

T.C.  
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI  
ÖZEL HUKUK PROGRAMI  
DOKTORA TEZİ

## **GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA ŞEFFAFLIK İLKESİ**

**Ayşe FIRAT ŞİMŞEK**

Danışman  
**Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU**

2011

## YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “**Genel İşlem Şartlarında Şeffaflık İlkesi**” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

.../.../.....

Ayşe FIRAT ŞİMŞEK

**DOKTORA**  
**TEZ ONAY SAYFASI**

**Üniversite** : Dokuz Eylül Üniversitesi 2004800280  
**Enstitü** : Sosyal Bilimler Enstitüsü  
**Adı ve Soyadı** : Ayşe FIRAT ŞİMSEK  
**Tez Başlığı** : Genel İşlem Şartlarında Şeffaflık İlkesi  
**Savunma Tarihi** : 26.04.2011  
**Danışmanı** : Prof.Dr.Ayşe HAVUTÇU

**JÜRİ ÜYELERİ**

| <b><u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u></b> | <b><u>Üniversitesi</u></b> | <b><u>İmza</u></b>  |
|-----------------------------------|----------------------------|---|
| Prof.Dr.Ayşe HAVUTÇU              | YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ    |    |
| Prof.Dr.Oğuz ATALAY               | DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ   |   |
| Yrd.Doç.Dr.İlknur SERDAR          | DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ   |  |
| Prof.Dr.Oğuz SANCAKDAR            | DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ   |  |
| Prof.Dr.Aydın ZEVLİLİLER          | YAŞAR ÜNİVERSİTESİ         |  |

Oybirliği

Oy Çokluğu

Ayşe FIRAT ŞİMSEK tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "Genel İşlem Şartlarında Şeffaflık İlkesi" başlıklı tezi kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU  
Enstitü Müdürü

**ÖZET**  
**Doktora Tezi**  
**Genel İşlem Şartlarında Şeffaflık İlkesi**

**Ayşe FIRAT ŞİMŞEK**

**Dokuz Eylül Üniversitesi**  
**Sosyal Bilimler Enstitüsü**  
**Özel Hukuk Anabilim Dalı**  
**Özel Hukuk Doktora Programı**

Sözleşme özgürlüğü borçlar hukukuna hakim olan temel ilkelere birisidir. Bu özgürlük kişilerin sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleyebilmelerini de kapsar. Ancak ekonominin günümüzde ulaştığı gelişim aşamasında, kitlesel ticaret artmış, hukuki işlemlerin standartlaşması ihtiyacı doğmuştur. İleride çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere tek taraflı olarak önceden formüle edilmiş sözleşme şartları pek çok hukuki işlemde müşterilere sunulmaya başlanmıştır. Genel işlem şartlarının kullanımı ile sözleşme adaletinin müşteri aleyhine esaslı surette bozulması nedeniyle sözleşme tarafları arasında bozulan bu dengenin yasal müdahaleyle sağlanması istenmiş ve bu doğrultuda pek çok ülkede genel işlem şartlarının denetimine ilişkin yasal düzenlemeler yapılması yoluna gidilmiştir. Böylelikle yapılan sözleşmelerde kullanılan ve önceden tek taraflı olarak belirlenen genel işlem şartları denetlenmeye başlanmıştır. Bu denetim esas olarak bağlayıcılık ve içerik denetimleri şeklinde kendisini göstermiştir. Şeffaflık denetimi ise daha sonra yargı kararları ile gelişmiş ve Avrupa Birliği düzeyinde 1993 tarihli *Kötüye Kullanılabilir Şartlar Hakkındaki Yönerge*de şeffaflık ilkesi kabul edilmiştir.

Genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesi, şartların açık ve anlaşılır olmasını ve bu suretle müşterinin sözleşmeden kaynaklanan hak ve yükümlülükleri ile hukuki konumunu idrak edebilmesini gerekli kılmaktadır. Bu çerçevede şeffaflık ilkesinin gereği olarak sözleşmelerde kullanılan genel işlem şartları

**anlaşılır, belirli ve tam olmalıdır. Genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesine uyulup uyulmadığının denetiminde ilgili sۆzleřme tőrü için beklenen ortalama mőřterinin anlayış kabiliyeti esas alınmalıdır. Genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesine uyulmamasının temel hukuksal sonucu ilgili şartın hőkümsözlögüdür. Bunun yanısıra sۆzleřmede kullanılan ve şeffaf olmayan genel işlem şartları dolayısıyla mőřterinin tazminat hakkı da sۆz konusu olabilir.**

**Anahtar Kelimeler:** Genel işlem şartları, şeffaflık ilkesi, şeffaflık denetimi

## **ABSTRACT**

**Doctoral Thesis**

**Doctor of Philosophy (PhD)**

**The Principle of Transparency in Standard Contract Terms**

**Ayşe FIRAT ŞİMŞEK**

**Dokuz Eylül University**

**Graduate School of Social Sciences**

**Department of Private Law**

**Private Law Program**

**Freedom of contract is one of the essentials of the law of obligations. This freedom thus includes individual's right to determine the contents of the contract as they seem fit. However, given the degree of development of economics in contemporary world, mass trade has increased, and the need for standardisation of legal procedures emerged. Consequently, unilaterally set-up contract templates, to be used for future transactions, have started to be introduced to customers in a range of legal transactions. Since the use of standard contract terms has considerably changed the legal balance to the expense of customer, the arising disequilibrium has been addressed by legal authorities in many countries, where a variety of control mechanisms have been created to restore the balance in favour of the customer. Thus, previously unilaterally-defined standard contract terms have started to be controlled. This control essentially reflects two main dimensions, namely legally-binding, and content controls. As for the transparency control, it has been developed by the court decisions and the principle of transparency was accepted at EU level, with the adoption of the on Unfair Terms in Consumer Contracts Terms in 1993.**

**Transparency in standard contract terms requires that the terms and conditions of the contract be clear and understandable, allowing the customer to know his/her rights and responsibilities and the legal situation arising from the**

**contract. In this framework, the principle of transparency requires that standard contract terms be comprehensible, clear and exact. In the control of transparency in standard contract terms, the main criterion should be the comprehension capacity of the average customer. The major legal consequence of non-fulfilment of the principle of transparency in standard contract terms is the invalidity of the relevant term. Besides, the customer may also have the right to compensation as a result of non-transparent standard contract terms used in the contract.**

**Keywords:** Standard contract terms, the principle of transparency, transparency control.

# GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA ŞEFFAFLIK İLKESİ

## İÇİNDEKİLER

|                                     |      |
|-------------------------------------|------|
| YEMİN METNİ                         | ii   |
| TEZ ONAY SAYFASI                    | iii  |
| ÖZET                                | iv   |
| ABSTRACT                            | vi   |
| İÇİNDEKİLER                         | viii |
| KISALTMALAR                         | xix  |
| GİRİŞ                               |      |
| I. PROBLEMİN SUNULMASI              | 1    |
| II. ÇALIŞMANIN KAPSAMI VE SINIRLARI | 3    |

## BİRİNCİ BÖLÜM

### GENEL İŞLEM ŞARTLARI VE DENETİM PROBLEMİ HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

|  |    |
|--|----|
| §1. GENEL İŞLEM ŞARTLARI KAVRAMI, TANIMI VE UNSURLARI                                |    |
| I. GENEL İŞLEM ŞARTLARI KAVRAMI VE TANIMI  | 6  |
| A. GENEL AÇIKLAMA  | 6  |
| B. TANIM   | 9  |
| 1. Genel İşlem Şartlarına İlişkin Muhtelif Hukuki Düzenlemelerde<br>Yapılan Tanımlar | 9  |
| 2. Türk Borçlar Kanununda Yapılan Tanım  | 13 |
| C. GENEL İŞLEM ŞARTI – HAKSIZ ŞART KAVRAMLARI<br>ARASINDAKİ İLİŞKİ                   | 15 |
| 1. Haksız Şart Kavramı   | 15 |
| 2. Haksız Şartın Unsurları   | 17 |
| 3. Haksız Şartın Hukuki Sonucu   | 19 |



|  |    |
|--|----|
| II. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ UNSURLARI  | 20 |
| A. GENEL OLARAK  | 20 |
| B. ÖNCEDEN FORMÜLE EDİLMİŞ OLMA  | 21 |
| C. ÇOK SAYIDA SÖZLEŞME İÇİN HAZIRLANMIŞ OLMA   | 23 |
| D. TEK YANLI BELİRLENMİŞ OLMA  | 24 |
| E. MÜNFERİT OLARAK MÜZAKERE EDİLMİŞ OLMAMA   | 26 |
| §2. GENEL İŞLEM ŞARTLARI KULLANIMININ SAKINICALARI   |    |
| I. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ AÇISINDAN  | 30 |
| A. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI  | 30 |
| B. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ KULLANIMI İLE<br>SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN ZEDELENMESİ  | 34 |
| 1.Sözleşme Mekanizmasının İşlemesi Sırasında Sübjektif Doğruluk<br>Garantisi   | 36 |
| 2.Düzenleyici Hukuk ve Sübjektif Doğruluk Garantisi  | 37 |
| II. İŞLERLİĞİ OLAN REKABET AÇISINDAN   | 38 |
| §3. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DENETİMİ PROBLEMİ  |    |
| I. GENEL OLARAK  | 39 |
| II. DENGESİZLİK REALİTESİ OLARAK GENEL İŞLEM ŞARTLARI<br>KULLANIMI   | 41 |
| A. EKONOMİK DENGESİZLİK DURUMU   | 42 |
| B. KURUMSAL VE ENTELLEKTÜEL DENGESİZLİK DURUMU   | 43 |
| C. BİLGİ EDİNME MASRAFLARI ASİMETRİSİ  | 46 |
| III. DENETİM TÜRLERİ   | 48 |
| A. BAĞLAYICILIK DENETİMİ   | 48 |
| B. İÇERİK DENETİMİ   | 50 |
| C. ŞEFFAFLIK DENETİMİ  | 54 |
| §4. GENEL İŞLEM ŞARTLARI KULLANIMININ SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ<br>AÇISINDAN YARATTIĞI SAKINCANIN ÖNLENMESİNDE<br>BİLGİLENDİRME (ENFORMASYON) MODELİNE İLİŞKİN ÇÖZÜM<br>ÖNERİSİ |    |

|  |    |
|--|----|
| I. GENEL OLARAK  | 56 |
| II. İÇERİK DENETİMİ YOLUYLA KORUMA                     | 57 |
| III. BİLGİLENDİRME MODELİ YOLUYLA KORUMA               | 58 |
| A. BİLGİLENDİRME MODELİ HAKKINDA BİLGİ                 | 58 |
| B. BİLGİLENDİRME MODELİNİN UYGULAMA ALANI VE SINIRLARI | 61 |
| C. BİLGİLENDİRME MODELİNE YÖNELİK İTİRAZLAR            | 64 |
| D. DEĞERLENDİRME                                       | 70 |

## **İKİNCİ BÖLÜM**

### **GENEL İŞLEM ŞARTLARININ ŞEFFAF OLMASI GEREĞİ**

|  |    |
|--|----|
| §1. GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA ŞEFFAFLIK KAVRAMI  |    |
| I. KAVRAM VE TERMİNOLOJİ   | 73 |
| A. KAVRAM  | 73 |
| B. TERMİNOLOJİ   | 76 |
| II. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ ŞEFFAF OLMASINA DUYULAN İHTİYACIN NEDENLERİ  | 78 |
| A. GENEL OLARAK  | 78 |
| B. ŞEFFAF OLMAMA NEDENİYLE MÜŞTERİNİN PİYASA ŞANSINI KAYBI DOLAYISIYLA BİR MAĞDURİYETİN ORTAYA ÇIKMASI                   | 82 |
| C. ANLAŞILIR VE ŞEFFAF OLARAK DÜZENLENEN GENEL İŞLEM ŞARTLARININ İLGİLİ SÖZLEŞMEYE YÖNELİK TALEBİ ARTIRICI OLUMLU ETKİSİ | 84 |
| D. ANLAŞILIR VE ŞEFFAF ŞEKİLDE DÜZENLENMEYEN GENEL İŞLEM ŞARTLARININ MASRAFLARI YÜKSELTİCİ – OLUMSUZ ETKİSİ              | 85 |
| §2. ŞEFFAFLIK İLKESİNİN HUKUKİ VE DOĞMATİK TEMELLERİ   |    |
| I. AB HUKUKUNDA ŞEFFAFLIK İLKESİ   | 86 |
| A. GENEL OLARAK  | 86 |

|   |     |
|---|-----|
| B. KÖTÜYE KULLANILABİLİR ŞARTLAR HAKKINDA 93/13 NO.LU AB YÖNERGESİ                          | 88  |
| 1.93/13 No.lu AB Yönergesinin İçeriği   | 88  |
| 2.93/13 No.lu AB Yönergesinde Şeffaflık İlkesi  | 90  |
| 3.93/13 No.lu AB Yönergesindeki Şeffaflık İlkesine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi | 94  |
| II. BAZI AVRUPA ÜLKELERİNDEKİ YASAL DÜZENLEMELER  | 97  |
| A. ALMAN HUKUKUNDA  | 97  |
| B. AVUSTURYA HUKUKUNDA  | 100 |
| III. TÜRK HUKUKU  | 101 |
| §3. ŞEFFAFLIK GEREĞİNİN KAPSADIĞI SÖZLEŞME MUHTEVASI  |     |
| I. ASLİ EDİMLER VE ŞEFFAFLIK GEREĞİ   | 102 |
| II. ASLİ EDİMLER DIŞINDAKİ SÖZLEŞME MUHTEVASI VE ŞEFFAFLIK GEREĞİ                           | 103 |
| §4. ŞEFFAFLIĞIN ÖLÇÜTLERİ   |     |
| I. GENEL OLARAK   | 105 |
| II. ŞEFFAFLIĞIN TESPİTİNDE BAŞVURULAN ÖLÇÜTLER  | 106 |
| A. ANLAŞILIRLIK   | 106 |
| 1. Genel Olarak   | 106 |
| 2. Anlaşılabilirliğin Ölçütü  | 107 |
| a) Ortalama Müşteri İçin Anlaşılabilirliğin Ölçütü  | 107 |
| b) Açık ve Anlaşılabilir Takdim   | 114 |
| c) Şeffaf Düzenlemenin Beklenebilirliği   | 116 |
| d) Menfaatlerin Tartımı   | 120 |
| 3. Teknik Dil   | 125 |
| 4. Hukuk Dili   | 125 |
| 5. Dezavantajların Bilinebilirliği  | 126 |
| 6. Hataya Sevk Etme Yasağı  | 127 |
| 7. Yollamalar/Atıflar   | 127 |
| 8. Bölümleme/Düzen  | 129 |

|   |     |
|---|-----|
| B. TAMLIK (BÜTÜNLÜK)  | 131 |
| III. ANLAŞILIRLIK KONUSUNDA YAPILAN ARAŞTIRMALAR VE ANLAŞILIRLIĞIN SAĞLANMASINDA GELİŞTİRİLEN YÖNTEMLER | 132 |
| A. GENEL OLARAK   | 132 |
| B. FLESCHE TESTİ  | 134 |
| C. HAMBURG ANLAŞILIRLIK TESTİ   | 137 |
| 1.Genel Olarak  | 137 |
| 2.Hamburg Anlaşılrlık Testinin Boyutları  | 138 |
| a) Basitlik   | 138 |
| b) Bölümleme/Düzen  | 138 |
| c) Kısalık/Özlülük  | 139 |
| d) İlave Uyarılar   | 140 |
| D. ANLAŞILIRLIĞIN YÜKSELTİLMESİ İMKÂNLARI   | 141 |
| 1.Basitlik  | 141 |
| a) Genel İşlem Şartlarında Teknik Dil Kullanımından Kaçınma   | 141 |
| b) Alışılmış Kelimelerin Kullanılması   | 142 |
| c) Nominal Stilden Kaçınma  | 143 |
| d) Pasiv Yerine Aktiv Kullanılması  | 144 |
| 2.Kısalık ve Özlülük  | 145 |
| 3.Bölümleme/Düzen   | 147 |
| 4.İlave Uyarılar  | 152 |
| §5. ŞEFFAF OLMAYAN ŞART GRUPLARI  |     |
| I. SÜRPRİZ/ALIŞILMIŞ OLMAYAN ŞARTLAR  | 156 |
| A. GENEL OLARAK   | 156 |
| B. SÜRPRİZ/ALIŞILMIŞ OLMAYAN ŞARTLARIN OLAĞAN DIŞILIĞI  | 158 |
| C. ALIŞILMIŞ OLMAYAN/BEKLENMEYEN ETKİ   | 160 |
| D. ALIŞILMIŞ OLMAYAN/BEKLENMEYEN ETKİNİN ENGELLENMESİ   | 161 |
| E. ŞEFFAFLIK VE SÜRPRİZ ŞARTLAR   | 162 |
| II. GİZLİ ŞARTLAR   | 163 |
| III. ANLAŞILIR OLMAYAN ŞARTLAR  | 164 |
| IV. ÇOK ANLAMLI ŞARTLAR   | 165 |

|   |     |
|---|-----|
| V. DEKLARATİF ŞARTLAR   | 170 |
| § 6. ŞEFFAF OLMAYAN ŞARTLARIN KATEGORİZE EDİLMESİ VE KATEGORİLER ARASINDAKİ GEÇİRGENLİK |     |
| I. GENEL OLARAK   | 171 |
| II. ŞEFFAF OLMAYAN ŞARTLARIN KATEGORİZE EDİLMESİ  | 172 |
| A. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ ULAŞILAMAZLIĞI   | 172 |
| B. İNCELEMENİN OLANAKSIZLIĞI  | 172 |
| C. TAM OLMAMA DURUMU  | 173 |
| D. OKUNAMAZLIK  | 173 |
| E. YOLLAMALAR   | 174 |
| F. ÖLÇÜSÜZ KAPSAM   | 175 |
| G. HATALI VEYA EKSİK BÖLÜMLEME VE AÇIK OLMAYAN YAPI                                     | 176 |
| H. BELİRSİZLİK  | 177 |
| I. ANLAŞILMAZLIK  | 179 |
| İ. ÇELİŞKİ  | 179 |
| J. TEKNİK DİL VE KISALTMALAR  | 179 |
| K. YABANCI DİL  | 180 |
| L. KOMPLİKE DÜZENLEMELER  | 180 |
| M. DİLSEL OLARAK ANLAŞILMASINA RAĞMEN İÇERİĞİNİ GİZLEYEN ŞARTLAR                        | 181 |
| N. KAPSAMIN ŞEFFAF OLMAMASI   | 181 |
| O. MADDİ-İÇERİKSEL AÇIDAN AVANTAJLI ŞARTLARIN ŞEFFAF OLMAMASI                           | 182 |
| III. KATEGORİLERİN GEÇİRGENLİĞİ   | 182 |
| IV. BİR ŞARTIN ETKİSİNİN ŞEFFAFLIĞI   | 183 |

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### GENEL İŞLEM ŞARTLARININ BAĞLAYICILIK VE İÇERİK DENETİMİNDE ŞEFFAFLIK İLKESİNİN ROLÜ VE İŞLEVİ, BAĞIMSIZ BİR DENETİM TÜRÜ OLARAK ŞEFFAFLIK DENETİMİ

|  |     |
|--|-----|
| §1. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ BAĞLAYICILIK VE İÇERİK<br>DENETİMİNDE ŞEFFAFLIK İLKESİNİN ROLÜ VE İŞLEVİ |     |
| I. BAĞLAYICILIK DENETİMİNDE ŞEFFAFLIK İLKESİNİN ROLÜ VE<br>İŞLEVİ                                    | 186 |
| A. GENEL OLARAK  | 186 |
| B. SÖZLEŞMENİN AKDİ SIRASINDA KULLANICININ<br>BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE KAPSAMI                   | 189 |
| 1. Müşterinin Genel İşlem Şartlarının Varlığı Hakkında<br>Bilgilendirilmesi                          | 189 |
| a) Açık Bilgilendirme  | 189 |
| b) İlan Yoluyla Bilgilendirme  | 191 |
| 2. Bilgilendirme Zamanı  | 193 |
| C. MÜŞTERİYE GENEL İŞLEM ŞARTLARINI ÖĞRENME OLANAĞI<br>SAĞLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ                           | 194 |
| 1. Genel Olarak (Öğrenme Olanığı Sağlama-Müşterinin Tasarruf<br>Alanına Sokma)                       | 194 |
| 2. Genel İşlem Şartları Metninin Bütünlüğü/Tamlığı   | 197 |
| 3. Genel İşlem Şartları Metninin Okunabilirliği  | 198 |
| 4. Genel İşlem Şartları Metninin Kapsamı   | 199 |
| 5. Bölümleme   | 200 |
| 6. Metinde Kullanılan Teknik Kavramlar, Dilsel Problemler ve<br>Diğer Durumlar                       | 201 |

|   |     |
|---|-----|
| D. ÇERÇEVE ANLAŞMALAR VE GENEL İŞLEM ŞARTLARINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER AÇISINDAN BİLGİLENDİRME VE ÖĞRENME OLANAĞI SAĞLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ | 202 |
| 1. Çerçeve Anlaşmalar Açısından   | 202 |
| 2. Genel İşlem Şartlarındaki Değişiklikler Açısından  | 203 |
| E. BAĞLAYICILIK DENETİMİNİN AMACINA ULAŞMASI AÇISINDAN ŞARTLARIN ŞEFFAFLIĞININ SAĞLANMASININ ÖNEMİ                              | 204 |
| 1. Şeffaflığın Sağlanması Açısından Genel İşlem Şartlarının Anlaşılır Olması Gereği   | 204 |
| a) Genel olarak   | 204 |
| b) Hukuksal mesleki ifadeler ve yasal hükümlere yollama   | 207 |
| c) Sözleşmenin temeli olması istenilen başka şartlara yollama   | 207 |
| d) Salvator Şartları  | 208 |
| II. İÇERİK DENETİMİNDE ŞEFFAFLIK İLKESİNİN ROLÜ VE İŞLEVİ   | 212 |
| A. İÇERİK DENETİMİNİN AMACI, KONUSU VE ŞARTLARI   | 212 |
| B. İÇERİK DENETİMİNİN KAPSAMA ALANI DIŞINDA KALAN ŞARTLAR BAKIMINDAN ŞEFFAFLIK İLKESİNİN ANLAMI                                 | 214 |
| C. İÇERİK DENETİMİNE TABİ SÖZLEŞME KAPSAMI BAKIMINDAN ŞEFFAFLIK İLKESİNİN ANLAMI  | 217 |
| 1. İçerik Denetimine Tabi Kapsamdaki Şartların Belirli Ölçütlere Kategorize Edilmesi  | 217 |
| a) Açık olmayan şartlar   | 217 |
| b) Belirsiz şartlar   | 218 |
| c) Yanıltıcı şartlar  | 219 |
| 2. İçerik Olarak Şartın Kötüye Kullanılabilir/Haksız Olup Olmaması Ölçütü Olarak Şeffaflık İlkesi                               | 220 |
| 3. Şeffaflık İlkesine Aykırılığın Başlı Başına Şartın “Haksız Şart” Sayılmasına Yol Açması                                      | 224 |

|   |     |
|---|-----|
| §2. BAĞIMSIZ BİR DENETİM TÜRÜ OLARAK ŞEFFAFLIK DENETİMİ                               |     |
| I. GENEL OLARAK   | 225 |
| II. ŞEFFAFLIK GEREĞİNİN BAĞLAYICILIK VEYA İÇERİK DENETİMİNİN İÇİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ | 227 |
| A. 93/13 NO.LU AB YÖNERGESİ   | 228 |
| B. BAZI AVRUPA ÜLKELERİNİN YASAL DÜZENLEMELERİNDEKİ GÖRÜNÜM                           | 228 |
| 1. Almanya'daki Görünüm   | 228 |
| 2. Avusturya'daki Görünüm   | 229 |
| C. TÜRK HUKUKU  | 231 |
| III. BAĞIMSIZ BİR DENETİM TÜRÜ OLARAK ŞEFFAFLIK GEREĞİ                                | 234 |
| A. BAĞIMSIZ BİR DENETİM TÜRÜ OLMASININ NEDENLERİ                                      | 234 |
| 1. İçerik Denetimi ve Şeffaflık İlkesinin İşlevleri                                   | 234 |
| 2. Genel İşlem Şartlarının Şeffaf Olmaması ve Haksız Mağduriyet                       | 235 |
| a) Sözleşme taraflarının menfaatlerinin tartımında bir ölçü olarak şeffaf olmama      | 236 |
| b) Haksız mağduriyet olarak genel işlem şartlarının şeffaf olmaması                   | 236 |
| 3. Sözleşmenin Uygulanması Sırasında Şeffaflık Gereği                                 | 239 |
| 4. Değerlendirme  | 240 |
| B. BAĞIMSIZ BİR DENETİM TÜRÜ SAYILDIĞINDA ŞEFFAFLIK DENETİMİNİN SIRASI                | 240 |

## **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**

### **ŞEFFAFLIK GEREĞİ VE GENEL İŞLEM ŞARTLARININ YORUMU, GENEL İŞLEM ŞARTLARININ ŞEFFAF OLMAMASININ SONUÇLARI**

|  |     |
|--|-----|
| §1. ŞEFFAFLIK GEREĞİ VE GENEL İŞLEM ŞARTLARININ YORUMU |     |
| I. GENEL OLARAK  | 243 |
| II. GENEL İŞLEM ŞARTLARINA ÖZGÜ YORUM KURALLARI        | 243 |



|   |     |
|---|-----|
| A. OBJEKTİF YORUM –BİREYSEL SÖZLEŞMEYE UYGUN YORUM SINIRLANDIRMASI                    | 244 |
| 1. Objektif Yorum   | 244 |
| 2. Bireysel Sözleşmeye Uygun Yorum  | 246 |
| B. DİĞER YORUM İLKELERİ   | 246 |
| 1. Genel Olarak   | 246 |
| 2. Ortalama Müşterinin Anlayışına Göre Yorum  | 247 |
| C. YORUMUN ŞEFFAFLIĞA ETKİLERİ  | 248 |
| 1. Şeffaf Olmamanın Belirtisi Olarak Yorum Gerekliliği                                | 249 |
| 2. Yorum Suretiyle Şeffaflığın Gereklilerinin Yerine Getirilmesi                      | 250 |
| 3. Teknik Terimlerin Yorumu   | 251 |
| 4. Yasa Metinlerinin Genel İşlem Şartlarına Alınması                                  | 255 |
| D. BELİRSİZLİK KURALI VE ŞEFFAFLIK  | 256 |
| E. YORUMA ELVERİŞSİZ GENEL İŞLEM ŞARTLARININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜ                             | 258 |
| 1. Özel Hukukta Muhatap İçin Aranılan Gerekliler                                      | 259 |
| 2. Genel İşlem Şartları Açısından Özellikler  | 260 |
| 3. Şeffaflık İle İlişkisi   | 260 |
| §2. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ ŞEFFAF OLMAMASININ HUKUKİ SONUÇLARI                       |     |
| I. BAĞLAYICILIK DENETİMİNİN UNSURU OLARAK ŞEFFAF OLMAMANIN DOĞURACAĞI HUKUKİ SONUÇLAR | 263 |
| II. İÇERİK DENETİMİNİN UNSURU OLARAK ŞEFFAF OLMAMANIN DOĞURACAĞI HUKUKİ SONUÇLAR      | 265 |
| III. BAŞLIBAŞINA ŞEFFAF OLMAMANIN DOĞURACAĞI HUKUKİ SONUÇLAR                          | 267 |
| A. ŞEFFAF OLMAYAN ŞARTIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ VE SÖZLEŞMENİN GERİ KALAN KISMINA ETKİLERİ      | 267 |
| 1.Şeffaf Olmayan Şartın Geçersizliği  | 267 |
| 2.Hükümsüzlüğün Sözleşmenin Geri Kalan Kismına Etkileri                               | 269 |

|  |            |
|--|------------|
| 3.Şeffaf Olmayan Şartın Makul İçeriğe İndirgenerek Geçerliliğinin Muhafaza Edilmesi Yasağı                           | 273        |
| 4. Salvator Şartları   | 280        |
| B. ŞEFFAF OLMAYAN BİR ŞARTIN İÇERİĞİNİN MÜŞTERİ TARAFINDAN BİLİNMESİ   | 282        |
| C. TAZMİNAT  | 287        |
| 1.Genel İşlem Şartlarının Kullanımı İle Ortaya Çıkan Zarar Rizikoları  | 287        |
| 2.Şeffaf Olmayan Şartların Sonucu Olarak Zarar   | 288        |
| 3.Genel İşlem Şartlarının Uygulanmasının Sonucu Olarak Tazminat  | 289        |
| 4.Şart Denetimi ve Tazminat Arasındaki İlişki  | 291        |
| 5.Genel İşlem Şartlarının Kullanımı Sırasında Tazminat Hukukuna İlişkin Davranış Yükümlülüklerinin Değerlendirilmesi | 292        |
| <b>SONUÇ</b>   | <b>294</b> |
| <b>KAYNAKLAR</b>   | <b>302</b> |

## KISALTMALAR

|                |   |
|----------------|---|
| <b>AB</b>      | : Avrupa Birliği  |
| <b>AcP</b>     | : Archiv für die civilistische Praxis                                   |
| <b>AGB</b>     | : Allgemeine Geschäftsbedingungen                                       |
| <b>AGBG</b>    | : Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeine<br>Geschäftsbedingungen |
| <b>Art.</b>    | : Artikel   |
| <b>ATAD</b>    | : Avrupa Toplulukları Adalet Divanı                                     |
| <b>AÜHFD</b>   | : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi                           |
| <b>BATİDER</b> | : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi                                       |
| <b>BB</b>      | : Der Betriebsberater   |
| <b>BGB</b>     | : Bürgerliches Gesetzbuch   |
| <b>BGE</b>     | : Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts                     |
| <b>BGH</b>     | : Bundesgerichtshof   |
| <b>BGHZ</b>    | : Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in<br>Zivilsachen               |
| <b>BİĞŞ</b>    | : Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi                                   |
| <b>BK</b>      | : Borçlar Kanunu  |
| <b>Bkz.</b>    | : bakınız   |
| <b>c.</b>      | : cümle   |
| <b>C.</b>      | : Cilt  |
| <b>dn.</b>     | : dipnot  |
| <b>DNotZ</b>   | : Deutsche Notar-Zeitschrift  |
| <b>EWG</b>     | : Europäisches Wirtschaftsgemeinschaft                                  |
| <b>f.</b>      | : fıkra   |
| <b>FS</b>      | : Festschrift   |
| <b>HD</b>      | : Hukuk Dairesi   |
| <b>HGK</b>     | : Hukuk Genel Kurulu  |
| <b>Hrsg.</b>   | : Herausgeber   |
| <b>İÜHFMD</b>  | : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası                        |
| <b>JBI</b>     | : Juristische Blätter   |
| <b>JuS</b>     | : Juristische Schulung  |

|               |   |
|---------------|---|
| <b>karş.</b>  | : Karşılaştırınız                             |
| <b>KSchG</b>  | : Konsumentenschutzgesetz                     |
| <b>md.</b>    | : madde                                       |
| <b>NJW</b>    | : Neue Juristische Wochenschrift              |
| <b>Nr.</b>    | : Nummer                                      |
| <b>NVersZ</b> | : Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht |
| <b>OGH</b>    | : Oberste Gerichtshof                         |
| <b>OLG</b>    | : Oberlandesgericht                           |
| <b>RdW</b>    | : Recht der Wirtschaft                        |
| <b>RG</b>     | : Resmi Gazete                                |
| <b>Rn.</b>    | : Randnummer                                  |
| <b>r+s</b>    | : recht und schaden                           |
| <b>s.</b>     | : sahife                                      |
| <b>S:</b>     | : Sayı  |
| <b>SGB</b>    | : Sozial Gesetzbuch                           |
| <b>TBK</b>    | : Türk Borçlar Kanunu                         |
| <b>TTK</b>    | : Türk Ticaret Kanunu                         |
| <b>Urt.</b>   | : Urteil                                      |
| <b>vd.</b>    | : ve devamı                                   |
| <b>VersR</b>  | : Versicherungsrecht                          |
| <b>Y.</b>     | : Yıl   |
| <b>Yarg.</b>  | : Yargıtay                                    |

# GİRİŞ

## I. PROBLEMİN SUNULMASI

Günümüzün modern toplumsal ve ekonomik yaşamı çerçevesinde bireylerin günlük yaşamda yaptıkları sözleşmelerde, kullanıcının sözleşmenin karşı tarafı ile sözleşmenin bütün hususlarını tek tek ve ayrıntılı olarak müzakere etmesi genellikle güçlük arz etmektedir. Bu güçlüğü elbette ki çeşitli nedenleri vardır. Genel işlem şartlarının kullanıcısı açısından özellikle kitlesel ticaret alanında sözleşmenin her noktasını müzakereye tabi tutmak hem ekonomik olmayıp hem de başta zaman açısından olmak üzere pratik de değildir. Ticari yaşamda bu nedenle özellikle önceden, tek taraflı olarak formüle edilmiş sözleşme şartları bireylere yani müşterilere sunulmakta ve müşteriler de bu bağlamda esas olarak ana edimlere ilişkin düzenlemelere yoğunlaşmaktadır. Özellikle önceden yardım alabilen ve hazırlık yapan kullanıcının önceden yaptığı formülasyonlar, sözleşmenin karşı tarafınca müzakere edilmeksizin sözleşmenin bir parçasını oluşturan genel işlem şartları karşısında müşterinin haklarının ve yükümlülüklerinin yeterince açık ve anlaşılır şekilde ortaya konmaması yani sözleşme şartlarının şeffaf olmaması durumunda, müşterinin, sözleşme adaleti bakımından istenilmeyen haksız bir şekilde mağduriyete uğramasına sebep olabilmektedir.

Genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesi, Alman Federal Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kararında da ifade edildiği gibi, dürüstlük kuralı genel işlem şartları kullanıcısının sözleşmenin karşı tarafının haklarını ve yükümlülüklerini açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlemesini gerektirmektedir<sup>1</sup>. Önceleri Alman hukukunda yargı içtihatlarında şeffaflık ilkesi, bir şartın makul olmaması bakımından ilave bir argüman olarak kabul edilirken<sup>2</sup>, daha sonra tek başına şeffaflık ilkesine aykırılığın şartın hükümsüzlüğü için yeterli olabileceği kabul edilmiştir<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Bkz. BGHZ 106, 42 (49); Birgit Kreienbaum: **Transparenz und AGB-Gesetz**, Berlin 1998, s. 19; ayrıca bkz. Friedrich Bernreuter: "Zum Maßstab der Auslegung von AGB und dem Transparenzgebot", BB 1993, s. 1823, 1827.

