, sistematik olarak mevzuatta ilk defa 2003 yılında yapılan değişiklikle (Avrupa Ülkelerine oranla yaklaşık 30 yıllık gecikmeyle)⁵⁰ 4077 sayılı Kanuna eklenen 6. madde ile) yüzeysel ve sadece tüketicilere yönelik bir düzenleme söz konusu olmuş, akabinde 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek düzenleme ile herkesi koruma altına alan GİK düzenlemesi (TBK m.20-25) yapılmıştır. TBK madde gerekçelerinden de anlaşıldığı üzere (özellikle TBK m.20-21 gerekçeleri), GİK bakımından Ülkemizdeki düzenlemelerin mehzasını Alman hukuku oluşturmaktadır⁵¹. Bu nedenle Alman hukukundaki düzenlemelere tarihçe ve içerik bakımından kısaca göz atmak yararlı olacaktır.

Alman hukukundaki düzenlemeler ilk defa 09.02.1976 tarihli "Genel İşlem Koşulları Hukukunun Düzenlenmesi Hakkında Kanun"la (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen) yapılmıştır. Bu düzenlemeler AB'de 5.4.1993 tarihli 93/13 no.lu "Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Sözleşme Koşulları Hakkında Direktif" in kabul edilmesinden sonra Direktife uyumun sağlanması amacıyla 19.07.1996 tarihli Kanun değişikliği ile revize edilmiş, nihayet Alman hukukundaki modernleştirme çabalarının da etkisiyle 01.01.2002 tarihinden itibaren Alman Medeni Kanuna aktarılmıştır. Düzenleme, Alman Medeni Kanununun bünyesinde Borç İlişkileri Hukuku başlığını taşıyan ikinci kitabın ikinci alt bölümüne "Borç İlişkilerinin İçeriğinin Genel İşlem Koşullarıyla Düzenlenmesi" başlığı altında on maddeyle (BGB §§305, 305a, 305b,

⁵⁰ Avrupa Ülkeleri baz alınacak olursa, Avrupa'daki düzenlemelerin genelde 70'li yıllarda yapıldığı, yasal düzenleme bakımından Ülkemizde yaklaşık 30 yıllık bir gecikmenin yaşandığı, sanayi devrimi (1848) esas alınacak olursa yaklaşık 155 yıl sonra düzenleme yapıldığı söylenebilir. Ancak bu çekingenliğin ve tutukluğun Avrupa için de geçerli olduğunu, oradaki düzenlemelerin de sanayi devrimine oranla yaklaşık 120 yıl sonra geldiği görülmektedir.

⁵¹ Aynı yönde bk. REİSOĞLU, s.72.

305c, 306, 306a,307, 308, 309, 310) yapılmıştır⁵². Mevaz teşkil etmesi nedeniyle incelememizde yeri geldikçe Alman hukukundaki düzenlemelerin içeriğine değinilecektir.

II. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE FONKSİYONLARI (ETKİLERİ)

GİK hükümlerinin hukukî niteliği tartışmalıdır. GİK hükümlerinin hukukî niteliği konusunda norm görüşü⁵³ ile örf adet-teamül görüşü ileri sürülmüşse de bugün için kabul edilen görüş sözleşme görüşüdür⁵⁴. Bu yüzden sözleşme taraflarının GİK bakımından da iradelerinin uyuşması ve GİK'in sözleşme içeriğine dahil edilmiş olması (ilişkilendirme anlaşması) gerekir (TBK m.1)⁵⁵.

GİK ile ilgili sözleşme hükümlerinin öngörülmesi nedenleri olarak çeşitli fonksiyonlar (etkenler) olduğu ileri sürülmüştür. Bunlar⁵⁶;

⁵² Alman hukukundaki yeni ve eski düzenlemeler hakkındaki ayrıntılı bilgi için bk. HAVUTCU, s.55 vd. Alman hukukundaki eski düzenlemeler için bk. ATAMER, GİŞ, s.40-41. Ayrıca Alman hukuku için bk. ÇINAR, s.16-17; ULMER/BRANDNER/HENSEN/HABERSACK, §305, Rn.1 vd.; SCHULTE-NÖLKE/HK-BGB, Vor. §§305-310, N.1 vd.; KÖHLER, §16, N.1 vd.

⁵³ Norm görüşü, ilk defa Alman hukukçu HUECK tarafından 1923 yılında yazılan bir makalede ortaya atılmıştır. Bk. HAVUTÇU, s.94.

⁵⁴ ATAMER, GİŞ, s.77 vd.; BAHTİYAR, Mehmet: Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması, Makaleler I, İstanbul 2008, (s.99 vd.), s.110-111; EREN, s.218; HAVUTCU, s.93 vd, özellikle s.102-103; ÇINAR, s.59-61; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.157; ULMER/BRANDNER/HENSEN/HABERSACK, Einleitung, Rn.39 vd. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bk. PFLUG, (norm görüşü için) s.187 vd. ile (sözleşme görüşü) için bk. s.298 vd.

⁵⁵ HAVUTCU, s.102-103; EREN, s.218; KRAMER-BK OR VI, Art.1, N.184. BGE 77 II 154,156; BGE 87 II 234, 237; BGE 88 II 341, 346.

⁵⁶ PROBST, Art.8 UWG, N.2-3; LOCHER, s.4-5; ANTALYA, s.285; ATAMER, GİŞ, s.31 vd.; EREN, s.215-216; HAVUTCU, s.35 vd.; GAUCH/REY/SCHLUEP/SCHMID,Rn.1121;ULMER/BRANDNER/HENSEN/HABERSACK, Einleitung, Rn.4-5.

- Rasyonelleştirme fonksiyonu (benzer sözleşmelerde aynı hükümleri daha az masrafla verimli biçimde kullanma),
- Uzmanlaştırma (Spesifikleştirme, ayrıntılaştırma) fonksiyonu (bazı branşlarda teknik bilgileri önceden hazırlama ve sözleşmeye dahil etme zorunluluğu)-bu fonksiyona kanundaki düzenleme boşluklarını doldurma fonksiyonu da denmektedir,-
- Standartlaştırma (böylece herkese -müşterilere- karşı eşit davranma) fonksiyonu ve
- Sözleşme risklerini karşı tarafa aktarma fonksiyonudur.

III. ÜLKEMİZDEKİ DÜZENLEMELERDE KULLANILAN TERİMLERİN BAĞDAŞTIRILMASI VE SİSTEMATİK SORUNU

4822 sayılı Kanun ile eklenen 4077 sayılı Kanunun 6. maddesi, standart sözleşmelerde *haksız şartlara* (*unfaire Klauseln, Unfair terms*) ilişkindir. Görüldüğü gibi 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununda kullanılan terimlerle uyum söz konusu değildir. Gerçekten de 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununda kullanılan terim “*genel işlem koşulları*” iken, 4077 sayılı Kanunda “*haksız şartlar*” terimi kullanılmaktadır. HAVUTCU’ya göre⁵⁷, madde içeriğinde genel işlem koşulları teriminin yer almamasının sebebi, haksız şartlarla ilgili hükmün daha geniş bir düzenlemeyi içermesinden kaynaklanmaktadır. Kanımca “*haksız şartlar*” terimi, standart şartların denetimden sonra haksız olanların ayıklanması için öngörülen bir terimdir. GİK de standart şartla aynı anlamda olmak üzere kullanılmış olup, içerik denetimi bakımından haksız GİK ile “*haksız şart*” terimi aynı anlama gelmektedir. Aslında terim birliğinin sağlanması yararlı olacaktır. Ancak terim birliği aşağıda belirttiğimiz kapsamda yeni Türk Borçlar Kanununun kullandığı terim yönünde olmalıdır. Ayrıca öğretilerde genellikle kullanılan terim, “*genel işlem şartları* (GİŞ)” olup⁵⁸, TBK ve

⁵⁷ HAVUTCU, s.219, dn. 538.

⁵⁸ HAVUTCU, s.12-13 ve 81; KAPLAN, İbrahim: Banka Sözleşmeleri Hukuku, Cilt 1, Ankara 1996, s.75-76; BROX, Hans/WALKER, Wolf-Dietrich:

4077 sayılı Kanunda bu yönde düzenleme yapılması yararlı olacaktır. Maalesef, 2012 tarihli son "TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN TASARISI TASLAĞI"nda da konu ile ilgili terim değişikliği yoktur⁵⁹. Keza Türk Borçlar Kanununda (m.20 vd.) "genel işlem şartları" ile aynı anlamda olmak üzere "genel işlem koşulları" terimi kullanılmışsa da öğretide oldukça yaygın olarak kullanılan genel işlem şartları teriminin tercih edilmemesinin sebebi anlaşılamamaktadır. Üstelik "koşul" terimi, gerçekleşmesi şüpheli olaylarda kullanılan ve hukuki işlemlerdeki koşul (TBK. m.170 vd.) ile karıştırılabileceğinden, sözleşme maddeleri anlamındaki "şart" teriminin daha uygun olduğunu düşünmekteyiz. Gerçekten de "genel işlem şartları", aslında herhangi bir sözleşmede yer alan "sözleşmenin genel hükümleri (maddeleri)" (*allgemeine Vertragsbedingungen*) ile aynı anlama gelmektedir⁶⁰. Nitekim uygulamada da çoğu zaman GİK (GİŞ), sözleşmenin "genel hükümler" başlığı altında yer almaktadır. Keza TBK.m.20-25 arasında kullanılan "genel işlem kayıtları" terimi de "sözleşmenin genel kayıtları (hükümleri)" anlamındadır. Öte yandan, eskiden beri kullanılan bazı terimler de unsurları bulunmak kaydıyla GİK anlamına gelmektedir. Örneğin, "şartname" (Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi gibi)⁶¹, "mukavele genel şartları", "genel kayıtlar", "umumi şartlar" vb.⁶².