<sup>2</sup> Örneğin bkz. BGH 97, 65 (73 f); Kreienbaum, s. 19.

<sup>3</sup> Bkz. BGHZ 106, 42 ff (Kreienbaum, s.19).

Çalışmanın konusu, genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesinin kapsamlı bir şekilde araştırılmasıdır. Bu çerçevede her şeyden önce genel işlem şartları hakkında temel bilgiler verilecek ve sözleşme öncesi formüle edilen şartların incelenmesi için, şeffaflık ilkesinin gerekleri ortaya konacaktır. Bu kapsamda şeffaflık ilkesinin tarihsel gelişimi -ortaya çıkışı-, dogmatik temelleri, şeffaf bir şart düzenlemesinin gerekleri ile bunun sınırları incelenecektir. Yine şeffaflık ilkesi incelenirken yasal düzenlemeler çerçevesinde genel işlem şartlarının kullanılması ile ortaya çıkan kullanıcı ile müşteri arasındaki dengesizliğe de değinilecektir.

Çalışma bakımından önce şeffaflık ilkesi kavramı yakından incelenmelidir. Bu bağlamda önce şeffaflık ilkesinin tanımı ortaya konulmalıdır. Daha sonra, haksız genel işlem şartlarına karşı şeffaflık ilkesinin nasıl bir koruma getirebileceği incelenmelidir. Ayrıca şeffaflık ilkesinin münferit şekillenmelerinin genel işlem şartları hukukundaki yeri ve yine şeffaflık ilkesinin genel işlem şartları hukukunda kabul edilmesiyle şeffaflık ilkesinin içeriği daha ayrıntılı olarak belirlenmeye çalışılmalı, şeffaflık ilkesinin hukuksal dayanakları da ele alınmalıdır. Şeffaflık ilkesi incelenirken, bu ilkenin gerekleri ortaya konurken ayrıca fiyatı ve asli edimi belirleyen hükümler ile deklaratif şartların hangi dereceye kadar şeffaflık düşüncesine tabi oldukları sorusu da ortaya konulmalıdır.

Çalışmada şeffaflık ilkesine ilişkin olarak özellikle şeffaflık ilkesini yasada açıkça düzenleyen alman hukuk öğretisi ve yargısal içtihatları göz önünde bulundurulmuştur. Şeffaflık ilkesinin tarihsel gelişimi sebebiyle Alman Federal Mahkemesi'nin içtihatları, Avrupa Birliği'nin 93/13 no.lu Haksız Şartlara İlişkin Yönergesinin<sup>4</sup> tarihsel teleolojik yorumu ve yasal düzenlemenin yönergeye uygun yorumu ve şeffaflık ilkesinin anlaşılması bakımından önemli rol oynamaktadır<sup>5</sup>. Aynı zamanda şeffaflık ilkesinin doğduğu ülke olan Almanya'daki hukuksal öğretinin genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesini nasıl değerlendirdiği incelenmiş, Avusturya hukukundaki duruma da değinilmiştir. Çalışmamızda yine Türk Hukukunda genel işlem şartlarının hukuksal temelleri, şeffaflık ilkesinin genel işlem şartları hukukundaki yeri, bu konudaki yasal düzenlemeler ve özellikle de yeni Türk Borçlar Kanununda yer alan düzenlemeler değerlendirilmiştir.

<sup>4</sup> Bkz. Konseyin 93/13/EWG Yönergesi, 5.4.1993, ABI Nr L 95/29 .

<sup>5</sup> Max Leitner: **Das Transparenzgebot**, Wien 2005, s. 1.

## II. ÇALIŞMANIN KAPSAMI VE SINIRLARI

Genel işlem şartları ekonomik hayatın vazgeçilmezleri arasında yerini almıştır. Öyle ki sınırlı bazı –örneğin nakit olarak yapılan çok küçük işlemler- hukuki işlemler dışında genel işlem şartları olmaksızın hukuki işlemler yapılmadığını söylemek abartı sayılamayacaktır<sup>6</sup>. Dolayısıyla taraflardan birisinin önceden tek taraflı olarak hazırlanmış bu sözleşme şartlarını karşı taraf ile müzakere etmeksizin kullanması, sözleşme özgürlüğünün tek taraflı olarak kullanılması tehlikesini beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla genel işlem şartları kullanımının doğurduğu sakıncalar, zayıf konumda olan sözleşme tarafının korunmasını gerektirmiştir. Bu gerekçeyle de pek çok ülkede genel işlem şartlarının denetimine ilişkin ayrı yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Uzun yıllar genel işlem şartlarının denetimi, genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesi ve bağlayıcılığına ilişkin bağlayıcılık denetimi ve içeriklerinin uygunluğu, müşterinin dürüstlük kuralına aykırı sözleşme şartları ile mağduriyete uğratılıp uğratılmadığına ilişkin içerik denetimi biçiminde anlaşılması ve uygulanagelmiştir.

Ancak 80’li yılların başlangıcında Alman yargı kararları ve bunu takiben öğretilerdeki tartışmalar ile şeffaflık ilkesi genel işlem şartlarının denetiminde yeni bir araç olarak ortaya çıkmıştır. Özellikle Alman yargı kararları ile, genel işlem şartlarının açıklığı ve anlaşılabilirliği yani şeffaflık denetimi genel işlem şartlarının içeriksel olarak makullüğü açısından denetimi yanında aynı zamanda onların etkisizliğine neden olabilmek için bir ölçüt olarak değerlendirilmiştir<sup>7</sup>. Daha sonra Avrupa Birliği’nin 1993 tarihli “Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Şartlar Hakkında” Yönergesi ile şeffaflık ilkesi açıkça düzenlemeye kavuşmuştur.

Tüm bu gelişmelere karşın Türk Hukuku’nda uzunca yıllar konuya ilişkin herhangi bir yasal düzenleme bulunmamakta idi. Genel işlem şartlarının denetimi anlamında ilk yasal düzenleme Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da 2003 yılında yapılan değişiklik ile haksız şartlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Daha sonra

<sup>6</sup> Bkz. Yeşim Atamer: **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Bası, İstanbul 2001, Beta Yayıncılık, s.2.

<sup>7</sup> Manja Evermann: **Die Anforderungen des Transparenzgebots an die Gestaltung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen, Unter besonderer Berücksichtigung der Richtlinie 93/13/EWG**, Karlsruhe 2003, s. 1.

Borçlar Kanununun tamamen değiştirilmesi için “Borçlar Kanunu Komisyonu” kurulmuş ve ilgili komisyon tarafından hazırlanan “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı” Adalet Bakanlığı tarafından 22.01.2008 tarihinde TBMM Başkanlığı’na sunulmuştur. Bu Tasarı’da 818 sayılı Borçlar Kanununda bulunmayan genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelere de yer verilmiştir. Genel işlem şartlarına ilişkin bu yasal düzenlemeler oldukça olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmelidir. Ancak özellikle genel işlem şartlarının denetimi açısından şeffaflık denetimine de yer verilmesinin daha uygun olacağı kanatindeyiz. Nitekim mukayeseli hukukta 80’li yıllarda yeni bir denetim aracı olarak tartışılmaya başlanan ve 93/13 AB Yönergesi ile gelişim gösteren şeffaflık denetimi, 2000’li yıllarda yapılan yeni bir kanunda bu anlamda yer bulamamış, şeffaflık bir yorum sorunu olarak düzenlenmekle yetinilmiştir.

Her ne kadar hukukumuzda genel işlem şartları ve denetimi konusunda değerli bilimsel çalışmalar yapılmışsa da şeffaflık ilkesi konusundaki yetersizlik bu çalışmanın temel çıkış noktasını oluşturmuştur.

Çalışmamızın konusu genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesi olmakla birlikte, şeffaflık ilkesinin bağlayıcılık ve içerik denetimindeki işlevini ortaya koyabilmek açısından bu denetim türlerine bu çerçevede çalışmada yer verilmiştir. Yine bu kapsamda olmak üzere çalışmada genel işlem şartlarının yorumuna da değinilmiştir.

Çalışmamızda şeffaflık ilkesi genel işlem şartları hukuku çerçevesinde incelenecek olup dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde genel işlem şartları ve genel işlem şartlarının denetimi hakkında genel açıklamalar yapılarak, özellikle genel işlem şartları kullanımının sözleşme özgürlüğü açısından yarattığı sakıncanın önlenmesinde bilgilendirme (enformasyon) modeline ilişkin çözüm önerisi değerlendirilmektedir. İkinci bölümde, genel işlem şartlarının şeffaf olması gereği, şeffaflık kavramı, genel işlem şartlarının şeffaf olmasına duyulan ihtiyacın nedenleri, ilkenin hukuki ve dogmatik temelleri ile şeffaflık gereğinin kapsadığı sözleşme muhtevası belirtilerek ortaya konmaya çalışılmaktadır. Yine bu bölümde şeffaflığın tespitinde başvuru ölçütleri, özellikle anlaşılabilirlik konusunda yapılan araştırmalar ve şeffaf olmayan şart grupları incelenmektedir. Üçüncü bölüm, genel işlem şartlarının bağlayıcılık ve içerik denetiminde şeffaflık ilkesinin işlevi ile bağımsız bir denetim türü olarak şeffaflık gereği konularına ayrılmıştır. Dördüncü ve son bölümde



ise genel işlem şartlarının yorumu ile genel işlem şartlarının şeffaf olmamasının hukuki sonuçları değerlendirilmektedir.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### GENEL İŞLEM ŞARTLARI VE DENETİM PROBLEMİ HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

#### Ş1. GENEL İŞLEM ŞARTLARI KAVRAMI, TANIMI VE UNSURLARI

##### I. GENEL İŞLEM ŞARTLARI KAVRAMI VE TANIMI

###### A. GENEL AÇIKLAMA

19. yüzyılın ikinci yarısında yaşanan sanayi devrimi ile birlikte toplumların sosyal ve ekonomik yapısında esaslı değişikliklerin meydana geldiği yadsınamaz bir gerçektir. Bu gelişme ile yeni üretim biçimleri ortaya çıkmış, nüfus artışı ve süratli bir şehirleşme söz konusu olmuş, toplumsal işbölümü doğarak gelişmeye başlamış ve tüm bu gelişmeler mal ve hizmet üretiminde de kitleselleşme gereksinimini gündeme getirmiştir. Öyle ki, bu kitleselleşme gereksinimi seri üretimi ve devamlı olarak büyüyen ve gelişen piyasa koşullarında mal ve hizmetlerin alıcılarına dolaylı olarak ulaştırılabilmesi sonucunu doğurmuştur. Sosyal ve ekonomik hayattaki bu değişiklikler, kişiler arasındaki mal ve hizmet değişiminin hukuki aracı olan sözleşmelerin de anlamını, özellikle de bireysel yapısını etkilemiştir. İşte sanayi devriminin yarattığı köklü değişiklik ortamında genel işlem şartları da bu değişiminin sonuçlarından birisi olarak karşımıza çıkmıştır<sup>8</sup>. Yani genel işlem şartlarının gelişiminin sanayinin gelişimiyle ortaya çıkan kitlesel toplum yapısındaki hukuk ve ekonomik ilişkilerin gelişimiyle paralellik arz ettiği söylenebilir<sup>9</sup>. Bu bağlamda genel işlem şartları, 19. yüzyılın sanayi devriminin sonuçlarından olup, 19.

<sup>8</sup> Karl Larenz: **Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts**, 5. Auflage, München 1980, s. 504 vd.; Hermann Joseff Bunte: **Handbuch der Allgemeinen Geschäftsbedingungen**, München 1982, s. 1 vd.; Ayşe Havutçu: **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, İzmir 2003, s.2; Manfred Rehbinder: "Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması"(Çev: Ömer teoman), **İÜHFD, C: 42, S:1-4**, s. 641; Ömer Çınar: **Tüketici Hukukundaki Haksız Şartlar**, İstanbul Ekim 2009, XII Levha Yayıncılık, s. 4; Mehmet Altunkaya: "Sözleşmenin Kuruluşundan Önce Tüketicinin Korunması", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,, C: VIII, S:1-2**, Haziran-Aralık 2004, s. 110 vd. (s. 95-118).

<sup>9</sup> Bkz. Hans Locher: **Das Recht der Allgemeinen Geshäftsbedingungen**, 2. Auflage, München 1990, s. 1 vd.

yüzyılın ikinci yarısında bireysel olarak üretilen ve satılan ürünlerin yanı sıra, kitlesel olarak üretilen ve çok sayıda müşteriye sunulan ürünlerin de ortaya çıkmasıyla etkisini göstermişlerdir. Modern anlamda ilk genel işlem şartlarının, özellikle sigorta şirketlerinde, nakliye ve ulaşım şirketlerinde, bankalarda ve hizmet işletmelerinde görüldüğü ifade edilmektedir<sup>10</sup>.

19. yüzyılda ve 20. yüzyılda ortaya çıkan iki ana aşamanın birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Bunlardan birincisi özellikle işletme özgürlüğünün gelişimi ile birlikte sözleşme özgürlüğünün mümkün olduğunca bütün alanlara yayılması eğilimidir. İkinci aşama ise, özellikle monopol işletmelerinin sözleşme özgürlüklerine sınırlar konulmasıyla kendisini göstermiştir. Birinci Dünya Savaşından sonra kitlesel üretimin ve kitlesel satışların artması ile birlikte genel işlem şartlarının kullanılması eğilimi artmıştır. İkinci Dünya Savaşından sonra ise yeni şartların yayılmasında büyük gelişme olmuştur. Bu çerçevede ekonomik yaşamın büyük ölçüde tipik ve standardize olmuş genel işlem şartları ile şekillendiği ifade edilmektedir<sup>11</sup>.

Bireysel sözleşme<sup>12</sup> modeli, sanayi devrimi neticesinde değişen sosyal ve ekonomik şartlarda, artık girişimcinin büyüyen piyasada müşterileri ile girişeceği hukuki ilişkiler bakımından rasyonel bir araç olmaktan çıkmıştır. Seri üretimin ve mal ve hizmetlerin bireylere dolaylı ulaşımının söz konusu olduğu böyle bir ortamda, girişimcilerden mal ve hizmetlerini pazarlayabilmek amacıyla müşterileri ile karşılıklı olarak sözleşme şartlarını tespit etmesi beklenemez bir duruma gelmiş ve iş hayatının gereklerine uygun düşmeyen bir hal almıştır. Bu durum da girişimcileri,

<sup>10</sup> Bkz. Locher, s. 1; Bunte, s. 1 vd.

<sup>11</sup> Bkz. Bunte, s. 1 vd.; Locher, s. 2 vd.; Genel işlem şartlarının tarihsel gelişimi açısından bu konuda önemli bilimsel çalışmaların da yapıldığı görülmektedir. Bu çerçevede Alman hukuku bakımından Ludwig Raiser tarafından yazılan "Genel İşlem Şartları Hukuku, 1935" adlı eserde, genel işlem şartları vasıtasıyla monopollerin kötüye kullanılmasıyla mücadele bakış açısı ortaya konmuş ve genel işlem şartları vasıtasıyla kötüye kullanımlar bakımından sözleşme özgürlüğünün sınırlanması gerekliliği belirtilmiştir.

<sup>12</sup> Bireysel sözleşme Borçlar Kanununun 1. maddesi anlamında, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan etmeleri ile oluşan sözleşmeyi ifade etmektedir. Yani bireysel sözleşmede taraflar sözleşmenin içeriğini, karşılıklı özgür iradeleri arasında uygunluk sağlanıncaya kadar görüşme yaparak, müzakerede bulunarak belirlemektedirler (bu konuda bkz. Galip Sermet Akman: **Sorumsuzluk Anlaşması**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s. 86; Havutçu, s. 1, 3; İlhan Ulusan: "Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:3, S:1-2, Aralık 2004, s. 29, dn.4; Arif B. Kocaman: "Bankaların Tacir ve Sanayiciler İle Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukuki Açısından Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri", **Ünal Tekinalp'e Armağan**, C:1 Ticaret Hukuku, İstanbul 2003, s. 1085 (s. 1085-1127).

ürettikleri mal ve hizmetleri müşterilerine karşılıklı olarak müzakere etmek suretiyle oluşturdukları sözleşmeler aracılığıyla değil, aksine önceden tek taraflı olarak hazırladıkları veya uzmanlarına hazırlattırdıkları sözleşme şartları ile sunma yoluna sevk etmiştir. Böylelikle ortaya, çok sayıda kişi ile yapılacak aynı türdeki sözleşmede kullanılmak üzere, genel işlem şartları denilen, tiplendirilmiş sözleşme şartları çıkmıştır<sup>13</sup>. Bu şekilde, içerikleri kısmen ya da tamamen genel işlem şartları ile oluşturulmuş standart sözleşmeler<sup>14</sup> gündeme gelmiştir<sup>15</sup>.

Sözleşmelerin içeriğinin taraflarca karşılıklı pazarlık ve müzakere neticesinde oluşturulmaması, standart sözleşmeler ile bireysel sözleşmeleri birbirinden ayıran en temel özelliktir.

Bireysel sözleşmelerdeki, karşılıklı müzakere ve pazarlıkların yapılması suretiyle tarafların karşılıklı iradelerinin birbirine uygunluğunun sağlanmasının aksine standart sözleşmeler, karşılıklı görüşme ve pazarlık yapılmaksızın, girişimci tarafın önceden tek taraflı olarak çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırladığı veya hazırlattığı sözleşme şartlarını, sözleşmenin diğer tarafına sunarak karşı tarafça bu şartların kabulü ile meydana gelmektedir. Böylelikle girişimci hukuki ilişkilerini, genel ve soyut bir şekilde oluşturulan, ileride aynı türdeki sözleşmeler için hazırlanan bu tiplendirilmiş sözleşme şartları ile rasyonel bir şekilde düzenleyebilmektedir<sup>16</sup>. Söz konusu bu önceden formüle edilmiş sözleşme şartları vasıtasıyla girişimciler ve hatta müşteriler için, münferit müzakerelerle ortaya çıkan masraf ve zahmetlerden büyük ölçüde tasarruf edilmiştir<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> Kenan Tunçomağ: **Türk Borçlar Hukuku Cilt I Genel Hükümler**, 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1976, s. 247; Akman, s. 86; Havutçu, s. 2 ve dn.3'de anılan yazarlar; ayrıca bkz. Haluk Tandoğan: **Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlandırılması**, Ankara 1977, s. 24,25.

<sup>14</sup> Standart sözleşme kavramı yerine öğretide "kitlese sözleşme", "seri sözleşme", "formüler sözleşme", "çerçeve sözleşme", "iltihaki sözleşme" gibi terimler de kullanılmaktadır (bkz. Havutçu, s. 13; Aydın Zevkliler/Murat Aydoğdu: **Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hukuku**, Ankara 2004, 3. Baskı, Seçkin yayıncılık, s. 158; Fikret Eren: **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstanbul, Ekim 2001, s. 204; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3. Bası, İstanbul 2000, s. 21; Safa Reisoğlu: **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 21. Bası, Beta, İstanbul 2010, s. 66, 67; Çınar, s. 49.

<sup>15</sup> Bkz. Havutçu, s.2,3; Polat Soyer: **Genel İş Koşulları**, İzmir 1987, s. 26; Kocaman, s. 1086; Mehtap İpek: **Sözleşme Serbestisi ve Günümüzdeki Sınırları**, Yayınlanmamış YL Tezi, İstanbul Ekim 2002, s. 102; Çınar, s. 11 ve 48.

<sup>16</sup> Akman, s. 86, 87; Soyer, s. 25; Havutçu, s. 3; Çınar, s. 48.

<sup>17</sup> Bunte, s. 1.

## B. TANIM

### 1. Genel İşlem Şartlarına İlişkin Muhtelif Hukuki Düzenlemelerde Yapılan Tanımlar

Genel işlem şartları genel olarak ifade etmek gerekirse, sözleşmenin akdedilmesi sırasında bir sözleşme tarafının (kullanıcı) diğerine sunduğu çok sayıda sözleşmeler için önceden formüle edilmiş sözleşme şartlarıdır<sup>18</sup>.

Alman Medeni Yasasına göre; genel işlem şartları, “ *bir sözleşme tarafınca (kullanıcı) sözleşmenin akdedilmesi sırasında öteki sözleşme tarafı için ortaya konulan, çok sayıda sözleşmeler için önceden formüle edilen sözleşme şartlarıdır*”. *Düzenlemelerin sözleşmenin haricen ayrı parçalarını oluşturup oluşturmadığı veya bizzat sözleşme belgesine alınıp alınmadığı, hangi kapsama sahip olduğu, hangi yazı stilinde kaleme alındığı ve sözleşmenin hangi forma sahip olduğu önemli değildir. Şayet sözleşme hükümleri sözleşme tarafları arasında münferit olarak müzakere edilmişlerse bu durumda genel işlem şartları söz konusu değildir.*” (BGB §305).

Alman ve İsviçre hukuk öğretisinde genel işlem şartları hakkında şartların taşıdıkları özelliklerden hareketle pek çok tanımlama yapıldığı görülmektedir.

Alman yazarlardan Raiser<sup>19</sup>, genel işlem şartlarını, benzer nitelikteki hukuki işlemler için formüller tarzda soyut ifadelerle kaleme alınmış şartlar olarak ifade etmektedir. Michael’e<sup>20</sup> göre genel işlem şartları, belirli bir sözleşmeyle ilişki kurulmadan ileride çok sayıda yapılacak sözleşmenin içeriği haline getirilmek amacıyla önceden hazırlanmış kayıtlardır. Genel işlem şartlarını Hefermehl<sup>21</sup>, belirsiz tüketicilerle belirsiz sayıda yapılacak sözleşmelerin içeriğinin tipikleştirilmesinde faydalanılacak hükümler biçiminde ifade etmiştir. Lukes’e<sup>22</sup>

<sup>18</sup> Bkz. Larenz, s. 506; Bunte, s. 7 vd.; Eren, s. 204 ; Çınar, s. 51; genel işlem şartları tanımı için ayrıca bkz. Michael Kittner: **Schuldrecht, Rechtliche Grundlagen-Wirtschaftliche Zusammenhänge**, 3. Auflage, Verlag Frans Vahlen, München 2003, s. 258; [http://www.rechtslexikon-online.de/Allgemeine\\_Geschaeftsbedingungen\\_AGB.html](http://www.rechtslexikon-online.de/Allgemeine_Geschaeftsbedingungen_AGB.html).

<sup>19</sup> Raiser, **Das Recht der AGB**, s.19 (Cemal Oğuz: **Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları**, Ankara 1993, yayınlanmamış doktora tezi, s.9, dn.30’dan naklen).

<sup>20</sup> Michael, **AGB als Vertragsbestandteil in der Revtssprechung** 1932, s.1 (Oğuz, s.9, dn.31’den naklen).

<sup>21</sup> Hefermehl, Schlegelberger-Hefermehl içinde GB, Art 346, N.70 (Oğuz, s.9, dn.32’den naklen)

<sup>22</sup> Lukes, “Gedanken zur Begrenzung des luhats der AGB”, **Festschrift für Alfred Hueck içinde München/Berlin** 1959, s.459 (Oğuz, s. 9, dn.33’den naklen).

göre, sözleşme içeriğinin önceden formüle edilmesine yarayan kayıtlar genel işlem şartlarıdır. Schumann<sup>23</sup> ise, genel işlem şartlarının normlaştırılmış sözleşme hükümleri olduğunu ifade etmiştir. Bunların yanında, genel işlem şartlarının, belirli bir sözleşme tipi düşünülmeden, ayrıntılı bir şekilde hazırlanarak normlaştırılmış metinler olduğu<sup>24</sup> veya genel işlem şartlarının standart sözleşmelerden tamamen ayrı olarak, sözleşmenin tali noktalarını düzenlemek için sözleşme metninin dışında önceden hazırlanarak, atıfla sözleşme içerisine alınan kayıtlar olduğu<sup>25</sup> biçiminde tanımlama çalışmaları da yapılmıştır.

İsviçre öğretisinde genel işlem şartlarına ilişkin tanımlama çalışmalarında, önceden hazırlanmış olma, çok sayıda kişi ile kurulacak sözleşmelerde kullanma amacı, müzakere edilmeden sözleşmeye alınma gibi temel unsurlar göz önünde bulundurulmak suretiyle, standart sözleşme içinde bulunan ve önceden hazırlanmış şartlar genel işlem şartları olarak değerlendirilmiştir<sup>26</sup>.

Türk hukuk öğretisinde de genel işlem şartlarının değişik şekillerde tanımlanmaya çalışıldığı görülmektedir<sup>27</sup>. Örneğin Havutçu<sup>28</sup>, Alman, İsviçre ve Türk hukuk öğretisindeki tanımları değerlendirerek, *“gelecekte yapılacak aynı türdeki çok sayıda sözleşmenin içeriğini oluşturmak üzere önceden tek yanlı olarak genel ve soyut biçimde hazırlanan ve sözleşmenin kuruluşunda taraflardan birinin dayandığı, görüşülmeden sözleşmenin içeriğine dâhil olmasını istediği sözleşme koşulları”* biçiminde kapsayıcı bir tanım vermiştir. Atamer'e göre<sup>29</sup> genel işlem

<sup>23</sup> Schumann, **Handelsrecht**, 1954, s.29 (Oğuz, s.9, dn.34'den naklen).

<sup>24</sup> Bu tanım için bkz. V.Brunn, **Die formularmässigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft**, 1956, s.20 vd. (Oğuz, s.9, dn.35'den naklen).

<sup>25</sup> Bu tanım için bkz. Schmidt/Salzer, **Das Recht der AGB**, s.27 vd. (Oğuz, s.9, dn.36'dan naklen).

<sup>26</sup> Bu konuda bkz. Oğuz, s.10 ve dn.37'de anılan yazarlar; Havutçu, s. 72,73 ve dn. 164, 165, 166, 167'de anılan yazarlar. Örnek olarak Merz'e göre genel işlem şartları, çok sayıda yapılacak sözleşmelerin standart hale getirilmesi amacıyla metin içine alınan şartlardır (bkz. Merz, **Massenvertrag**, s.243 vd, Oğuz, s.10, dn.38'den naklen). Neagli ise genel işlem şartlarını bir tek sözleşme ilişkisini düzenlemek için düşünülmemiş, aksine çok sayıda sözleşme ilişkisini standart hale getirmek üzere hazırlanıp formüler biçimde basılmış şartlar olarak ifade etmiştir Neagli, **AGB, Diss.**, 1951, s.1 vd ,Oğuz, s.10, dn.39.

<sup>27</sup> Örnek tanımlar için bkz. Tunçomağ, s. 247; Eren, s. 204; Ahmet M Kılıçoğlu.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2008, s. 77; Reisoğlu, s. 68; Nami Barlas: “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı**, 2. Tıpkı bası, İstanbul 2001, s. 810, 811; Banka genel işlem şartları için bkz. İbrahim Kaplan: “Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C:XVI, S:2, Aralık 1991, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, s. 54; Mehmet Demir: “4822 Sayılı Kanun İle Tüketici Sözleşmeleri Alanında Getirilen Yenilikler”, **BATİDER**, Haziran 2003, C:XXII, S:1, s. 214 (s. 203-236).

<sup>28</sup> Havutçu, s. 74.

<sup>29</sup> Atamer, s. 61.

şartları, “sözleşme taraflarından birinin, ileride kuracağı sözleşmelerde karşı akidine değiştirilmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle, önceden, tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşullarıdır”. Genel işlem şartları kavramını Soyer<sup>30</sup>, “gelecekte, belirsiz sayıda kişilerle belirsiz sayıda yapılacak sözleşmelere temel olmak amacıyla müteşebbisin tek başına veya diğer müteşebbislerle birlikte önceden hazırladığı genel ve soyut nitelikli bir takım kurallar” olarak ifade etmiştir.

Alman ve İsviçre uygulamasında hâkim düşünce, genel işlem şartlarının müzakere edilmeden sözleşme içerisine alınmaları dolayısıyla, bunların özel bir muameleye tabi tutulması gerektiği yönündedir<sup>31</sup>. Buna karşın Oğuz, bu özelliğin tek başına belirleyici özellik olmadığını, nitekim kişinin sözleşme düzenleme özgürlüğünden vazgeçerek düzenleme işini sözleşmenin karşı tarafına bırakabileceği ihtimalinin her zaman söz konusu olabileceğini ve bu şekilde sözleşmenin tek tarafça hazırlanmasının sözleşmenin bireysellik özelliğini ortadan kaldırmayacağını ileri sürmüştür<sup>32</sup>.

Esas olarak genel işlem şartlarından anlaşılması gereken, genel işlem şartları kullanıcısının ileride yapacağı sözleşmeleri önceden hazırlayarak, sözleşmenin kurulması sırasında da sözleşmeyi sadece önceden belirlemiş olduğu şartlar altında yapacağını sözleşmenin karşı tarafına belli etmesidir<sup>33</sup>. Buradan da genel işlem şartları bakımından belirleyici olan hususun, bu şartların önceden tek tarafça konulması, bunun yanında da müzakere edilmeden sözleşmenin içeriğine alınması olduğu söylenebilir<sup>34</sup>.

Avusturya Hukuk öğretisinde de bazı yazarlar, genel işlem şartlarına ilişkin Almanya’daki yasal tanıma yönelmektedirler<sup>35</sup>.

---

<sup>30</sup> Soyer, s. 27.

<sup>31</sup> Bkz. Jager, **NJW**, (32) 1979, s.1569 vd.; GUHL/MERZ/KUMMER, **Das schweizerische OR.**, s.102, vd; bkz. Oğuz, s. 11.

<sup>32</sup> Oğuz, s.11.

<sup>33</sup> Forstmoser, “Die Rechtliche Behandlung von AGB im schweizerischen und deutschen Recht”, **Festgabe Kummer içinde** s.99 vd (Oğuz, s.11, dn.44’den naklen: Örnek olarak bir satım sözleşmesinde mal ve fiyat taraflarca tespit edilir ve girişimci beyanını “bu malı şu fiyata satıyorum” biçiminde ifade eder. Girişimci sözleşmeyi önceden formüle edilmiş şartlar altında yapmak istediğinde ise iradesini, icabında “bu malı şu fiyata kendi genel işlem şartlarım altında satıyorum” şeklinde bir ifade ile ortaya koyar).

<sup>34</sup> Oğuz, s. 11.

<sup>35</sup> Leitner, s. 18.

Kiendl'e göre<sup>36</sup>, kendisinden ayrılınamaması genel işlem şartlarının özüne ilişkindir. Esas olan ve dengesizliği çözen unsur müşterinin sözleşme içeriğine etki edebilme olanağının eksikliğidir. Kiendl'e göre, genel işlem şartlarının kullanımının çokluğu genel işlem şartlarının temel özelliğini oluşturur. Şayet müşteri, şartların içeriğine etki edemiyorsa bu durumda genel işlem şartlarının bir defalık kullanımı sırasında müşteri korunmaya değmez olacaktır<sup>37</sup>.

Bu görüş öğretide Kletecka tarafından da takip edilmiştir<sup>38</sup>. Aynı zamanda Kletecka'ya göre, müşterinin sözleşmenin içeriğine etki olanağının eksik olması içerisinde müşterinin zayıf irade özgürlüğü bulunmaktadır. Çok sayıda olmaya, kendine özgü özel bir önem verilmemektedir; fakat bununla birlikte çok sayıda olma Kletecka için kullanıcının, şartlarından geri çekilmek hususunda hazır olma durumundaki eksiklik için bir emare olarak görülmektedir. Kletecka ayrıca münferit olayda müzakere etme, aynı sözleşme içeriğinin kitlesel olarak kullanılmasına bağlı rasyonalizasyon etkisini de tehlikeye sokacağına işaret etmektedir<sup>39</sup>.

Yukarıda belirtilen tüm tanımlardan hareketle, genel işlem şartlarının varlığından söz edebilmek için bazı unsurların gerçekleşmesi gerektiği söylenebilir. Bu unsurlardan bazıları genel işlem şartlarının var olduğunu belirleyebilmek için mutlaka bulunması gerekli unsurlar olup bazı hususlar ise örneğin, genel işlem şartlarının hazırlanma biçimi, yazı türü, kapsamı vs. gibi değerlendirmede önem taşımayan hususlardır<sup>40</sup>.

## 2. Türk Borçlar Kanununda Yapılan Tanım

<sup>36</sup> Bkz. Kiendl, **Unfaire Klauseln**, 101 f (Leitner, s. 18 den naklen).

<sup>37</sup> Kiendl, 103 f, Leitner, s.18 den naklen.

<sup>38</sup> Bkz. Kletecka, in Aicher/Holoubek, 1344 ff (Leitner, s. 18 den naklen).

<sup>39</sup> Leitner, s. 18'den naklen.

<sup>40</sup> Havutçu, s. 74 vd.; Atamer, s. 61.



6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda<sup>41</sup>, Türk hukukunda büyük bir boşluk olan genel işlem şartları konusuna ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Esasında hukukumuzda, tüketici sözleşmeleri bakımından 4822 sayılı Yasa<sup>42</sup> ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesinde “haksız şartlar” başlığı altında bir düzenleme bulunmaktadır. Fakat belirtmek gerekir ki, hem haksız şartlar<sup>43</sup> kavramı ile genel işlem şartları kavramı birbirini tam olarak karşılamamakta, hem de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 6. maddesi sadece tüketici sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulabilmektedir<sup>44</sup>. TKHK.nun 6. maddesi tüketici sözleşmeleri bakımından büyük bir öneme sahip olmakla birlikte, koruma ihtiyacı, özellikle günümüzde genel işlem şartlarının yaygın kullanımı karşısında tüketici olmayanlar bakımından da büyük bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu itibarla 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununda genel işlem şartlarına ilişkin hükümlere yer verilmesi önemli bir adım olarak değerlendirilmektedir<sup>45</sup>.

Türk Borçlar Kanunu’nun “Genel Hükümler” kısmının “Borç İlişkisinin Kaynakları” bölümünün “Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri” ayırımında “Genel İşlem Koşulları” 20. ila 25. maddeler arasında düzenlenmiştir<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 11.01.2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde kabul edilmiş olup, 04.02.2011 tarih, 27836 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Ancak söz konusu Kanun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir (6098 sayılı TBK. md. 648).

<sup>42</sup> 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 14.03.2003 tarih, 25048 sayılı RG.de yayınlanmıştır.

<sup>43</sup> TKHK.nun 6. maddesinde haksız şart; “*Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerini iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları*” biçiminde ifade edilmiştir. Bu anlamda, tüketici ile müzakere edilmeksizin sözleşmeye alınan şartların genel işlem şartı özelliğine sahip olup olmaması önemli değildir. Ancak söz konusu şart genel işlem şartları niteliğinde ise tüketici ile müzakere edilmediği kabul edilmekte ve bu şartın içeriği kanundaki tanıma da uygunsuzsa genel işlem şartı haksız şart olarak değerlendirilmektedir (bkz. Ayşe Havutçu: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, “Sözleşmenin Kurulması, Haksız Fiil, Sebepsiz Zenginleşme” konulu 1. oturumda sunulan tebliğ, **Legal Hukuk Dergisi**, Y:2005, C:3, S:34, s. 3615; Haksız şart kavramı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, s. 15 vd.; ayrıca bkz. Serdar, s. 248 vd.).

<sup>44</sup> Bkz. Havutçu, Değerlendirme, s. 3615, 3616; Yeşim Atamer: “Türk Borçlar Kanunu Tasarı’sında Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S:4, Ağustos 2005, s. 109.

<sup>45</sup> Bu değerlendirmeler için bkz. Havutçu, Değerlendirme, s. 3616; Atamer, Tasarı s. 109; Nevzat Koç: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hükümlere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilikler ve Değişiklikler”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Dergisi**, Y:6, S:12, Güz 2007/2, s. 80.

<sup>46</sup> HAVUTÇU, Tasarı’daki genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelerin sistematik açıdan sözleşmenin içeriği ile ilgili hükümler arasına yerleştirilmesinin daha yerinde olacağı görüşündedir. Yazar, ileride yapılacak çok sayıda sözleşmede, sözleşmenin genel içeriğini meydana getirmek amacıyla genel işlem şartlarının hazırlandığı gerekçesinden hareketle, genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin, Tasarı’da sistematik olarak, F. Sözleşmenin içeriği, I.Sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü, II. Butlan düzenlenmesinden sonra III. Genel işlem şartlarıyla sözleşmenin düzenlenmesi başlığı altında yer verilmesi önerisini dile getirmiştir (bkz.Havutçu, Değerlendirme, s. 3616). ATAMER de benzer biçimde, Tasarıda genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin sistematik açısından bulunduğu yerin pek isabetli

6098 sayılı Kanun'un 20. maddesinde *E. Genel İşlem Koşulları*<sup>47</sup>, *I. Genel Olarak* başlığı ile genel işlem şartları açıklanmaya çalışılmıştır. Söz konusu düzenleme aynen şu şekildedir:

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

*Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metnlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.*

*Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.*

*Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.*<sup>48</sup>”

Maddenin 1. fıkrasında genel işlem şartları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri şeklinde tanımlanmış

---

olmadığını, nitekim söz konusu hükümlerle esas olarak bir genel işlem şartının nasıl sözleşme içeriğine dahil olacağına, ne şekilde yorumlanacağına ve hangi durumlarda batıl sayılacağına düzenlendiğini bu itibarla da söz konusu düzenlemelerin konularına göre sözleşmelerin kurulması, yorumlanması ve geçerliliği hükümleri arasında yer almasının Borçlar Kanunu sistematigi açısından daha uygun olacağını belirtmiştir. ATAMER'in önerisi ise, böylelikle genel işlem şartlarının tanımına, sözleşme içeriğine dahil olmalarına ilişkin Tasarı'nın 20 ila 22. maddelerinin , sözleşmenin kurulmasını düzenleyen maddelerden sonra, genel işlem şartlarının yorumlanmasını düzenleyen 23. maddenin sözleşmelerin yorumuna ilişkin Tasarı'nın 19. maddesine ayrı bir fıkra biçiminde eklenmesini, genel işlem şartlarının geçersizliğine ilişkin 24 ve 25. maddelerin de sözleşmenin butlanını düzenleyen Tasarı'nın 27. maddesinin içine alınmasını biçimindedir (bkz. Atamer, Tasarı, s.110).

<sup>47</sup> Öğretide ATAMER, haklı olarak tasarıda “genel işlem şartları” yerine “genel işlem koşulları” kavramının tercih edilmiş olmasını eleştirmektedir. Yazar, Türk öğretisinde neredeyse oybirliği ile “genel işlem şartları” kavramının kullanılması, yine TKHK.nun 6. maddesi ve buna ilişkin Yönetmelik'te de “haksız şartlar” kavramının kullanılması karşısında, Borçlar Kanunu Tasarısında “genel işlem koşulları” kavramının tercih edilmesini anlamanın güç olduğunu ifade etmiştir (bkz. Atamer, Tasarı, s. 110).

<sup>48</sup> Bu fıkraya göre, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kurumların hazırladıkları sözleşmeler tip sözleşme olarak kabul edilerek, genel işlem şartlarının emredici düzenlemelerine bağlı tutulmuşlardır. Bu anlamda genel işlem şartlarının bağlı olduğu emredici düzenleme bakımından sözleşme ve şartlarını hazırlayan tarafın kamu tüzel kişisi olması uygulama farklılığına neden olmayacaktır (Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümet Gerekçesi için bkz. Lütfü Başöz/Ramazan Çakmakçı: **Gerekçeli Karşılaştırma Tablolu, Eski ve Yeni Kanun Maddeleri İle Birlikte Türk Borçlar Kanunu**, s. İstanbul Ocak 2011, Legal Yayıncılık, s. 88).

ve bu şartların sözleşme metninde ya da ekinde yer almasının, kapsamının, yazı türü veya şeklinin nitelendirme bakımından önem taşımadığı düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye ilişkin gerekçe metni incelendiğinde Alman Hukuku etkisi ile böyle bir düzenlemeye gidildiği sonucuna ulaşılabılır. Gerçekten de, tanım incelendiğinde, Alman Medeni Kanununun ilgili hükmü (BGB § 305) ile büyük benzerliğinin olduğu görülecektir. Ancak Alman Medeni Kanununun 305. maddesinde, kanundaki bu hükümden farklı noktalar bulunmaktadır. Nitekim Alman Hukuku bakımından önceden hazırlanan bir sözleşme şartının genel işlem şartı olarak değerlendirilebilmesi için, bu şartı hazırlayan veya düzenleyen farklı kişiler olması önemli değildir. Yani sözleşme hükmü ileride çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere, önceden bizzat kullanıcı tarafından da hazırlanmış olabileceği gibi, kullanıcı 3. bir kişi tarafından hazırlanmış bir metni de kullanabilir<sup>49</sup>. Oysa 6098 sayılı Kanun'da “düzenleyen” ifadesinin kullanılması hazırlayan ile kullananın aynı kişiler olması gerektiği gibi bir yanlış anlama tehlikesini beraberinde getirmektedir<sup>50</sup>.

## C. GENEL İŞLEM ŞARTI – HAKSIZ ŞART KAVRAMLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ

### 1. Haksız Şart Kavramı

93/13 no.lu AB Yönergesinin 3. maddesinin 1. fıkrasında; “*Tek tek görüşülmemiş bir sözleşme kaydı, dürüstlük ilkesine aykırı düşecek şekilde, tüketicinin aleyhine, onun sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinin dağılımında*

<sup>49</sup> Bkz. Havutçu, İçerik Denetimi, s. 75; Havutçu, Değerlendirme, s. 3616, 3617; Atamer, s. 66; Atamer, Tasarı, s. 110; Jürgen Basedow: in **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil**, Redakteur Wolfgang Krueger, 5. Auflage München 2007, §305 BGB, Rn. 14 (§305-310 BGB); Çınar, s. 55.

<sup>50</sup> Havutçu, İçerik Denetimi, s. 76; Havutçu, Değerlendirme, s. 3617; Atamer, Tasarı, s. 110. Yazarlar yanlış anlama tehlikesi dolayısıyla tasarıda, Alman hukukundaki gibi “düzenleyen” ifadesi yerine “kullanan” ifadesinin kullanılmasının daha yerinde olacağını ifade etmektedirler. Çınar ise tam aksine, Tasarı'da “düzenleyen” ifadesi kullanılarak, şartların kullanan tarafından veya 3. bir kişi tarafından hazırlanmasının önemli olmadığı vurgulandığı, söz konusu ifadenin hem kullananı hem de 3. kişiyi kapsayacak şekilde geniş yorumlanacağı, biçiminde bir değerlendirmede bulunmuştur (bkz. Çınar, s. 56).

*önemli ve haksız bir oransızlık yaratması halinde, kötüye kullanılabilir kayıt olarak nitelendirilir.” hükmüne yer verilmiştir<sup>51</sup>.*

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 6. maddesinde ise haksız şart şu şekilde tanımlanmıştır: “*Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır.*” Benzer tanım Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkındaki Yönetmeliğin<sup>52</sup> 4. maddesinin d bendinde de yer almaktadır. Ancak Yönetmelikte, Kanunun 6. maddesindeki tanımda yer almayan “kredi veren” ifadesine de yer verilmiştir<sup>53</sup>.

93/13 no.lu AB Yönergesinde “kötüye kullanılabilir kayıtlar” ifadesi kullanılmışken, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve ilgili yönetmelikte “haksız şart” kavramının tercih edilmesi öğreti tarafından yerinde bulunmamıştır<sup>54</sup>. Yine Kanundaki “.....tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyiniyet kuralına aykırı düşecek biçimde....” ifadesinde yer alan iyiniyet, Türk Medeni Kanununun 3. maddesinde düzenlenmiş olan subjektif iyiniyet değil, Türk Medeni Kanununun 2. maddesi anlamında dürüstlük kuralı, yani objektif iyiniyettir<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Bu konuda Avrupa Topluluğunun “Tüketicinin Korunmasına ve Bilgilendirilmesine İlişkin 14.04.1975 tarihli Birinci Programında (ATRG (1975) C92/1); “...mal ve hizmetlerin alıcıları, satıcının gücünü kötüye kullanması tehlikesine karşı korunmalıdır, özellikle de tek taraflı olarak hazırlanmış standart sözleşmelere, hakları adil olmayan bir şekilde sözleşme dışı bırakan koşullara, yerine getirilmesi zor kredi şartlarına karşı...” şeklinde bir belirleme yer almaktaydı (bkz. Seda ULAŞ KISA: “Avrupa Topluluk Hukukunda Tüketici Hakları ve Tüketicinin Korunması”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1184 (s.1162-1193).

<sup>52</sup> 13.06.2008 tarih ve 25137 sayılı RG.

<sup>53</sup> Çınar’da Kanunda “kredi veren” ifadesine yer verilmemesinin büyük bir eksiklik olduğunu, nitekim uygulamada haksız şartların çoğunlukla bankalar ile tüketiciler arasında yapılan kredi sözleşmelerinde bulunduğunu ifade etmiştir. Yönetmelikte bu ifadenin kullanılmış olmasını ise Kanuna aykırı Yönetmelik olamayacağı gerekçesiyle Kanunda “kredi veren” ifadesinin düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir (bkz. Çınar, s. 21, 22; bu konuda ayrıca bkz. Selçuk Yavuz: **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Şartlar**, YL Tezi, Ankara 2007, s. 25, 26).

<sup>54</sup> Nitekim Atamer, “haksız” ifadesinin teknik bir terim olması nedeniyle sakıncalı olduğunu, Yönergedeki “kötüye kullanılabilir” kavramının Medeni Hukuk terminolojisine daha uygun olduğunu belirtmiştir (Yeşim Atamer: “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, (s. 291-331), s. 303, 304 (Yeni Açılımlar). Çınar ise, “haksız şart” kavramı ile borçlar hukukundaki şart kavramının karıştırılması tehlikesi nedeniyle “haksız koşul” veya “haksız kayıtlar” kavramlarını önermektedir (bkz. Çınar, s. 21). Demir de “Sözleşmedeki Haksız Şartlar” ifadesinin amacı tam karşılamadığını, bunun yerine “Tüketici İşlemlerinde Haksız Genel İşlem Koşulları” veya “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Kayıtlar” ifadesinin daha uygun olduğunu ileri sürmüştür (bkz. Demir, s. 213).

<sup>55</sup> Bkz. Atamer, yeni açılımlar, s. 303, Serdar, s. 250.

## 2. Haksız Şartın Unsurları

93/13 no.lu AB Yönergesine göre bir sözleşme şartının haksız şart olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle tüketiciyle müzakere edilmeksizin, tek taraflı olarak sözleşmeye konulması gerekmektedir. Yönergenin 3. maddesinin 2. fıkrasında; “*Önceden kaleme alınmış olan ve bu nedenle tüketicinin, özellikle önceden hazırlanmış bir standart sözleşme çerçevesinde içeriğine etki edemediği sözleşme şartının, bireysel görüşme konusu yapılmadığı kabul edilir.*” hükmüne yer verilmiştir. Yine aynı fıkranın 3. cümlesindeki “*Girişimci, standart sözleşmenin bir koşulunun bireysel görüşme konusu yapıldığını iddia ederse, bunu ispat yükü altındadır.*” hükmü dolayısıyla girişimci standart sözleşme hükmünün bireysel olarak müzakere edildiğini ileri sürerse bunu ispatla yükümlü olacaktır<sup>56</sup>. Benzer düzenlemeler Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda da yer almaktadır.

Ayrıca 93/13 No.lu AB Yönergesinin 3. maddesinin 2. cümlesi ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 6. maddenin 4. fıkrası gereğince, sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının ya da münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin müzakere edilmeyen şartları bakımından, haksız şart hükümlerinin uygulanmasına engel oluşturmayacaktır<sup>57</sup>.

Bir sözleşme şartının haksız şart olarak nitelendirilebilmesi için aranan ikinci unsur ise tüketici ile müzakere edilmeksizin sözleşmeye tek taraflı olarak konulan şartın, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerindeki dengeyi, dürüstlük kuralına aykırı biçimde tüketici aleyhine önemli ve haksız olarak bozmuş

<sup>56</sup> Bkz. Havutçu, s. 88, 89, Çınar, s. 25; Yahya Deryal: **Tüketici Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 57.

<sup>57</sup> Bkz. Çınar, s. 26; ayrıca bkz. Havutçu, s. 89. Türk Borçlar Kanun’unun 20. maddesinin 3. fıkrasına özellikle değinmek gerekmektedir. Nitekim genel işlem şartları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan ve bu şartların tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, genel işlem şartlarının denetim dışı kalmasına neden olabilir. İşte 20. maddenin 3. fıkrasındaki düzenleme ile gerçekte müzakere edilmeyen hükümlerin, bir kayıtla sanki üzerinde görüşme yapılarak kabul edildiği gibi bir sonucun doğmasının önüne geçilmiştir. Bu nedenle söz konusu düzenleme oldukça önemlidir. Bkz. Havutçu, Değerlendirme, s. 3617, 3618. Yazar, bu konuda benzer düzenlemenin TKHK.nun 6. maddesine dayanılarak çıkarılan Haksız Şartlar Yönetmeliği’nin ekinde yer alan haksız şartlar listesinin 9. bendinde de yer aldığını ancak bu düzenlemenin sadece tüketici sözleşmeleri için geçerli olduğunu dolayısıyla tasarıya bu yönde bir hüküm konularak tüm sözleşmeler bakımından denetim imkânının önüne geçilemeyeceğini belirtmektedir. Bu konuda Reisoğlu, sözleşmedeki tüm hükümlerin taraflarca gerçekten ayrı ayrı tartışılarak, aynen veya kısmen değiştirilmesi ve mevcut şartlarda, müşteri, kendisine sunulan öneriyi tartışmak, müzakere etmek olanağına sahip idiye, artık bu sözleşmenin bireysel sözleşmeye dönüştüğü görüşündedir (bkz. Reisoğlu, s. 69).

olmasıdır<sup>58</sup>. Tarafların çıkarları arasındaki dengeyi dürüstlük kuralına aykırı olarak tüketici aleyhine bozan sözleşme hükümleri karşımıza bireysel sözleşme hükümleri olarak çıkabileceği gibi genellikle görüldüğü üzere genel işlem şartları niteliğinde de çıkabilir<sup>59</sup>.

İkinci unsur olarak belirttiğimiz unsur açısından Yönerge ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesindeki tanımda bir farklılık dikkati çekmektedir. Yönergeye göre şartın haksız sayılabilmesi için, tarafların çıkarları arasındaki dengenin önemli ve haksız bir ölçüde bozulmuş olması gerekirken, Kanundaki tanımda bu ölçüye yer verilmemiştir. Ancak bu öğretilerde haklı olarak eleştirilmiş ve tek tek görüşülmemiş bir sözleşme kaydının haksız şart olarak değerlendirilebilmesinde, Yönerge de belirtildiği gibi, tarafların hak ve yükümlülüklerinin dürüstlük kuralına aykırı olarak önemli ve haksız bir dengesizlik oluşturması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür<sup>60</sup>. Türk Borçlar Kanununun “İçerik Denetimi” başlıklı 25. maddesinde ise şu düzenlemeye yer verilmiştir: “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*” Yine bu düzenlemede de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda olduğu gibi dürüstlük kuralına aykırılığın önemli ve haksız olması aranmamıştır. Düzenleme gereğince şartın haksız olup olmadığının değerlendirilmesinde ölçü dürüstlük kuralıdır. Ancak düzenlemede dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde yararlanılabilecek ölçütlere yer verilmemesi öğretilerde eleştirilmiştir<sup>61</sup>.

Şartların haksızlığının değerlendirilmesinde, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğinin 6. maddesinde yer verilen kurallar ve bu

<sup>58</sup> Bkz. Atamer, Yeni Açılımlar, s. 304; Serdar, s. 250; Çınar, s. 24.

<sup>59</sup> Bkz. Havutçu, içerik denetimi, s. 65; Serdar, s. 250; Çınar, s. 22; Selçuk Yavuz, s. 26. Bu konuda aksi görüş için bkz. Zevkliler/Aydoğdu, s. 158.

<sup>60</sup> Bkz. Atamer, yeni açılımlar, s. 304, Çınar, s. 24.

<sup>61</sup> Bkz. Havutçu, Değerlendirme, s. 3625; Atamer, Tasarı, s. 113, 114. Gerçekten de Alman Medeni Kanunu § 307 fıkra 1’de yargıca dürüstlük kuralına aykırılığı tespit ederken yol gösterici ölçütleri düzenlemiştir. Buna göre, dürüstlük kuralına aykırılığı tespitinde; - kendisinden sapılan yasal düzenlemenin temelinde bulunan asli düşüncenin ne olduğu ve - sözleşmenin doğasından kaynaklanan en uygun hak ve borç dağılımının ne olacağı hususları göz önünde bulundurulacaktır (bkz. Havutçu, Değerlendirme, s. 3625).

kuralların somutlaştırılması bakımından da aynı Yönetmeliğin ekinde yer alan haksız şartlara ilişkin liste<sup>62</sup> yardımcı olacaktır.

### 3. Haksız Şartın Hukuki Sonucu

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 6. maddesinin 2. fıkrasında haksız şartın hukuki sonucu, “*Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir.*” biçiminde düzenlenmiştir. Yine haksız şartın hukuki sonucuna yönelik bir diğer düzenleme ise “Haksız Sözleşme Şartları Karşısında Tüketicinin Hakları” başlığı ile Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlara İlişkin Yönetmeliğin 7. maddesinde bulunmaktadır<sup>63</sup>. Söz konusu düzenlemeye göre; “*Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tüketici ile akdedilen sözleşmede kullanılan haksız şartlar batıldır. Yok sayılan bu hükümler<sup>64</sup> olmadan da sözleşme ayakta tutulabiliyorsa sözleşmenin geri kalanı varlığını korur*”.

Bir sözleşme şartı haksız şart niteliğinde ise o şart geçersizdir, batıldır. Sözleşmenin geri kalan kısmının akıbeti bakımındanda Yönetmeliğin 7. maddesinin 2. cümlesi devreye girecektir. Söz konusu hüküm gereğince, geçersiz olan şartlar olmadan da sözleşme ayakta tutulabiliyorsa Türk Borçlar Kanununun 27. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesinin aksine (BK m. 20/II, c.2), tarafların iradelerine bakılmaksızın sözleşmenin geri kalanı varlığını koruyacaktır<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> Söz konusu listede 17 şart haksız şart örneği olarak belirtilmiştir. Burada belirtilen haksız şart örnekleri Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinin son fıkrası gereğince yol gösterici nitelikte olup sınırlayıcı bir sayım değildir.

<sup>63</sup> Her iki yasal düzenlemede de yaptırım türlerine uygun düşmeyen ifadelerinin kullanıldığı yönünde bkz. Atamer, yeni açılımlar, s. 317; Serdar, s. 255.

<sup>64</sup> Bu ifadenin geçersiz veya batıl hükümler olarak anlaşılması gerekir (bkz. Serdar, s. 255; yine yaptırımın butlan olduğu yönünde bkz. Uluşan, s. 36).

<sup>65</sup> 93/13 No.lu AB yönergesinin konuya ilişkin 6. maddesinin 1. fıkrası da şu şekildedir: “*Üye ülkeler, tüketici ile girişimci arasında kurulan sözleşmelerin içerdiği kötüye kullanılabilir koşulların tüketiciyi bağlayıcı olmadığını öngörür ve bunun koşullarını iç hukuklarında yapacakları düzenlemelerle belirlerler; ayrıca, üye ülkeler, kötüye kullanılabilir koşullar olmaksızın da sözleşmenin ayakta kalmasının mümkün olması halinde, sözleşmenin tarafları bağlayıcılığını sürdürmesini öngörürler.*”

## II. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ UNSURLARI

### A. GENEL OLARAK

Genel işlem şartları kavramı bir takım unsurların varlığını gerektirmektedir. Genel işlem şartlarının var olabilmesi için bulunması gereken unsurlar;

- Önceden formüle edilmiş olma,
  - Çok sayıda sözleşme için hazırlanmış olma,
  - Tek taraflı belirlenmiş olma,
  - Münferit olarak müzakere edilmemiş olma
- şeklinde belirtilebilir<sup>66</sup>.

Genel işlem şartlarının mevcut olabilmesi için kullanıcı ile müşteri arasında akdedilen bir hukuksal işlemin söz konusu olması gerekmektedir<sup>67</sup>. Sözleşmenin koşulları kullanıcı ile diğer taraf arasında akdedilecek olan hukuksal işlemin parçalarıdır<sup>68</sup>. Genel işlem şartları sözleşmenin bir parçasını oluştururlarsa bu takdirde tıpkı bir bireysel sözleşmenin ortaya çıkmasında olduğu gibi sözleşme taraflarının iradelerinin uyuşmasına ihtiyaç vardır. Bireysel sözleşme hukukunun kurallarına göre, kullanıcının müşteriye yalnızca kendisinin genel işlem şartları ile sözleşme akdetmek istediğini bildirmesi ve müşterinin de ikna edici bir şekilde buna itiraz etmediğini davranışlarıyla ortaya koyması yeterli görülmektedir<sup>69</sup>. Bu bağlamda hangi sözleşme türünün söz konusu olduğunun önemi yoktur<sup>70</sup>.

Genel işlem şartlarının zorunlu bir şekli bulunmamaktadır. Genel işlem şartlarının bu başlık altında ayrıca düzenlenmesi mümkün olduğu gibi aynı zamanda somut şartlar, cümleler, kelimeler dahi genel işlem şartları olabilirler. Örnek olarak talebin kabul edildiğine ilişkin onayın ön yüzünde yazılı olan “teslim imkânı

---

<sup>66</sup> Thomas Riehm: **JuS Lern-CD Zivilrecht I**, Edition 3, Verlag C.H.Beck, München 2002 (Hrsg. Stephan Lorenz/Thomas Riehm), § 305 I, Rn. 99; genel işlem şartlarının unsurları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Havutçu, İçerik Denetimi, s. 74 vd.; ayrıca bkz. Çınar, s. 52 vd.

<sup>67</sup> Bkz. Locher, s. 24.

<sup>68</sup> Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 Rn. 9 (Riehm, JuS Lern-CD Zivilrecht I, § 305 I Rn. 99 dan naklen).

<sup>69</sup> Bkz. Locher, s. 17.

<sup>70</sup> Atamer, s. 62.



saklıdır”, ya da bir tabelada yer alan “giriş halinde tehlike size aittir” gibi ifadeler dahi genel işlem şartları hükmündedir<sup>71</sup>.

Dolayısıyla, genel işlem şartları kavramı bakımından, bu şartların şekli, kapsamı, yazı türü ve sözleşme metni ile dış ilişkisi gibi unsurların önem arz etmediği söylenebilir<sup>72</sup>. Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 20. maddesi, genel işlem şartları niteliğindeki şartların, sözleşme metninde ya da ekinde yer almasının, kapsamının, yazı türünün, şeklinin, aynı amaçla düzenlenmiş sözleşme metinlerinin özdeş olmamasının bu şartların genel işlem şartları niteliğini etkilemeyeceğini hüküm altına almıştır. Yine Türk Borçlar Kanununun 20. maddesinin son fıkrasına göre, genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanacaktır.

## **B. ÖNCEDEN FORMÜLE EDİLMİŞ OLMA**

Önceden formüle edilmiş olma, maddi bir kriter olmayıp, genel işlem şartları tanımına ilişkin olan şekli bir unsurdur<sup>73</sup>. Çok sayıda sözleşme için uygulanmak üzere önceden tek taraflı düzenleme, kullanıcının sözleşme teklifinin sadece somut bir sözleşme akdedilmesi için yapılmamış olmasını bilakis kullanıcı ve farklı sözleşme ortakları arasındaki aynı türdeki hukuksal sözleşmelerinin temeli olmasını şart kılmaktadır<sup>74</sup>. Buna karşılık önceden formüle edilmiş sözleşme şartlarının daha sonraki çok sayıdaki sözleşmede gerçekten uygulanıp uygulanmadığı önemli değildir. Burada belirleyici olan husus, tek başına ve yalnızca genel işlem şartlarının düzenleyicisinin daha sonra bunları kullanma niyetidir. Yine önemli olan kullanıcının formülasyon sırasında bir veya birkaç müşterinin durumunu göz önüne

<sup>71</sup> Bunte, s. 7; bu konuda ayrıca bkz. Astrid Stadler, § 305 BGB, Rn. 7.

<sup>72</sup> Bkz. Havutçu, s. 89; ayrıca bkz. Astrid Stadler, § 305 BGB, Rn. 7.

<sup>73</sup> Locher, s. 23.

<sup>74</sup> Bkz. Locher, s.23; Basedow, Kommentar, § 305 BGB, Rn. 13. Reisoğlu da, bireysel bir sözleşmenin koşullarının, benzeri sözleşmelerde kullanılma amacına yönelik olmaksızın, önceden hazırlanarak bir müşteriye sunulması durumunda, karşı taraf da öneriyi uygun bularak kabul etmişse, söz konusu hükümlerin genel işlem şartları niteliğinde olmadığını belirtmiştir.

alıp almadığı veya genel işlem şartlarını somut olaydan bağımsız olarak sunup sunmadığı yani çok sayıda kullanım niyetinin olup olmadığıdır<sup>75</sup>.

Önceden formüle edilmiş sözleşme şartlarının kullanıcının müşterisine sözleşmenin akdedilmesi sırasında sunulması gerekir<sup>76</sup>. Sunma kavramından anlaşılması gereken husus ise, genel işlem şartlarının somut sözleşmeye tek taraflı olarak dâhil edilmesi, sözleşmeyi önceden formüle edilmiş sözleşme şartlarıyla birlikte akdetme talebi anlaşılmalıdır<sup>77</sup>. Bu bağlamda kullanıcının kendiliğinden düzenlemeleri sözleşmeye dâhil etmesi zorunludur. Bu durum, tasarı olarak sunmak, tavsiye etmek, genel işlem şartlarına hazırlık yapmak suretiyle olmamalıdır. Bu konuda belirleyici olan tek husus, yalnızca karşı tarafa kabul ettirmektir<sup>78</sup>.

Aynı şekilde çok sayıdaki olaylar ve durumlar için sözleşme şartlarını önceden formüle eden kişinin sonradan kullanıcı olması da gerekli değildir. Genel işlem şartlarının önceden formüle edilmeleri gerekmektedir. Başka bir anlatımla genel işlem şartlarının somut sözleşme içinde kullanılmalarından önce mevcut yani hazır durumda olmaları zorunludur<sup>79</sup>. Bu bağlamda somut sözleşmeden önce genel işlem şartlarının yazılı olarak sabitlenmiş yani yazıya dökülmüş olması da zorunlu değildir. Bu çerçevede kullanıcının genel işlem şartlarını aklına yerleştirmiş olması ve her defasında aynı içerikte olmak üzere tekrar tekrar kullanması da yeterlidir<sup>80</sup>. Hatta kullanıcının üçüncü bir kişinin hazırladığı genel işlem şartlarını aynen alarak sözleşmeye dâhil etmesinde dahi örneğin, bir firmanın kullanılmış araba satımına ilişkin şartlarını aynen alması gibi genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusudur<sup>81</sup>. Nitekim kullanıcı, her halükarda mutlaka zorunlu olarak hazırlayan olmak zorunda değildir; kullanıcı aynı zamanda 3. kişi tarafından formüle edilmiş genel işlem şartlarını da sözleşmeye dâhil edebilir<sup>82</sup>.

Yine belirtmek gerekir ki önceden formüle edilmiş olan bu şartlar içerisinde doldurulması gereken boş alanların bulunması da bunların önceden formüle edilmiş

<sup>75</sup> Bkz. Locher, s. 23 vd; ayrıca bkz. Astrid Stadler, § 305 BGB, Rn. 5.

<sup>76</sup> Locher, s. 24.

<sup>77</sup> Bkz. Locher, s. 24 vd.

<sup>78</sup> Bkz. Bkz. Locher, s. 24.

<sup>79</sup> Bkz. Riehm, JuS Lern-CD Zivilrecht I, § 305 I RN 99.

<sup>80</sup> Bkz. Çınar, s. 55; bu konudaki yargı kararı için bkz. . BGH NJW 1999, 2180) ve Riehm, JuS Lern-CD Zivilrecht I, § 305 I RN 99.

<sup>81</sup> Havutçu, s. 86; Çınar, s. 55; Riehm, JuS Lern-CD Zivilrecht I, § 305 I RN 99.

<sup>82</sup> Bkz. Havutçu, s. 76, 77; Çınar, s. 55; Leitner, s. 4.

sözleşme şartları olma özelliğini ortadan kaldırmaz; yani bunlar da genel işlem şartları hukukuna tabi olurlar<sup>83</sup>. Önceden formüle edilmiş düzenlemelerdeki bu boş alanlar örneğin müşterinin adı, sözleşme konusunun betimlenmesi gibi başkasının yardımıyla doldurulabilecek hususlar ise, bu durumda da şartlar bir bütün olarak genel işlem şartları niteliğindedir<sup>84</sup>.

Buna karşılık boş bırakılan alanların sonradan doldurulması suretiyle yapılan eklemeler düzenlemenin içeriğini birlikte belirliyorsa, bu durumda ancak, boş alanların içeriği düzenli olarak aynı surette dolduruluyorsa genel işlem şartları söz konusu olurlar<sup>85</sup>. Hatta birden fazla sayıda önceden formüle edilmiş şartlar arasında bir seçim imkânı bulunuyorsa, bu durum genel işlem şartlarının varlığını ortadan kaldırmaz, buna karşılık burada olsa olsa şartların münferit olarak müzakere edilmiş olup olmadığı belki sorun olabilir<sup>86</sup>.

### C. ÇOK SAYIDA SÖZLEŞME İÇİN HAZIRLANMIŞ OLMA

Sözleşme şartları bundan başka çok sayıdaki sözleşmeler için önceden formüle edilmiş olmak zorundadır. Burada çok sayıda sözleşme için hazırlanmış olma koşulu için, acaba kaç sözleşme için hazırlanmış olma yeterli olacaktır sorusu akla gelebilir<sup>87</sup>. Önceden formüle edilmiş olan metin, gerek belirsiz gerekse belirli olan çok sayıdaki kullanım için tasarlanmış olabilir<sup>88</sup>. Genel işlem şartlarının çok sayıda kullanımı bakımından tam olarak kaç sayıda kullanımın gerekeceği sorusu genel olarak cevaplandırılmaz. Burada belirli bir nihai sayıdaki sözleşme için (2 den fazla) önceden hazırlanmış olma da yeterlidir<sup>89</sup>. Önemli olan, genel işlem şartlarının

---

<sup>83</sup> Krş. Helmut Heinrichs: Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Auflage, München 2008, (Palandt/Heinrichs) § 305 Rn. 12.

<sup>84</sup> Bkz. Riehm, JuS Lern-CD Zivilrecht I, § 305 I RN 99.

<sup>85</sup> BGH NJW 1999, 2180 (bkz. Riehm, JuS Lern-CD Zivilrecht I, § 305 I RN 99 den naklen).

<sup>86</sup> Riehm, JuS Lern-CD Zivilrecht I, § 305 I RN 99.

<sup>87</sup> Bu unsur anlamında genel işlem şartlarından söz edebilmek için, öğretide genellikle en az üç-beş kez kullanımın gerçekleşmesi gerektiği yönünde bkz. Bunte, s. 7; Freidrich Graf von Westphalen: "Die Entwicklung des AGB-Rechts im Jahr 2001", **NJW 2002, Heft 23**, s. 1688; Locher, s. 24 ve dnp.6 da anılan yazarlar; Çınar, s. 57 ve dn. 117'de anılan yazarlar.

<sup>88</sup> Locher, s. 23; Astrid Stadler, § 305 BGB, Rn.4.

<sup>89</sup> Bkz. Riehm, JuS Lern-CD Zivilrecht I, § 305 I § 305 I RN 99.

temel oluşturacağı sözleşme sayısının belirsiz olmasından ziyade belirli bir sözleşme için bir kez kullanılmak üzere hazırlanmamış olmasıdır<sup>90</sup>.

Alman Hukuku bakımından belirtmek gerekir ki çok sayıda sözleşmeye temel oluşturma niyeti bakımından, kullanıcının değil, şartları “önceden formüle edenin” niyeti esastır<sup>91</sup>.