Allgemeines Schuldrecht, mit neuem Schuldrecht, 33. Auflage, München 2009, §4, Rn.28-29; ÖZEL, Haksız Koşullar, s.53; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, §23, N.1 vd.

⁵⁹ Taslak için bk. www.gumrukticaret.gov.tr/icerik/31/2049/tuketicininkorunmasi-hakkinda-kanun-tasarisi-taslagi.html (e.t. 17.08.2012). Taslak metninde (m.5) "haksız şart" terimi aynen korunmuştur.

⁶⁰ KOLLER, §23, N.7; HAVUTCU, s.12-13. Genel işlem koşullarını alt başlıklara (önceden hazırlanmış işlem koşulları, çeşitli sözleşmelere ilişkin (örneğin, kira) işlem koşulları, branş işlem koşulları, kamu veya özel kuruluşların hizmetlerinden yararlanma koşulları şeklinde) ayıran görüş için bk. GAUCH/REY/SCHLUEP/SCHMID, Rn.1118 vd.; KAPLAN, Sözleşmeye Müdahale, s.63-64; HAVUTCU, s.12-13, dn.20.

⁶¹ Burada kastedilen şartnameler, özel hukukun uygulandığı veya geçerli olduğu sözleşmelerle ilgilidir. İdare veya kamu hukukuna tabi bir ilişkide söz konusu olan şartnameler, idare hukuku kurallarına tabi olup GİK

İlginçtir ki önceki Borçlar Kanunumuzda “şart” terimi, gerçekleşmesi şüpheli ve hukuki işlemlerin belli bir olguya bağlanmasını ifade etmek üzere (818 sayılı BK. m.150 vd.) kullanıldığından, “genel işlem şartları” terimini veya “haksız şart” (TKHK m.6) kullanmak belki karışıklığa sebep olabilirdi⁶³. Ancak Türk Borçlar Kanununda (6098 sayılı K. m.170 vd.) gerçekleşmesi şüpheli ve hukukî işlemlerin belirli bir olguya bağlanması “koşul” terimi⁶⁴ ile ifade edildiğinden, karışma olmaması bakımından, doğru terimin 1 Temmuz 2012 tarihi itibarıyla “genel işlem şartları” olduğunu çok açık bir şekilde ve gönül rahatlığıyla söyleyebiliriz. Keza TKHK m.6 hükmünde de “haksız şart” terimine yer verilmiş olması karşısında “şart” teriminin tercih edilmesi daha uygun olurdu⁶⁵. Ayrıca genel işlem koşullarında kullanılan “koşul” terimi, sözleşme koşullarını (hükümlerini, maddelerini) ifade ederken hiçbir şekilde TBK 170 vd.da kullanılan ve gerçekleşmesi şüpheli bir olguya bağlama anlamına gelen “koşul” anlamında değildir. Uygulamada yerleşmiş olması sebebiyle, “genel işlem koşulları” ile aynı anlamda olmak üzere “genel işlem şartları” terimini ve kısaltması olan “GİŞ” kısaltmasını kullanmayı uygun görmekle birlikte, mevcut

denetimine tabi olmayacaktır. Bk. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.166. Kanımca kamu hukukuna tabi şartnameler hakkında da GİK unsurları söz konusu ise denetime tabi olmalıdır veya en azından GİK denetimine ilişkin kurallar (TBK m.20-25) burada da kıyasen uygulanabilmelidir. Nitekim GİK kullanan tarafın kamu tüzel kişisi olmasının (ortada bir sözleşme olmak kaydıyla) sonucu değiştirmeyeceği gerekçede açıklıkla vurgulanmıştır (TBK 20/IV).

⁶² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.154.

⁶³ Nitekim bu sebeple TKHKm.6 hükmünde “şart” terimi yerine “koşul” ifadesinin kullanılması önerilmekteydi. Bk. ÇINAR, s.5.

⁶⁴ Koşul ifadesinin daha Türkçe olması itibarıyla seçildiği fikri için bk. ANTALYA, s.285. Ancak nedense TBK.da bir çok yerde “şart” terimi, zorunluluktan olsa gerek kullanılmaya devam etmektedir (Örneğin, TBK. m.117, m.237, m.263).

⁶⁵ Nitekim ATAMER de benzer yaklaşımla TBK’ndaki “genel işlem koşulları” teriminin tercih edilmesinin TKHK m.6’da kullanılan “haksız şart” terimi karşısında kavram kargaşasına yol açacağını haklı olarak belirtmektedir. Bk. ATAMER, GİŞ Sempozyumu, s.10-11.

TBK.nda “genel işlem koşulları” terimine yer verildiğinden bu kavramı ve “GİK” kısaltmasını kullanacağımızı belirtiriz.

Terim farklılığı yanında en önemli fark, kişi bakımından uygulama alanı ile ilgilidir. Gerçekten de 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu ile ilgili düzenlemeler, sözleşmeyi düzenleyen karşı tarafı tacir olsun veya olmasın herkese uygulanabilirken⁶⁶, 4077 sayılı Kanun sadece sözleşmenin taraflarından birini tüketicinin oluşturduğu (tüketici sıfatıyla hareket edilen) GİK içeren sözleşmelere uygulanabilecektir⁶⁷. Bu yüzden GİK ile ilgili bir uyuşmazlık söz konusu ve sözleşmenin karşı tarafı tüketici ise öncelikle 4077 sayılı Kanun hükümleri uygulama alanı bulacak, hüküm olmayan hallerde yeni Türk Borçlar Kanunu’nun GİK ile ilgili hükümleri (m.20-25) genel hüküm olarak uygulanacaktır (TKHK. m.30)⁶⁸. Sözleşmenin karşı tarafı tüketici dışında bir kimse ise (tacir, tüketici olmayan alıcı vs.) sadece yeni Türk Borçlar Kanunu’nun GİK ile ilgili hükümleri (m.20-25) uygulanacak, 4077 sayılı Kanun hükümleri hiçbir şekilde uygulama alanı bulamayacaktır⁶⁹.

⁶⁶ ATAMER, GİŞ Sempozyumu, s.10; OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, C.1, İstanbul 2011, s.169-170; ALTOP, Atilla : Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof. Dr. Rayegân KENDER’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı (s.254-260), İstanbul 2007, s.254 ve s.256-257; ALTOP, Atilla : “Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi”, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu, 28 Nisan 2006, Ali Çivi (Editör), İstanbul 2007, (s.121 vd.), s.149; VEZİROĞLU, s.3078; DİZDAR, Ali Murat : “Genel İşlem Şartları”, Bankacılar Dergisi, Mart 2010, S:72 (s.85-93), s.88; KUNTALP, GİŞ Sempozyumu, s.82 ve s.91-92.

⁶⁷ ATAMER, GİŞ Sempozyumu, s.10; SİRMEN, s.109-110. 4077 sayılı Kanunun kapsamı için bk. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s.72 vd.

⁶⁸ ATAMER, GİŞ Sempozyumu, s.10; SİRMEN, s.110; OĞUZMAN/ÖZ, s.169-170; ALTOP, GİK, Armağan, s.254 ve s.256-257; ALTOP, GİK, Sempozyum, s.148-149.

⁶⁹ ATAMER, GİŞ Sempozyumu, s.10; OĞUZMAN/ÖZ, s.170; KUNTALP, GİŞ Sempozyumu, s.91-92.

Sözleşmelerdeki haksız koşullara dair genel bir hüküm, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un ilk halinde (1995 yılında) öngörülmemiştir; bununla birlikte bazı sözleşmelerde (kapıdan satışlarda, kampanyalı ve taksitle satışlarda, tüketici kredilerinde ve süreli yayın aboneliği sözleşmelerinde) özel sınırlayıcı düzenlemeler getirilerek, tüketiciler korunmaya çalışılmıştır⁷⁰.

4077 sayılı Kanunun 6. maddesi, genel işlem koşullarıyla ilgili 93/13 no.lu Avrupa Birliği Direktifinin 3. maddesinden hemen hemen aynen alınmıştır⁷¹. Maddenin son fıkrasına göre: "*Bakanlık standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların tespit edilmesine ve bunların sözleşme metninden çıkartılmasının sağlanmasına ilişkin usul ve esasları belirler*" şeklindeki düzenlemeden yola çıkan Bakanlık, bu Direktiften de esinlenerek "*Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik*"⁷² (kısaca "*Haksız Şartlar Yönetmeliği*") hazırlamıştır.

Genel işlem koşulları hakkında ayrıntılı düzenleme yapılması ve yenilikler içermesi bakımından Alman hukukuna da değinmek gerekir. Alman hukukunda borçlar hukukunda yapılan reformla, tüketiciyle ilgili özel düzenlemeler içeren özel kanunlar, 2002 yılından itibaren Alman Medeni Kanununa alınmıştır. Genel İşlem Koşullarıyla İlgili Kanun'da §§305-310 (toplam 10 maddeyle) Alman Medeni Kanununun (BGB) hükümleri arasında düzenlenmiştir⁷³. İsviçre'deki

⁷⁰ Bu konuda ayrıntı için bk. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s.156 ile s.169 vd.

⁷¹ Bu direktif hakkında geniş bilgi için bk. HAVUTCU, s.64 vd.; TWIGG-FLESNER, Christian: Avrupa Birliği'nin Tüketici Politikası ve Türkiye'nin Uyumu, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayını, İstanbul 2001, s.24 vd.; Bu direktifin Türkçe metni için ayrıca bk. HAVUTCU, s.223 vd.; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, Ekler-Direktif No: 5.

⁷² Bu Yönetmelik için bk. RG. 13.06.2003, S: 25137.