#### **D. TEK YANLI BELİRLENMİŞ OLMA**

Burada genel işlem şartlarının düzenlenmesi üzerinde de durmak gerekir. Sadece sözleşme taraflarından birisince belirlenmiş olan şartlar genel işlem şartları hukukuna tabidirler<sup>92</sup>.

Genel işlem şartlarının tek taraflı belirlenmesi, şartların henüz sözleşmenin kurulmasından önce belirlenmiş olması anlamına gelir<sup>93</sup>. Genel işlem şartlarının belirlenmesi kavramından, normal olarak sözleşme koşullarının kullanıcı tarafından müşteriye yüklenmesi durumu anlaşılır<sup>94</sup>. Buradaki “yükleme” tek taraflı bir işlemdir ve kullanıcının gücünü ve etkileme eğilimini ifade eder. Ayrıca burada genel işlem şartlarının iki tarafça hazırlanmadığı durumu ortaya çıkar; yani aynı genel işlem şartlarını iki tarafın birbirine karşılıklı olarak yüklemesi söz konusu değildir<sup>95</sup>. Ancak buna karşılık örneğin satıcının garanti koşullarını alıcının da ödeme koşullarını sözleşmeye dâhil etmesi mümkündür. Bu durumda her iki tarafta ilgili konular bakımından kullanıcı konumundadır. Fakat burada farklı şartlar söz konusudur<sup>96</sup>.

Genel işlem şartlarının formüle edilmesine gelince; kullanıcının kendisinin formüle etmediği genel işlem şartlarına dayanması mümkündür, hatta taslak öneri

---

<sup>90</sup> Bkz. Havutçu, s. 81; Reisoğlu, s. 68.

<sup>91</sup> Alman hukukundaki konuya ilişkin tartışmalar için bkz. Havutçu, s. 77 ve 82 vd.; Bu bağlamda örneğin şayet Ev Sahipleri Birliği (Wohnungseigentümerversand) tarafından kiraya verenler için önerilen ve çok sayıda sözleşmelerde kullanılmak için hazırlanmış olan kira sözleşmesi formunun kiraya veren tarafından bir defalık kullanılması da (genel işlem şartlarının mevcudiyeti için) yeterlidir. Bkz. OLG Hamm, NJW 1981, 1049; PALANDT/HEINRICH § 305 Rn. 9; Astrid Stadler, § 305 BGB, Rn. 4.

<sup>92</sup> Bkz. Michael Bartsch: “Der Begriff des „Stellens“ Allgemeiner Geschäftsbedingungen - Dargestellt an der AGB-Kontrolle im Bauherrenmodell”, NJW 1986, s. 28 vd.; Soyer, s. 33.

<sup>93</sup> Havutçu, s. 75; Çınar, s. 55.

<sup>94</sup> Bartsch, s. 29.

<sup>95</sup> Astrid Stadler, § 305 BGB, Rn. 6; Bartsch, 29.

<sup>96</sup> Bartsch, s. 29 vd.

üçüncü bir kişi tarafından veya korunan müşteriden de kaynaklanabilir<sup>97</sup>. Ancak her durumda genel işlem şartları kendisini formüle eden kişi tarafından düzenlenmiş olur<sup>98</sup>. Çok sayıda olay için kullanmak üzere genel işlem şartlarını belirleyen kişi, tek yanlı formüle ettiği bu düzenlemeleri bir sözleşmeye dâhil etmek isteyecektir<sup>99</sup>. Bu itibarla genel işlem şartlarını bir tarafın hazırladığı gerçeği, ilk bakışta kendisinin bu genel işlem şartlarının kullanıcısı olduğunun da bir kanıtını oluşturmaktadır. Başka bir anlatımla bir tarafça formüle edilen genel işlem şartlarının aynı zamanda onun tarafından kullanıldığı da varsayılır<sup>100</sup>.

Genel işlem şartlarını belirleme anına gelince, genel işlem şartlarının belirlenmesinin en son anı, sözleşmenin akdedilme anıdır. Buna karşılık çoğunlukla genel işlem şartları sözleşmenin akdedilmesinden önce, örneğin tipik olarak formüller sözleşmenin imza için sunulması ya da gönderilmesi suretiyle belirlenmiş olmaktadır. Yine genel işlem şartlarının belirlenme anı sözleşmenin akdedilmesinden çok daha önce de, örneğin sözleşme tarafının düşünme için sahip olduğu zaman esnasında da olabilir<sup>101</sup>. Fakat burada yaşamın gerçeklerinden hareketle genel işlem şartların belirlenmesi ile bu şartların genellikle makul olmadığı hususu arasında bir bağlantının bulunduğu belirtilmelidir. Gerçekten de her kim genel işlem şartlarına dayanıyor, sözleşmenin bir parçası olmasını bekliyorsa, buradan içeriksel olarak avantaj sağlamak isteyecektir. Şayet sözleşme şartları bir tarafın aleyhine haksız bir durum yaratıyorsa, bu şartlar diğer sözleşme tarafınca önceden tek yanlı olarak belirlenmiş ve sözleşmeye dahil edilmek istenmişlerdir. Gerçekten de genel işlem şartlarının belirlenmesi ile genel işlem şartlarının haksız olması arasında o kadar sıkı bir bağlantı vardır ki, sorun yargıya intikal ettiğinde yargıç hangi sözleşme tarafının kullanıcı olduğunu bilmek isterse, yalnızca tartışmalı şartın içeriğine şöyle bir bakması yeterli olabilir<sup>102</sup>.

Genel işlem şartları bir tarafça belirlenmiş olmak zorundadır, yani bir taraf önceden formüle edilmiş şartların sözleşmeyle ilişkilendirilmesini talep etmiş

---

<sup>97</sup> Havutçu, s. 75; Bartsch, s. 29; Çınar, s. 55.

<sup>98</sup> Bartsch, s. 29.

<sup>99</sup> Bkz. Bartsch, s. 29.

<sup>100</sup> Bartsch, s. 31.

<sup>101</sup> Bkz. Bartsch, s. 30; ayrıca bkz. Havutçu, s. 75.

<sup>102</sup> Bkz. Bartsch, s. 31.

olmalıdır<sup>103</sup>. Esasında genel işlem şartlarının tek taraflı olarak belirlenmesi ile anlatılmak istenen, sözleşme taraflarından birisinin önceden hazırlanmış olan genel işlem şartlarının müzakere edilmeksizin sözleşmede bağlayıcılık kazanmasını istemesidir<sup>104</sup>. Şayet her iki tarafta birbirinden bağımsız olarak aynı genel işlem şartlarının uygulanmasını talep ederlerse bu durumda genel işlem şartları hukuku uygulanmaz<sup>105</sup>. Zira bu durumda genel işlem şartlarının bir tarafça hazırlanmış olması unsuru eksik bulunmaktadır.

## E. MÜNFERİT OLARAK MÜZAKERE EDİLMİŞ OLMAMA

Nihayet belirtmek gerekir ki, sözleşme koşulları sözleşme tarafları arasında “somut/münferit olarak” müzakere edilmişse genel işlem şartları söz konusu değildir, zira bu şekilde söz konusu şartlar artık bireysel bir sözleşmenin hükümleri haline gelmiştir<sup>106</sup>. Müzakereden söz edilebilmesi, metni kaleme alan tarafın diğer tarafa hükmün içeriğinde karşı önerilerde bulunma serbestisinin ortak bir mutabakata varmayı sağlayacak biçimde somut olarak tanınması halinde mümkün

<sup>103</sup> Astrid Stadler, § 305 BGB, Rn. 6 vd.; Riehm, JuS Lern-CD Zivilrecht I, § 305 I Rn. 99.

<sup>104</sup> Bkz. Havutçu, s. 85, 86.

<sup>105</sup> Buna karşılık bu şartların, taraflar dışında örneğin noter tavsiyesiyle sözleşmeye alınması durumunda söz konusu şartlar genel işlem şartları sayılmayacaklardır. Bu durumda önemli olan genel işlem şartlarının kimin isteği ile sözleşmeye alınması olup, sözleşme taraflarının 3. kişinin tavsiyesine uyararak, önerdiği önceden hazırlanmış şartları sözleşmeye almaları durumunda, bu şartları taraflardan birisi diğer sözleşme tarafına dayatmadığından ilgili şartlar genel işlem şartları olarak değerlendirilmeyecektir (bkz. Atamer, s. 86, özellikle dn. 202, 203; Atamer, s. 70). Buna karşılık bazen 3. kişi tarafsız konumda olmayıp, taraflardan birinin çıkarlarını korumak üzere hareket ederek, sözleşme şartlarını bu amaçla hazırlayabilmekte ve ilgili taraf bu şartların sözleşmeye dahil olması arzusuyla diğer sözleşme tarafına sunabilmektedir. Artık burada şartları hazırlayan kişinin 3. kişi değil söz konusu sözleşme şartlarına dayanmak isteyen kişinin temsilcisi olduğunu kabul ile şartların genel işlem şartları olarak değerlendirilmesi gerekecektir ( bkz. Atamer, s. 86; ayrıca bkz. Riehm, JuS Lern-CD Zivilrecht I, § 305 I Rn. 99). Yine şayet noter bir sözleşme tarafınca önerilen önceden formüle edilmiş şartları değiştirmeksizin belge haline getiriyorsa burada genel işlem şartları söz konusudur ( bu konuda ayrıca bkz. Schmidt Rolf: **BGB Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Grosberg Bremen 2006, s. 413; Astrid Stadler, § 305 BGB, Rn. 6).

<sup>106</sup> Bu noktada genel işlem şartları hukukunun uygulama alanı 93/13 no.lu AB Yönergesinin 3. maddesinin 1. fıkrasıyla örtüşmektedir; ki AB Yönergesinin ilgili hükmü aynı şekilde, münferit olarak müzakere edilmemiş (anlaşılacak bir sonuca varılmamış) sözleşme hükümlerine uygulanmaktadır. Bkz. Eckhart Gottschalk: “Das Transparenzgebot und Allgemeine Geschäftsbedingungen”, in: **Archiv für die civilistische Praxis (AcP)**, Bd. 206 (2006), s. 566 (s. 555-597). Yine Alman Medeni Kanununun 305. maddesinde de bu durum “...karşılıklı olarak müzakere edilmiş sözleşme şartları genel işlem şartı sayılmaz.” biçiminde belirtilmiştir. Bkz. Çınar, s. 54; Astrid Stadler, § 305 BGB, Rn. 8 vd.; Locher, s.28 vd.; Bunte, s. 8; Riehm, JuS Lern-CD Zivilrecht I, § 305 I Rn. 99; genel işlem şartı, bireysel sözleşme ayırımı için bkz. Von Westphalen, NJW 2002, s.1688.

olabilecektir<sup>107</sup>. Metni kaleme alan tarafın sözleşmenin imzalanmasından önce karşı tarafa sözleşmede kullanılan bazı terimleri açıklama önerisi ya da önceden hazırlanmış olan bir kaç hüküm içinden seçim olanağı tanınması bu anlamda yeterli sayılmamalıdır<sup>108</sup>.

Somut olayda sözleşme şartlarının önceden tek taraflı olarak formüle edilmek suretiyle hazırlanarak sözleşme ile ilişkilendirilmediği, bilakis taraflar arasında müzakere edilmek suretiyle bireysel sözleşmeye konu yapıldığı hususundaki ispat yükü kullanıcıya aittir<sup>109</sup>. Nitekim Yargıtay 13. Hukuk Dairesi verdiği bir kararında açıkça, “tüketiciyle müzakere edildiğine ilişkin ispat külfetinin kredi verende olduğunu” belirtmiştir<sup>110</sup>.

Bir hükmün müzakere edilmemiş olarak kabul edilebilmesi için, sözleşmenin taraflarından birisince önceden hazırlanarak, sözleşme imzalanmadan önce karşı tarafa önceden hazırlanmış bu metnin sunulması ve sözleşmeye konulması sırasında hüküm kendisine sunulan tarafın içeriği üzerinde tartışma imkânına sahip olmaması gibi özelliklere sahip olması gerekir<sup>111</sup>. Kısaca, bir hüküm önceden hazırlanarak, metni kaleme alan tarafından, diğer tarafa metnin içeriğinde herhangi bir etki

---

<sup>107</sup> bkz. Ariane Morin: “Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleri” (Çeviren: Ruzin Dağlı), **Türk İsviçre Hukuk Günleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu**, XII Levha Yayıncılık, I. Baskı, İstanbul Nisan 2010, s. 38, dn.21’de anılan yazarlar.

<sup>108</sup> Bkz. Morin, s.38. ayrıca bkz. BGH NJW 2000, 1110 (Riehm, JuS Lern-CD Zivilrecht I, § 305 I RN 99. dan naklen); Çınar, s. 54.

<sup>109</sup> Bkz. Bunte, s. 8 vd.; Nihat Yavuz: **Sözleşmedeki Haksız Şartlar**, Ankara 2009, Seçkin Yayıncılık, s. 83; Çınar, s. 54 ve dn. 108’de anılan yazarlar.

<sup>110</sup> Söz konusu kararda Yargıtay, “... sözleşme incelendiğinde; sözleşmenin davacı banka tarafından matbu, standart olarak hazırlanıp boş olan kısımlarının rakam, isim ve adresler yazılarak doldurulduğu, sözleşmenin on iki punto koyu siyah harflerle düzenlenmediği görülmektedir. Davacı, tüketici aleyhine olan ve tüketiciyi kart kullanımı ücreti adı altında bir külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırıldığını iddia ve ispat edememiştir. Böyle olunca sözleşmedeki kredi kartı üyelik ücreti alınacağına dair hükmün açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla davacı bankanın bu sözleşme hükmüne dayalı olarak kredi kartı kullanıcısı davalıdan ücret istemesi olanaklı değildir” sonucuna ulaşmıştır (bkz. Yargıtay 13. HD. 02.05.2008 tarih, 2008/4345 E., 2008/6088 K., <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlight/ibb/highlight.cgi?file/13hd-2008-434> (Erişim tarihi: 03.12.2009). Benzer şekilde yine Yargıtay 13. HD. Devre tatil sözleşmesinden kaynaklanan bir davada özetle, “devre tatil sözleşmesinin 27/son maddesinde davalı şirketin tespit ettiği işletme giderlerine itiraz edilmeyeceği belirtilmiş ise de, davacılar ile müzakere edilerek sözleşmeye konulduğu kanıtlanmayan ve sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde davacılar aleyhine dengesizliğe neden olabilecek bu hüküm, 4077 sayılı Kanun kapsamında haksız şart niteliğinde olduğundan geçersizdir” biçiminde bir karar vermiştir (bkz. Yarg. 13. HD. 01.02.2007 tarih, 2006/13233 E., 2007/1091 K., [http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13\\_hd-2006-13233.htm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13_hd-2006-13233.htm) (Erişim tarihi:26.06.2009).

<sup>111</sup> Bkz. Morin, s. 35.

yaratma fırsatı verilmeden sözleşmeye dâhil edilmesi durumunda şartın müzakere edilmemiş olması söz konusu olacaktır<sup>112</sup>.

Bir sözleşme şartının münferiden müzakere edilmemiş sayılmasına ilişkin olarak 93/13 nolu AB Yönergesinde de düzenleme vardır. Yönergenin 3. maddesinin 2. fıkrasına göre; “Bir koşul, önceden hazırlanmış ve bu nedenle tüketicinin bunu esaslı olarak değiştiremeyecek olduğu hallerde, özellikle önceden hazırlanmış standart sözleşme olduğu hallerde ise münferiden tartışılmamış sayılır”<sup>113</sup>.

4822 sayılı Kanunla değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 6.maddesinin 3. fıkrasında ise; “Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketici ile müzakere edilmediği kabul edilir” düzenlemesi bulunmaktadır. Aynı düzenlemeye Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin<sup>114</sup> “Haksız Şart” başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasında da yer verilmiştir.

Kullanıcı kendisi genel işlem şartlarının yasaya yabancı içeriğini ciddi olarak ayıklamalı ve müzakere ortağına sözleşme koşullarının içeriksel olarak düzenlenmesine etki edebilme konusunda gerçek bir imkân vermelidir<sup>115</sup>. Alman Federal Mahkemesinin III. Dairesi yeni bir kararında “müzakere” için ilave bir

---

<sup>112</sup> Morin, s. 38 ve dn. 20'de anılan yazarlar. Locher, sözleşme şartlarının serbestçe müzakere edilmemesi durumunun sadece genel işlem şartları bakımından söz konusu olmadığını, bireysel anlaşmalar bakımından da sıklıkla serbest müzakerenin yapılmadığının gözlemlenmekte olduğunu ifade etmektedir. Örnek olarak bir ev kadınının bir dükkândan temel ihtiyaçlarını satın alması, pazardan sebze satın alması, giysi mağazasından giysi alması, büyük bir mobilya mağazasından mobilya alması, bir firmadan araba alması, bir bankada banka hesabı açması vs. gibi. Söz konusu kişinin yaptığı bu sözleşmeler bakımından ortak olan husus, bu sözleşmeleri akdederken münferit olarak müzakere etmediğidir. Fiyatlar, mallar bir pazar yerinden alınmadığı takdirde genel olarak sabittir ve esas olarak sözleşmenin içeriğinde bulunmaktadır. Bu kişinin yaptığı sözleşmeler arasındaki fark ise, gıda maddelerinin, sebzenin ve elbisenin satın alınmasında somut bir sözleşme ilişkisi söz konusu iken mobilya satımında, banka hesabının açılmasında ise genelleştirilmiş ve önceden formüle edilmiş sözleşme şartları mevcut bulunmaktadır. Müşterinin sözleşme içeriğine etki etme imkânının bulunup bulunmadığı genel işlem şartları mı yoksa müzakere edilmiş sözleşme şartları mı bulunduğu belirlenmesi bakımından belirleyici ölçüt değildir. Zira günlük yaşamda çoğu zaman müzakere gerçekleşmemektedir. Sıklıkla sözleşme şartlarının iyileştirilmesi çabaları ekonomik de değildir, zira bunun için harcanacak zamana da değmemektedir. Yazara göre, genel işlem şartlarının mevcudiyeti için belirleyici olanın daha ziyade genel işlem şartları açısından soyut ve genel olarak önceden formüle edilmiş sözleşme şablonlarının mevcut olması ve kullanıcının, “müşteriden sözleşmenin akdedilmesini bu şablona göre talep etmesi”olduğudur (bkz. Locher, s. 4, 5).

<sup>113</sup> Bkz. Zevkililer/Aydoğdu, s. 815; İ. Yılmaz Aslan: **Tüketici Hukuku**, Bursa 1997; s. 713.

<sup>114</sup> 13.06.2003 Tarih ve 25137 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>115</sup> BGH, Urt. v. 18.4.2002, Az.: III ZR 199/01, NJW 2002, 2388, 2389; BGH, Urt. v. 3.11.1999, Az.: VIII ZR 269/98, NJW 2000, 1110, 1111 f.; BGH, Urt. v. 19.5.2005, Az.: III ZR 437/04, NJW 2005, 2543, 2544 (Gottschalk, s. 566 dan naklen; ayrıca bkz. Astrid Stadler, § 305 BGB, Rn. 9 ).



gereklilik ortaya koymuştur. Buna göre Daire, sözleşme içeriğinin sadece kullanıcı tarafından değil aynı zamanda müşteri tarafından da hukuki işlem düzenleme iradesi içerisinde kabul edildiğini güvence altına almak için, - her halükarda tamamen kolay anlaşılabilen metinler bakımından- münferit olarak şartın içeriği ve kapsamı hakkında aydınlatmayı<sup>116</sup> talep etmektedir<sup>117</sup>.

Burada, bir şartın ne zaman “anlaşılabilen” bir şekilde formüle edilmiş sayılacağı ve kullanıcının bir müşterinin ilgili şartı kendi hukuki işlem düzenleme iradesi içerisinde kabul edip etmediğini ve böylelikle anlamış olup olmadığını nasıl inceleyeceği sorununun ortaya konması gerekmektedir. Bu çerçevede yukarıdaki ilke ile Alman Federal Mahkemesi müzakere ederek anlaşmaya varmak kavramını şeffaflık ilkesine bağlamıştır. Alman Federal Mahkemesi böylelikle genel işlem şartları hukukunda şeffaflık ilkesinin ağırlığını güçlendirmiştir. Müşterinin ilgili sözleşme şartlarının içerik ve kapsamını anlamış olmasının zorunlu olup olmadığı, BGB § 305 f.1 c.2 anlamında müzakere için bir engel oluşturmaktadır<sup>118</sup>. Gottschalk’a göre, burada kullanıcının müşteri nezdinde subjektif doğruluk güvencesini nasıl denetleyebileceği açıklığa kavuşmamaktadır. Ancak böyle bir inceleme imkânı kullanıcı için mevcut olmalıdır, zira - tıpkı BGB § 305 f.1 c. 3’ün negatif ifadesinin ortaya koyduğu gibi- burada kendisi için ortaya koyma ve ispat yükü söz konusu olmaktadır. Nihayet müzakere için bu tür gerekler 93/13 nolu AB Yönergesinin 3. maddesinden de çıkarılamaz<sup>119</sup>.

Buna karşılık Alman uygulamasında yeni içtihatların daha etkin sonuçlara sahip olduğu söylenebilir. Gelecekte genel işlem şartlarının kullanıcıları kural olarak hukuksal açıdan eğitim görmemiş satış personelinin bir şartın hukuksal arka planı hakkında bilgilendirmek zorunda kalacaklar, ancak bundan sonra birlikte çalışanlar,

---

<sup>116</sup> Genel olarak “aydınlatma” ve “aydınlatma yükümlülüğü” konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Özdamar: **Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü**, Ankara 2009, Yetkin Yayınları, s. 113 vd.

<sup>117</sup> Bkz. BGH, Urt. v. 19.5.2005, Az.: III ZR 437/04, NJW 2005, 2543, 2544 sub II 2 bb) (Gottschalk, s. 567).

<sup>118</sup> Gottschalk, bu suretle şeffaflık ilkesinin mübalağa edildiğini ve zirveye taşındığını ileri sürmektedir (bkz. Gottschalk, s. 567).

<sup>119</sup> Alman Federal Mahkemesi tarafından karar verilen durum 93/13 no.lu AB Yönergesinin uygulama alanında olmadığı için, Mahkeme ATAD’a ön karar vasıtasıyla sınırlama kriterlerini açıklığa kavuşturma şansını kaçırmıştır (BKz. Gottschalk, s. 567).

şartları açık olarak tasarruf alanlarına sunmak için, müşterileri şartların içerik ve anlamı hususunda bilgilendirecek konumda olacaklardır<sup>120</sup>.

## Ş2. GENEL İŞLEM ŞARTLARI KULLANIMININ SAKINCALARI

### I. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ AÇISINDAN

#### A. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, irade özerkliğinin<sup>121</sup> doğal bir sonucudur ve 19. yüzyıldan itibaren de sözleşme hukukuna hâkim olan temel bir ilkedir<sup>122</sup>. İrade özerkliğinin, insanların kararlarını verirken seçme serbestisine sahip olduklarını ifade ettiği söylenebilir<sup>123</sup>. Bu seçim, bireyin kendi iktidarı ile kendi davranışlarının temelini belirleyebilme gücüdür<sup>124</sup>.

İrade özerkliği bir taraftan bireylere seçme yetkisi tanırken aynı zamanda öte taraftan bireyi bu özerkliği akla, mantığa ve vicdana uygun bir doğrultuda kullanmakla da yükümlü kılar. Nitekim bu yükümlülük, gerçek anlamda özgürlüğün kullanılması anlamına gelir. İrade özerkliğinin akla, vicdana uygun kullanımı gerekliliğinin aksine bireyin kendi kişisel hırsları uğruna bir kullanım, gerçek

<sup>120</sup> Gottschalk, s.567.

<sup>121</sup> İrade özerkliği, hukuk düzeninin kişilere tanıdığı ve özel hukuki ilişkilerini kendi özgür iradeleri doğrultusunda istedikleri gibi düzenleyebilmeleri konusundaki genel bir yetki biçiminde ifade edilmektedir. Doktrinde irade özerkliğinin doğal sonucu olan sözleşme özgürlüğü ilkesi ile irade özerkliği düşüncesinin birbirine karıştırılmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Nitekim sözleşme özgürlüğü ilkesi Borçlar Kanunumuzda açıkça kabul edilmiş ve dolayısıyla pozitif hukukta (kabili münakaşa olmayan) bir kuraldır, irade özerkliği ise sözleşme özgürlüğü ilkesini açıklamaya çalışan onun temellerini oluşturan ideolojik ve felsefi bir görüştür (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret Eren: **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstanbul Ekim 2001, s. 16, 275 vd.; ESENER, Turhan: **Borçlar Hukuku**, C:1, Ankara 1969, s. 193; Hasan Erman: "Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C: XXXVIII, S:1-4, İstanbul 1973, s. 602; Veysel Başpınar: **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Ankara 1998, s. 15; ayrıca bkz. Günther Roth: **in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil**, Redakteur Wolfgang Krüger, 5. Auflage München 2007, §242 BGB, Rn. 423 vd.).

<sup>122</sup> Erman, s. 601; Arzu Küçükyağın: "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y: 2004, s. 106; Başpınar, s. 16.

<sup>123</sup> bkz. Niyazi Öktem: **Özgürlük Sorunu ve Hukuk**, İstanbul 1977, s.249 vd.; Vecdi ARAL: "Hukukta İrade Özgürlüğü", **İÜHF**, C.XLVIII-XLIX, S.1-4, İstanbul 1983, s.249-282; Mehtap İpek: **Sözleşme Serbestisi ve Günümüzdeki Sınırlamaları**, Yayınlanmamış YL Tezi, Ekim 2002, s.4.

<sup>124</sup> Ernst Hirsch: **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, İstanbul 1996, s. 132; İpek, s.4; Ömer Çınar: **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, İstanbul, Ekim 2009, XII Levha Yayıncılık, s. 7.

anlamda özgürlükten sapılması, özgürlüğün kötüye kullanılması sonucunu doğurabilir<sup>125</sup>. Bu yükümlülük zaten irade özerkliğinin ve dolayısı ile sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlandırılması gerekliliğinin temelinde yatan gerçektir<sup>126</sup>.

İrade özerkliğinin en somut olarak kendini gösterdiği alan hukuki işlemlerdir. Nitekim birey irade özerkliği dolayısıyla yaptığı hukuki işlemler ile kendi hukuk alanını ve dolayısıyla kendi kaderini kendisi belirleyebilecek, kendisini hak sahibi yapıp, borç altına sokabilecektir<sup>127</sup>.

Hukuki işlemlerin en önemli kısmını da sözleşmeler oluşturmaktadır. İrade özerkliği de kendisini en çok sözleşmeler alanında hissettirmektedir ki bu alandaki görünüm sözleşme özgürlüğü ilkesi ile karşımıza çıkmaktadır. Kısacası sözleşme özgürlüğünün temelini irade özerkliğine dayandığı, sözleşme özgürlüğünün irade özerkliğinin sözleşmeler hukukundaki yansıması olduğu söylenebilir<sup>128</sup>.

Anayasamızın 48. maddesi *“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir”* düzenlemesi ile sözleşme özgürlüğü temel ilkesini güvence altına almıştır<sup>129</sup>. Sözleşme özgürlüğünün Türk Medeni Kanununda da koruma altına alındığı söylenebilir. Türk Medeni Kanununun 8. maddesinde yer alan, *“Her insanın hak ehliyeti vardır.”* hükmü ile gerçek kişiler açısından, 48. maddesinde yer alan; *“Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler”* hükmü ile tüzel kişiler

<sup>125</sup> Orhan Münir Çağıl: “Bugünkü Teknik Terakki Karşısında Hürriyet Kategorisi Olarak Hukuk Felsefesi”, **İÜHF**, C.XXXIII, S.1-2, 189-253, s. 223 vd.; İpek, s. 4-5).

<sup>126</sup> İpek, s.5; ayrıca irade özerkliğinin tarihi gelişimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Adnan Güriz: İrade Hürriyeti (1), **AÜHF**, 1965-1966, C.XII-XIII, S.1-2, s. 635 vd.; İpek, s.5; ayrıca bkz. Adnan Güriz: İrade Hürriyeti (2), **AÜHF**, 1967, C.XXIV, S.1-4, s.183 vd.

<sup>127</sup> İpek, s.11; Aydın Zevkliler: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Temel Bilgiler**, Turhan Kitapevi, Ankara 2001, s. 15; Çınar, s. 7.

<sup>128</sup> İpek, s. 12.

<sup>129</sup> Anayasa'nın 48. maddesinin gerekçesinde de, temeli özgürlük olan bir toplumun bireylerinin, irade özerkliği kapsamında sözleşme ve çalışma hürriyetine sahip olmalarının koruma altına alınmasının doğal olacağı belirtilmiştir. Bu konuda bkz. Burhan KUZU.: Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1997, s.77; ayrıca bkz.İpek, s. 16. Alman hukuku açısından sözleşme özgürlüğü köklerini temel bir hak olarak bireyin kişiliğini serbestçe geliştirme hakkında bulmaktadır. Bu çerçevede genel eylem özgürlüğü özel hukuk sükeleri arasındaki sözleşme akdetme özgürlüğünü de korumaktadır. Alman Anayasasında sözleşme özgürlüğü anayasanın temel haklar kataloğunda açıkça ayrı bir temel hak olarak yer almamakla birlikte Anayasa'nın 2. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen kişiliğin serbest geliştirilmesi temel hakkı içerisinde gerçekleştirilmektedir (bu konuda bkz.; Udo Di Fabio: **Grundgesetz Kommentar (Theodor Maunz/Günter Dürig)**, Band I, München 2010 (Hrsg. Von Romen Herzog vd.), Rn. 101; Adolf Reul: “Grundrecht und Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht”, **DnotZ 2007**, s. 184 vd. (s. 185, 186).

açısından düzenlemiştir<sup>130</sup>. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunumuzun da 26. maddesinde (818 sayılı BK.nun 19. maddesinin 1. fıkrası) sözleşme özgürlüğü ilkesine yer verilmiştir. 26. maddede bu özgürlük, “*Taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*” biçiminde ifade edilmiştir<sup>131</sup>.

Sözleşme özgürlüğü kısaca, bireylerin, hukuk düzeninin sınırları içinde kalma koşuluyla, özel borç ilişkilerini, yapacakları sözleşmeler aracılığıyla özgürce belirleyebilme yetkisi olarak ifade edilebilir<sup>132</sup>. Bu temel ilke, sözleşme yapıp yapmama<sup>133</sup>, sözleşmenin karşı tarafını, şeklini seçebilme, sözleşmenin içeriğini ve tipini dilediği gibi belirleyebilme ve yapılmış bir sözleşmeyi ortadan kaldırabilme özgürlüğünü de kapsamaktadır<sup>134</sup>.

Sözleşmeyi özgür iradeleri ile kararlaştırmaları ve pozitif hukukun da bu iradeyi tanınması dolayısıyla ki, kişiler kendi yaptıkları sözleşmeler ile bağlıdırlar. Bu aşamadan sonra artık hukukun görevi, kişilerin özgür iradeleri ile kurmuş oldukları bu sözleşmeleri korumak, sözleşmeye uyulmasını sağlamaktır<sup>135</sup>.

---

<sup>130</sup> Bu anlamda sözleşme özgürlüğünün bireye tanınmış olması beraberinde bazı durumlarda bireyin kişilik haklarını kaldırıcı veya aşırı derecede sınırlandırıcı yönde kullanılması tehlikesini getirmektedir. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün amacı dışında kullanılması tehlikesine ve bu nedenle bireyin zarar görme ihtimaline karşı koruma yolları da geliştirilmiştir. Nitekim, toplum içinde yaşayan bireyler, ekonomik, sosyal, akılsal ve bedensel özellikler bakımından birbirinden farklı olup, bu anlamda güçlü olanların zayıflar karşısında egemenlik kurma, dilediklerini onlara kabul ettirme sonucu ortaya çıkabilecektir. Bunun yanında, bireyin sözleşme özgürlüğüne sahip olması, kendi değerleri üzerinde sınırsız bir biçimde dilediğini yapabileceği ve hiçbir şekilde bu özgürlüğe dokunulamayacağı anlamına da gelemez. Bu anlamda TMK.nun 23. ve 24. maddelerindeki düzenlemeler ile bir anlamda birey kendisine karşı korunmak istenmiştir. (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın Zevkliler, M. Beşir Acabey ve K. Emre Gökyayla: **Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku**, Ankara 1999, s. 476, 477, İpek, s. 22).

<sup>131</sup> Sözleşme özgürlüğü ilkesi esas itibarıyla Borçlar Hukuku alanında tam anlamı ile uygulanmakta bunun dışındaki, aile hukuku, miras hukuku ve eşya hukuku gibi alanlarda tamamen ve kısmen ortadan kalkmaktadır. (Bu konuda bkz. Lale Sirmen., “Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku”, **Cahit Oğuzoğlu’na Armağan**, Ankara 1972, s. 447 vd.; Andreas von Tuhr: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, (Çeviren: Cevat Edege), Ankara 1983, s. 243 vd.; Safa Reisoğlu: **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 21. Bası, Beta, İstanbul 2010, s. 128, dn. 2; İpek, 23).

<sup>132</sup> Esener, s. 193; Eren, s. 278; Zevkliler, s. 15; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 362.

<sup>133</sup> Kural olarak bir kimse istemediği sözleşmeyi yapmak zorunda değildir. Ancak istisnai olarak özellikle iş hukuku alanında iş sözleşmesi yapma zorunluluğu olan haller de bulunmaktadır. Bu konuda bkz. Ünal Narmanlıoğlu: **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, İzmir 1998, s. 156 vd.; Kenan Tunçomağ/Tankut Centel: **İş Hukukunun Esasları**, İstanbul 2003, s. 81 vd.

<sup>134</sup> Eren, s. 279; Erman, s. 603 vd.; Zevkliler, s. 15; Oğuzman/Öz, s. 19 vd.; Ali Naim İnan.,: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ders Kitabı**, Ankara 1979, s.126 vd.; Ali Erten: **Sorumsuzluk Şartları**, Olgaç Matbaası, 1977, s. 73; Sirmen, s. 447; Zevkliler/ Aydoğdu, s. 150; Başpınar, s. 17; İbrahim Kaplan: **Hakimin Sözleşme Müahalesi**, 2. Bası, Ankara 2007, s. 19-20; İpek, s.11, 14; Çınar, s. 8; Onur Yalçın: **Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Geçerliliği**, Ankara 2006, s. 42.