⁷³ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bk. HAVUTCU, s.55 vd. (Alman Medeni Kanunu hükümlerinin çevirisi için bk. HAVUTCU, s.235 vd.); ALPMAN-PIEPER, Annegerd/BECKER, Peter: Express, Reform des Schuldrechts, Das neue BGB, 2. Auflage, Münster 2002, s.106 (Reformdan sonraki Alman Medeni Kanunu'nun tüm yeni madde numaraları ve içerikleri hakkında bk.) s.177 vd.; ARTZ, Marks: Integration der Nebengesetze in das BGB, Einführung in das neue Schuldrecht, JUS Schriftenreihe (in SCHWAB/WITT), München 2002, s.227 vd.; BROX/WALKER, Rn.28 vd.;

gelişim ise Avrupa Birliği ülkelerinden daha farklı biçimde olmuş ve genel işlem koşullarına dair düzenlemeler 1986 tarihli “*Haksız Rekabete Karşı Kanun*” (UWG) içerisine dahil edilerek tüketiciler gibi tacirler de koruma altına alınmıştı⁷⁴. Ne var ki İsviçre’de 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren UWG m.8 değişikliğinde sadece tüketicilerin koruma altına alındığı, bunun AB Direktifine daha uygun olduğu açıklanmıştır⁷⁵.

GİK ile ilgili hükümler, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’nda, Alman hukukunda olduğu gibi düzenlenmiştir. Gerçekten de Almanya’da ayrı bir Borçlar Kanunu olmadığından, GİK ile ilgili hükümler Alman Medeni Hukuku içinde yer almaktadır; bizde de bu konunun ayrı bir Kanun içinde değil de Borçlar Kanunu içine alınması yerinde olmuştur. Bu düzenleme şekli İsviçre’den farklıdır. Çünkü değiştirdiğimiz gibi İsviçre’de konu ayrı bir Kanunda düzenlenmiştir. Bununla birlikte İsviçre’ye (eski düzenleme bakımından) benzeyen yön, Alman hukukunda olduğu gibi bu hükümlerin tacirler yanında tüketicileri de koruma altına almasıdır⁷⁶. Ancak kanımca sistematik olarak, GİK konusunun sözleşme özgürlüğü ile yakından ilgili olması ve sözleşme özgürlüğünün konu bakımından sınırlarını ifade etmesi karşısında⁷⁷ “*sözleşme özgürlüğü*” başlığını içeren TBK 26.

SCHWAB, Martin: Die Rückabwicklung von Verträgen nach §§ 346 ff. BGB n. F., Einführung in das neue Schuldrecht, JUS Schriftenreihe (in SCHWAB/WITT), München 2002, s.20-21.

⁷⁴ HAVUTCU, s.63 ve s.206 vd.; KUNTALP, Erden : “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler*”, TBK m.20-25, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul 2005, s.25 vd. (TBK), s.25; BRUNNER, s.118 vd., özellikle s.132-133; ULMER/BRANDNER/HENSEN/HABERSACK, Einleitung, Rn.141; RANIERI, s.449 vd. Bununla birlikte KRAMER’e göre, İsviçre’de özel eski düzenlemenin (UWG m.8) tacirleri koruma altına alıp almadığı açık değildir ve Yazara göre tacirler karşı taraf olarak bu Kanunla koruma altına alınmamıştır. Bk. KRAMER-BK OR VI, Art.19-20, N.285.

⁷⁵ FURRER, s.324; WILDHABER, s.540.

⁷⁶ HAVUTCU, s.58-59 ve s.63; KUNTALP, TBK, s.25; BRUNNER, s.133-134; VEZİROĞLU, s.3078. TBK. m.20 gerekçesi, paragraf 4.

⁷⁷ Alman hukukunda içerik denetiminin sözleşme özgürlüğünün konu bakımından sınırlarını ifade ettiği hakkında bk. ULMER/BRANDNER/HENSEN/FUCHS, Vor. §§307-309, Rn.2.

Maddesinden hemen sonra⁷⁸ düzenlenmesi yararlı olurdu⁷⁹. ATAMER'e göre⁸⁰, GİK ile ilgili hükümler, sözleşmelerin kurulması, yorumlanması ve geçerliliği ile ilgili hükümlere yerleştirilmelidir. Kanımca GİK ile ilgili hükümlerin dağınık biçimde yerleştirilmesi insicamı bozacaktır. Bu nedenle GİK hükümlerinin bir bütün olarak ve fakat TBK m.26 sonrasında yer alması daha uygun olur.

IV. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA DÜZENLENEN GENEL İŞLEM KOŞULLARININ KİŞİ BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI

Uluslar arası alanda GİK ile ilgili düzenlemeler genelde tüketiciyi koruyan düzenlemeler şeklinde ele alınmış, bazı Ülkeler, ise tüketici yanında işletmeciyi de (tacir veya esnafı da) koruma altına

⁷⁸ Bu durumda 26. madde vd., 20. Madde olacağından, mevcut 26. Madde, 20. madde olmalı, başlık "F." Yerine "E." Harfi ile başlamalı, 21. Madde vd. GİŞ ile ilgili maddelerden başlamalı, 21-26 arası GİŞ ile ilgili maddeler olmalı, 21. Maddenin başlığı "E. Genel İşlem Koşulları" yerine "II.Sözleşme Özgürlüğüne Genel İşlem Koşulları Bakımından Getirilen Sınırlamalar, 1. Genel Olarak" olmalı, 22. Maddenin başlığı "II. Kapsamı, 1. Yazılmamış sayılma" yerine "2.Kapsam, a. Yazılmamış sayılma" olmalı, 23.maddenin başlığı "2.Yazılmamış..." yerine "b.Yazılmamış..." olmalı, 24. Maddenin başlığı "III. Yorumlanması" yerine "3.Yorumlanması" olmalı, 25. Madde başlığı "IV.Değiştirme..." yerine "4.Değiştirme..." olmalı, 26. Madde başlığı "V.İçerik..." yerine "5.İçerik" şeklinde olmalı, mevcut 27. Madde vd. başlığı ile birlikte aynen kalmalıdır.

⁷⁹ Benzer görüş için bk. ALTOP, GİK, Armağan, s.257; ALTOP, GİK, Sempozyum, s.149. Şu kadar ki Yazar, GİŞ ile ilgili hükümlerin TBK 29 sonrasında ele alınmasını uygun görmektedir. Ayrıca ANTALYA da, haklı olarak eserinde GİŞ konusunu (s.285 vd.) sözleşme özgürlüğü (s.261 vd.) konusundan hemen sonra ele almıştır. Alman eserlerinde de konu aynı yaklaşımla ele alınmaktadır. Bk. BROX/WALKER, §4, Rn. 1 vd. ile §4, Rn.28 vd.

⁸⁰ ATAMER, Yeşim M. : "Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi", HPD, Ağustos 2005, S:4, s.109 vd. (Tasarı), s.13. Yazara göre, GİK tanımı veren m.20-22'nin sözleşmelerin kurulmasına ilişkin hükümleri takiben TBK m.11'den sonra gelmesi, GİK yorumlanmasına ilişkin m.23'ün m.19'a bir fıkra olarak eklenmesi ve GİK'in butlanını düzenleyen m.24-25'in, genel olarak sözleşmelerin butlanını ele alan TBK. m.27 içinde ele alınması için mahiyetine uygun düşmektedir.

almış, diğer bazı ülkeler ise genelde tüketiciyi korumayı esas almakla birlikte sınırlı bazı koruyucu düzenlemelerin girişimcilere (tacirlere ve esnaflara) uygulanmasını kabul etmiştir⁸¹. Genelde kabul edilen durum, tüketiciler bakımından hiçbir tartışma olmadan GİK denetimini yapmaktır. Ancak tacirlerin de bu korumadan yararlanması istisnâî niteliktedir⁸²; bu yöndeki düzenlemelerin gittikçe arttığı görülmektedir. Örneğin, Lüksemburg, Belçika, Danimarka, Finlandiya, İngiltere, Portekiz, İsveç, Hollanda, İspanya, Almanya, gibi ülkelerde tacirler de GİK denetimi korumasından yararlanmaktadır⁸³. Bununla birlikte tacirler bakımından korumanın kapsamı her zaman aynı değildir. Örneğin, mehzaz teşkil eden Alman hukukunda GİK'e ilişkin hükümler bakımından tacirlerin korunması sınırlıdır. Gerçekten de BGB §310/I hükmüne göre, GİK'te yürürlük denetimine ilişkin BGB §305/II, III ve §§308-309 girişimcilere⁸⁴ uygulanmaz⁸⁵. Ancak aynı hükmün devamına göre, girişimcilere de §§308-309'da belirtilen yasak sonuçlara yol açan bir durum varsa içerik denetimine ilişkin §307/I ve II hükümleri, ticarî teamül ve uygulamalar da gözetilerek uygulanır⁸⁶. Keza İsveç'te, küçük ve orta ölçekli işletmelerin daha büyük ölçekli işletme sahipleriyle akdettiği sözleş-

⁸¹ BRUNNER, s.119-120; HAVUTCU, s.54.

⁸² BRUNNER, s.120-122.

⁸³ ATAMER, GİŞ Sempozyumu, s.10; ALTOP, GİK, Armağan, s.257; ALTOP, GİK, Sempozyum, s.149; DİZDAR, s.88; VEZİROĞLU, s.3078; ULMER/BRANDNER/HENSEN/HABERSACK, Einleitung, Rn.111 vd.

⁸⁴ Buradaki girişimcilerden kasıt, BROX/WALKER'in de değindiği üzere (§4, Rn. 67-69), BGB §310/IV hükmünden yola çıkarak, GİŞ kullanan tarafın karşısında yer alan "tacirler, işletme sahipleri, miras şirketi, aile şirketi veya şirketlerdir." Keza iş sözleşmelerine kendi özel kuralları saklı kalmak kaydıyla §305-310 hükümleri uygulanır. Ayrıca toplu iş sözleşmeleri ve işyeri hizmet anlaşmaları sadece BGB §307 anlamında içerik denetimine tâbidir.

⁸⁵ ÇINAR, s.69, dn.15; ULMER/BRANDNER/HENSEN/HABERSACK, §310, Rn.50 vd.; ULMER/BRANDNER/HENSEN/FUCHS, Vor. §§307-309, Rn.49 vd.

⁸⁶ ATAMER, GİŞ, s.54-56; HAVUTCU, s.236 ve s.241; BROX/WALKER, §4, Rn. 67-68.

melerdeki haksız GİK bakımından 1984 tarihinden itibaren piyasa mahkemesine başvuru hakkı tanınmıştır⁸⁷.

Mehaz teşkil etmesine rağmen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunumuz Alman hukukundaki sınırlamayı dikkate almamış, sözleşmenin tarafları bakımından bir ayırım yapmadan, tüketici yanında işletmeciyi de (tacir veya esnafı da) koruma altına alma yolunu seçmiştir⁸⁸. Ülkemizde tüketiciler yanında girişimcilerin de özellikle kendinden ekonomik anlamda daha güçlü olan girişimciler (bankalar, holdingler gibi) karşısında korunmaya değer olduğu düşünülecek olursa bu düzenlemenin yerinde olduğu söylenebilir⁸⁹. Olması gereken hukuk bakımından, İsveç'e paralel olarak, küçük ve orta ölçekli işletmelerin daha büyük ölçekli işletme sahipleriyle akdettiği sözleşmelerdeki GİK bakımından denetim yapılması olanağı açık bir hükümle kabul edilebilir⁹⁰.

⁸⁷ ULMER/BRANDNER/HENSEN/HABERSACK, Einleitung, Rn.138.

⁸⁸ Bu görüşte OĞUZMAN/ÖZ, s.169-170; ALTOP, GİK, Armağan, s.254 ve s.256-257; ALTOP, GİK, Sempozyum, s.149; KUNTALP, TBK, s.25; KUNTALP, GİŞ Sempozyumu, s.82 ve s.91-92; ÇINAR, s.33-34, dn.63. Ancak TBK. m.20 gerekçesinin 4. Paragrafının son iki cümlesinde sözü edildiğinin tersine, yukarıda değindiğimiz gibi, Alman hukukunda tüm hükümlerin girişimcilere uygulanması söz konusu değildir. Bu açıdan gerekçede bilgi eksikliği veya yanlışlığı olduğu söylenebilir.

⁸⁹ İsveç'ten açısından benzer yaklaşım için bk. KRAMER-BK OR VI, Art.19-20, N.276.

⁹⁰ Gerçekten de Ülkemizde küçük ve orta ölçekli işletmelerin (KOBİ'lerin) büyük ölçekli firmalarla akdettiği sözleşmelerde çeşitli şekillerde mağdur edildiği bilinen bir gerçektir. Örneğin, yerli üreticiler, market zincirleriyle yaptıkları anlaşmalarda (giriş bedeli, raf kirası vb. adlarla) birçok ek ödeme yapmak zorunda kalırken, yabancı üreticiler pazarlık güçlerini kullanarak, bu bedelleri ödememekte ve daha ucuza maliyetle haksız rekabet oluşturacak şekilde anlaşmalar yapmaktadır (bu konudaki haberler için örneğin bk. <http://www.sabah.com.tr/Ekonomi/2012/03/16/yerli-malina-raf-ambargosu>, e.t. 16.05.2012). Üstelik KOBİ'lere ödemeler altı aya varan vadelerle yapılmaktadır. TTK m.1460 hükmüyle ödemeler ve faiz bakımından düzenleme getirilmişse de haksız GİK bakımından herhangi özel bir düzenleme mevcut değildir. Haksız rekabet kuralları yanında bundan sonra 1 Temmuz 2012 itibarıyla bu tür sözleşmelerin de GİK denetimine tabi

GİK içeren standart sözleşmelerde sözleşmenin taraflarının özel adlarla anıldığı görülmektedir. Özellikle GİK'i hazırlayan veya hazırlamasa bile daha önceden hazırlanmış olan GİK'i kendi yararına kullanan ekonomik açıdan güçlü olan tarafa "girişimci, hazırlayan, düzenleyen veya kullanan taraf" denmekte; düzenleyen, hazırlayan veya kullanan karşısında yer alana ise "karşı taraf, müşteri, veya tüketici" denmektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa göre (m.20 vd.) genel işlem koşullarını içeren sözleşmenin tarafları, genel işlem koşullarını içeren sözleşmeyi "düzenleyen taraf" ile "karşı taraf" olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada yer alan "düzenleyen taraf" ifadesinin daha geniş anlaşılması gerektiği, GİK'i düzenlemese bile kullanmasının yeterli olduğu düşünülerek, olması gereken hukuk bakımından mehaz Alman hukukunda geçerli olan "kullanan" (*Verwender*) ifadesinin tercih edilmesi gerektiği haklı olarak kabul edilmektedir⁹¹. Ancak TBK m.20 vd.da nedense "düzenleyen" terimi tercih edilmiştir. Bu ifadenin "kullanan" ifadesini içerecek şekilde anlaşılmasının, Kanunun amacına ve kelimenin ifade etmek istediği anlama daha uygun düşeceği kanısındayım. Böylece ALTOP'un da yerinde olarak belirttiği gibi⁹², mehaz düzenlemeden de yararlanarak (§305/I, c.1) mevcut TBK 20. Maddeyi, "genel işlem koşulları, çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere önceden düzenlenmiş olan ve sözleşmenin taraflarından birinin (kullanan), karşı tarafa sözleşme yapılırken sunduğu sözleşme hükümleri" şeklinde tanımlamak veya mevcut metni bu şekilde anlamak gerekir.

Genel işlem koşullarını içeren sözleşmeyi "düzenleyen taraf" bakımından değerlendirme yapacak olursak, genel işlem koşullarını

olacağı unutulmamalıdır. Böylece haksız uygulamalar bu yolla bir nebze olsun düzeltilebilir. Tacirler arasında bu anlamda fark gözetilmesinin yararlı olacağı hakkında benzer görüş için bk. KUNTALP, GİŞ Sempozyumu, s.92-93.

⁹¹ HAVUTCU, s.16; ALTOP, GİK, Armağan, s.257; ALTOP, GİK, Sempozyum, s.150; ATAMER, GİŞ, s.69-70; ATAMER, Tasarı, s.14. Gerçekten de Alman Medeni kanununda (§§305-310) ve Alman öğretisinde "*Verwender*" (GİŞ kullanan) ve "*andere Vertragspartei*" (sözleşmenin diğer tarafı) terimleri kullanılmaktadır. Bk. BROX/WALKER, §4, Rn. 31 vd.

⁹² ALTOP, GİK, Armağan, s.257; ALTOP, GİK, Sempozyum, s.150.

içeren sözleşmeyi “düzenleyen taraf”ın tacir olup olmamasının öneminin olmadığı görülmektedir. Kanun gerekçesinde “düzenleyen taraf” olarak girişimciden (eski deyiimiyle müteşebbisten) söz edildiği görülmektedir⁹³. Girişimcinin ise tacir veya bir esnaf olması da olasıdır. Keza GİK içeren sözleşmeyi düzenleyen (kullanan) tarafın kamu tüzel kişisi veya özel hukuk tüzel kişisi olması ya da sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluş (örneğin, Banka veya finans kurumu) olması sonucu değiştirmeyecektir (TBK. m.20/f.son)⁹⁴. Alman hukukunda bazı kurumlar ve tekel niteliğindeki kuruluşların GİK’leri bakımından denetimin uygulanmayacağına (§305a ve 310/II BGB) benzer bir hüküm, hukukumuzda alınmadığından istisnasız tüm kurumlar ve tekel niteliğindeki kuruluşların GİK’leri bakımından GİK denetimi (TBK m.20-25) uygulanacaktır.

GİK içeren standart sözleşmeler, sözleşmenin karşı tarafı ve uygulanacak kanun hükümleri dikkate alınarak yapılabilecek ayrıma göre üçe ayrılabilir⁹⁵:

- Genel standart sözleşmeler (kullananın kim olduğunun önemli olmadığı -tacir veya esnaf olduğu-, karşı tarafın ise tüketici veya tacir olmadığı, müşteri olduğu sözleşmeler)
- Tüketici standart sözleşmeleri (kullananın kim olduğunun önemli olmadığı -tacir veya esnaf olduğu-, karşı tarafın tüketici olduğu sözleşmeler)
- Ticari standart sözleşmeler (kullananın kim olduğunun önemli olmadığı -tacir veya esnaf olduğu-, karşı tarafın tacir olduğu sözleşmeler). Bu tür sözleşmeler de

a.) Dar ve teknik anlamda ticari standart sözleşmeler (kullananın ve karşı tarafın tacir olduğu sözleşmeler) ile

⁹³ Bk. TBK. m.20’nin yukarıda verilen madde gerekçesi, paragraf 4.

⁹⁴ Ayrıca bk. TBK. m.20 gerekçesi, son paragraf. Ancak KUNTALP’in de değindiği gibi (TBK, s.25), gerekçede kamu tüzel kişilerinin de GİK denetimine tabi olduğu vurgulanmakla birlikte Kanun metninde açıkça kamu tüzel kişilerinden söz edilmesi daha yararlı olurdu.

⁹⁵ ANTALYA, s.291-292; BRUNNER, 119 vd.

b.) Geniş anlamda ticari standart sözleşmeler (kullananın esnaf, karşı tarafın tacir olduğu sözleşmeler; bunun tersine kullananın tacir, karşı tarafın esnaf olduğu sözleşmeler ile kullananın ve karşı tarafın esnaf olduğu sözleşmeler) olarak ikiye ayrılabilir⁹⁶.