<sup>135</sup> İpek, s.11, 13.

Sözleşme özgürlüğünün ancak, eşit bireylerin pazarlık yapmak suretiyle sözleşmeyi, içeriğine müdahale edebilme olanağına sahip olarak oluşturmaları durumunda bir anlam ifade ettiği söylenebilir. Nitekim sözleşme taraflarının hak ve borçlarının ancak bu şekilde oluşturulan bir sözleşmede dengede olduğundan sözü edilebilir<sup>136</sup>. Ancak sözleşme tarafları arasında pazarlık gücünün eşitliği bakımından her zaman bir dengenin olduğunu söylemek güçtür<sup>137 138</sup>.

İkinci Dünya Savaşının ardından (sosyal devlet ilkesinin Kara Avrupası devletlerinde temel unsur haline gelmesi ile birlikte) artık bireyin sadece devlete karşı değil bizzat diğer bireylere karşı da korunması gerekliliği, sözleşme yapanların ekonomik ve sosyal açıdan birbirleriyle eşit olmamaları ve bu nedenle güçlü olanların zayıflara kendi iradelerini kabul ettirmeleri gibi gerekçelerle sözleşme özgürlüğünün sınırlanması ihtiyacı gündeme gelmiştir<sup>139</sup>. Bu doğrultuda da özellikle, iş hukuku, sorumluluk hukuku, rekabet hukuku, tüketicinin korunması hukuku vb. alanlarda düzenlemeler yapılmıştır<sup>140</sup>.

<sup>136</sup> Yeşim Atamer: **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, İstanbul, Şubat 2001, s. 20; ayrıca bkz. İpek, s. 47; Murat Aydoğdu: **4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar**, İzmir 1998, s. 5.

<sup>137</sup> Bu konuda bkz. Atamer, s. 20 vd.

<sup>138</sup> Nitekim yargı organları, yasalar klasik sözleşme anlayışı üzerine kurulu olduğundan, sözleşme tarafları arasındaki dengesizliği ve oluşabilecek adaletsizliği giderebilmek için sözleşmelere müdahale edebilmektedir ve hatta müdahalede bulunmak kaçınılmazdır. Bu doğrultuda örneğin, Yarg. 13. HD. 18.03.1996 tarih ve 1996/1734 E., 1996/2495 K. sayılı kararı (Söz konusu kararın ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Ayşe Havutçu: "Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetimi-Bir Yargıtay Kararı Hakkında Düşünceler", **İzmir Barosu Dergisi**, Y: 63, Ekim 1998, s. 23 vd.).

<sup>139</sup> Sözleşme özgürlüğü ilkesi, 19. yy.ın sonlarına doğru eleştirilir hale gelmiştir. Bu eleştirilerin temelinde sözleşme özgürlüğünün ekonomik ve siyasi bakımdan güçlü olanların kullanabileceği, biçimsel bir özgürlük sağladığı, ekonomik, sosyal ve siyasi bakımdan güçlü konumda olanlar ile olmayanlar arasında eşitliği sağlamaya yerine derin eşitsizlikler yarattığı düşüncesi yatmaktadır (Sözleşme özgürlüğü ilkesine yapılan eleştiriler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. İpek, s. 40 vd.; **Hıfzı Veldet Velidedeoğlu**,: Sosyal Adalet Doğru, SHİM, Ağustos-Eylül 1949, S.12, s. 529 vd.). Ayrıca HAVUTÇU tarafından belirtildiği üzere, sözleşme özgürlüğünün esaslı gereklerinin mevcut olmadığı durumlarda yapılmak zorunda kalınan bir sözleşmeye müdahale, sözleşme özgürlüğünü engellemek amacıyla değil bilakis maddi anlamda sözleşme özgürlüğünün işlerlik kazanmasını sağlamak amacıyla yapılan haklı bir müdahale olarak görülmelidir ve ancak böylelikle sözleşme özgürlüğü kavramı ile bağdaşmayan fiili sonuçları önlenemez ve sözleşmenin, sözleşme özgürlüğü bakımından meşru temellere oturması sağlanabilir (Ayşe Havutçu: **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, İzmir 2003, s.43).

<sup>140</sup> Eren, s. 277, 278; Atamer, s. 22; Zevkliler-Aydoğdu, s. 151; ayrıca bkz. Sirmen, s. 448 vd.; Yalçın, s. 42; İPEK, sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamaları genel ve güncel sınırlamalar adı altında iki ayrı başlıkta ayrıntılı bir şekilde değerlendirmiştir. Genel sınırlamaları, düzenleme serbestisine getirilen sınırlamalar ve kuruluş serbestisine getirilen sınırlamalar olmak üzere iki ayrı başlık altında, güncel sınırlamaları ise, İş Kanunu ile getirilen sınırlamalar, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile getirilen sınırlamalar, Genel İşlem Şartları, Rekabetin korunması hakkında kanun ile getirilen sınırlamalar, Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun ile getirilen sınırlamalar ve diğer sınırlamalar başlıkları altında incelemiştir (İpek, s.51 vd.).

## B. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ KULLANIMI İLE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN ZEDELENMESİ

Genel işlem şartları modern ekonomik yaşamdan ayrı düşünülemez. Genel işlem şartlarının kullanılması için sebepler<sup>141</sup> 1930'lu yıllardan beri sık sık tartışılmıştır. İlk etapta genel işlem şartlarının kullanılmasının nedenleri ekonominin yararına ve düzenleyici hukuktan sapmaya dayanmaktadır<sup>142</sup>. Çoğunlukla, modern ekonomik yaşamın değişen ilişkilerine ve somut ticaret dallarına ayak uydurabilmek için, bu tamamlayıcı hukuktan uzaklaşma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bütün bunların yanında yasal olarak açıkça düzenlenmeyen örneğin factoring, leasing veya franchise sözleşmeleri gibi, sözleşmeler bakımından ortak bir hukuksal çerçeve yaratma ihtiyacı da bulunmaktadır ve bu hukuksal çerçevenin temelinde kullanıcı tarafından hazırlanan bu tiplerdeki tüm sözleşmeler bulunmaktadır. Böylelikle, genel işlem şartlarının borçlar hukuku tarafından düzenlenmeyen bütün sözleşme tipleri bakımından boşluk doldurucu bir işleve sahip olduğu ve eski tipteki sözleşmeler alanında da hukuk güvenliğine hizmet ettiği görülmektedir<sup>143</sup>. Genel işlem şartlarının “içerikleri makul olmak kaydıyla” pozitif bir fonksiyona da sahip oldukları söylenebilir. Yani genel işlem şartları kitlesel sözleşmelerin rasyonelleştirilmesi ve basitleştirilmesini sağlama suretiyle ticari rizikoların hesaplanabilirliğine, sözleşme hükümlerinin değişen ekonomik ve teknik gelişmelere uyum sağlamasına katkıda bulunmaktadır<sup>144</sup>.

Genel işlem şartları elbette ki sanayi toplumunda malların kitlesel üretimi ve aynı şekilde hizmetlerin kitlesel olarak sunulması sırasında ortak sözleşme düzenlenmesi ihtiyacından da kaynaklanmıştır. Genel işlem şartları vasıtasıyla bir tiplendirme ve buna bağlı olarak da kitlesel ticaretin bir rasyonelleştirilmesi ortaya çıkmaktadır<sup>145</sup>. Bu durumda sözleşmelerin yapılması hızlanmakta, sözleşmelerin

---

<sup>141</sup> Genel işlem şartları kullanılması ihtiyacını doğuran sebepler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Havutçu, İçerik denetimi, s.5 vd. Yazar bu sebepleri, rasyonelleşme ve yasanın ekonomik yaşamın ihtiyaçlarına uygun hale getirilmesi başlıkları altında değerlendirmiştir.

<sup>142</sup> Leitner, s.5.

<sup>143</sup> Astrid Stadler: **Bürgerliches Gesetzbuch**, 13. Auflage, München 2009 (Hrsg. Othmar Jauernig), § 305 BGB, Rn. 1; Leitner, s. 5.

<sup>144</sup> Bunte, s. 2.

<sup>145</sup> Bkz. Eren, s. 204; Havutçu, s.5; Astrid Stadler, § 305 BGB, Rn.1; Leitner, s.5; Girişimciler bakımından önceden hazırlanmış hükümleri kullanmak, hem bu çerçevede yaptıkları sözleşmeleri

yapılması yan düzenlemelere ilişkin –tekdüze- ortak düzenlemeler vasıtasıyla basitleşmekte ve kitlesel işlemlerin –ticaretin- sorunsuz yapılması kolaylaşmaktadır. Bütün bunlar ise girişimcilerin hizmet yeteneğini artırmaktadır ve bu da son tahlilde müşteriler için bir avantaj olabilmektedir. Daha açık ifade ile kural olarak müşteriler genel işlem şartlarının kullanılmasına bağlı olarak ortaya çıkan rasyonelleşmeden ve bununla birlikte ortaya çıkan müteşebbisin yüksek edim (hizmet) yeteneğinden sadece bir bütün olarak faydalanmaktadırlar. Genel işlem şartlarının kullanılması, sözleşmenin kurulması safhasında oluşabilecek masrafları azaltarak sözleşme tarafınca ödenecek ücretin hafifletilmesi imkânı yaratmak suretiyle müzakereden yoksun bırakılan taraf açısından zararlı olmayan sonuçları da doğurabilmektedir<sup>146</sup>. Ancak, önceden hazırlanmış hükümlerin kendisine müzakere imkânı tanınmayan taraf açısından, bilgi eksikliği gibi içeriğinde değişiklik yapabilme olanağı olmaksızın aleyhte bir sözleşme imzalamak gibi büyük sakıncalar meydana getirebilmektedir<sup>147</sup>. Bu çerçevede genel işlem şartlarının olumlu yönleri yanında, olumsuz yönlerinin bulunduğu genel işlem şartlarının genellikle kullanıcının çabalarıyla ve esas olarak kendi hukuksal konumunu güçlendirmek ve müşterinin haklarını zayıflatmak için hazırlanabildiği de ifade edilmektedir<sup>148</sup>.

---

yönetmelerini sağlamakta hem de işlem masraflarını azaltmalarını ve yapılan sözleşmelerin birbirleri ile aynı olmasını ve böylelikle bir bütünlük teşkil etmesini sağlamaktadır. Bu nedenle girişimcinin her bir müşteri ile müzakereye girişmesi, standart hükümleri kullanmak suretiyle rasyonelleşmeye ulaşma çıkarını engelleyecektir ve bu çıkar da girişimci bakımından sözleşmenin karşı tarafı ile müzakereye girmemesinin gerekçesini oluşturmaktadır. Önceden hazırlanmış bir hükmü kullanan tarafın bu hükmü müzakere etmeden sözleşmeye dâhil etmesindeki bir diğer çıkarı da, söz konusu hükümler aracılığıyla sözleşmeden kaynaklanan riskleri büyük ölçüde sözleşmenin karşı tarafına yükleyebilme hedefidir. Bu şekilde önceden hazırlanan hükümler genellikle ileride doğabilecek sorunlar açısından sözleşmenin karşı tarafının aleyhine çözümler getirmekte, bu hükümleri kullanan tarafa yükümlülük yüklemeyen hükümlerdir. (bkz. Ariane Morin: "Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleri" (Çeviren: Ruzin Dağlı), **Türk İsviçre Hukuk Günleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu**, XII Levha Yayıncılık, I. Baskı, İstanbul Nisan 2010, s. 39 vd.).

<sup>146</sup> Bkz. Morin, s. 41, dn.28'de anılan yazarlar

<sup>147</sup> Bkz. Morin, s. 41; Leitner, genel işlem şartlarının uygulanmasıyla ortaya çıkan rasyonelleşmeden ve buna eşlik eden girişimcinin edim kabiliyetinin yükselmesinden kullanıcıların bütününe istifade edeceğini buna karşılık bireysel müşteri için sözleşmelerde genel işlem şartlarının kullanılmasının bireysel müşterilerinin menfaatlerini koruması bakımından genellikle dezavantajlı olduğunu ifade etmektedir Leitner, s. 6, dn.17.

<sup>148</sup> Bunte, s. 3; Erten, genel işlem şartlarının tek taraflı olarak düzenlenmesindeki en önemli sorunun söz konusu şartlarla, şartların düzenlenmesine katılmamış olan müşterinin hukuki durumuna beklenilenin üzerinde zarar getirebilmesi olduğunu belirtmiştir. Yazar, genel işlem şartlarının kapsamının, özellikle sözleşmelerden doğan tehlikelerin müşterilerin zararına olacak şekilde, müşteriler üzerine yüklenmesi ve düzenleyenlerin kendi lehlerine koydukları sorumsuzluk şartlarının oluşturduğunu ileri sürmüştür (bkz. Ali Erten: **Sorumsuzluk Şartları**, Olgaç Matbaası 1977, s. 118).

Bu şekilde kullanıcının hazırladığı genel işlem şartlarında tek taraflı olarak haklarını talep etmesi, bu bağlamda sözleşme özgürlüğünün ve sözleşme adaletinin maddi ilkelerini zedeleyebilir. Sözleşme özgürlüğünün temel fonksiyonu olarak görünen taraflar arasında serbest müzakereler yoluyla sözleşme şartlarının kararlaştırılması ve dengeli bir şekilde sözleşme adaletinin sağlanması, tek taraflı ve önceden hazırlanan şartların empoze edilmesi suretiyle zedelenebilecektir. Aynı şekilde içeriksel dengesizlik sebebiyle de kullanıcının kendi lehine olan düzenlemeleri önceden formüle edilmiş şartlar şeklinde sözleşmenin bir parçası haline getirmesi mümkündür. Müşteri genellikle genel işlem şartlarının anlamını ve kapsamını bilmemektedir. Genellikle müşteri için ya haksız genel işlem şartlarını kabul etmek ya da müşteri olmaktan vazgeçmek hususunda bir seçim söz konusu olmaktadır. Kısaca genel işlem şartları düzenlemek suretiyle girişimci sahip olduğu ekonomik ve entelektüel gücü kullanarak sözleşme içeriğinin önemli bir kısmını tek taraflı olarak belirleyebilmekte ve tamamlayıcı hukukta riziko dağılımı için öngörülen düzenlemeleri kendi lehine değiştirebilmektedir<sup>149</sup>.

## **1. Sözleşme Mekanizmasının İşlemesi Sırasında Sübjektif Doğruluk Garantisi**

Özel hukuk düzeni bireye geniş ölçüde diğerleriyle olan hukuksal ilişkilerini kendi öz iradesine göre düzenleme olanağı tanımaktadır. Herkes esas olarak kiminle ve hangi içerikte sözleşme yapacağı hususunda özgürce karar verebilir. Bu, hukukta irade özerkliği olarak adlandırılır ve özel hukukun en önemli ilkelerinden birisini oluşturur. Hukuk düzeni geniş ölçüde ulaşılmak istenen sonuçların makullük denetiminden kaçınmaktadır. Çünkü irade özerkliği nedeniyle içeriksel dengenin makul ölçülerde kurulduğu varsayılır<sup>150</sup>. Bu bağlamda irade özerkliği çerçevesindeki anlaşmaların sübjektif doğruluk garantisinden söz edilmektedir<sup>151</sup>.

---

Stadler, bu konuda sorumluluğun ortadan kaldırılması, kanıt getirilmesinin zorlaştırılması vb. kayıtları örnek olarak göstermektedir (bkz. Astrid Stadler, § 305 BGB, Rn. 1).

<sup>149</sup> Bunte, s. 3, genel işlem şartları kullanılan sözleşmelerde müşterilerin sözleşmeye müdahale olanağını kaybetmesi dolayısıyla sözleşme adaletinin müşteri aleyhine esaslı şekilde bozulduğu yönünde bkz. Kocaman, s. 1087, 1088.

<sup>150</sup> Leitner, s.9; bu konuda ayrıca bkz. Havutçu, İçerik Denetimi, s. 28 vd.

<sup>151</sup> Bkz. Leitner, s.9, 10.



Her ne kadar sözleşme mekanizması normal olarak içeriksel denge sağlasa da, sözleşme özgürlüğü anlaşma için mantıklı olmayan ve makul olmayan düzenlemeler için de bir alan bırakmaktadır ki bunlar prensip olarak bireyin kendi kararlarından sorumlu olması ve hukuk güvenliği anlamında kabul edilebilirler. Yani belirleyici olan husus, sözleşme mekanizması vasıtasıyla adil bir sonucun amaçlanmış olması olmayıp, bilakis tarafların kendi öz iradeleri yoluyla makul bir şekilde menfaatlerin dengelenmesinin amaçlanmasıdır<sup>152</sup>.

Buna karşılık içerisinde biraz önce ifade edilen sözleşme taraflarının prensip olarak eşitliği modelinin bulunmadığı durumlarda problemler ortaya çıkmaktadır. Taraflardan birisi daha güçlü konumda bulunuyorsa, bu üstünlüğün içeriksel denge pahasına kötüye kullanılması tehlikesi bulunmaktadır. Taraflar arasındaki menfaat dengesi ihlal edilirse irade özerkliği ve böylelikle her iki sözleşme tarafının sözleşmeyi onayladığı gerçeği- artık tek başına tereddütsüz şekilde sözleşmenin sonucunu güvence altına alamamaktadır. Sözleşme özgürlüğünün bu sınırının meşruluğu yine sözleşme özgürlüğünün kendisinin anlamından ve amacından çıkmaktadır. Sözleşme özgürlüğü bireye tanınmıştır. Bu suretle birey, dengesiz bir güç ilişkisi durumunda artık güvence altına alınmayan, kendisine ilişkin hususları özgür iradesiyle ve kendi sorumluluğuyla düzenleyebilir<sup>153</sup>.

## 2. Düzenleyici Hukuk ve Sübjektif Doğruluk Garantisi

Bir sözleşme akdedilmesi için kural olarak tarafların sözleşmenin ana edimleri/esaslı unsurları<sup>154</sup> hususunda anlaşmaları gerekir. Esaslı unsurlar dışında kalan konulardaki anlaşmalar, sözleşmeden kaynaklanan hukuksal sorunlar düzenleyici/tamamlayıcı<sup>155</sup> hukuk kuralları tarafından düzenlendiği için zorunlu

---

<sup>152</sup> Leitner, s. 10.

<sup>153</sup> Leitner, s.10.

<sup>154</sup> Esaslı unsur, bir sözleşmenin kurulabilmesi için bulunması zorunlu asgari unsur olup, her sözleşme türüne göre bu unsurların neler olduğu değişmektedir(sözleşmenin esaslı noktaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 217-219; ayrıca bkz. Kenan Tunçomağ: **Türk Borçlar Hukuku Cilt I Genel Hükümler**, 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1976, s. 202; Oğuzman/Öz, s. 66; Kılıçoğlu, s. 40; Reisoğlu, s. 59).

<sup>155</sup> Tarafların aralarındaki hukuki ilişkilerde aksini kararlaştırmadıkları takdirde uygulanan ve yine tarafların sözleşme ile aksini kararlaştırabildikleri hukuk kurallarına düzenleyici hukuk kuralları denilmektedir (bkz. Havutçu, içerik denetimi, s. 34). Öğretide bu ifadeyi karşılayacak biçimde "tamamlayıcı hukuk" teriminin kullanıldığı görülmektedir (bkz. Aydın Zevkililer-M.Beşir Acabey-K.Emre

değildir<sup>156</sup>. Bu bağlamda örneğin bir satış sözleşmesinde mal ve fiyat üzerinde uzlaşmak yeterlidir. Eksik ifa veya gecikme durumunda ne yapılması gerektiği, sözleşmenin akdedilmesi sırasında taraflarca düşünülmemiş olabilir; bu hususlarda ortaya çıkan sözleşme boşluğu düzenleyici kurallarla doldurularak sözleşme tamamlanır.

Düzenleyici hukukta, ana edimi ilgilendirmeyen yükümlülüklerin dengeli ve makul dağılımı ifadesini bulmaktadır. Fakat bununla birlikte taraflar yasa koyucunun adalet idealine uygun olan düzenlemelerinden sapma hususunda da özgürdürler. İrade özgürlüğüne dayanan sübjektif doğruluk garantisi sadece ana edimler bakımından değil aynı zamanda kendilerine göre edimin ifa edildiği ya da malların teslim edildiği şartlar bakımından da etkisini gösterdiği için bu husus prensip olarak problemsizdir. Bir sözleşme tarafı sözleşme şartını ancak bunlar kendi menfaatlerine makul olarak uygunsu onaylayabilir. Buna karşılık şayet bir taraf aşırı-üstün güç konumunda bulunuyorsa, bu üstün güç konumuna tabi olan lehine kötüye kullanılması tehlikesi bulunmaktadır<sup>157</sup>.

## II. İŞLERLİĞİ OLAN REKABET AÇISINDAN

Ekonomik rekabetin işlev görebilmesi, ancak rekabetin sadece mal ve hizmetlerin fiyat ve kalitesinde değil aynı zamanda esas olarak bütün sözleşme şartları bakımından da geçerli olması ile teminat altına alınabilir<sup>158</sup>. Bu bağlamda rekabet sözleşme akdetme ve içeriğini belirleme özgürlüğü de dahil olmak üzere irade özerkliğini kapsamaktadır. Ancak genel işlem şartları alanında girişimciler arasında sağlıklı bir rekabetin işlediğinden söz edilemeyecektir. Bu husus da müşterilerin sağlıklı karar vermelerinin kendileri için en uygun mal ve hizmet

---

Gökyayla: **Medeni Hukuk**, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 19; Bilge Öztan: **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, 23. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2006, s. 21; Necip Bilge: **Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavramları ve Kurumları**, 21. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara Ağustos 2006, s. 63; Şeref Gözübüyük: **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, Güncelleştirilmiş 31. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2009, s. 65).

<sup>156</sup> Burada esasen esaslı noktalar dışında kalan Borçlar Kanununun 2. maddesindeki ifadesiyle ikinci derecedeki noktaların görüşülmemiş olmasının sözleşmenin kurulmasını engellemeyeceği ifade edilmek istenmiştir (bkz. Tunçomağ, s. 203; Eren, s. 219 vd.; Oğuzman/Öz, 66, 67; Kılıçoğlu, s. 41; Reisoğlu, s. 59, 60).

<sup>157</sup> Leitner, s.11.

<sup>158</sup> Josef Drexl: **Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers**, Tübingen, Mohr Siebek, 1998, s. 329.

sunucularına yönelmelerinin önünde bir engel teşkil etmekte ve dolayısıyla müşteriler bu anlamda zorlukla karşılaşmaktadırlar.

Bu belirtilen nedenlerle de, piyasanın sağlıklı işleyişini sağlayabilmek, işlevsel rekabeti gerçekleştirebilmek ve buna bağlı olarak da müşterileri koruyabilmek için yasal düzenlemelere ihtiyaç vardır<sup>159</sup>.

Bununla birlikte serbest rekabet garantisinin rekabete ilişkin yasalar vasıtasıyla öteki sözleşme tarafı karşısında genel işlem şartlarının makul bir şekilde düzenlenmesini tam olarak temin edecek durumda olmadığı ifade edilmektedir. Bu itibarla genel işlem şartlarına ilişkin yasal düzenlemelerin piyasadaki bu aksamaları denkleştirmesine göre belirlenmesi gerekmektedir<sup>160</sup>.

### **§3. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DENETİMİ PROBLEMİ**

#### **I. GENEL OLARAK**

Sözleşmelerin akdedilmesi sırasında genel işlem şartları her şeyden önce ekonomi için öneme sahiptir. Genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesi yani sözleşmenin bir parçası olması, girişimciler için son derece büyük rasyonel etkilere ve yararlar saha sahiptir. Zira bu şekildeki genel işlem şartları vasıtasıyla girişimci, müşterileriyle olan hukuksal ilişkilerini aynı form altında düzenleyebilir ve bu ilişkileri aynı zamanda basitleştirebilir<sup>161</sup>.

Genel işlem şartlarının pozitif fonksiyonlarının yanında negatif fonksiyonlarına da değinmek gerekir. Gerçekten de genel işlem şartlarıyla ekonomik

<sup>159</sup> Bkz. Çınar, s. 169; bu konuda ayrıca bkz. Havutçu, s. 51 vd.

<sup>160</sup> Müşteriler bakımından rekabetin faydası, daha uygun fiyatla ve daha kaliteli mal ve hizmet edinebilmesi, bunları karşılaştırabilmesi olmakla birlikte ortalama bir müşterinin genel işlem şartlarından ancak sözleşmenin akdi anında haberdar olması gerçeği karşısında bu şartları inceleyip, diğer mal ve hizmet sunucuların teklifleri ile karşılaştırması pek mümkün değildir. Dolayısıyla gerçek anlamda işlevsel rekabet açısından müşterilerin genel işlem şartlarına karşı bilinçlendirilmeleri ve aydınlatılmaları gerekmektedir (bkz. Havutçu, s. 53, 54 ve özellikle dn. 134, 135; Haluk Tandoğan: **Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlandırılması**, Ankara 1977, s. 23).

<sup>161</sup> Riehm, §§ 305 ff, Rn. 96.

açından zayıf durumda bulunan sözleşme tarafının önceden hazırladığı formülasyonlara tabi kılınması söz konusudur. Genel işlem şartlarının kullanıcılarının pozitif hukukunun istismar edilmesi suretiyle kendi hukuksal konumlarını, müşterileri haksız konuma düşürmek suretiyle güçlendirmeye çalışabildikleri ifade edilmektedir<sup>162</sup>.

Genel işlem şartları içerisinde kullanıcının kendi menfaatlerini çok aşırı şekilde takip etmesi ve bazen de kendi müşterisinin ekonomik ve entelektüel açıdan tabiliğini önceden formüle edilmiş sözleşme şartlarına yansıtması, müşterinin hak ve yükümlülüklerinin sözleşmenin amacına aykırı şekilde sınırlandırılması sonucuna da yol açabilecektir<sup>163</sup>. Burada belirtmek gerekir ki, genel işlem şartlarının rasyonalitesi adeta planlamanın rasyonalitesidir<sup>164</sup>. Girişimci ile ekonomik ve hukuksal ilişkilere giren müşteriler için girişimcinin bu tek taraflı düzenleme gücünü kötüye kullanma ve “küçük ifade edilmiş” bu makul olmayan sözleşme şartlarının kendisine atfedilmesi yani yükletilmesi tehlikesi de bulunmaktadır. Bu tehlikeleri bertaraf etmek için genel işlem şartları hukukunda bu tür önceden formüle edilmiş sözleşme şartlarının tabi olacağı bir takım düzenlemeler söz konusudur. Genel işlem şartlarının sadece kullanıcının menfaatleri doğrultusunda şekillendiği durumlarda, gerek yargı gerekse yasal düzenleme vasıtasıyla bu planlama gücünün denetime tabi tutulması gerekecektir<sup>165</sup>. Bu bağlamda özellikle ağırlıklı olarak sözleşme içeriğini müşteri için şeffaf kılmaya hizmet eden bağlayıcılık denetimi; genel işlem şartlarının yorumunun ortaya çıkarttığı ve kötüye kullanma olanaklarını sınırlama amacını taşıyan özel kurallar ve haksız şartların hükümsüzlüğüne yol açan içerik denetimi sözleşme tarafını kapsamlı bir şekilde korumayı amaçlamaktadır<sup>166</sup>.

Genel işlem şartlarına ilişkin hukuksal düzenlemelerin koruma amacının, kullanıcının sözleşmeyi düzenleme özgürlüğünü tek taraflı istismar edilmesi karşılığında müşterinin korunması olduğu hususu genel olarak kabul edilmektedir<sup>167</sup>. Buna göre genel işlem şartlarına ilişkin yasal düzenlemenin temel anlamı ve amacı,

---

<sup>162</sup> Bkz. Locher, s. 6 vd.

<sup>163</sup> Krş. Bunte, s. 3; Locher, s. 6 vd.

<sup>164</sup> Koch-Stübing, Einl. Rdnr.14, aktaran Locher, s. 6.

<sup>165</sup> Bkz. Koch-Stübing, Einl. Rdnr.16, aktaran Locher, s. 6; ayrıca bkz. Kittner, s. 261 vd.

<sup>166</sup> Bkz. Riehm, JuS Lern-CD Zivilrecht I, §§ 305 ff, Rn. 96.

<sup>167</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 204, dn. 128 ve anılan yazarlar.

genel işlem şartlarının kullanımına bağlı ve tipik olarak kullanıcının piyasadaki konumundan bağımsız ortaya çıkan tehlikelere karşı koymaktır<sup>168</sup>.

Genel işlem şartlarına ilişkin hukuksal düzenlemelerin koruma amacı hususunda farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre tüketicinin korunması bakış açısıyla genel işlem şartlarına ilişkin yasal düzenlemelerin amacı kullanıcının ekonomik güç üstünlüğü ile zayıf durumda bulunan müşterinin korunması amacı arasında bir denge sağlanması olarak ifade edilebilir<sup>169</sup>. Bunun mantıksal sonucu ise genel işlem şartlarının kişisel uygulama alanının tüketicilerle olan ilişkilerde tipik olarak zayıf olan tarafın korunmasıyla sınırlandırma yapılmasıdır<sup>170</sup>.

## II. DENGESİZLİK REALİTESİ OLARAK GENEL İŞLEM ŞARTLARI KULLANIMI

Prensip olarak irade özerkliği çerçevesinde, üzerinde anlaşılan düzenlemelerin içerik denetimi yalnızca, şayet bir sözleşme tarafı dengesizlik durumu nedeniyle, kendi menfaatlerini yeterli ölçüde kendisi koruyamıyorsa, caizdir<sup>171</sup>. Genel işlem şartlarının temelinde bulunan işlemlerin yapılması sırasında sözleşme taraflarının arasında tipik olarak böyle bir dengesizliğin bulunduğu ve bu yüzden de yasa koyucunun genel işlem şartlarının kullanılması gerçeğine özel hukuksal sonuçlar bağladığı hususunda görüş birliği bulunmaktadır. Genel işlem şartlarının içeriğinin de hukuk tarafından bir denetime tabi tutulduğu görülmektedir Genel işlem şartlarının kullanılması sırasında tipik bir dengesizlik unsuru söz konusudur, bununla birlikte genel işlem şartlarının tam olarak mevcudiyetinin koşulları ve tam olarak dengesizliğin nerede bulunduğu sorunu ise tartışmalıdır<sup>172</sup>.

Sözleşmeye katılan taraflar arasındaki dengesizlik durumu ekonomik, sosyal veya entelektüel hususlara bağlı olabilir. Dengesizlik durumu bir kişiyi ya da grubu menfaatlerini takip etme hususunda tek taraflı güç üstünlüğüne yol açmaktadır<sup>173</sup>.

<sup>168</sup> Kreienbaum, s. 204 ve dn. 129, 130.

<sup>169</sup> Bu konuda bkz. Locher, s. 16 vd.; Kreienbaum, s. 204 ve dn. 131; bkz. Altunkaya, s. 111.

<sup>170</sup> Locher, s. 16.; ayrıca bkz. Rolf Schmidt, s. 14.

<sup>171</sup> Avusturya hukuku bakımından bkz. Leitner, s. 12.

<sup>172</sup> Leitner, s.12.

<sup>173</sup> BVerfGE NJW 1980, 1469 (1470); aktaran ve bkz. Kreienbaum, s. 208.

Sözleşme dengesinin bu şekilde ihlal edilmesi sözleşme mekanizmasının şart kıldığı menfaat dengesini ortadan kaldırmaktadır<sup>174</sup>.

## A. EKONOMİK DENGESİZLİK DURUMU

Genel işlem şartlarının özel denetimi, bazen ekonomik olarak güçsüz olan tarafın korunması ile gerekçelendirilmektedir<sup>175</sup>. Bununla birlikte bu dayanak noktası genel işlem şartlarının kullanılmasına ilişkin temel sorunu çözememektedir. Ekonomik dengesizlik durumu genel işlem şartlarının bir özelliği değildir, bu, özgürce akdedilen sözleşmeler sırasında ortaya çıkmaktadır. Öte taraftan aynı zamanda girişimciler arasında da -hatta taraflar arasında ekonomik bir eğilim bulunmasa da- genel işlem şartlarının kararlaştırılması olağandır, aynı zamanda bu durumlarda da genel işlem şartları özel yasal denetimlere tabidir. Her ne kadar ekonomik bir güç eğilimi genel işlem şartlarının kullanılması sırasında da hukuksal realite içerisinde sık sık rastlanılacaktır, ancak bunun içerisinde içeriksel olarak özel bir denetimi gerekli kılacak kesin bir an bulunmamaktadır<sup>176</sup>. Her şeyden önce şu hususa vurgu yapılmalıdır ki, işleyen bir ekonomik düzen içerisinde basit bir ekonomik dengesizlik durumu prensip olarak sorun arz etmemektedir ve sadece bu durum piyasanın bozulması sonucunu ortaya çıkartmamaktadır. Esas olarak daha kuvvetli olanın ekonomik gücü, rekabet esasına göre şekillenen piyasa ve bir rakiple değil fakat ilgili taraf ile bir sözleşme imzalamak hususundaki irade özerkliği vasıtasıyla ortadan kalkmaktadır; sözleşme tarafı, şayet menfaatlerine yeteri derecede uyulmadığı kanaatinde ise, başka bir rakip ile sözleşme yapma hususunda özgür bulunmaktadır. Fakat bu, hiçbir zaman içerisinde ekonomik bir güç eğiliminin kötüye kullanılmasının önlenmesi anlamında irade özerkliğinin sınırlanmasına hizmet eden ortak durumların bulunmayacağı anlamına gelmez. Bu bağlamda örneğin monopolistlerin yasal olarak sözleşme yapma yükümlülükleri ve kartel hukukuna ilişkin düzenlemeler örnek gösterilebilir. Bu nedenle LEITNER<sup>177</sup>, tipikleştirilmiş dengesizlik kalıbını genel işlem şartlarına bağlayan normların, ilk

---

<sup>174</sup> Kreienbaum, s. 208.

<sup>175</sup> Leitner, s.13; tüketicinin ekonomik bakımdan güçsüzlüğü konusunda bkz. Altunkaya, s. 111.

<sup>176</sup> Leitner, s.14.

<sup>177</sup> Leitner, s. 14.

etapta ekonomik olarak zayıf tarafın korunmasına hizmet ettiği görüşünün kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir.

Alman Federal Mahkemesi önceleri genel işlem şartlarında içerik denetimini haklı göstermek için kullanıcının ekonomik üstünlüğüne dayanmıştır<sup>178</sup>. Öğretide de genel işlem şartlarının denetimi, ekonomik olarak zayıf olan sözleşme tarafının korunmasıyla gerekçelendirilmiştir<sup>179</sup>. Bu dayanak noktası esas olarak genel işlem şartlarının kullanılması problematiğini kapsamamaktadır. Ekonomik dengesizlikler aynı zamanda kural olarak içerik denetiminin kapalı olduğu özgürce müzakere edilen sözleşmelerde de söz konusu olabilir. Dolayısıyla genel işlem şartlarına ilişkin yasal bir düzenlemede öncelikli olarak ekonomik açıdan zayıf tarafın korunmasının ön planda olduğu hususu reddedilmelidir. Her ne kadar taraflar arasındaki ekonomik güç farkı sosyal hayatta genel işlem şartlarının kullanılmasıyla sıklıkla görülmekteyse de, bu durum genel işlem şartlarının ilişkilendirildiği sözleşmelerin akdedilmesi sırasında doğruluk garantisi için belirleyici husus değildir<sup>180</sup>.

## **B. KURUMSAL VE ENTELLEKTÜEL DENGESİZLİK DURUMU**

Ekonomik dengesizlik yanında girişimcilerin müşteriler karşısında entelektüel üstünlüğünden de söz etmek gerekmektedir. Gerçekten de girişimci iş yaşamında edindiği deneyimden, müşterinin ise deneyimsizliğinden faydalanarak, karşılaşılabileceği riskleri hesaplayıp, bunlara karşı kendisini hukuki açıdan güvenceye alacak genel işlem şartlarını kullanarak, sözleşmelerini bu kapsamda yapmak istemektedir<sup>181</sup>

Bu noktada önceden yapılan formülasyonlar, içerisinde kullanıcının entelektüel veya kurumsal olarak ön planda bulunduğu koşullara bağlanabilir. Kullanıcı önceden, muhtemelen çok sayıda olaylara uygulamayı düşündüğü genel işlem şartlarını hazırlamaktadır. Bu zaman noktasında kullanıcı, kapsamlı olarak bütün olasılıkları düşünebilir ve kendi menfaatlerine en uygun düzenlemeyi kabul

<sup>178</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 211 ve dn. 165.; ayrıca bkz. Rolf Schmidt, s.14.

<sup>179</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 211 dnp 166 da anılan yazarlar.

<sup>180</sup> Kreienbaum, s. 211.

<sup>181</sup> Bkz. Havutçu, s. 32; entelektüel dengesizlik konusunda ayrıca bkz. Hein Kötz: "Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle-Eine rechtsökonomische Skizze", **JuS 2003**, s. 209 vd. (s.209-214).

edebilir. Bu ana kadar kullanıcı her türlü hukuksal danışmanlık ve yardım alabilir. Kullanıcı muhtemelen genel işlem şartlarını birden çok durumda kullanmayı düşündüğünden ve masrafları ileride müşteriye yükleyeceğinden bu işlem kendisi için yüksek ölçüde ekonomiktir<sup>182</sup>.

Kullanıcının bu durumuna karşılık kullanıcı karşısındaki müşterinin durumu ise farklıdır. Müşteri genel işlem şartları ile ilk defa sözleşmenin akdedilmesi sırasında karşılaşmaktadır. Şayet müşteri genel işlem şartlarını okumak ve anlamak isterse, bunun için belirli bir zaman ayırmak zorundadır ve sözleşmenin akdedilmesinden -önce genel işlem şartlarını okuyup anlaması gerektiğinden- sarfi nazar edebilecektir<sup>183</sup>. Bunun yanı sıra hukuksal danışmanlık almak ilave zaman ve masrafı gerektirecektir<sup>184</sup>. Müşteri için bu tür bir davranışa girişmek ekonomik değildir, zira bu davranış tarzı aynı zamanda sözleşmenin akdedilmesini geciktirecek ve pahalılaştıracaktır. Şayet müşteri, genel işlem şartlarının esas olarak sözleşmenin ihlal edildiği ana konularda işlem göreceğinden hareket ederse, bu durumda söz konusu ihlal durumlarının ortaya çıkmamasını ummakta ve daha ziyade sözleşmenin sorunsuz bir şekilde uygulanmaya devam etmesini istemektedir. Psikolojik açıdan da tamamlanmış olarak ortada duran ve genel olarak kullanılan bir genel işlem şartlarının bütününe hukuka uygun, tam ve dengeli bir görünüş sunduğu gözden uzak tutulmamalıdır<sup>185</sup>.

Kullanıcının genel işlem şartlarını tek taraflı olarak önceden formüle etmesi, buna ilaveten içerisinde karşılıklı menfaatlerin karşı karşıya gelebileceği en azından teorik olarak bu karşılıklı menfaatlerin denkleşebileceği müzakerelerin, konuşmaların olmamasını gerektirmektedir<sup>186</sup>. Sözleşme sırasındaki müzakerelerin tek amacı bir anlaşmanın sağlanması değildir. Bu müzakerelerin temeli, tarafların menfaatlerinin karşı karşıya gelmesi vasıtasıyla sözleşme içeriğinin açığa çıkmasıdır. Bu tartışmaların genel işlem şartları ile bertaraf edilmesi, aynı zamanda açıklığa kavuşmanın, aydınlatmanın ve netleşmenin de bertaraf edilmesidir. İçerisinde doğruluk garantisinin de bulunduğu gerçek bir anlaşma sadece bu tür bir arka plan

---

<sup>182</sup> Kreienbaum, s. 212.

<sup>183</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 212.; Jürgen Schäfer: **Das Transparenzgebot im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen**, Peter Lang, Frankfurt am Main 1992, s. 21 vd.

<sup>184</sup> Schäfer, s. 23 vd.; Kreienbaum, s. 212;

<sup>185</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 213.;

<sup>186</sup> Kreienbaum, s. 213.



çerçevesinde gerçekleşebilir. Genel işlem şartları bakımından, tipik nitelik arz eden sözleşme mekanizmasının bu şekilde işlememesi, karşılıklı menfaatlerin dengelenmesini ve bu suretle makul bir sözleşme içeriğinin ortaya çıkmasını engellemektedir<sup>187</sup>.

Bu husus özellikle sürekli olarak hukuksal işlemlere katılanların artan bilgi ihtiyaçları açısından geçerlidir. Bireyin özel yaşamının düzenlenmesi geniş ölçüde temel yaşamsal ihtiyaçların giderilmesini aşan hukuksal işlemlere katılmasını gerektirmektedir. Bu çerçevede sunulan mal ve hizmetlerin çeşitliliği piyasanın gözlemlenmesini daha çok zorlaştırmaktadır. Buna ilaveten özel hukuktaki borç sözleşmesi tiplerinden ayrılan ve düzenlemeleri genellikle zor anlaşılabilen sözleşme formları da gelişmiştir<sup>188</sup>.

Genel işlem şartlarının içeriğini kullanıcı belirlediğinden dolayı fiili olarak yalnızca kullanıcının düzenleme özgürlüğünü kullandığı söylenebilir. Gerçi müşteri teorik olarak ilişkilendirme beyanının verilmesinden önce genel işlem şartlarının içeriği hususunda bilgilendirme ve düzenlemeye ilişkin isteklerini açıklama imkânına sahiptir. Ancak bu tür bir davranış genel işlem şartlarının rasyonalizasyon etkisini büyük ölçüde bertaraf ettiği için istenmemektedir. Buna ilaveten entelektüel açıdan tabi olma yani kullanıcının rasyonalizasyon menfaatleri lehine bilgi edinme masraflarının müşteriye yıkılması, zedelenen sözleşme dengesinin düzenlenmesi olarak rekabeti zorlaştırdığı için aynı zamanda müşterinin sözleşme akdetme özgürlüğü de zedelenmektedir<sup>189</sup>. Müşteri açısından bu şekilde sözleşme özgürlüğünün fiili olarak daraltılması bireysel sözleşme modeline aykırıdır. Bu yüzden sözleşme modeline işaret eden doğruluk garantisi genel işlem şartlarının kullanılması sırasında artık daha fazla söz konusu değildir. Bu durum genel işlem şartlarının kullanımı sırasında söz konusu şartların sözleşme adaletinin gerçekleşmesine hizmet eden özel yasal düzenlemelere tabi tutulmasını gerektirmektedir. Bu itibarla genel işlem şartlarına ilişkin yasal düzenlemelerin

---

<sup>187</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 213.

<sup>188</sup> Kreienbaum, s. 214.

<sup>189</sup> Schäfer, s. 23 vd. Kreienbaum, s. 214, 215.

koruma amacı, kullanıcının sözleşmeyi düzenleme özgürlüğünden tek taraflı olarak yararlanması karşısında müşterinin korunmasında görülmelidir<sup>190</sup>.

### C. BİLGİ EDİNME MASRAFLARI ASİMETRİSİ

Genel işlem şartları çoğunlukla hukuksal deneyimlerle ve uzun süren hazırlıklardan sonra tasarlanmakta ve hazırlanmaktadır. Şayet kullanıcı bir şart metnini, birçok sözleşmenin temeli yapmayı planlıyorsa, kendisi için hukuksal görüş/yardım hususunda masraf yapmaya degecektir. Düzenleyici için hukuksal görüş almak, farklı durumları inceden inceye düşünmek ve her defasında kendi menfaatlerine uygun bir hukuksal düzenlemeyi yapmak uygun olacaktır. Düzenleyici, düzenleme için masrafları bir defa yapmak zorunda olacaktır ve uygulamadan kaynaklanan avantajlardan çok sayıda sözleşmede yararlanabilecektir<sup>191</sup>. Buna karşılık müşteri bakımından durum farklıdır. Müşteri normal olarak temelinde genel işlem şartları bulunan bir sözleşme yapmaktadır. Sözleşme yapma açısından kullanıcıda bulunan deneyimlere sahip olma hususu, hukuksal görüş alma imkânı ve genel işlem şartlarının hazırlanması bakımından dikkatli, özenli çalışma ve zaman ayırma olanağı sözleşmenin diğer tarafı için çoğunlukla eksiktir ve esasında bütün bunlar bu sözleşme tarafı için ekonomik olarak da anlamlı ve amaca uygun değildir<sup>192</sup>. Bu bağlamda F. Bydlinski<sup>193</sup>; müşterinin hemen hemen hiç hukuksal bir olayı düşünmediğine, zira müşterinin bunu olası olarak telakki etmediğine ve gündelik yaşamda sözleşme akdetme esnasında karışık hukuksal sorunlar ile ilgilenmek istemediğine işaret etmektedir. Leitner<sup>194</sup> de bunun kabul edilebilir olduğunu, ancak müşteri için şart metniyle ayrıntılı bir şekilde uğraşmanın zahmet etmeye değmeyeceği hususunun daha önemli görüldüğünü savunmaktadır. Genel işlem şartları kullanıcısının aksine müşteri için bilgi edinme masraflarını çok sayıda ticari işleme dağıtma olanağı bulunmamaktadır. Mantıksal olarak kullanıcının genel işlem şartlarını oluşturması sırasında sahip olduğunun

---

<sup>190</sup> Kreienbaum, s. 215.

<sup>191</sup> Leitner, s. 15.

<sup>192</sup> Leitner, s. 16. bkz. Hein Kötz, s. 211; Hans-Bernd Schäfer: "Theorie der AGB-Kontrolle", **German Working Papers in Law and Economics**, Volume 2002, s. 28 (s. 1-30).

<sup>193</sup> Bkz. F. Bydlinski, in **Kastner-FS 47** (Leitner, s. 16 dan naklen).

<sup>194</sup> Leitner, s. 16.

aksine müşterinin esas olarak genel işlem şartlarının incelenmesi için ayıracağı zamanı ve parası da bulunmayacaktır. Müşterinin genel işlem şartlarının incelenmesi için zaman ve para sarf etmesi, müşteri için sözleşmenin akdedilmesini o derece masraflı hale getirecektir ki, müşterinin bundan daha fazla kazanç sağlaması söz konusu olmayacaktır<sup>195</sup>. Genel işlem şartlarının kullanıcısının bilgi edinme masraflarını bu şekilde rasyonelleştirme imkânına sahip olması, doğal olarak müşterinin kullanıcıya nazaran daha deneyimsiz olması sonucunu doğuracaktır. Bu durum ise, sözleşme mekanizmasının içinde bulunan doğruluk garantisinin tam olarak dikkate alınmasını engellemektedir ve içeriksel bir incelemeyi, denetimi gerekli kılmaktadır<sup>196</sup>. Sözleşmenin subjektif doğruluk garantisi sadece ekonomik güç eğilimi yani müşterinin sözleşme içeriğine etki etme olanağının bulunmaması ile tehlikeye sokulmamakta bilakis bilgi edinme masrafların asimetrisinde de bulunmaktadır<sup>197</sup>. Kullanıcı ile müşteri arasındaki bu dengesizlik öğretide bazılarınca “entelektüel dengesizlik” olarak ifade edilmiştir<sup>198</sup>. Ancak Leitner, bu düşüncenin hataya sevk edici olduğu düşüncesindedir. Kullanıcı ve müşteri arasındaki bilgi edinme masraflarının asimetrisi aynı zamanda ana edim yükümlülüklerini ilgilendirmeyen genel işlem şartlarının içerik denetiminin sınırlanmasına ilişkin hükümlerle anlaşılabilir. Fiyat-edim ilişkisinin makul olmadığının belirlenmesi için ne kapsamlı bir hukuksal bilgi ne de önemli bir şekilde zaman ayırma gereklidir; dolayısıyla bilgi edinme masraflarındaki asimetri önemsizdir. Zira müşteri esas olarak kullanıcıya nazaran entelektüel olmayan bir yapıda ya da bilgisiz değildir. Onun açısından sadece bilgi edinme masraflarını çok sayıda sözleşmeye dağıtma imkânı eksik bulunmaktadır. Bu itibarla Leitner’e<sup>199</sup> göre, kullanıcı ile müşteri arasında entelektüel dengesizlikten değil bilakis bu bağlamda bilgi edinme masrafları asimetrisi temelinde bir dengesizlikten söz etmek daha isabetlidir.

Bilgi edinme masrafları asimetrisi ışığında genel işlem şartlarının içerik denetiminin ana edimleri ilgilendirmeyen düzenlemelerle sınırlandırılması da

---

<sup>195</sup> Hein Kötz, s. 211; Leitner, s.16.

<sup>196</sup> Leitner, s.16; bu konuda ayrıca bkz. Heit Kötz, s. 209 vd.

<sup>197</sup> Bkz. Leitner, s. 16. Genel işlem şartları denetiminin gerekliliğinin bir sözleşme tarafının ekonomik gücünden ya da entellektüel olarak karşı tarafa bağlı olmasından değil, bu gerekliliğin daha ziyade bilgi edinme masrafları asimetrisinden kaynaklandığı görüşü için bkz. Hans-Bernd Schäfer, s.2, 3.

<sup>198</sup> Bkz. Raiser, JZ 1958, s.7 (Raiser bu makalesinde genel işlem şartları hazırlayıcısının entelektüel üstün gücünden söz etmektedir (Leitner, s. 16 dan naklen); entellektüel dengesizlik konusunda ayrıca bkz. Havutçu, s. 32, 33.

<sup>199</sup> Leitner, s. 16.

anlaşılabilir. Fiyat-edim ilişkisinin belirlenmesi için ne kapsamlı bir hukuksal bilgi ne de önemli bir zaman harcama gereklidir. Bu anlamda müşterilerin bilgi edinme masrafları ehemmiyetsizdir. Buna ilaveten müşterilerin dikkat ve menfaatlerinin değişken mallar ve fiyatlar üzerinde sürekli olarak değişkenlik arz ettiği de belirtilmelidir. Bu noktada bilgi edinme masraflarının hemen hemen hiç etki göstermediği, fiyat açısından aynı zamanda kitlesel olarak akdedilen sözleşmelerin, tipik olarak içerik denetimini gerekçelendirecek bir dengesizlik bulunmadığı da söylenebilir<sup>200</sup>.

Genel işlem şartlarının kullanımı ile sözleşme adaletinin müşteri aleyhine esaslı surette bozulması nedeniyle sözleşme tarafları arasında bozulan dengenin yasal müdahaleyle sağlanması istenmiş ve bu doğrultuda öncelikle Almanya olmak üzere pek çok ülkede genel işlem şartlarının denetimine ilişkin yasal düzenlemeler yapılması yoluna gidilmiştir<sup>201</sup>.

### **III.DENETİM TÜRLERİ**

#### **A. BAĞLAYICILIK DENETİMİ**

Genel işlem şartlarının denetiminin birinci basamağında bağlayıcılık denetimi bulunmaktadır. Bağlayıcılık denetimi, genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesine ve bu şartların hangi kapsamda bağlayıcı olduğuna ilişkin bir denetimdir<sup>202</sup>.

Her ne kadar genel işlem şartlarından bazen ekonomi tarafından bizzat yaratılmış hukuk olarak söz edilse de günümüzde, genel işlem şartlarının kullanıcısının tek taraflı olarak objektif hukuk yaratma olanağının bulunmadığı ve geçerliliğinin sözleşmeden kaynaklanmak zorunda olduğu hususunda görüş birliği

---

<sup>200</sup> Leitner, s. 17.

<sup>201</sup> Bkz. Kocaman, s. 1088; genel işlem şartlarına karşı korumanın özel yasayla düzenlenmesi sorunu için bkz. Tandoğan, s. 27.

<sup>202</sup> Bu konuda bkz. Havutçu, s. 40 ve 105 vd.; Atamer, s. 82 vd.; Ulusan, 30; Kocaman, s. 1088; Çınar, s. 67 vd.

bulunmaktadır<sup>203</sup>. Genel işlem şartları ancak, bu konuda anlaşmaya varılmışsa, yani genel işlem şartları diğer düzenlenen kurallara tabi kılınmışsa geçerlidir. Sıklıkla asli edimler hakkında mutabık kalma yanında genel işlem şartlarının sözleşme içeriğinin bir parçası olarak geçerli olması gerektiği hususunda da açıkça bir uzlaşmaya varılmaktadır. Genel işlem şartları hakkında bir uzlaşma açıkça yapılmak zorunda olmayıp, zımni de olabilir. Şüphesiz ki burada niyet önemlidir. Yalnızca şayet müşterinin davranışı onun genel işlem şartlarını kabul etmek istediği yönünde açıkça anlaşılmaya yol açıyorsa ve bu konuda geride bir tereddüt kalması için mantıksal bir neden bulunmuyorsa, müşterinin genel işlem şartlarını sözleşmenin bir parçası olması hususunda uzlaştığı sonucu çıkarılmalıdır<sup>204</sup>. Kullanıcı hazırladığı genel işlem şartlarını sözleşmeye dâhil etmek istediğini açıkça ortaya koyuyorsa ve diğer sözleşme tarafı buna rıza gösteriyorsa burada karşı akidin genel işlem şartları ile sözleşme içeriği olmasına muvafakat ettiği yani uzlaştığı sonucu çıkarılabilir; başka bir ifade ile genel işlem şartları bir uzlaşıdan ortaya çıkmaktadır. Genel işlem şartlarında uzlaşma için karşı akid tarafın bu şartların içeriğini vakıf olması da gerekmemektedir; hatta tipik olarak görüldüğü üzere genel işlem şartları da tam olarak okunmamaktadır. Genel işlem şartlarını bu şekilde kabul etmek bilinçli olarak onun içeriğini de kabul etmek anlamına gelecektir<sup>205</sup>.

Bireysel olarak yapılan anlaşmalar her halükarda buna aykırı olan genel işlem şartları karşısında öncelikten yararlanırlar<sup>206</sup>. Alman Medeni Yasasının “bireysel müzakerelerin önceliği” başlıklı 305 b paragrafına göre, bireysel olarak sözleşmede uzlaşılan hususların genel işlem şartları karşısında öncelikli olduğu belirtilmektedir<sup>207</sup>. Gerçekten de bireysel uzlaşma durumunda, sözleşmenin

---

<sup>203</sup> Genel işlem şartlarının hukuki niteliği konusunda, norm görüşü, örf ve adet, teamül görüşü gibi öğretide çok tartışma yapılmış olmakla birlikte, bugün için genel işlem şartlarının sözleşmesel niteliği konusunda görüş birliği olduğu söylenebilir (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Akman, s. 88 vd.; Erten, s. 248; Eren, s. 205; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, s. 157; Akman, s. 89; Soyer, 54 vd.; Oğuz, s. 35; Havutçu, s. 93 vd.; Atamer, s. 77 vd.; Serdar, s.230 ; Çınar, s. 59 vd. ; Leitner, s. 6).

<sup>204</sup> Bkz. Leitner, s. 6 vd.).

<sup>205</sup> Leitner, s. 7.

<sup>206</sup> Kocaman, s. 1101. Almanya'dan farklı olarak Avusturya hukukunda bu ilke açıkça yasada düzenlenmemiştir ve sözleşmenin yorumundan çıkmaktadır (Alman hukukunda bkz. § 305 b BGB (eski AGBG § 4), bkz. Leitner, s. 7).

<sup>207</sup> Ayrıca bkz. <http://dejure.org/gesetze/BGB/305b.html> 0/28.9.2009). Bu anlamda bireysel uzlaşmaların yorumu genel işlem şartları kurallarına göre değil genel kurallara göre (BGB § 133 vd) olmaktadır (bkz. <http://de.wikipedia.org/wiki/Individualvereinbarung>).

yapılması sırasında genel işlem şartları içerisindeki genel düzenlemelerden ayrılan tarafların iradeleri söz konusudur<sup>208</sup>.

Bağlayıcılık denetimi konusunda Alman Hukukunda açık bir yasal düzenleme mevcuttur (§ 305 BGB ). İsviçre hukukunda bu konuda herhangi bir özel yasal düzenleme bulunmadığından bağlayıcılık denetimi, sözleşmenin kuruluşuna ilişkin genel ilkeler ve müşterinin iradesinin güven teorisine göre yorumlanması suretiyle yapılmaktadır<sup>209</sup>. Türk Hukukunda ise her ne kadar önceki Borçlar Kanununda ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda bir düzenleme bulunmamakta ise de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 21. maddesinde bağlayıcılık denetimine yer verilmiştir.

## B. İÇERİK DENETİMİ

Genel işlem şartları denetiminde bağlayıcılık denetiminin ardından 2. basamağı içerik denetimi oluşturmaktadır. Burada bağlayıcılık denetiminin ardından geçerli bir şekilde ilişkilendirildiği belirlenen genel işlem şartlarının içeriklerinin tarafların çıkarlarını adil bir şekilde dengeleyip dengelemediği incelenmekte, müşteriye haksız derecede mağdur eden şartlar geçersiz sayılmaktadır<sup>210</sup>.

Genel işlem şartlarının içeriklerinin hakkaniyete uygun olarak hazırlanması, idari makamlara bu şartların kullanımına izin ve şartların içeriklerini denetleme yetkisi vererek<sup>211</sup> sağlanabileceği gibi, genel işlem şartlarının içeriklerinin yargıç tarafından denetlenmesi yoluyla da sağlanabilir. Genel işlem şartlarının içeriklerinin

---

<sup>208</sup> Leitner, s. 7; ayrıca bkz. Kittner, 264.

<sup>209</sup> Bu konuda bkz. Havutçu, s. 106, ayrıca bkz. İbrahim Kaplan: "Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları", **BATİDER**, Aralık 1991, C:XVI, S:2, s. 57 (s. 49-89) .

<sup>210</sup> Havutçu, s. 41 ve 154; Atamer, s. 143; Çınar, s. 119; Astrid Stadler, Vorbemerkung §§ 307-309, Rn.

<sup>211</sup> Örneğin sigortacılık, idari denetiminin zorunlu olduğu bir alandır. Sigortacılık Kanunu'nun 11. maddesinde, mülga Sigorta Murakabe Kanununa benzer şekilde, sigorta genel şartlarının Hazine Müsteşarlığı tarafından onaylandıktan sonra, sigortacı tarafından kullanılabilmesini düzenlemiştir. Yine TTK'nun 1266. maddesi gereğince, sigorta poliçesine konulacak genel şartların bakanlık onayından geçmesi gerekmektedir, buna uyulmazsa söz konusu şartlar yerine kanunun genel hükümleri uygulanacaktır (bkz. Özdamar, s. 142 vd., özellikle dn. 152).

yargıç tarafından denetlenmesine<sup>212</sup> “yargısal içerik denetimi” veya açık içerik denetimi” denilmektedir<sup>213</sup>.

Genel işlem şartlarında belirsiz düzenlemeler olduğu takdirde genel olarak kullanıcı şartın formülasyonuna göre sınırsız hakları (örneğin, çok uzun süreler ve vazgeçme hakları gibi) elde edebilmektedir. Böylelikle kullanıcı örneğin şartta yer alan ölçüsüz derecede uzun bir süreden veya ölçüsüz nitelikte fesih sebeplerinden geniş kapsamlı bir avantaj sağlayabilmektedir. Genel işlem şartları içerisinde yer alan belirsiz düzenlemeler (örneğin, kullanıcı lehine olan süreler) nedeniyle müşteri örneğin teklifin ne kadar süreye bağlı olduğu, edimini ne zaman icra edebileceği, ne zaman hak sahibi olabileceği, ne zaman edimin gecikmesi veya ifa edilmemesi nedeniyle tazminat taleplerini ileri sürebileceği gibi hususları bilemeyecektir. Genel işlem şartları içerisinde yer alan belirsiz fesih kayıtları söz konusu olduğu zaman müşteri yine kullanıcının hangi durumlarda bu tür haklara sahip olduğunu bilemeyecektir. Bu nedenle genel işlem şartlarında yer alan örneğin süreler veya fesih hakkına ilişkin şartların, müşterinin buna bağlı rizikoları bilebileceği şekilde düzenlenmesi gerekir. Dolayısıyla genel işlem şartları içerisinde yer alan fesih sebeplerinin ortalama müşterinin herhangi bir zorlukla karşılaşmaksızın kullanıcının sözleşmeyi ne zaman feshetmeye yetkili olduğunu bilebileceği şekilde düzenlenmelidir<sup>214</sup>. Aynı şekilde genel işlem şartlarında bir takım süreler belirlenirken müşterinin kendi konumunu bir zorlukla karşılaşmadan ve hukuki bir yardım almadan tespit edebilmesi gerekmektedir.

Esasında içerik denetimi hukuk düzeninin özel hukuka özgü tarafsızlığına aykırıdır. Bu yüzden içerik denetimi ilk olarak şayet sözleşmenin akdedilmesi için koşullar ve tarafların özgür irade oluşumu mevcutsa ve fakat kararlaştırılan hukuksal sonuçlara hukuk düzeninin hiçbir şekilde tahammül etmesi beklenemeyecekse

---

<sup>212</sup> Yargıcın doğrudan doğruya sözleşmenin içeriğine müdahalede bulunmadan, alışılmamış şartları hakkaniyete aykırı şart olarak ya da açık olmayan şartları müşteri yerine yorumlama biçiminde olduğu gibi dolaylı yolla genel işlem şartlarının içeriklerinin uygunluğunu denetlemesi “örtülü içerik denetimi” olarak değerlendirilmektedir (bkz. Havutçu, s. 155 ve dn. 379’da anılan yazarlar).

<sup>213</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Havutçu, s. 41, 42 ve 154 vd., özellikle dn. 106’da anılan yazarlar. Genel işlem şartlarının yasal olarak düzenlenmesinden önce yargıcın içerik denetimi yapma yetkisi, ahlaka aykırılık; edimin tek tarafı olarak belirlenmesinde hakkaniyete uygunluk; dürüstlük kuralı, kamu düzenine aykırılık, gabin, culpa in contrahendo gibi bir takım hukuki temellere dayandırılmıştır (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Havutçu, s. 161 vd.; Atamer, s. 146 vd.; Ulusan, s. 32-34; Kocaman, s. 1104 vd.; yasal düzenlemeden önce içerik denetimi için yararlanılabilecek hukuki olanaklar konusunda ayrıca bkz. Çınar, s. 124 vd.)

<sup>214</sup> Kreienbaum, s. 107, 108.

devreye girmektedir<sup>215</sup>. Yukarıda genel işlem şartlarının kullanılması sırasında sözleşmenin akdedilmesi esnasında müşterinin entelektüel ve organizasyonel açıdan tabi olması içerisinde özel tehlikelerin bulunabileceği belirtilmişti. Genel işlem şartlarının kullanılması bunun yanı sıra etkili bir piyasada bulunması zorunlu olan makul bir şekilde sözleşmenin akdedilmesine ilişkin koşulları da zedelemektedir. Genel işlem şartlarının kullanılması sırasında sözleşme dengesinin zedelenmesinin temel sebepleri açısından içerik denetimi olsa olsa dolaylı etkilere sahiptir. İçerik denetimi müşterinin müzakere gücünü sözleşmenin akdedilmesi anında herhangi bir şekilde güçlendirmedeği için zedelenen sözleşme dengesine ilişkin temel durum mevcut olmaya devam etmektedir<sup>216</sup>.

İçerik denetimi, özü itibariyle sözleşmenin akdedilmesinin hukuksal sonuçlarına müdahale etmekte ve orada düzeltici etki yapmaktadır. İçerik denetimi bu nedenle tabi olan tarafın irade özerkliğinin kaybını dengelemekte bilakis birey için irade özerkliğinin kaybının sonuçlarını yumuşatmaktadır. Böylelikle hâkim hukuku vasıtasıyla sözleşmenin düzenlenmesi ortaya çıkmakta ve nihai olarak bu düzenleme bireysel kararlaşrtırmalar suretiyle ortaya çıkan düzenlemenin yerine geçmektedir. Bu surette görülmektedir ki içerik denetimi bir taraftan genel işlem şartlarının makul olmayan sonuçlarına engel olan genel işlem şartları hukukunun önemli bir kazanımıdır ve böylelikle somut olayda sözleşmenin doğruluğuna katkıda bulunmaktadır. Özel hukuktaki bireysel sözleşme modeline ve irade özerkliğinin temelinde bulunan anlayışlara nazaran içerik denetimi irade özerkliğine dar sınırlar çizdiği için daha etkili bir müdahaledir<sup>217</sup>.

Alman hukukunda bu bağlamda içerik denetimi Alman Medeni Kanununun 307 ila 309. paragrafları arasında düzenlenmiştir<sup>218</sup>. İsviçre Hukukunda ise önceleri öğretinin kabulü aksine uygulamada genellikle yargıcın içerik denetimi amacıyla sözleşmeye müdahalesi kabul görmemiş, bu nedenle mahkemeler örtülü denetim

---

<sup>215</sup> Kreienbaum, s. 220; Leitner, s. 26.

<sup>216</sup> Kreienbaum, s. 220, 221.

<sup>217</sup> Kreienbaum, s. 221.

<sup>218</sup> Almanya'da Borçlar Hukuku modernizasyonu ile Medeni Kanunda değişiklik yapılmadan önce genel işlem şartlarına ilişkin düzenleme 1976 tarihli Genel İşlem Şartları Yasası idi ve bu yasanın 9. paragrafında içerik denetimi düzenlenmişti. Alman hukukunda bu yasal düzenlemelerden önce yargıcın içerik denetimi yapma yetkisi; ahlaka aykırılık, edimin tek taraflı olarak belirlenmesinde hakkaniyete uygunluk ilkesi, doğruluk ve güven ilkesi ile sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılması gibi çeşitli dogmatik temellere dayandırılmıştır (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Havutçu, s. 161 vd; ayrıca bkz. 124 vd.).



yoluna başvurmuşlardır. Ancak daha sonra 1986 tarihli “Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun”<sup>219</sup> ile içerik denetimi yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Söz konusu Kanunun 8. maddesi ile içerik açısından hakkaniyete aykırı genel işlem şartlarının kullanılması haksız rekabet olarak kabul edilmiştir<sup>220</sup>.

93/13 AB Yönergesi’nin 3. maddesine göre, münferiden tartışılmamış olan sözleşme şartı, iyiniyet kurallarına aykırı olarak tüketicinin aleyhine olacak şekilde, tarafların sözleşmeden doğan hak ve borçlarında önemli bir dengesizliğe neden olduğu takdirde haksız kabul edilecektir. Türk hukuku bakımından paralel bir düzenleme Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesinde yer almaktadır. Düzenlemeye göre haksız şart; *“satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyiniyet kuralına”<sup>221</sup> aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları*” olarak ifade edilmiştir. Türk Borçlar Kanununun 25. maddesinde içerik denetimi düzenlenmiştir.<sup>222</sup> Bu düzenleme ile içerik denetiminde “dürüstlük kuralı” esas alınmıştır<sup>223</sup>.

<sup>219</sup> Bu kanun, 30 Eylül 1943 tarihli “Haksız Rekabet Hakkında Kanun”un yerine 19 Aralık 1986 tarihinde kabul edilmiş ve 1 Mart 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir (bkz. Selçuk Öztekin: “Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri”, **Prof.Dr.Jale G. Akipek’e Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, Konya 1991, s. 417 (s. 417-429).

<sup>220</sup> Bkz. Havutçu, s. 179, 180 ve 199 vd; bu kanunun amacının, doğru ve gerçek rekabeti sağlamak olduğu, rekabetin açık olması, tüketicinin kendisine yapılan teklifi ve vaad edilen edimi iyi anlayabilmesi gerektiği, 8. maddenin gerekçesinin de bu belirtilen ilke olduğu yönünde bkz. Öztekin, s. 418.

<sup>221</sup> Buradaki iyiniyet” Türk Medeni Kanununun 3. maddesinde düzenlenen subjektif iyiniyeti değil, Kanunun 2. maddesinde düzenlenen objektif iyiniyeti yani dürüstlük ve güven ilkesini ifade etmektedir (bkz. Oğuzman/Öz, s. 23; Atamer, s. 303; Serdar, s. 250; Çınar, s. 143.)