Görüşümüze göre: Genel standart sözleşmelere ve tüm ticari standart sözleşmelere, GİK ile ilgili TBK m.20-25 ile düzenlenen hükümler uygulanmalıdır. Tüketici standart sözleşmelerine ise öncelikle 4077 sayılı TKHK m.1 vd. hükümleri özellikle m.6 hükmü ve Kanuna uygun ilgili Yönetmelik hükmü uygulanacak, burada hüküm olmayan hallerde ise niteliğe aykırı düşmedikçe TBK m.20-25 hükümleri uygulama alanı bulacaktır (TKHK m.30)⁹⁷. Öğretide ANTALYA⁹⁸, dar anlamda ticari standart sözleşmelere (her iki tarafın tacir olduğu) TBK m.20-25 hükümlerinin değil, haksız rekabet ilişkin hükümlerin (eski TTK m.56 vd.; yeni TTK m.54 vd.) uygulanması gerektiği, tacirlerin TBK ile öngörülen korumadan yararlanmaması gerektiği, buna ihtiyaç olmadığı görüşündedir. Kanımızca bu görüş yerinde değildir. Bu konuya hemen aşağıda değinilecektir.

Gerçekten de GİK içeren standart sözleşmeyi düzenleyen/kullanan tarafın karşı tarafında yer alan kişi bakımından değerlendirme yapacak olursak şöyle bir sonuç doğmaktadır : 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu ile ilgili düzenlemeler, sözleşmeyi düzenleyen karşı tarafı tacir olsun veya olmasın herkese uygulanabilir⁹⁹. Her ne

⁹⁶ Ticari standart sözleşmelerdeki bu alt ayırım tarafımızdan yapılmaktadır. ANTALYA (s.292), sadece ticari standart sözleşmelerden söz etmekte, ancak bu sözleşmeyi yaptığımız ayrıma göre, özellikle her iki tarafın tacir olduğu dar anlamda ticari standart sözleşme anlamında kullanmaktadır.

⁹⁷ Aynı görüş için bk. ATAMER, GİŞ Sempozyumu, s.10; ANTALYA, s.292-293; EREN, s.216-217; OĞUZMAN/ÖZ, s.170-171.

⁹⁸ ANTALYA, s.291-292. Olması gereken hukuk bakımından ekonomik açıdan güçlü tacirlerin GİK koruması dışında çıkartılması gerektiği görüşü için bk. KUNTALP, TBK, s.25.

⁹⁹ Bu görüşte ALTOP, GİK, Armağan, s.254 ve s.256-257; ALTOP, GİK, Sempozyum, s.149; OĞUZMAN/ÖZ, s.169-170. OĞUZMAN/ÖZ'ün haklı olarak belirttiği gibi, bir banka ile konut kredisi sözleşmesi yapan tüketici, TKHK m.6 hükmüne göre korunacak iken; aynı banka ile ticari kredi almak

kadar bu konuda açık bir Kanun hükmü mevcut değilse de bu hükümlerin kişi bakımından sadece belli bir kesime uygulanacağına ilişkin sınırlayıcı bir düzenleme de yoktur. Ayrıca madde gerekçelerinde açıkça değilse de dolaylı yoldan kullanılan ifadelerden bu hükümlerin karşı taraf bakımından sınırlayıcı düzenlemeler olmadığı sonucu çıkmaktadır. Nitekim TBK, kural olarak herkese uygulanan hükümleri ihtiva ettiğinden, tacirlere uygulanmayacak hükümler özel olarak belirtilmiştir¹⁰⁰. Gerçekten de 20. Madde gerekçesinin 4. Paragrafında yer alan "girişimci karşısında sözleşmenin diğer tarafı", aynı paragrafta kullanılan "bütün sözleşmeleri kapsayacak emredici genel hükümler" ifadesi; altıncı paragraf yer alan ayırım yapmaksızın "müşteriler" ifadesinin kullanılması bu yolda sonuç çıkarmayı haklı kılmaktadır. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu, özel bir Kanun olup, tacirler hakkında uygulanacak hükümleri içermekle, Türk Ticaret Kanununda hüküm olmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin genel hüküm olarak uygulanması gerektiği Türk Ticaret Kanunu'nda (m.1/I) açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte öğretilde ANTALYA¹⁰¹, her iki tarafın tacir olduğu hallerde GİK içeren sözleşmelere (dar anlamda ticari standart sözleşmelere) TBK m.20 vd. hükümlerin uygulanmayacağını, bunlar için sadece haksız rekabete ilişkin TTK m.54 vd. hükümlerinin uygulanabileceğini ileri sürmektedir. Kanun gerekçesine (TBK m.20 gerekçesi paragraf 4 son iki cümle) açıkça aykırı bu sonucun yerinde olmadığı kanısındayım. Haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin yaptırımını farklı olup, bu kuralların uygulanması için her iki tarafın tacir olmasına da gerek yoktur¹⁰². Gerçekten de TTK m.54/II hükmünde açıkça belirtildiği

için sözleşme yapan tacir (işadamı veya ortaklık) TBK 20-25 hükümlerine göre korunacaktır.

¹⁰⁰ Örneğin, taksitle satışlarda TBK 272'de; kira sözleşmesinde 6217 sayılı Kanunun (RG. 14.04.2011, S:27905) geçici 2. maddesinde (5 yıl süreyle) tacirlere uygulanmayacak hükümler özel olarak sayılmıştır.

¹⁰¹ ANTALYA, s.294 vd.

¹⁰² Bu konuda bk. ARKAN, Sabih : Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2011, s.307 vd.; ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER : Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2009, s.449 vd.

üzere, haksız rekabete ilişkin hükümler, müşterilerle tacirler arasındaki ilişkileri de etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırı ticari uygulamaları hukuka aykırı görmektedir. Ayrıca açık bir yaptırım içermeyen İsviçre Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanunundan (UWG m.8) tercüme edilerek aktarılan TTK.m.55/f hükmünde¹⁰³: “Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya
2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur.” denmektedir.

Yani bir tacir, tacir olmayanla GİK içeren standart sözleşme imzaladığında da uygulanabilecek hükümlerdir. Özellikle bu sözleşme bir başka tacirin veya esnafın (TTK m.56/I) müşterilerine, kredisine, mesleki itibarına, ticari faaliyetlerine veya diğer ekonomik menfaatlerine zarar veriyorsa zarar gören bu kişi, haksız rekabet kuralları uyarınca çeşitli davalar açma olanağına kavuşmaktadır. Bu nedenle ve ANTALYA'nın görüşü kabul edilecek olursa, GİK içeren bütün standart sözleşmelerin TTK m.54 vd.daki haksız rekabet kurallarına tabi olması ve GİK ile ilgili hükümlerin uygulanmaması gerekecektir. Oysa böyle bir sonucun amaçlanmadığı ortadadır. Ayrıca bu hükümlere, tacirler arasındaki GİK'leri düzenlemek amacıyla yer verilmemiş olup, GİK içeren hangi sözleşmelerin TTK anlamında haksız rekabet oluşturacağına ilişkindir. Bir başka deyişle

¹⁰³ TTK.m.55/f hükmü, İsviçre Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanunundan (UWG m.8) tercüme edilerek aktarıldığından, İsviçre'de bu Kanuna (UWG m.8) yönelik eleştiriler burada aynen geçerli olacaktır. Ayrıca eleştiriler dikkate alınarak İsviçre'deki düzenlemenin 1 Temmuz 2012 (İlginçtir ki TBK ile aynı anda) tarihinden geçerli olmak üzere değiştirildiği, ancak TTK m.55/f hükmünde bir düzeltme yapılmadığı dikkate alınacak olursa eleştirilerin dozu daha da artabilecektir. Hükme yönelik eleştiriler (özellikle İsviçre'deki haksız rekabete ilişkin hatanın Türk hukukuna da aktarıldığı hakkında) bk. ATAMER, GİŞ Sempozyumu, s.67-698.

TTK.m.54 vd. farklı bir kurum olan haksız rekabet düzenlenmiştir. Bu durumda aslında TTK., GİK'ler ile ilgili doğrudan bir düzenleme borçlar hukuku anlamında yaptırım (yazılmamış sayma, kesin hükümsüzlük gibi) içermemektedir. Şu halde sonuç olarak görüşüme göre, tacirler arasındaki standart sözleşmelere de TTK.m.1'e göre, genel hükümler olan, TBK'daki GİK hükümleri (m.20-25) uygulama alanı bulacaktır. Özellikle ekonomik açıdan güçlü olan bir bankadan işletmesine kredi alan bir tacir veya esnaf lehine GİK ile ilgili denetim hükümleri (TBK m.20 vd.) uygulanabilmelidir. Yani nasıl ki bir tüketici veya tacir olmayan kişi, ekonomik açıdan güçlü GİK kullanan tarafından korunmaya layık ise ekonomik açıdan daha güçlü bir kişi veya kuruluş (örneğin bankalar, tekel hizmeti veren kuruluşlar) karşısında daha zayıf durumda olan tacirler (örneğin, KOBİ mahiyetindeki işletmesine kredi almak isteyenler) de korunmaya muhtaçtır¹⁰⁴. Nitekim Yargıtay, tacirler lehine de bu denetimi genel hükümler yoluyla yapmaktaydı¹⁰⁵. Bununla birlikte ekonomik açıdan denk veya birbirine yakın güçteki iki banka arasında imzalanacak bir sözleşme bakımından tarafların tam eşitliği söz konusu olduğundan, GİK ile ilgili denetim hükümlerinin uygulanması genelde söz konusu olmayacaktır. Zaten bu gibi durumlarda taraflar, karşılıklı görüşme yoluyla sözleşme hükümlerini belirleyeceğinden, ortada GİK söz konusu olmayacak; bireysel sözleşme hükmü olacaktır ki bireysel sözleşme hükümlerine GİK ile ilgili denetim hükümlerinin uygulan-

¹⁰⁴ ATAMER, GİŞ, s.56-57. BRUNNER de bu özelliğe dikkat çekmekte (s.120-121), temelde her iki tarafın tacir olduğu işlerde kullanılan GİŞ bakımından kural olarak tarafların eşit olduğunu, ancak karteller ve holdingler gibi daha güçlü tacirler karşısındaki tacirlerin de korunmaya layık olduğunu belirtmektedir. Aynı yönde bk. ZÄCH, Roger : Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl, Bern 2005, s.256 vd. ile s.413-414; ULMER/BRANDNER/HENSEN/HABERSACK, Einleitung, Rn.75 vd.; KRAMER-BK OR VI, Art.19, N.298d.

¹⁰⁵ Örneğin, tacirler bakımından tenkisi mümkün olmayan bir ceza koşulu (TTK m.24), borçlunun ekonomik özgürlüğünü ortadan kaldıracak derecede olması halinde, ahlaka aykırılık hükmüne (ÖBK 20) göre geçersiz sayılabileceği kabul edilmiştir. Bk. HGK. 20.03.1974, E.1053, K.222 (YKD. 1977/1, s.11 vd.) Uygulanabilecek diğer genel hükümler hakkında ayrıntılı değerlendirmeye için bk. ATAMER, GİŞ, s.146 vd.; HAVUTCU, s.210 vd.

ması olanağı zaten yoktur (TBK m.20)¹⁰⁶. Ancak istisnaen büyük ölçekli bir banka ile nisbeten daha küçük ölçekli bir banka arasındaki sözleşmelerde GİK unsurları varsa GİK denetimi yapılması olanaklıdır.

SONUÇ

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı (yeni) Türk Borçlar Kanununda ayrıntılı biçimde yer alan genel işlem koşulları ile ilgili hükümler, mevcut 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yoktur. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundan daha önce olmak üzere hukukumuzda ilk defa genel işlem şartlarına ilişkin pozitif düzenlemenin 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası öngörüldüğünü belirtmek gerekir (TKHK. m.6).

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun genel işlem koşullarına (şartlarına) ilişkin pozitif düzenlemeler oldukça ayrıntılıdır. Konu, 6 madde içinde olmak üzere, m.20-25 içinde düzenlenmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun;

- 20. maddesinde, "E.Genel işlem koşulları" üst başlığı ve "I. Genel olarak" alt başlığı altında genel işlem koşullarının unsurları,
- 21. maddesinde, "E.Kapsamı" üst başlığı ve "1.Yazılmamış sayılma" alt başlığı altında genel işlem koşullarının kapsamına ve yazılmamış sayılma yaptırımı,
- 22. maddesinde, "2.Yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi" başlığı altında Yazılmamış sayılmanın diğer sözleşme hükümlerine etkisi,
- 23. maddesinde, "III. Yorumlanması" başlığı altında genel işlem koşullarında yer alan bir hükmün nasıl yorumlanacağı,
- 24. maddesinde, "IV.Değiştirme Yasağı" başlığı altında genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşme hükmünün hangi

¹⁰⁶ ATAMER, GİŞ, s.73-74; HAVUTCU, s.87-88.

koşullar altında değiştirilemeyeceğine ya da yeni düzenleme getirilemeyeceğine ve bu kapsamda yazılmamış sayılacağı,

- 25. maddesinde, "V.İçerik denetimi" başlığı altında genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına aykırı olacak biçimde karşı taraf aleyhine olamayacağı, düzenleme altına alınmıştır.

Ayrıca kira sözleşmesinde "Kiraya verenin teslim borcu" ile ilgili olarak TBK 301. Maddede bir özel kural öngörülmüştür.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda yer alan genel işlem koşulları ile ilgili ilk göze çarpan düzenleme, bu düzenlemelerin kişi bakımında uygulama alanı ile ilgili olarak bir sınırlama yapmamasıdır. Yani genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler tacirler yanında tacir olmayanlar (tüketiciler, alıcılar, müşteriler) için de uygulanabilecektir.

Sözleşme görüşmelerinin yapılması şekline göre, iki türlü sözleşme modeli olduğu kabul edilmektedir. Bu modellerden ilki, insanlık tarihi kadar eski bir model olan klasik anlamda bireysel sözleşme modeli; diğeri ise sanayi devrimiyle yaygınlaşmaya başlayan standart (tip, kitlesel, formüler) sözleşme modelidir. Bu anlamda standart sözleşme, bireysel sözleşmelerin karşısında yer almaktadır.

Bireysel sözleşmelerde, irade özgürlüğü ve tarafların eşit olduğu varsayımı tam anlamıyla uygulama olanağı bulur; yani her iki taraf da sözleşme görüşmeleri sırasında kendi iradesine dayalı pazarlık yapma olanağına sahiptir ve en adil olan hükümler, tarafların kendi iradeleriyle bulunur. Borçlar hukukunun temelinde bireysel (klasik) sözleşme modeli yatmaktadır. Bireysel sözleşmelerde tarafların eşit olduğu, özgür iradeleriyle sözleşmeyi düzenleyebilecekleri varsayımı, hatta Fransız hukukunda veciz bir şekilde söylendiği üzere "sözleşme ile kararlaştırılan adildir" ("*qui dit contractuel, dit juste*") ilkesi egemendir. Bireysel sözleşme modeli, Alman, İsviçre-Türk Borçlar hukukunda da temel alınmıştır.

Oysa bireysel sözleşme modelinin karşısında yer alan standart sözleşmeler gittikçe yaygınlaşmaktadır. Standart sözleşmelerde genelde bilgi ve ekonomik bakımından güçlü taraf (bankalar, büyük şirketler, karteller, holdingler vb.) sözleşme koşullarını (şartlarını,

hükümlerini) belirlemekte ve karşı tarafa adeta dikte ettirmektedir. Böylece bu tip sözleşmelerde, bireysel sözleşme hükümleri yok denecek kadar az olmakta veya hiç olmamakta, buna karşılık müzakere edilmeden oluşturulan genel işlem koşulları (GİK) niteliğindeki sözleşme hükümleri alabildiğince fazla olmaktadır. Bu nedenle bu tip sözleşmelerde sözleşme adaletinin (hakkaniyetin) sağlandığı söylenebilir. İşte GİK denetimi ile sağlanmak istenen husus da bozulan sözleşme dengesinin ve sözleşme adaletinin sağlanması ki bu amaçla zayıf olan tarafın korunmasıdır. Gerçekten de bu tür sözleşmelerde “*ya hep ya hiç=ya kabul et ya da vazgeç*” (“*take it or leave it*”) ilkesi egemendir. Bu tip sözleşmeler sanayi devriminin (1848) bir sonucu olarak adeta bir virüs gibi elden ele yaygınlaşmış ve 20. Yüzyıla adeta damgasını vurmuştur. GİK ile ilgili ilk kullanımların, 1847 yılında Demiryolu taşımacılığında, 1880’li yıllarda sigorta sözleşmelerinde, bankacılıkta ve özellikle kredi sözleşmelerinde olduğu kaydedilmektedir.

AB hukukunda konu 05.04.1993 tarihli 93/13 no.lu “Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Sözleşme Koşulları Hakkında Direktif” ile düzenleme altına almıştır. Direktifin hangi hükümleri inceleme konusu yaptığı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, Direktifin, GİK yanında bireysel sözleşme hükümlerini de haksız olması halinde denetleme amacı vardır. İkinci görüşe göre, Direktifin asıl amacı haksız GİK denetimi yapmaktır. Konuyla ilgili monografik eseri olan HENKEL’in de değindiği üzere, AB direktifi, Fransız ve Alman sisteminin karmasından oluşan bir sistemi esas almıştır. Fransız sistemi kişi açısından tüketici sözleşmelerini esas almakta, konu açısından ise bireysel olarak müzakere edilsin edilmesin tüm sözleşmelerdeki haksız şartları denetleme amacını gütmektedir. Oysa Alman sistemi temelde her türlü sözleşmedeki bireysel olarak müzakere edilmeyen sözleşme hükümlerinin denetimini esas almıştır. Direktifin taslak halinde Fransız sisteminin esas alınması önerilmişse de kabul edilen halinde Alman sisteminden de yararlanılmıştır. Buna göre Direktifin son halinde, Fransız sistemindeki sadece tüketici sözleşmelerinin denetlenmesi esası alınmış, buna karşılık temelde alman sistemindeki bireysel olarak müzakere edilmeyen sözleşme hükümleri denetim altına alınmıştır. Şöyleki sadece Alman siste-

minde yer alan çok sayıda sözleşme için kullanma unsuruna gerek görülmemiştir. Bu açıdan GİK denetimine tabi hükümler, çoğunlukla tek taraflı olarak hazırlanan standart sözleşmelerde karşımıza çıkmaktadır. Biz de HENKEL'in görüşlerine katılıyoruz. Kanımızca Direktifin asıl amacı haksız GİK denetimi yapmaktır. Bu açıdan ikinci görüşü benimsiyoruz. Böylece pazarlık konusu edilmeyen hükümlerin sadece GİK hükümleri olabileceğini kabul ediyoruz. Aksi takdirde, pazarlık konusu edilmeyen diğer veya bireysel sözleşme hükümlerinin de olabileceği gibi içinden çıkılması güç bir sonuca ulaşılacağını düşünmekteyiz. Ayrıca Direktifin 3. maddesi, tüketicinin pazarlık konusu edemediği yani içeriğine etki edemediği, GİK ile ilgili denetim yaptığını açıkça belirtmekte ve bir sözleşme kaydının önceden hazırlanması veya standart sözleşmede yer alması halinde tüketiciyle müzakere edilmediği yolunda bir karine öngörmektedir. Başka deyişle, denetim ölçütü olarak bireysel olarak müzakere edilmeyen (içeriğine etki edilemeyen) sözleşme koşullarının (yani GİK'in) dürüstlük kuralına aykırılığına bakılacağı açıkça öngörülmüştür.