<sup>222</sup> Türk Borçlar Kanunu yasalaşmadan Tasarı’nın içerik denetimine ilişkin 25. maddesinin metni şu şekilde idi: *“Genel işlem koşullarında yer alan hükümlerden, karşı tarafa dürüstlük kurallarına aykırı olarak zarar veren veya karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olanlar geçersizdir.”* Havutçu’ya göre, maddedeki “zarar verici” ifadesi çıkarılmalıdır. Nitekim burada aslolanın “zarar verme” olmadığı, TMK’nun 2. maddesi kapsamında “dürüstlük kuralı-hakkın kötüye kullanılması” kavramının açıklanmasında bile “zarar verme” unsuru tartışmalı durumda iken, tasarıda bu ifadeye yer verilmesi başka tartışma ve belirsizliklere neden olabilecektir (bkz. Havutçu, Değerlendirme, s. 3625). Benzer görüşü savunan Atamer, ispat koşullarının genel işlem şartları yoluyla müşteri aleyhine değiştirilmesinin teknik olarak bir zarara neden olmamakla birlikte denetlenmesi gerektiğini, görüşüne örnek olarak vermektedir (bkz. Atamer, Tasarı, s. 114). Kanunlaşan metinde “zarar veren” ifadesi çıkarılarak, *“karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı”* ifadelerine yer verilmiştir.

<sup>223</sup> Türk Borçlar Kanununda BGB § 307’de bulunan dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde hakime yol gösterici nitelikteki ölçütlere de yer verilmesi daha uygun olurdu (bkz. Havutçu, s. Değerlendirme, s. 3625; Atamer, tasarı, s. 114, 115; benzer eleştiriler için bkz. Çınar, s. 123).

### C. ŞEFFAFLIK DENETİMİ

Her ne kadar genel işlem şartlarının okunmadıklarından hareket edilse de, müşterinin en geç sözleşmenin ihlali anında da olsa genel işlem şartlarından bilgi sahibi olmak istemesi durumu için dahi, genel işlem şartları şeffaf, yani açık ve anlaşılır olmak zorundadır<sup>224</sup>. Esas olarak şeffaflık denetimi sırasında bir şartın şeffaf olup olmadığı denetlenirken, müşterinin bilgilendirilme gereksinimlerinin bu şart aracılığıyla ihlal edilip edilmediği de değerlendirilmektedir<sup>225</sup>.

İçerik denetiminin yanında şeffaflık denetimi de müşterinin korunmasına hizmet eder<sup>226</sup>.

Şeffaflık ilkesi ortaya çıkarken esas olarak dürüstlük kuralına dayandırılmış ve dürüstlük ilkesinin gereği olarak, genel işlem şartlarının kullanıcısının müşterinin hak ve yükümlülüklerini mümkün olduğu ölçüde açık, tek anlamlı ve anlaşılır bir şekilde hükümlü kıldığı ve şeffaflık ilkesinin ihlalinin şartın hükümsüzlüğüne yol açabileceği kabul edilmiştir<sup>227</sup>. Görüldüğü üzere genel işlem şartlarının açık ve şeffaf olması önce yargısal kararlarla gelişmiş, hatta genel işlem şartlarının anlaşılabilirliğinin ihlalinin tek başına dahi şartın hükümsüzlüğü için yeterli sayılabileceği kabul edilmiştir<sup>228</sup>. Zira genel işlem şartlarının anlaşılabilirliği içerik denetimi bakımından da büyük önem sahiptir<sup>229</sup>.

Dolayısıyla önceleri genel işlem şartlarının içerik denetimi sadece şartları içerik bakımından makul olup olmamaları yönüyle denetlemeye hizmet ederken, bu gelişim çerçevesinde genel işlem şartları belirsizlik, açık olmama yani şeffaf olmama

<sup>224</sup> Aygün Kutlu: **AGB-Kontrolle bei stationärer Krenkenhausaufnahme**, Heidelberg 2006, s. 55; ayrıca bkz. Walter F. Lindacher: "Der topos der Transparenz im Rahmen der Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen", in: **Vorträge zur Rechtsentwicklung der achtziger Jahre**, (Hrsg. Juristischen Gesellschaft Osnabrück-Emsland), Carl Heymanns Verlag KG, München 1991, s. 349 vd.

<sup>225</sup> Tim Gero Joppich: **Die Kodifikation des Transparenzgebots in § 307 BGB**, Frankfurt am Main 2009, s. 30; Schmidt, BGB § 307 BGB, BeckOK, Rn. 30 vd.

<sup>226</sup> Peter Fahr: Inhaltskontrolle, Transparenzgebot und §8 AGBG, München 1999, s. 99.

<sup>227</sup> Bkz. BGHZ 106, 42 (49);, Martin Stadler: **Verständliche Gestaltung Allgemeiner Versicherungsbedingungen am Beispiel der AKB**, Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe 2009, s. 20. Gerçekten de o zamana kadar genel işlem şartlarının müşteri tarafından anlaşılabilir nitelikte olması, genel işlem şartlarının eksik ilişkilendirilmesi çerçevesinde veya genel işlem şartlarının makul olmaması kapsamında ilave bir gerekçe olarak kabul edilmekteydi.

<sup>228</sup> Bkz. Stadler, s. 21.

<sup>229</sup> Kreienbaum, s. 127.

durumunda da hükümsüzlüğe yol açabilecek nitelikte şeffaflık denetimine tabi kabul edilmiştir<sup>230</sup>.

Şeffaflık ilkesinin tarihsel gelişiminin tüketicinin korunması alanında edinilen kazanım ve başarıların gelişimi ile paralellik arz ettiği ifade edilmektedir<sup>231</sup>. Gerçekten de 93/13 No.lu AB Yönergesi haksız şartlar karşısında tüketicinin korunmasını amaçlamış ve açıkça şeffaflık ilkesini (md.5, c. 1) kabul etmiştir<sup>232</sup>. AB hukuku çerçevesinde ATAD (Lizbon Antlaşmasından sonra yeni adı ABAD olmuştur) kararlarında da şeffaflık ilkesinin ele alındığı görülmektedir<sup>233</sup>.

Genel işlem şartları hukukunda genel işlem şartlarının denetimi esas olarak üç aşamaya ayrılmaktadır. Başlangıçta genel işlem şartlarının içeriğinden bağımsız olarak bağlayıcılık denetimi bulunmaktadır. Bu aşamada genel işlem şartlarının kesin olarak sözleşmenin bir parçası olup olmadığı değerlendirilir. Şayet genel işlem şartları sözleşmenin bir parçası olmuşlarsa, ikinci olarak mahkeme münferit şartların içeriğini yorum yoluyla ortaya çıkartmak zorundadır. Bu tespit edildikten sonra üçüncü aşamada da içerik denetimi gelmektedir. Bu denetim, şart kullanıcısının müşteriye dürüstlük ilkesine aykırı olarak haksız bir şekilde mağdur eden şartların hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaktadır. Şeffaflık ilkesi bu her üç aşamada da dikkate alınmalıdır<sup>234</sup>.

93/13 nolu AB Yönergesinde yer alan şeffaflık ilkesine ilişkin hükümlerle şeffaflık ilkesinin ayrı bir denetim aracı olarak değerlendirildiği söylenebilir. Bunun sonucu olarak da bir şartın şeffaf olmamasının bir yaptırım olacaktır. Şeffaflık denetimi ile içerik denetiminin yöneldiği amaç birbirinden farklıdır. Şeffaflık denetimiyle, bilgilendirme olanağı aracılığıyla, müşterinin genel işlem şartlarından

---

<sup>230</sup> bkz. Joppich, s. 30; Stadler, s. 21.

<sup>231</sup> Bkz. Stadler, s. 22.

<sup>232</sup> Gottschalk, s. 557; Joppich, s. 16; Stadler, s. 22 vd.

<sup>233</sup> Bkz. EuGH, Urt. v. 10.5.2001, Rs. C-144/99, Slg. 2001, I-3541 Erwägung 20 unter Verweis auf die Schlußanträge des Generalanwalts Nummer 26 bis 31 = NJW 2001, 2244 (Kommission/Niederlande), (Gottschalk, s. 557 den naklen). Bu kararda Hollanda Krallığının Genel İşlem Şartları Yönergesi'nin 4. maddesinin 2. fıkrası ve 5. maddesinde düzenlenen şeffaflık ilkesinin gerekli kıldığı hukuksal ve idari düzenlemeleri yapmadığı için 93/13 No.lu AB Yönergesindeki yükümlülüklerini ihlal ettiği saptanmıştır (ayrıca bkz.Evermann, s.3). AB hukukunda genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesi özellikle 93/13 No.lu AB Yönergesi aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

<sup>234</sup> Jürgen Basedow: "Transparenz als Prinzip des (Versicherungs-) Vertragsrecht", **VersR 1999**, s. 1045 vd.

kaynaklanan hakları ve yükümlülükleri bakımından karar verme gücünü artırarak rekabet şansının güçlendirilmesinin teminat altına alınması amaçlanmıştır<sup>235</sup>.

#### **Ş4. GENEL İŞLEM ŞARTLARI KULLANIMININ SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ AÇISINDAN YARATTIĞI SAKINCANIN ÖNLENMESİNDE BİLGİLENDİRME (ENFORMASYON) MODELİNE İLİŞKİN ÇÖZÜM ÖNERİSİ**

##### **I. GENEL OLARAK**

Genel işlem şartları söz konusu olmaksızın günümüzde modern bir ekonomik yaşamın cereyan etmesi düşünülemez. Genel olarak genel işlem şartları vasıtasıyla ticari işlemlerin rasyonelleşmesi olumlu olarak karşılanmaktadır. Şüphesiz ki genel işlem şartları dengesiz bir şekilde müşteri aleyhine rizikoların aktarılması sonucunu ortaya çıkartabilir. Genel işlem şartlarının kullanıcısı kendisinde bulunan düzenleme gücünü, ilgili müşteri karşısında kendi pozisyonunu iyileştirmek suretiyle kötüye kullanabilir. Müşteriler ve kullanıcılar arasındaki bu dengesizlik sebebiyle öyle bir durum ortaya çıkmaktadır ki, bu durum, makul bir şekilde menfaatlerin dengelenmesi için bir araç olarak sözleşmenin sınırlarını zorlamaktadır<sup>236</sup>. Günlük yaşam içerisindeki ticari işlemler nezdinde müşteriler için düzenli olarak diğer sunucuların genel işlem şartlarını kendisine sunulan genel işlem şartları ile karşılaştırması ve kendisi için uygun olan sunucuyu tercih etmesi bakımından masraf ve külfete değmemektedir. Bu bağlamda bilgi edinilmesi ve bunların değerlendirilmesinin masrafları, bütün sözleşmeye bağlı olan yararların değerinin üzerinde bulunmaktadır<sup>237</sup>. Yine müşteriler kendi aralarında şartların kalitesi hakkında bilgi alış verişi de yapmamaktadırlar. Genellikle müşteriler kendilerini kolayca işletmelerin genel işlem şartlarına tabi kılmaktadırlar. Genel işlem şartları hukuku bakımından koruma temeli, bu nedenle kullanıcılar ve müşteriler arasındaki bilgi ve motivasyon seviyesindeki fark içerisinde bulunmaktadır. Bunun yanı sıra bir

<sup>235</sup> Joppich, s. 23 vd.; Kreienbaum, s. 257 vd.

<sup>236</sup> Gottschalk, s. 559 ve dn. 24 anılan yazarlar.

<sup>237</sup> Gottschalk, s. 560; Koller, FS Steindorf, 1990, 667, 669; Schaefer, s. 30; Leitner, s.

sözleşmenin akdedilmesi sırasında, bir müşterinin, ürünün kalitesi ve fiyatı dışında öteki birden fazla rakip sunucuların genel işlem şartlarını da incelemiş olması çok nadir görülen bir durumdur<sup>238</sup>. Kullanılan genel işlem şartlarının müşteriler tarafından kontrolü yapılmadığı için, aynı zamanda işletmeler arasındaki rekabet de genel işlem şartlarının dengeli bir şekilde düzenlenmesine yol açmayabilir<sup>239</sup>. Genel işlem şartlarının ana edimin total bir şekilde değerinin düşmesini tehdit edebileceği nazarı dikkate alındığında, müşterilerin korunma gereksinimi daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde ortaya çıkan makul olmayan genel işlem şartlarına karşı korunmak için iki model sunulmaktadır. Bunlar, içerik denetimi vasıtasıyla koruma ve bilgilendirme vasıtasıyla korumadır<sup>240</sup>.

## II. İÇERİK DENETİMİ YOLUYLA KORUMA

İçerik denetimi modeli, müşterinin haksız bir sözleşmesel düzenleme karşısında üçüncü tarafça denetim vasıtasıyla korumaya çalışmaktadır. Bu anlamda mahkemeler her iki taraf için makul olan bir içeriğin tespitini üstlenmektedirler<sup>241</sup>. Bu bağlamda her iki tarafın somut menfaatleri her zaman için bir biriyle örtüşen şekilde bir araya getirilememektedir. Böylelikle içerik kontrolü modeli bilgilendirilmiş müşterinin kendisini bizzat korumasını sağlayamamakta bilakis, egemenlik gücüne dayalı bir kontrol sağlamaktadır<sup>242</sup>.

Böyle bir içerik denetiminin bireyin özerkliği ile belirli bir gerilim ilişkisi içerisinde olduğu hususu malumdur. Bu içerik denetiminin medeni hukukun temelinde bulunan bireyin özerkliği anlayışına etkili bir müdahale oluşturduğu söylenebilir. Bu itibarla genel işlem şartlarının mahkemeler vasıtasıyla içerik denetimi sadece kademeli olarak tereddütlü olarak yapılmalıdır<sup>243</sup>. İçerik denetimi ancak ilk defa, şayet sözleşmenin akdedilmesi için şartlar tamamen özgür irade

---

<sup>238</sup> Gottschalk, s. 560.

<sup>239</sup> Bkz. Gottschalk, s. 560 ve d.pn. 27 de anılan yazarlar.

<sup>240</sup> Leitner, s. 26; Gottschalk, s. 560.

<sup>241</sup> Kreinbaum, s. 216; Gottschalk, s. 569; Leitner, s. 26.

<sup>242</sup> Bkz. Gottschalk, s. 561.

<sup>243</sup> Gottschalk, s. 561.

oluşumu içerisinde ortaya çıkmamışlarsa devreye girer ve özel hukuk düzeninin prensip olarak tarafsızlığını düzeltici olarak gerçekleştirmektedir<sup>244</sup>.

Alman Kraliyet Mahkemesi ilk önce genel işlem şartlarının kontrolüne doğrudan ilgili sözleşmeye müdahale etmeksizin ilgili sözleşme şartlarının dar bir yorumu ile ulaşmaya çalışmıştır. Bu yüzden mahkeme sorumluluğu sınırlandırılan sözleşme şartlarını ve garanti şartlarını dar yorumlamış ve tereddüt durumunda kullanıcı aleyhine karar vermiştir<sup>245</sup>. Daha sonra ise mahkeme monopol konumunun kötüye kullanılması durumunda açık bir içerik kontrolü yoluna gitmiştir<sup>246</sup>. İlk defa Alman Federal Mahkemesi genel işlem şartlarında içerik kontrolünü monopol konumunun bulunmasından bağımsız olarak (BGB § 242) dürüstlük kuralına dayandırmıştır<sup>247</sup>. Daha sonra Genel İşlem Şartları Yasası yürürlüğe girmiş ve burada genel işlem şartlarında içerik kontrolüne özel bir önem verilmiştir. Alman Hukukunda yapılan borçlar hukuku modernizasyonu ile genel işlem şartları özel genel işlem şartları yasası yerine medeni yasanın içine alınmıştır.

### III.BİLGİLENDİRME MODELİ YOLUYLA KORUMA

#### A. BİLGİLENDİRME MODELİ HAKKINDA BİLGİ

Genel işlem şartları ile mücadele edilmek istenen piyasanın bozulması esas olarak müşteriler nezdindeki yapısal olarak sınırlı bilgilendirme açığına dayanıyorsa, daha iyi genel işlem şartları denetimine müşterilerin yeterli derecede bilgilendirilmesi ve aydınlatılması suretiyle ulaşılabileceği hususu aşikârdır<sup>248</sup>. Bilgilendirme modeli, anlaşılabilir sözleşme şartları aracılığıyla müşterinin, menfaatlerini ve piyasa şansını kendisinin takip edebileceği konuma getirilmesi

<sup>244</sup> Avusturya hukuku bakımından, Avusturya Medeni Kanunu § 879 f. 3'ün kabulü ile, hukuk düzeninde kapsamlı bir içerik denetimi söz konusu olmuştur (bkz. Leitner, s. 26).

<sup>245</sup> Örneğin bkz. RG, Urt. v. 23.11.1915, Az.: II 269/15, RGZ 87, 335, 336 ff.; RG, Urt. v. 3.6.1921, Az.: 481/20, RGZ 102, 227 ff.; RG, Urt. v. 12.5.1934, Az.: 53/34, RGZ 144, 311, 313. (GOTTSCHALK, s. 561 den naklen).

<sup>246</sup> Bkz. Gottschalk, s. 561.

<sup>247</sup> BGH, Urt. v. 29.10.1956, Az.: II ZR 79/55, BGHZ 22, 90, 97 ff. (GOTTSCHALK, s. 561 den naklen).

<sup>248</sup> Gottschalk, s. 561. Tüketiciler açısından da tüketicilerin korunabilmesi ve Pazar ekonomisinin doğru ve etkili işleyebilmesinin en etkili yolunun tüketicinin aydınlatılması görüşü ve bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Altunkaya: "Sözleşmenin Kuruluşundan Önce Tüketicinin Korunması", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: VIII, S:1-2, Haziran-Aralık 2004, s. 105 vd. (s. 95-118).

suretiyle şeffaflık ilkesini gerçekleştirmektedir<sup>249</sup>. Buna karşılık şeffaflık ilkesi gereğince kullanıcı, müşterinin genel işlem şartlarının içeriği ve kapsamı hakkında fiili olarak bilgi sahibi olmasını sağlama zorunluluğunu güvence altına almamaktadır. Gottschalk<sup>250</sup>, bu tür taleplerin abartılı olabileceği ve bununla genel işlem şartları vasıtasıyla amaçlanan rasyonelleşme etkilerinin hemen hemen tamamen ortadan kalkabileceğini ileri sürmektedir.

Bilgilendirme modelinin dayanak noktası sonuçların denetimi içerisinde bulunmamaktadır. Daha ziyade müşterinin yeterli derecedeki bir aydınlatılması, önceden mevcut bilgilendirme asimetrisinin nedenleri ile mücadeleye imkân tanınmalıdır. Görülebilir şeffaf ve anlaşılabilir sözleşme şartları sözleşmenin akdedilmesi sırasında müşteriye ya bizzat duruma göre kendisi müzakere edebilmeyi ya da başka bir sunucuya yönelebilmeyi mümkün kılabilmelidir<sup>251</sup>. Bu bilgilendirme modelinin temel anlayışı, kendi menfaatlerini koruma yeterliliğine sahip, kritize eden ve makul bir tüketici anlayışıdır<sup>252</sup>. Bu tüketici modeli, AB hukukunda düzenli olarak ATAD tarafından da uygulanmış<sup>253</sup> ve kısmen de Avrupa birliği tüketicinin korunması hukukunun da temelinde bulunmaktadır<sup>254</sup>. Böylelikle bilgilendirme modeli bireyin özerkliği ilkesine bir müdahale teşkil etmez<sup>255</sup>. Şayet kullanıcı ve müşteri arasındaki bilgilendirme asimetrisi haksız genel işlem şartlarının temel sebebi olarak belirlenmekte ise, bu durumda şeffaf genel işlem şartları vasıtasıyla rekabetin teşvik edileceği açıktır<sup>256</sup>. Şayet genel işlem şartlarının piyasa gücü bulunmuyorsa, aydınlatılmış müşteri, burada daha avantajlı koşullarda bir ticari

<sup>249</sup> Kreienbaum, s.215; Gottschalk, s. 561, 562; Ingo Koller: "Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen", In: **Festschrift für ERNS STEINDORF zum 70.Geburtstag**, Berlin-Newyork 1990, s. 667.

<sup>250</sup> Bkz. Gottschalk, s. 562.

<sup>251</sup> Bkz. Gottschalk, s. 562.

<sup>252</sup> Bkz. Gottschalk, s. 562.

<sup>253</sup> EuGH, Urt. v. 16.7.1998, Rs. C-210/96, Slg. 1998, I-4657 Erwägung 31 =GRUR Int 1998, 795 (*Gut Springheide GmbH u. Rudolf Tusky K Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*); EuGH, Urt. v. 13.1.2000, Rs. C-220/98, Slg. 2000, I-117 Erwägung 27 = GRUR Int 2000, 354 (*Estée Lauder Cosmetics K Lancaster*); siehe auch schon die frühere Rspr. EuGH, Urt. v. 7.3.1990, Rs. C-362/88, Slg. 1990, I-667 Erwägung 16 = GRUR Int 1990, 955 (*GB-Inno-BM K Confédération du commerce luxembourgeois*); EuGH, Urt. v. 2.2.1994, Rs. C-315/92, Slg 1994, I-317 Erwägung 21 = GRUR 1994, 303 (*VSWKClinique*); *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, 1999, § 5 III 2.10, S. 270 Rn. 32. (Gottschalk, s. 562 den naklen).

<sup>254</sup> Bkz. Art. 4 Abs. 1 EG-RL 87/102, ABl. EG L 42 v. 12.2.1987, S. 48 (Verbrauchercredit-Richtlinie); Art. 4 Abs. 1 EG-RL 90/314, ABl. EG L 158 v. 23.6.1990, S. 59 (Pauschalreise-Richtlinie); Art. 4 EG-RL 94/47, ABl. EG L 280 v. 29.10.1994, S. 83 (Time-sharing-Richtlinie); Art. 6 Abs. 2 EG-RL 1999/44, ABl. EG L 171 v. 7.7.1999, S. 12 (Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie); vgl. *Farber*, ZEuP 1998, 854, 855 ff (Gottschalk, s. 562 den naklen; bu konuda ayrıca bkz. Evermann, s.37).

<sup>255</sup> Bkz. Gottschalk, s. 562 ve dn. 40.

<sup>256</sup> Bkz. Gottschalk, s. 562. Köndgen, NJW 1989, 943, 947; Kreienbaum, s. 223.

işlemi sunan hizmet sunucusuna gidebilir. Müşteri hali hazırda satımdan önce kalite farklılıklarını kararlaştırabilir ve öteki sunuculardan vazgeçebilir. Aynı zamanda herhangi bir müzakerenin açıkça yapılmaması durumunda da müşterilerin başka bir hizmet sunana yönelme imkânı da, kullanıcı için makul genel işlem şartlarını kullanma bakımından bir neden olmaya yetmektedir. Böylelikle bilgilendirme modeli esas olarak müşterilerin sözleşme özgürlüğünü güçlendirmektedir<sup>257</sup>.

Buna karşılık müşterilerin bilgilendirilmesi kullanıcılar ile müşteriler arasındaki yapısal dengesizlikleri ortadan kaldırmamaktadır. Önceden olduğu gibi, bir müşteri kendisini önceden formüle edilmiş düzenlemelere maruz bırakılmış olarak görebilir ve çoğu durumda kullanıcılar, müşterilerle bireysel müzakerelere girmek için hazır değildir. Bununla birlikte şayet bir kullanıcı düzenli olarak müşterilerle bireysel müzakerelere girmekte ise bu durumda bu kullanıcının otomatik olarak genel işlem şartları ile amaçlanan rasyonelleştirme etkisinden vazgeçtiği anlamı ortaya çıkmaktadır<sup>258</sup>.

Bilgilendirme modelinin temelinde, müşterinin yeterli derecede bir bilgilendirme ve aydınlatılması bulunmaktadır. Bu ise gerek sözleşmenin akdedilmesi sırasında durumlar hakkındaki müzakereler vasıtasıyla, gerekse başka teklif sahiplerine yönelme suretiyle olsun, rekabete dayanan piyasalarda müşterilerin piyasa şanslarını bizzat ve yeterli derecede idrak edebilmesine yol açacaktır.

İçerik denetiminin devreye girme dayanağından farklı olarak bilgilendirme modelinde temel hareket noktası, sonucun denetimi içerisinde değil ihlal edilen sözleşme paritesinin köklerinde bulunmaktadır. Bu bağlamda müşteri yeterli bilgilendirme ve aydınlanma ile kendi menfaatlerini ve piyasa şartlarını bizzat takip edebilmelidir<sup>259</sup>. Haksız genel işlem şartları karşısında korunma birincil olarak zorunlu şekilde ortaya konulan içerik vasıtasıyla değil, bireye genel işlem şartlarının içeriği açısından kendi menfaatlerini koruyup kollayabilecek bir karar verici olarak kendi menfaatlerini rekabet esasına dayanan pazarda koruma olanağını açmak suretiyle güvence altına almaktadır<sup>260</sup>. Bu durum şartlar hakkında müzakereler ve

---

<sup>257</sup> Bkz. Gottschalk, s. 563.; Kreienbaum, s. 223.

<sup>258</sup> Bkz. Gottschalk, s. 563.

<sup>259</sup> Leitner, s. 27; Kreienbaum, s. 125 vd.

<sup>260</sup> Leitner, s. 27.



başka bir sunucuya yönelme vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Bilgilendirme modeli, bilgilendirme masrafları asimetrisi içerisinde bulunan ihlal edilen sözleşme paritesine bağlı olup, haksız bir sonucu şart kılmamaktadır. Bu suretle bilgilendirme modeli ideal bir pazar modeline yol açmakta, içerik denetimi ise “piyasayı dengeleyici” etki etmektedir<sup>261</sup>.

Bilgilendirme modeli genel olarak Avrupalı eğilime uymaktadır: Şeffaflık ve bilgilendirme yükümlülükleri, birçok Yönergede ifadesini bulan Avrupa tüketicinin korunması hukukunun merkezi bir koruma temelini ifade etmektedir. Buradaki temel ölçü, bu nedenle ancak yeterli derecede bilgilendirilirse kendi sorumluluğu altında menfaatlerini koruyabilecek bir duruma kavuşabilecek olan özerk ve aynı zamanda eleştirel -özenli- tüketicidir<sup>262</sup>.

## **B. BİLGİLENDİRME MODELİNİN UYGULAMA ALANI VE SINIRLARI**

Bilgilendirme modelinin deyim yerindeyse doğal sınırları bulunmaktadır. Genel bilgilendirme asimetrisi açısından bilgilendirme haklarının kuvvetlendirilmesi sadece selektif bir çözüm olabilir ve fakat haksız riziko dağılımının kapsamlı bir şekilde düzenlenmesine neden olmaz. Aydınlatma yükümlülüğünün bu şekilde kullanılması daha az etkili olacaktır; münferit sözleşmenin akdedilmesi için ilgili bilgilerin araştırılmasına ilişkin yüksek masraflar açısından her işlem için kapsamlı bir aydınlatma anlayışı, yalnızca gerçek dışı değil ekonomik olarak da verimsizdir<sup>263</sup>. İçerik denetimi ve aydınlatma yükümlülükleri temel noktaları açısından farklı bir adalet içeriğine sahiptir. İçerik denetiminin haksız riziko dağılımını tekrar düzeltmesi beklenirken, aydınlatma yükümlülüğünün müşterinin farklı rizikolar arasında özgür bir seçim yapmasını olanaklı kılması beklenir<sup>264</sup>. Bu tür bir seçim kişinin kendisi için söz konusu olan bütün rizikoların zorunlu bir koşulu olduğu için, bilgilendirme modeli müşteriye haksız ve caiz olmayan rizikolar yüklenildiğinde gerekli sınırına ulaşmaktadır.

---

<sup>261</sup> Bkz. Leitner, s. 27.

<sup>262</sup> Leitner, s. 27.

<sup>263</sup> Kreienbaum, s. 222.

<sup>264</sup> Norbert Reich: “Kreditbürgschaft und Transparenz, **NJW 1995**, s. 1857 vd.; Kreienbaum, s. 222.

Genel işlem şartlarının kullanılması sırasında bilgilendirme modelinin buna ilaveten başka sınırları da vardır. Bilgilendirme modelinin tam olarak gerçekleşmesinin anlamı müşterinin iradesinin daha kuvvetli vurgulanması ve sadece her iki sözleşme tarafınca istenilen düzenlemelerin geçerli olmasıdır. Bu tür bir gereklilik ayrıca ekstrem olarak genel işlem şartlarının kullanılmamasına yol açacaktır. Yani tüketicinin toptan (global) bir ilişkilendirme beyanı, onun genel işlem şartlarının içeriğini kendi iradesi ile kabul etmek zorunda olması gerekliliğini karşılamaktadır<sup>265</sup>. Her bir şartın en azından, şayet özel olarak müzakere edilmemişse açıklanması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu tür bir gereklilik genel işlem şartlarının bağlı olduğu bütün rasyonalizasyon amaçlarını ortadan kaldıracaktır<sup>266</sup>. Müşteri için riayet edilmesi gereken avantajlar bakımından genel işlem şartları hukukunda bilgilendirme modeli, genel işlem şartlarının kullanılmasının hukuksal ve sosyal gerçekler açısından ciddi sorunlar teşkil ettiği yerde sınırını bulmak zorundadır<sup>267</sup>.

Genel işlem şartları hukukuna bilgilendirme modelinin eklenmesi bundan başka müşterinin düzenleme özgürlüğünün tekrar tesis edilmesine katkı sağlamayacaktır<sup>268</sup>. Her ne kadar müşteri geniş kapsamlı bilgilendirme dolayısıyla kullanıcıyla aynı bilgi düzeyine ulaşacak olsa da, genel işlem şartları kullanıcısının her bir somut olayda kendi koşulları üzerinde müzakere etmeye ve soyut genel şartlar yerine bireysel düzenlemeleri koymaya hazır olması durumu müşteri için söz konusu değildir<sup>269</sup>. Zira bu bağlamda müşteri otomatik olarak genel işlem şartlarının kullanılması ile amaçlanan rasyonalizasyon etkisinden vazgeçmiş bulunmaktadır<sup>270</sup>.

Bilgilendirme modeli müşterinin sözleşme akdetme özgürlüğünü de teşvik etmektedir<sup>271</sup>. Gerçekten de müşteri anlaşılır genel işlem şartları vasıtasıyla farklı sözleşme tekliflerini karşılaştırma ve gerektiğinde farklı bir teklif sahibine yönelme durumuna sahip olacaktır<sup>272</sup>. Dolayısıyla farklı genel işlem şartlarının var olduğunun bilinmesi işlevsel bir piyasa içerisinde makul sözleşme içeriklerinin ortaya çıkmasını

---

<sup>265</sup> Kreienbaum, s. 222.

<sup>266</sup> Bkz. Köndgen, NJW 1989, 943 (947); Kreienbaum, s. 222.

<sup>267</sup> Kreienbaum, s. 222.

<sup>268</sup> Kreienbaum, s. 222, 223.

<sup>269</sup> Kreienbaum, s. 223.

<sup>270</sup> Leitner, s. 28.

<sup>271</sup> Schäfer, s. 24 vd.; Köndgen, NJW 1989, s. 943 (946 vd.); Kreienbaum, s. 223.

<sup>272</sup> Köndgen, NJW 1989, s. 943 (946 vd.); Kreienbaum, s. 223.

sağlayan işlevsel bir rekabet için vazgeçilmez bir şarttır<sup>273</sup>. Sözleşme akdetme özgürlüğünün bu şekilde yeniden tesis edilmesi yeterli görülebilir. Sözleşmeyi düzenleme özgürlüğünün kaybedilmesi sosyal gerçekliğin büyük bir kısmında ve aynı zamanda bireysel müzakere edilen sözleşmeler bakımından da karşılaşılmaktadır. Piyasa ekonomisi sadece belirli alanlarda “Pazar prensibine” göre işlemektedir. Günlük yaşamın düzenlenmesi alanında da teklif sahipleri tarafından her noktada teklifler yapılmakta ve bu teklifler açısından müşteriye sadece onaylama veya başka bir teklif sahibine yönelme seçimi kalmaktadır. Bu noktada piyasa ekonomisi içerisinde rekabet, “adil sonuçların” elde edilmesine ilişkin seçkin bir ödevi üstlenmektedir<sup>274</sup>.

Bununla birlikte sözleşme akdetme özgürlüğünün tekrar tesis edilmesi müşterinin irade özerkliğini güçlendirmektedir. Aynı zamanda ancak gerçekten fiilen icra edilebilir bir sözleşme özgürlüğünün mevcudiyeti rasyonel karar verme imkânının yaratılması suretiyle tekrardan makul genel işlem şartları içeriğinin meydana gelmesine yol açabilen rekabetin düzen fonksiyonunu mümkün kılmaktadır<sup>275</sup>.

Sözleşme akdetme özgürlüğünün güçlendirilmesi yalnızca bilgilendirme modeli üzerinden elde edilebilir. Sözleşme modeli içerisinde yer alan sözleşme içeriğinin mevcut olan ilgili menfaatler ve bu çerçevede bağımsız olarak ortaya çıkan sözleşmenin içeriğinin aydınlatılmasına ilişkin tartışmalar yerine bilgilendirme modelinde kullanıcının bu anlaşılma ve açıklığa kavuşturma prosedürünün kaybını, formülasyon ve gerektiğinde müşterinin geniş kapsamlı aydınlatılması suretiyle telafi etme yükümlülüğü gündeme gelmektedir<sup>276</sup>. Bu nedenle kullanıcının, sözleşmenin akdedilmesine ilişkin olarak rasyonel ve akılcı bir karar verebilmesi için müşterinin ortaya çıkan hakları ve yükümlülüklerini öğrenebileceği şekilde genel işlem şartlarını düzenleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Dolayısıyla kapsamlı düzenleme

---

<sup>273</sup> Leitner, s. 28; Kreienbaum, s. 223.

<sup>274</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 223.

<sup>275</sup> Leitner, s. 28; Kreienbaum, s. 224.

<sup>276</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 224.

özgürlüğünün dengeleyici unsuru olarak kullanıcıya formülasyon sorumluluğu verilmiş bulunmaktadır<sup>277</sup>.

Belirtildiği üzere gerçekten bilgilendirme modelinin sınırları da mevcuttur. Rekabet çerçevesinde sözleşme dengesinin ihlalinin ortadan kaldırılacağına ilişkin güven genel işlem şartlarının kullanılması sırasında görülmemektedir. Dolayısıyla genel işlem şartları alanında sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılmasını etkili bir şekilde önlemek için bunun yanı sıra içerik denetimi de kaçınılmazdır<sup>278</sup>.