Ülkemizdeki düzenlemenin me hazını oluşturan Alman hukukundaki düzenlemelerin ilk defa 09.02.1976 tarihli "*Genel İşlem Koşulları Hukukunun Düzenlenmesi Hakkında Kanun*"la (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*) yapılmıştır. Bu düzenlemeler AB'de 5.4.1993 tarihli 93/13 no.lu "*Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Sözleşme Koşulları Hakkında Direktif*"in kabul edilmesinden sonra Direktife uyumun sağlanması amacıyla 19.07.1996 tarihli Kanun değişikliği ile revize edilmiş, nihayet Alman hukukundaki modernleştirme çabalarının da etkisiyle 01.01.2002 tarihinden itibaren Alman Medeni Kanuna aktarılmıştır. Düzenleme, Alman Medeni Kanununun bünyesinde Borç İlişkileri Hukuku başlığını taşıyan ikinci kitabın ikinci alt bölümüne "*Borç İlişkilerinin İçeriğinin Genel İşlem Koşullarıyla Düzenlenmesi*" başlığı altında on maddeyle (BGB §§305, 305a, 305b, 305c, 306, 306a, 307, 308, 309, 310) yapılmıştır. Bizde ise konu, altı maddeyle düzenlenmiştir (TBK. m.20-25).

4822 sayılı Kanun ile eklenen 4077 sayılı Kanunun 6. maddesi, *standart sözleşmelerde haksız şartlara (unfaire Klauseln, Unfair terms)* ilişkindir. Görüldüğü gibi 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununda kullanılan terimlerle uyum söz konusu değildir. Gerçekten de 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununda kullanılan terim “*genel işlem koşulları*” iken, 4077 sayılı Kanunda “*haksız şartlar*” terimi kullanılmaktadır.

İlginçtir ki önceki Borçlar Kanunumuzda “*şart*” terimi, gerçekleşmesi şüpheli ve hukuki işlemlerin belli bir olguya bağlanmasını ifade etmek üzere (818 sayılı BK. m.150 vd.) kullanıldığından, “*genel işlem şartları*” terimini veya “*haksız şart*” (TKHK m.6) kullanmak belki karışıklığa sebep olabilirdi. Ancak Türk Borçlar Kanununda (6098 sayılı K. m.170 vd.) gerçekleşmesi şüpheli ve hukukî işlemlerin belirli bir olguya bağlanması “*koşul*” terimi ile ifade edildiğinden, karışma olmaması bakımından, doğru terimin 1 Temmuz 2012 tarihi itibarıyla “*genel işlem şartları*” olduğunu çok açık bir şekilde ve gönül rahatlığıyla söyleyebiliriz. Keza TKHK m.6 hükmünde de “*haksız şart*” terimine yer verilmiş olması karşısında “*şart*” teriminin tercih edilmesi daha uygun olurdu. Ayrıca genel işlem koşullarında kullanılan “*koşul*” terimi, sözleşme koşullarını (hükümlerini, maddelerini) ifade ederken hiçbir şekilde TBK 170 vd.da kullanılan ve gerçekleşmesi şüpheli bir olguya bağlama anlamına gelen “*koşul*” anlamında değildir. Uygulamada yerleşmiş olması sebebiyle, “*genel işlem koşulları*” ile aynı anlamda olmak üzere “*genel işlem şartları*” terimini ve kısaltması olan “*GİŞ*” kısaltmasını kullanmayı uygun görmekte birlikte, mevcut TBK.nda “*genel işlem koşulları*” terimine yer verildiğinden bu kavramı ve “*GİK*” kısaltmasını kullanacağımızı belirtiriz.

Terim farklılığı yanında en önemli fark, kişi bakımından uygulama alanı ile ilgilidir. Gerçekten de 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu ile ilgili düzenlemeler, sözleşmeyi düzenleyen karşı tarafı tacir olsun veya olmasın herkese uygulanabilirken, 4077 sayılı Kanun sadece sözleşmenin taraflarından birini tüketicinin oluşturduğu (tüketici sıfatıyla hareket edilen) GİK içeren sözleşmelere uygulanabilecektir. Bu yüzden GİK ile ilgili bir uyuşmazlık söz konusu ve sözleşmenin karşı tarafı tüketici ise öncelikle 4077 sayılı Kanun

hükümleri uygulama alanı bulacak, hüküm olmayan hallerde yeni Türk Borçlar Kanunu'nun GİK ile ilgili hükümleri (m.20-25) genel hüküm olarak uygulanacaktır (TKHK. m.30). Sözleşmenin karşı tarafı tüketici dışında bir kimse ise (tacir, tüketici olmayan alıcı vs.) sadece yeni Türk Borçlar Kanunu'nun GİK ile ilgili hükümleri (m.20-25) uygulanacak, 4077 sayılı Kanun hükümleri hiçbir şekilde uygulama alanı bulamayacaktır.

Türk Borçlar Kanununda GİK unsurlarına yer verilmesi son derece yerinde olmuştur. Türk hukukundaki düzenlemelerin (TBK m.20-25) içeriği, mehz Alman düzenlemesine (§305-310 BGB) oranla daha kısadır. Genelde düzenlemeler başarılıdır. Ancak Tasarı sırasında ileri sürülen bazı eleştirilerin dikkate alınmaması, TBK yürürlüğe girdikten sonra da eleştirilerin devam etmesine neden olmuştur. Bu nedenle eleştiriler dikkate alınarak yeni düzenlemelerin öngörülmesi veya revizyona gidilmesi yararlı olacaktır.

KISALTMALAR CETVELİ

AB	: Avrupa Birliği
Abt.	: Abteilung
Acp	: Archiv tür civilistische Praxis
AG	: Amtsgericht
AGB	: Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	: Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AİHM.	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AnBD	: Ankara Barosu Dergisi
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AVB	: Allgemeine Versicherungsbedingungen
b.	: Bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB	: Der Betriebsberater
Bd.	: Band
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	: Bundesgesetzblatt
BGE	: Bundesgerichtsentscheidungen
BGH	: Bundesgerichtshof
bk.	: bakınız
BK.	: Borçlar Kanunu
BSK OR I	: Basler Kommentar zum Obligationenrecht
BSMV	: Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisi
c.	: cümle
C.	: Cilt
CE	: Certificate Europe

CISG	: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna Convention 1980
CLP	: Current Legal Problems
D.E.Ü.	: Dokuz Eylül Üniversitesi
dn.	: Dipnot
E.	: Esas sayısı
Edit.	: edition
EG	: Europäische Gemeinschaft
e.t.	: Erişim tarihi
EuZVR	: Europäische Zeitschrift für Verbraucherschutz
EuZW	: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EÜHFD.	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: Fıkra
FK.	: Finansal Kiralama
GİŞ	: Genel İşlem Şartları
GRUR	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GÜHFD.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GWB	: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HAVE	: Haftung und Versicherung (Zürich-Zeitschrift)
HD.	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Hrsg.	: Herausgeber
HUMK.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
HWIG	: Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften
IncompLR	: Boston College International and Comparative Law Riview
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İçt BK	: İçtihatları Birleştirme Kararı
İKÜ	: İstanbul Kültür Üniversitesi
JA	: Juristische Arbeitsblätter
JBL	: Journal of Business Law

JCP	: Journal of Consumer Policy
JUS	: Die Juristische Schulung (Alman Hukuk Okulu)
K.	: karar sayısı
KAMU-İş	: Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası İş Hukuku ve İktisat Dergisi
KDV	: Katma Değer Vergisi
Kn.	: Kenar numarası
krş.	: karşılaştırınız
KPMG	: Verein (Schweiz)
KSİT	: Kapıdan Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esaslarına Dair Tebliğ
KUKO OR	: Kurzkomentar zum Obligationenrecht
LG	: Landsgericht
m.	: madde
MDR	: Monatsschrift für Deutsches Recht
MK.	: 4721 sayılı (Yeni) Medenî Kanun
MTH	: Milletlerarası Ticaret Hukuku
MüKo	: Münchener Kommentar
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NLJ	: New Law Journal
Nr.	: Nummer (Numara)
NZZ	: Neue Zürcher Zeitung (Zeitschrift)
OFK	: Orell Füssli-Kommentar (Zürich)
OLG	: Oberlandesgericht
ÖMK.	: Önceki Medeni Kanun (4 Ekim 1926 tarih ve 743 sayılı Kanun)
p.	: Paragraf
Rabelsz	: Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht
Rn.	: Randnummer
Rep.	: Repport
RG.	: Resmi Gazete

s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SchKG	: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (Schweiz)
SIC	: Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
SJZ	: Scwezerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SPK.	: Sermaye Piyasası Kurulu
SPKan.	: 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Sy.	: sayılı
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM.	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
THD.	: Türk Hukuk Dergisi
TKHK.	: 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TKGM.	: Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü
TOKİ	: Toplu Konut İdaresi
TSE	: Türk Sanatlar Enstitüsü
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
TÜRKAK	: Türk Akreditasyon Kurumu
UWG	: Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
VersR	: Versicherungsrecht
VGM	: Vakıflar Genel Müdürlüğü
Vor.	: Vorbemerkungen
Vorbem.	: Vorbemerkungen
Vs.	: vesair

VSS	: 11/04/1980 tarihli Milletlerarası Menkul Mal Satışları Hakkında Birleşmiş Milletler (Viyana) Sözleşmesi (CISG)
VuR	: Verbraucher und Recht
VW	: Versicherungswirtschaft
Y.	: Yargıtay
Yl.	: Yüksek lisans
YASAD	: Yasa Hukuk Dergisi
YD.	: Yargıtay Dergisi
YHD.	: Yasa Hukuk Dergisi
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	: Yargıtay Kararlar Dergisi
WM	: Wertpapiermitteilungen
WRP	: Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	: Wirtschaft und Wettbewerb
ZBJV	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	: Zivilgesetzbuch
ZIP	: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZschweizR	: Zeitschrift für schweizerisches Recht

YARARLANILAN KAYNAKLAR*

- AKMAN, Sermet: “Genel İşlem Şartları”, Günümüzde Yargı, 1979, S.3 (s.13-18).
- ALPMAN-PIEPER, Annegerd/BECKER, Peter: Express, Reform des Schuldrechts, Das neue BGB, 2. Auflage, Münster 2002.
- ALTOP, Atilla: Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof. Dr. Rayegân KENDER’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı (s.254-260), İstanbul 2007 (GİK, Armağan).
- ALTOP, Atilla: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi”, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu, 28 Nisan 2006, Ali Çivi (Editör), İstanbul 2007, s.121 vd. (GİK, Sempozyum)
- ANTALYA, Gökhan: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümler C:1, İstanbul 2012.
- ARKAN, Sabih: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2011.
- ARTZ, Marks: Integration der Nebengesetze in das BGB, Einführung in das neue Schuldrecht, JUS Schriftenreihe (in SCHWAB/WITT), München 2002.
- ATAMER, Yeşim M.: “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m.6 ve TTK m.55, f.1 (f) İle Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar, 8 Nisan 2011, BATİDER, Ankara 2011, s.9 vd. (GİŞ Sempozyumu).
- ATAMER, Yeşim M.: Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul 2001 (GİŞ).
- ATAMER, Yeşim M.: “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”, Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU İçin Armağan, Ankara 2004, s.291 vd. (Armağan).

* Bir Yazarın birden fazla eserine atıf yapıldığı durumlarda, kısaltmalara en son parantez içinde yer verilmiştir.

- ATAMER, Yeşim M. : “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, HPD, Ağustos 2005, S:4, s.109 vd. (Tasarı)
- BAHTİYAR, Mehmet: Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması, Makaleler I, İstanbul 2008, (s.99 vd.).
- BANAKAS, Stathis: Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Koşullar, İngiliz Hukukunun Avrupalılaşması, (Çev. Şebnem AKİPEK), BATİDER 2000, C.XX, S: 3, s.197-209.
- BASEDOW, Jürgen: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 5. Aufl., München 2007 (BASEDOW/MüKo).
- BAŞALP, Nilgün : “Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hakimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler” (Prof. Dr.Şener AKYOL’a Armağan, İstanbul 2011, s.221-238).
- BIERI, Laurent: Qu’apporte le nouvel article 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale? Jusletter vom 24. Oktober 2011.
- BROX, Hans/WALKER, Wolf-Dietrich: Allgemeines Schuldrecht, Mit neuem Schuldrecht, 33. Auflage, München 2009.
- BRUNNER, Alexander: Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: E. Kramer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band X, Konsumentenschutz im Privatrecht, Basel 2008, s.111 vd.
- BUNTE, Hermann-Josef: Entscheidungssammlung zum AGB-Gesetz (ABGE), Band I, Frankfurt 1991.
- COESTER-WALTJEN, Dagmar: im Recht der AGB, Jura 1997, s.273 vd.
- ÇINAR, Ömer: Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009.
- DEMİR, Mehmet: Tüketicinin Korunması Hukuku Mevzuatı, Ulusal Mevzuat-İlgili Avrupa Birliği Yönergeleri, Ankara 2002.
- DİZDAR, Ali Murat: Genel İşlem Şartları, Bankacılar Dergisi, Mart 2010, S:72, s.85-93.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış, 14.Bası, Ankara 2012.
- FORSTMOSER Peter: Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht, FG Kummer, Bern 1980, s.99 vd.

- FURRER, Andreas: Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz?, *Have* 2011, s.324 vd.
- GAUCH, P./REY, H./SCHLUEP, W. R./ SCHMID, J.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003.
- HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2011.
- HAVUTÇU, Ayşe: Açık İçerik Denetim Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.
- HENKEL, Alexandra: Inhaltskontrolle von Finanzprodukten nach der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Berlin 2004 (Kitabın tam metni için bk. http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/13769/tenea_juraweltbd76_henkel.pdf, e.t.15.07.2012).
- HIGI, Peter: *Zürcher Kommentar, Bd.V/2b, Die Miete, Art.253-256 OR, Zürich 1994 (ZK)*.
- HIGI, Peter: Allgemeine Vertragsbestimmungen - Überlegungen zu Gewöhnlichem und Ungewöhnlichem in Recht und Alltag, Recht, Moral und Faktizität, Festschrift für Walter Ott, Hrsg. von Sandra Hotz/Klaus Mathis, Zürich, St. Gallen 2008, s.500 vd. (Allgemeine).
- HOLLIGER-HAGMANN, Eugénie: Artikel 8 - das Kuckucksei im UWG, Jusletter vom 20. Februar 2012.
- HONSELL, Heinrich: Obligationenrecht, Art.1-529, Kurzkommentar, Basel 2008.
- HONSELL, Heinrich: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern 2003.
- HUGUENIN, Claire: in HONSELL/VOGT/WIEGAND, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Zurich-Bern-Basel 2003 (BASK OR I),
- JETZER, Rolf P./ZINDEL, Gaudenz: EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, SJZ 1994, s.432 vd.
- KAPLAN, İbrahim : "Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları", BATİDER 1991, C.XVI, S.2, s.49 vd. (Banka GiŞ).

- KAPLAN, İbrahim: Banka Sözleşmeleri Hukuku, Cilt 1, Ankara 1996 (Banka Sözleşmeleri).
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2011.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C:1, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip) Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, İstanbul 2008.
- KRAMER Ernst A.: Allgemeine Geschaeftsbedingungen : Status quo, Zukunftsperspektiven, SJZ 1985, s.33 vd. (AGB)
- KRAMER Ernst A.: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband/Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Bern 1991 (BK OR VI).
- KOLLER, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Bern 2006.
- KUNTALP, Erden : "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler", TBK m.20-25, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul 2005, s.25 vd. (TBK)
- KUNTALP, Erden : "Bankalar ve Genel İşlem Koşulları" Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar, 8 Nisan 2011, BATİDER, Ankara 2011, s.81 vd. (GİŞ Sempozyumu).
- KUT, Ahmet/ STAUBER, Demian: Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, Jusletter vom 20. Februar 2012, Rz 105 vd.
- LOCHER, Horst: Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 3. Aufl, München 1997.
- MAISSEN,Eva/RUSCH, Arnold F.:Automatische Vertragsverlängerungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen, Recht 2010, s. 95 vd.
- MUNZ, Martin : Allgemeine Geschäftsbedingungen in den USA und in Deutschland im Handelsverkehr, Heidelberg 1992.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, C.1, İstanbul 2011.

- ÖZ, Turgut: Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2002, s.128 vd.
- ÖZEL, Çağlar: "Haksız Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması Sorusuna Bir Bakış ve Almanya Örneği", BATIDER 1999, C. XX, S: 2, s.53-69, (Haksız Koşullar).
- ÖZEL, Çağlar: "Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri", Sosyo Ekonomi Dergisi, Ocak-Haziran 2006-1, s.154 vd. (Tasarı).
- PFLUG, Hans-Joachim: Kontrakt und Status im Recht der AGB, München 1986.
- PROBST, Thomas : Art. 8 UWG, in: JUNG/SPITZ (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2010.
- RAISER, Ludwig: Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935.
- RAISER, Gottfried: Die richterliche Kontrolle von Formularbedingungen im amerikanischen und deutschen Recht, Karlsruhe 1966.
- RANIERI, Filippo: Europäisches Obligationenrecht, ein Handbuch mit Texten und Materialien, 3. Auflage, Wien/New York 2009.
- REHBINDER, Manfred (Çev. TEOMAN, Ömer) : "Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması, İÜHFİM, 1976, Sayı 1-4, C.XLII, s.641-653. (ayrıca metin için bk. <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmecnua/article/viewFile/4570/4162>, e.t.15.05.2012)
- REİSOĞLU, Sefa: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2011.
- SALEILLES, Raymond: De la déclaration de la volonté, Paris 1901.
- SCHMID, Jörg: Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 2012/148, s.1 vd.
- SCHOTT, Ansgar: Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen - Zur Inhaltskontrolle, insbesondere zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Der Schweizer Treuhänder 2012/2, s.78 vd.
- SCHULTE-NÖLKE, Hans/HK-BGB: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Nomos Kommentar, 6.Aufl., Baden-Baden 2009, (SCHULTE-NÖLKE/HK-BGB).

- SCHWAB, Martin: Das neue Schuldrecht im Überblick, Einführung in das neue Schuldrecht, *JUS* Schriftenreihe (in SCHWAB/WITT), München 2002.
- SCHWARZ, Jörg : “Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen - Auswirkungen auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Reglemente und Formularverträge der Schweizer Banken”, in: Stauder Bernd (Hrsg.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Zürich 1996, s.127 vd.
- SİRMEN, Lâle: “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi” Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar, 8 Nisan 2012, BATİDER, Ankara 2011, s.109 vd.
- STÖCKLI, Hubert: Der neue Art.8UWG-offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, Baurecht2011,s.184 vd. (UWG-offene Inhaltskontrolle).
- STÖCKLI, Hubert : Der neue UWG 8 - Aufbruch oder perte d’une chance?, in: HAVE Personen-Schaden-Forum 2012, hrsg. von Stephan Weber, Zürich 2012.
- TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- TWİGG-FLESNER, Christian: Avrupa Birliği’nin Tüketici Politikası ve Türkiye’nin Uyumunu, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayını, İstanbul 2001.
- ULMER, Peter/ BRANDNER, H. Erich/ HENSEN, H.Diether : AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305-310 BGB und zum UKlaG., Mit kommentierten Vertragstypen, Klauseln und speziellen AGB-Werken, 11.Auflage, Köln2011 (ULMER/ BRANDNER/ HENSEN/ BEARBEITER).
- ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2009.
- VEZİROĞLU, Cem: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları, İBD., Yıl : 2010, S:5, s.3073-3083.

- VISCHER, Markus: Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen, Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung? SJZ 108/2012, s. 177 vd.
- WEBER, Rolf H.: Welches Lauterkeitsrecht braucht die Schweiz? SIC! 2012, s. 231 vd.
- WILDHABER, Isabelle: Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr, SJZ 2011/107, s.537 vd.
- ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun-Örnek Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004.