### C. BİLGİLENDİRME MODELİNE YÖNELİK İTİRAZLAR

Bilgilendirme modeline yönelik itirazlardan birincisi bilgilendirme ihtiyacının bulunmadığıdır. Buna göre genel işlem şartları hukukunda şeffaflık düşüncesine, genel işlem şartlarının anlaşılabilirliğinin sözleşmenin akdedilmesi ve sözleşmenin icrası için bir öneme sahip olmadığı dolayısıyla itiraz edilmektedir. Ampirik (deneysel) tecrübeler açısından müşterinin tipik olarak sözleşmenin akdedilmesinden önce genel işlem şartlarına bakmak için çaba sarf etmediği ve bu nedenle de genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır düzenlenmesine ilişkin gereklilikten vazgeçebileceği görülmektedir<sup>279</sup>.

Daha önce de ifade edildiği gibi genel işlem şartlarının değerlendirilmesi sırasında bilgi kazanılması ve bilginin değerlendirilmesi müşteri için çok yüksek masraflara yol açmaktadır<sup>280</sup>. Bu hesaba katıldığında ve tecrübeler de göz önüne alındığında örneğin edim yükümlülüğünün ihlali gibi olaylara ilişkin genel işlem şartları düzenlemelerinin gerçekleşme olasılığı daha az görülmekte ve bu suretle müşteriler sözleşmenin akdedilmesi sırasında genel işlem şartlarını incelemekten vazgeçmek veya bunları sadece yüzeysel olarak ele almak suretiyle masraflarını ekonomik açıdan minimize etmek istemektedirler<sup>281</sup>. Müşteri genel işlem şartlarının maddi olarak haksız şartlar içermediğine güvenmekte ve duruma göre bunların

---

<sup>277</sup> Kreienbaum, s. 224.

<sup>278</sup> Kreienbaum, s. 229.

<sup>279</sup> Bkz. Leitner, s. 29; Kreienbaum, s. 225, dn. 233 ve 234 anılan yazarlar.

<sup>280</sup> Bu konuda bkz. Köndgen, NJW 1989, s. 943 (947); ayrıca krş. Schäfer, s. 27 vd.; Kreienbaum, s. 225.

<sup>281</sup> Bkz. Schäfer, s. 30 vd.; Kreienbaum, s. 225.

yargısal bir tartışma sırasında gündeme gelmeyeceğini düşünmektedir. Bu bakış açısına riayet edildiğinde genel işlem şartlarının anlaşılabilirliğini talep etmenin ekonomik açıdan daha az akılcı olduğu ileri sürülmektedir<sup>282</sup>.

Kreienbaum<sup>283</sup> bu bakış açısına katılmamaktadır. Müşterinin sözleşmenin uygulanması çerçevesinde şayet bir takım zorluklar ortaya çıkarsa genel işlem şartlarının içeriğini öğrenme konusunda menfaati bulunmaktadır. Bu tür bir durumda müşteri, genel işlem şartlarına hızlı bir şekilde ulaşmak ister ve hatta ulaşmak zorundadır ve yine söz konusu durumlarda müşteri hukuksal durumu güvenilir bir şekilde öğrenmek isteyecektir<sup>284</sup>. Buna ilaveten sözleşmenin akdedilmesinden önce müşterinin davranışı sınırsız bir şekilde yukarıda sunulan itiraz anlayışına uymamaktadır. En azından müşteri grupları bakımından küçük yazılarla ifade edilen düzenlemelerden bir tehlike çıkacağına ilişkin bir hassasiyet bulunmaktadır<sup>285</sup>.

Özellikle tüketicinin aydınlatılması vasıtasıyla bilgilendirilmiş müşteri çevresi belirli sözleşme formları açısından belirli şartların tamamen tehlikeli olabileceği bilebilecek durumdadırlar ve en azından bu şartlar açısından sözleşmenin akdedilmesinden önce genel işlem şartlarını gözden geçirmektedirler<sup>286</sup>. Bununla birlikte ticaretle uğraşan kişiler açısından genel işlem şartlarının içeriğini incelemenin büyük yarar sağladığı da söylenebilir<sup>287</sup>. Nihayet içerik denetimi açısından sözleşmenin akdedilmesinden önce genel işlem şartlarına ilişkin her incelemenin yanlış olacağı şeklindeki uyarı da isabetli değildir. Bu anlayış kabul edilirse haksız düzenlemeler yanında aynı zamanda, kullanıcının müşterisi için dezavantaj fakat makul düzenlemelerin de olacağı göz ardı edilecektir. Yargısal denetim sadece minimal bir koruma sunmaktadır. Zira yargısal denetim, yapılan bireysel sözleşme esnasında münferit sözleşme koşullarının müzakeresinden önce gelen menfaatlerin denkleştirilmesini sağlayacak durumda değildir<sup>288</sup>. Bu nedenle bu alanda hala tam bir rekabet söz konusu olabilir. Sigorta sözleşmeleri bunlara örnek olarak gösterilebilir. Zira bu alanda ürün yani sigorta edimi geniş ölçüde genel işlem

---

<sup>282</sup> Bkz. Schäfer, s. 31 vd.; ayrıca Kreienbaum, s. 225, dn. 238'de anılan yazarlar.

<sup>283</sup> Kreienbaum, s. 225.

<sup>284</sup> Bkz. Köndgen, NJW 1989, 943 (947); Kreienbaum, s. 225; ayrıca bkz. Schäfer, s. 32 vd.

<sup>285</sup> Krş. Köndgen, 943 (947); Kreienbaum, s. 226.

<sup>286</sup> Krş. Köndgen, NJW 1989, 943 (947); Kreienbaum, s. 226.

<sup>287</sup> Kreienbaum, s. 226.

<sup>288</sup> Krş. Köndgen, NJW 1989, 943 (948); Kreienbaum, s. 226.

şartları düzenlemeleri vasıtasıyla belirlendiği için burada sadece koşullar düzeyinde bir rekabet düşünülebilir<sup>289</sup>.

Genel işlem şartlarının anlaşılır bir şekilde düzenlenmesinden vazgeçme, işlevsel bir rekabetten vazgeçmedir. Yani bu suretle kendisini bilgilendirme ve daha iyi bir teklif sahibine yönelme şansı müşterinin elinden alınmaktadır<sup>290</sup>. Genel işlem şartlarının kullanımı sırasında gerek somut olaydaki gerekse toplum içindeki negatif etkileri engellemek için genel işlem şartlarının anlaşılabilirliğinden vazgeçme görüşü kabul edilmemelidir<sup>291</sup>. Her ne kadar çoğu müşteri, genel işlem şartlarını hemen hemen hiç okumasa da, en azından şartların içeriği hakkında bilgi sahibi olmak için makul araçlara sahip olma zorunluluğu yaratılmalıdır. Bizzat bilgilendirme anlamında bu şart, ancak genel işlem şartlarının şeffaf şekilde ortaya konulmasıyla güvence altına alınabilir<sup>292</sup>

Bilgilendirme modeline yapılan bir diğer itiraz da karşıt etki olarak ifade edilebilecek olan anlayıştır. Buna göre genel işlem şartları hukukundaki bilgilendirme ve anlaşılabilirliğe yönelik yüksek ölçütler genel işlem şartlarına ilişkin yasal düzenlemelerin pozitif etkisine aykırı olacaktır. Bu itirazı ileri sürenler genel işlem şartlarının kullanıcıyı makul ve yasalara uygun sözleşme şartları düzenledikleri takdirde deyim yerindeyse yasa koyucu rolünde olduklarını ifade etmektedirler. Yasalar söz konusu olduğunda, yasaların ortalama bir yurttaş için anlaşılabilirlik ölçütüne açıkça bağlanmadığı bilakis farklı menfaat gruplarının karşılıklı menfaatleri arasında makul bir denge gözetilmesi ile yetinildiği ifade edilmektedir. Bu itibarla yasa koyucunun yükümlülüğünü aşan bir yükümlülüğün genel işlem şartları kullanıcıya yüklenmesi kabul edilmemektedir<sup>293</sup>.

Bu görüşün de kabul edilmesi mümkün değildir. Müşterinin haklı bilgilendirme ihtiyacının genel işlem şartlarının anlaşılabilirliğini haklı gösterdiği hususu bir kenara bırakılsa bile bu görüş yasa koyucu ile kullanıcıyı ve yine yasa metinleri ile genel işlem şartları metinlerini eşit konuma getirdiği için ikna edici değildir<sup>294</sup>.

---

<sup>289</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 226.

<sup>290</sup> Leitner, s. 29; Kreienbaum, s. 227; ayrıca bkz. Köndgen, NJW 1989, 943 (948).

<sup>291</sup> Kreienbaum, s. 227; aynı sonuçta Köndgen, NJW 1989, 943 (948).

<sup>292</sup> Leitner, s. 30.

<sup>293</sup> Bu itirazı ileri sürenler için bkz. Kreienbaum, s. 227, dn. 247 ve 248'de anılan yazarlar.

<sup>294</sup> Schäfer, s. 84 vd.; Kreienbaum, s. 227.

Yasa koyucunun getirdiği düzenlemelerle, ilgili farklı gruplar arasında makul bir menfaat denkleştirmesini amaçladığı doğrudur. Buna karşılık genel işlem şartlarının kullanıcısı sadece genel işlem şartlarına haksız düzenlemeler koymamakla yükümlüdür. Kullanıcının yasal olarak makul bir menfaat denkleştirme konusunda çabalama yükümlülüğü yoktur<sup>295</sup>. Bu noktadan hareket edildiğinde genel işlem şartlarının ilk etapta kullanıcının menfaatlerince belirlendiği ve zorunlu olarak “adil” bir çözüm içermediği görülmektedir. Genel işlem şartlarının içerik ve kapsamı hakkında bilgi elde etme olanağı, müşteri için yasal normların içerik ve kapsamına nazaran daha önemli ve gereklidir<sup>296</sup>. Yine yasa metinlerinin ve genel işlem şartlarının farklı yorum kurallarına tabi olduğu ve bu nedenle de anlaşılabilirlik açısından bir karşılaştırmanın yapılamayacağı hususu da söz konusu görüşü desteklemektedir<sup>297</sup>.

Genel işlem şartlarının kullanılması sırasında sözleşme dengesinin zedelenmesi iki yolla giderilmeye çalışılmaktadır. Temel nokta açıkça içerik denetimi alanında bulunmaktadır. Genel işlem şartlarının kullanılması sırasında özel tehlikeleri gidermek için zedelenen sözleşme dengesinin sebeplerini ortadan kaldıracak gerekçesiyle bilgilendirme modelinin daha uygun olduğu ileri sürülmüştür<sup>298</sup>. Tek başına bilgilendirme modeli rekabeti olanaklı kılmaktadır. Söz konusu bu rekabet sözleşme modelinin karşılıklı menfaatler arasında makul bir dengeyi genel işlem şartlarının kullanılması sırasında da kurmak ve bu bağlamda sözleşmenin içeriğine kamusal organların etki etmesini azaltmak için zorunludur<sup>299</sup>.

Bilgilendirme modeline karşı, genel işlem şartlarının anlaşılabilirliğinin sözleşmenin akdedilmesi için önem taşımadığı şeklinde bir itiraz ileri sürülebilir. Tipik olarak müşteriler sözleşmenin akdedilmesinden önce şartları daha ayrıntılı

<sup>295</sup> Leitner, s. 31; Kreienbaum, s. 227.

<sup>296</sup> Aynı zamanda yasalarda da belirli şeffaflık gereklilikleri bulunabileceği hususuna işaret edilmelidir. Bu bağlamda Avusturya Anayasa Mahkemesi (VfGH- in ZAS 1990/27), “genel olarak sadece çok ince maddi bilgi ile olağanüstü metodik yeteneklerle ve belirli fikir jimnastiği ödevlerini çözme isteğiyle” anlaşılabilen normların anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. ATAD içtihatlarına göre ise, ulusal hukukun bir yönergeyi fiilen tam olarak uygulaması tek başına yeterli olmayıp, hukuksal durumun yasadaki yeteri derecede açık ve belirli şekilde ortaya çıkması zorunluluğu bulunmaktadır ve bu suretle himaye edilen haklar konusunda bilgi talep edilebilecek konuma getirilmesi gerekmektedir/bkz. Urteil v.23.3.1995, Rs C-365/93, Kommission/Griechenland; Urteil v 10.5.2001, Rs C- 144/99; Kommission/Niederlande), Leitner, s. 31.

<sup>297</sup> Bkz. Schäfer, s. 84 vd.; Kreienbaum, s. 228.

<sup>298</sup> Kreienbaum, s. 229.

<sup>299</sup> Kreienbaum, s. 229.

olarak inceleme zahmetine katlanmamaktadırlar. Bu itiraz çerçevesinde, ortalama müşterinin genel işlem şartlarını zaten okumadığı ve bu nedenle de bu hususun genel işlem şartlarının anlaşılabilirliğine bağlı olmadığı ileri sürülebilir<sup>300</sup>.

Bilgilendirme modeline yönelik bu itirazların belirli bir gerçeklik payının bulunduğu söylenebilir. Yukarıda ortaya konulan şartların tam kapsamıyla anlaşılabilmesi için, müşterilerin bilgilendirilmesi masraflarının ölçülülüğü üzerine işaret edilmişti. Fakat bununla beraber bu argüman, nihai olarak bilgilendirmeye karşı değildir. Aşağıda bilgilendirme modelinin amaca uygun olduğuna ilişkin olarak dört husus üzerinde durulacaktır<sup>301</sup>.

1- Sıklıkla genel işlem şartları, şeffaf olmayan düzenlenmelerinden dolayı tam olarak okunmamaktadır. Genel işlem şartlarının nasıl düzenlenmiş olduğunun önemsiz olduğu argümanı, bu nedenle adeta “self-fulfilling prophecy” (kendini tahmin etme kehaneti) olarak ortaya çıkmaktadır<sup>302</sup>. Her ne kadar müşterilerin çoğu genel işlem şartlarını daha fazla okumamakta ise de, müşteriler en azından genel işlem şartlarının anlamını anlayabilme imkânına sahip olmalıdırlar. Buna ilaveten anlaşılır ve açık genel işlem şartları müşterinin sözleşmenin geliştirilmesi sırasında hakları ve yükümlülükleri konusunda, bir avukatın yardımına müracaat etmeksizin, bilgilenebilmesine de imkân vermektedir<sup>303</sup>. Böylelikle şeffaflık ilkesi önemli bir iletişim fonksiyonu ifa etmektedir<sup>304</sup>.

2- Bazı müşteri grupları ise şartlardan tamamıyla çekinmektedirler. Bu tür müşteriler küçük basılmış bu şartlar karşısında hassas olmaktadır ve bazı şartların tehlikeli olduğunu da bilebilme yeteneğine sahip olmaktadır<sup>305</sup>.

3- Bazı yazarlarca, genel işlem şartlarının yargısal içerik denetiminin sadece minimal bir koruma sağladığı da ifade edilmektedir<sup>306</sup>. Belirtmek gerekir ki haksız düzenlemelerin hepsi bir müşteri için dezavantajlı olmayabilir. Yine hâkim

---

<sup>300</sup> Gottschalk, s. 563.

<sup>301</sup> Bkz. Gottschalk, s. 564.

<sup>302</sup> Bkz. Gottschalk, s. 564; Johannes Köndgen: “Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht Bemerkungen zum “Hypothekenzins-“ und zum “Wertstellungs-Urteil“ des BGH” **NJW 1989**, s. 943, 947.

<sup>303</sup> Gottschalk, s. 564; Köndgen, NJW 1989, s. 943, 947.

<sup>304</sup> Gottschalk, s. 564.

<sup>305</sup> Gottschalk, s. 564; Köndgen, NJW 1989, s. 943, 947.

<sup>306</sup> Bkz. Gottschalk, s. 564; Kreienbaum, s. 226.



tarafından yapılan içerik denetimi -tıpkı sözleşme şartlarının müzakeresi esnasında olduğu gibi- her zaman sözleşme tarafları arasında bir menfaat dengesini kuramayabilir. Buna karşılık anlaşılır sözleşme şartları ise tek başına müşteriye kendisini bilgilendirme ve münferit şartlar hakkında müzakere etme imkânını tanımaktadır. Böylelikle bilgilendirme modeli işlevsel bir rekabet için vazgeçilmezdir ve esas olarak piyasanın şeffaflığına katkıda bulunmaktadır<sup>307</sup>.

4- Nihayet bilgilendirme modeli müşterinin daha fazla korunmasına hizmet etmektedir. Bilgilendirme modeli ve içerik denetimi modeli birbirlerine zıt değillerdir bilakis karşılıklı olarak birbirlerini tamamlamaktadırlar<sup>308</sup>. Bu çerçevede bilgilendirme modeli sorumluluğa sahip müşteriye kendi menfaatlerini korumayı olanaklı kılmaktadır. İçerik denetimi modeli ise, caiz olmayan bir sözleşme düzenlemesini düzeltmektedir<sup>309</sup>.

Modern ekonomik yaşamda genel işlem şartlarının seçkin bir ekonomik önemi bulunduğu göz ardı edilemeyecek bir gerçektir. Fakat bununla birlikte genel işlem şartlarının kullanılması, kötüye kullanma tehlikesini de bünyesinde taşımaktadır. Kullanıcı, tek taraflı düzenleme gücünü rizikoları haksız bir şekilde müşteriye yüklemek suretiyle kötüye kullanabilir. Sözleşme eşitliğinin bozulması ise yukarıda belirttiğimiz üzere bilgilendirme ve içerik denetimi modelleri ile önlenemez.

İçerik denetimi modeli, dışarıdan düzeltmek suretiyle sözleşmenin hukuksal sonuçlarına etki etmektedir. İçerik denetimi sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırı gibi görünebilir. Dolayısıyla da mahkemeler tereddütlü olarak genel işlem şartlarının içerik denetimi ihtiyacını karşılamaktadırlar<sup>310</sup>.

Bilgilendirme modeli ise müşterilerin yeterli derecede aydınlatılması ve bilgilendirilmesi suretiyle genel işlem şartlarının etkili bir denetimini sağlamaya çalışmaktadır. Bilgilendirme modeli şeffaflık ilkesini anlaşılabilir sözleşme şartları vasıtasıyla müşteriye menfaatlerini ve piyasa şanslarını bizzat kendinin takip edebilmesi durumuna getirmek suretiyle gerçekleştirmektedir. Bu koruma modeli

---

<sup>307</sup> Gottschalk, s. 564.

<sup>308</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 229; Gottschalk, s. 564.

<sup>309</sup> Gottschalk, s. 564.

<sup>310</sup> Gottschalk, s. 565.

tabiri caiz ise bozulmuş sözleşme eşitliğini düzeltmekte ve ancak bu durumdan sonra rekabeti mümkün kılmaktadır<sup>311</sup>.

Fakat bununla birlikte bilgilendirme modelinin sınırları da açığa çıkmaktadır. Çoğu kez genel işlem şartlarının doğru bir değerlendirilmesi için gerekli olan masraflar, müşterinin bütün sözleşmeden elde edeceği yararları aşmaktadır. Bu yüzden birçok müşteri genel işlem şartlarını dikkate almamaktadır. Bu nedenle de genel işlem şartlarının etkili bir denetiminin güvence altına alınması için genel işlem şartlarının içerik denetimi kaçınılmaz olmaktadır. İçerik denetimi ve bilgilendirme modelleri birbirleriyle çatışmamakta bilakis birbirlerini tamamlamaktadırlar<sup>312</sup>.

Şeffaflık düşüncesi bilgilendirme modelinin gerçekleştirilmesi için geçerli olan bir ilke olarak ele alınmalıdır. Bu model genel olarak Avrupalı eğilime de uymaktadır. Şeffaflık ve bilgilendirme yükümlülükleri, bir çok Yönergede ifadesini bulan Avrupa tüketicinin korunması hukukunun merkezi bir koruma temelini ifade etmektedir. Buradaki temel ölçü, ancak yeterli derecede bilgilendirilirse, kendi kararlarından sorumlu bir şekilde menfaatlerini koruyabilecek duruma kavuşabilecek olan özerk ve aynı zamanda eleştirel, özenli tüketicidir<sup>313</sup>.

#### **D. DEĞERLENDİRME**

Her ne kadar kullanıcı kendi genel işlem şartlarını sıklıkla devre dışı bırakmak istemeyecek ise de, genel işlem şartlarının kullanımına zorunlu olarak sözleşme içeriğinin müzakere edilmediğinin eşlik ettiği ilkesi isabetli değildir. Kullanıcının çok büyük önem verdiği işlemlerin akdedilmesi sırasında büyük ölçüde müzakereye hazır olduğu durumu da görülmektedir. Gerçi genel işlem şartlarından vazgeçmenin münferit olayda rasyonelleşme etkisini ihlal ettiği doğrudur ancak genel işlem şartları kullanıcısının bunun için hiçbir zaman hazır olmayacağı anlamına gelmez<sup>314</sup>.

---

<sup>311</sup> Gottschalk, s. 565.

<sup>312</sup> Gottschalk, s. 565.

<sup>313</sup> Leitner, s. 27.

<sup>314</sup> Leitner, s. 19.

Her şeyden önce yukarıda da ifade edildiği gibi, önceden formüle edilmiş sözleşmenin içeriğinden ayrılma hususunda hazır olması durumunun eksikliği, irade özgürlüğünün zayıflaması durumunu ifade etmez; müşteri yine işlemi yapmayı, başka bir rakibe yönelme hususunda özgürdür. Öte taraftan kullanıcının açık olarak ve bilinebilir bir şekilde somut olayda münferit şartlardan ayrılmaya hazır olması, genel işlem şartlarının spesifik -bilgilendirme masrafları koşuluna bağlı-dengesizliğini ortadan kaldırmamaktadır. Her ne kadar kullanıcı kendi şartlarını bilinebilir bir şekilde ortaya koysa da, müşteri normal olarak bunlardan yararlanamamaktadır, zira müşteriden ekonomik olarak genel işlem şartlarının metniyle ayrıntılı olarak uğraşması ve meşgul olması beklenmemektedir<sup>315</sup>.

Esas olarak hukuksal danışmanlık alma ve zaman harcama masraflarının çok sayıda sözleşmeye dağıtılması imkânı, genel işlem şartları kullanımı sırasında dengesizlik durumuna yol açmaktadır. Fakat çok sayıda sözleşmeye yaymanın, şartların çok sayıda sözleşmede fiili olarak yer bulup bulmadığına bağlı olmadığı hususuna da işaret edilmektedir; burada belirleyici olan husus şartların önceden formüle edilmesiyle güdülen amaçtır<sup>316</sup>. Kullanıcı birden çok sözleşmeyi genel işlem şartları kullanarak akdetmek istiyorsa, bu nedenle genel işlem şartları için tipik karakteristik olan çok sayıda olma hususu, ilk defa sözleşmenin akdedilmesi sırasında var olmalıdır. Yalnızca bu husus, yukarıda ifade edilen ve içerik denetimini gerekçelendiren bilgi yaratılmasındaki masrafların asimetrisinden kaynaklanan dengesizlik durumuna yol açmaktadır. Şayet kullanıcı masrafları birden fazla sözleşmeye yaymayı, dağıtmayı düşünüyorsa, genel işlem şartlarının düzenlenmesi sırasında kullanıcı için büyük bir masraf yapmak ekonomik olarak anlamlı görünmektedir<sup>317</sup>.

Leitner'e<sup>318</sup> göre, genel işlem şartlarının kullanılması ile ortaya çıkan dengesizlik müşterinin sözleşme içeriğine etki etme olanağının eksikliğinde bulunmamakta aksine kullanıcının masrafları çok sayıda sözleşmeye yayma olanağında, başka bir anlatımla bilgilendirme masrafları asimetrisinde bulunmaktadır. Şayet bu dengesizlik söz konusu olmasaydı, genel işlem şartları

---

<sup>315</sup> Leitner, s. 19.

<sup>316</sup> Bkz. Leitner, s. 19.

<sup>317</sup> Leitner, s. 20.

<sup>318</sup> Leitner, s. 20.

metnini kodifiye etmeye hazır olma hususundaki eksikliğe rağmen tipik bir dengesizlik durumu bulunmayacaktı. Öte taraftan aynı zamanda kullanıcının, müşterinin talebi üzerine şartları değiştirmeye prensip olarak hazır olması durumu, bir şart metninin kitlesel şekilde kullanılmasına eşlik eden dengesizliği ortadan kaldıramayacaktır.

## İKİNCİ BÖLÜM

### GENEL İŞLEM ŞARTLARININ ŞEFFAF OLMASI GEREĞİ

#### Ş1. GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA ŞEFFAFLIK KAVRAMI

##### I. KAVRAM VE TERMİNOLOJİ

###### A. KAVRAM

Şeffaflık gerek konuşma dilinde gerekse hukuksal teknik dilde kullanılan bir kavramdır. Konuşma dilinde şeffaflık kavramı ile genellikle iç yüzünü anlamak, iç yüzü anlaşılır olmak ve yine anlaşılabilirlik, idrak edilebilirlik, saydamlık gibi anlamlar ifade edilmek istenilmektedir<sup>319</sup>. Latince de *Trans* ve *parere* sözcüklerinden oluşan *Transparenz* yani şeffaflık kavramı görünmek, kendini göstermek gibi anlamlara gelmektedir. Bu bağlamda şeffaflık kavramı, gerek saydam, şeffaf şeyler için kullanılmakta gerekse konseptlerin veya olayların bütün katılımcılar için iç yüzü anlaşılabiliriyorsa mecazi anlamda da kullanılmaktadır<sup>320</sup>. Bilimsel anlamda da şeffaflık kavramının günlük dildeki kullanım anlamından esas olarak sapmadığını görmekteyiz. Bu çerçevede örneğin, fizikte maddenin saydamlığından, şeffaflığından söz edilirken, hukukta da genel işlem şartlarının şeffaflığından söz edilmektedir<sup>321</sup>. Şeffaflık kavramı açısından görüldüğü üzere gerek konuşma dilinde, gerekse mesleki/teknik dilde ortak bir kavramsal anlayışın gelişmesi söz konusudur. Gerçekten şeffaflık ile daima bir maddenin saydamlığı, iç yüzünün anlaşılabilirliği, açıklığı anlatılmaktadır. Bu maddenin örneğin; cam gibi sabit bir fiziksel madde ya da bir hukuksal kavram olması da fark etmemektedir<sup>322</sup>

Ancak şeffaflık ilkesine ilişkin yasal düzenlemelerde örneğin, 93/13 No.lu AB Yönergesi ve Alman Medeni Yasasında, şeffaflık kavramı tanımlanmamıştır. Bu

---

<sup>319</sup> Schäfer, s.4.

<sup>320</sup> bkz. Gottschalk, s. 558 ve dn. 17, 18.

<sup>321</sup> Schäfer, s. 4.

<sup>322</sup> Schäfer, s. 4, 5.

yasal düzenlemelerde daha çok şartların “açık ve anlaşılır” olması gerekliliği ifade edilmektedir<sup>323</sup>.

Burada genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesini vurgulamak üzere şartların taşınması gereken özellik olarak ortaya konulan “açık ve anlaşılır olma” ifadesinden ne anlamak gerekeceği, ya da bunun arkasında hangi anlamın yattığını tespit etmek gerekecektir. Hemen ifade etmek gerekir ki bu sıfatların ilk etapta kavranabilmesi zordur<sup>324</sup>. Buna karşılık “şeffaflık” kavramının ifade gücü yüksek olan bir tanımını Alman Federal Mahkemesinin iki temel kararında bulmak mümkündür. Nitekim genel işlem şartları hukukunda şeffaflık ilkesinin ilk önce yargı kararlarında geliştiğini görmekteyiz. Mahkeme 1980 yılında vermiş olduğu bir kararında, kullanıcı tarafından getirilen ve tek taraflı olarak fiyatın değiştirilmesi kaydını içeren şartın geçerli olabilmesini, müşterinin bu formülasyon içerisinde fiyatın hangi kapsamda yükseltilebileceğini anlayabilmesi koşuluna bağlamıştır<sup>325</sup>. Yine 24.11.1988 tarihli başka bir kararında ise Mahkeme, bu defa açık olarak genel işlem şartları içerisinde yer alan bir şartı, şartın “anlaşılabilirliğinin” eksik olması nedeniyle hükümsüz saymıştır<sup>326</sup>. Bu kararda Mahkeme, genel işlem şartlarındaki düzenlemenin etkisinin ortalama müşteri tarafından bilinmeyecek bir şekilde formüle edilmesinin şartın hükümsüzlüğünü gerektirebileceğini ifade etmiştir<sup>327</sup>. Genel işlem şartlarının anlaşılır olması ve etkilerinin sözleşmenin karşı tarafınca bilinebilir şekilde formüle edilmesi gerekliliği, şeffaflık ilkesinin temeli olarak kabul edilmiştir. Alman Federal Mahkemesi’nin XI. Sivil Dairesi de şeffaflık kavramını şu ifadelerle ortaya koymaktadır; “*Dürüstlük ilkesi, genel işlem şartlarının kullanıcıyı, sözleşmenin karşı tarafının hak ve yükümlülüklerini öylesine açık ve anlaşılabilir*

<sup>323</sup> Bu bağlamda örneğin Alman Medeni Yasasının 307/1. paragrafında şayet genel işlem şartları kullanıcının sözleşme yaptığı tarafa dürüstlük kuralına aykırı olarak makul olmayan bir dezavantaj getiriyorsa bunların hükümsüz olduğu belirtildikten sonra, aynı zamanda makul olmayan dezavantajlı duruma getirmenin (Benachteiligung) hükmün açık olmaması ve anlaşılır olmamasından da kaynaklanabileceği ifade edilmektedir (Bkz. BGB Par 307 I, <http://dejure.org/gesetze/BGB/307.html>). (Alman BGB § 307.nin kenar başlığı “içerik kontrolü”dür. Bkz. <http://dejure.org/gesetze/BGB/307.html>)

<sup>324</sup> Gottschalk, s. 558).

<sup>325</sup> Bkz. BGH NJW 1980, 2518; ayrıca bkz. Stadler. 20.

<sup>326</sup> Bkz. BGHZ 106, 42 ff.; Alman Federal Mahkemesinin benzer diğer kararları için bkz. Bkz. Alman Federal Mahkemesi’nin şu kararları: BGH, Urt. v. 4.11.1988, Az.: III ZR 188/87, BGHZ 106, 42 = NJW 1989, 222; BGH, Urt. v. 17.1.1989, Az.: XI ZR 54/88, BGHZ 106, 259 = NJW 1989, 582. (Gottschalk, s. 556 dan naklen); ayrıca bkz. Stadler, s. 20; Von Helmut Heinrichs: “Das Transgebot und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen”, in: Lebendiges Recht – Von den Sumerern bis zur Gegenwart, festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag Heidelberg 1995 (Hrsg. Von Friedrich Graf von Westphalen und Otto Sandrock), s. 157-177, s. 157.

<sup>327</sup> Bkz. Bkz. BGHZ 106, 42 ff.

*şekilde göstermekle yükümlendirmektedir ki, bu suretle bu hak ve yükümlülükler sözleşmenin akdedilmesi sırasında sözleşme hükümlerinin hukuksal kapsamı hakkında yeteri derecede açıklık getirebilmelidir*<sup>328</sup>. Alman Federal Mahkemesi vermiş olduğu kararlarla genel işlem şartları hukukunda şeffaflık ilkesinin gelişimine katkıda bulunmuştur.

Şeffaflık aynı zamanda sözleşmenin akdedilmesi zamanında açık, ortalama bir müşteri için iç yüzü anlaşılabilen şartların kullanılması anlamına da gelmektedir. Buna karşılık içeriğini gizleyen şartların şeffaf olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>329</sup>.

Şeffaflık ilkesi esas olarak sözleşmenin akdedilmesinden önce karar vermek için önem arz eden bilgileri edinmek suretiyle müşterilerin, pazar mukayesesi yapma ve rasyonel bir karar verme imkânına sahip olmasına hizmet etmektedir<sup>330</sup>.

Görüldüğü gibi genel işlem şartları hukukunda şeffaflık ilkesinin içeriği, kullanıcının kendi müşterisinin haklarını ve yükümlülüklerini açık ve anlaşılır bir şekilde ortaya koyma yükümlülüğünü kapsamaktadır<sup>331</sup>. Bu çerçevede şeffaflık kavramı da esas olarak şartın getirdiği düzenlemenin açık ve anlaşılır olmasını ifade etmektedir.

Özetle şeffaflık kavramı, genel işlem şartlarındaki düzenlemelerin ilgili sözleşmenin karşı tarafı açısından açık ve anlaşılır olmayı ifade etmekte, genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesi ise genel işlem şartları kullanıcısının dürüstlük ilkesine uygun olarak kendi müşterisinin haklarını ve yükümlülüklerini mümkün olduğunca açık ve anlaşılır şekilde ortaya koymasını anlatmaktadır. Bu çerçevede şeffaflık ilkesi, dürüstlük ilkesinin de bir gereği olarak aynı zamanda şartların ekonomik

<sup>328</sup> Bkz. BGH (Fn. 3), BGHZ 106, 259, 264 sub III 2 a. Alman Federal Mahkemesinin III. Sivil Dairesi de kavramı benzer şekilde formüle etmiştir. Buna göre, “ Dürüstlük ilkesi genel işlem şartlarının kullanıcısına kendisinin müşterinin hak ve yükümlülüklerini mümkün olduğu ölçüde açık ve (içyüzü) anlaşılabilen bir şekilde gösterme konusunda yükümlülük getirmektedir” Bkz. BGH (Fn. 3), BGHZ 106, 42, 49 sub II 5 b. (Gottschalk, s. 558 ve 559 dan naklen); ayrıca bkz. Heinrichs (FS. Trinkner), s. 157.

<sup>329</sup> Gottschalk, s. 559.

<sup>330</sup> Bkz. Stadler, s. 24; Christian Armbrüster: “Transparenzgebot für Allgemeines Geschäftsbedingungen nach der Schuldrechtsmodernisierung”, **DNotz 2004**, s. 437 vd.

<sup>331</sup> Bkz. BGHZ 106, 42 (49 f.); BGHZ 106, 259 (264 f.); BGHZ 112, 115 (117 ff.); BGHZ 115, 185; Kreienbaum, s. 195, dn. 76; ayrıca bkz. Nihat Yavuz: **Sözleşmedeki Haksız Şartlar**, Ankara 2009, s. 243.

dezavantajlarının ve yol açabileceği mağduriyetlerin de esas olarak bilinebilir kılınmasını gerektirmektedir<sup>332</sup>. Yani sözleşme hukukuna ilişkin anlamı içerisinde şeffaflık ilkesi kavramı altında enformasyon yaratma yükümlülüğü anlaşılmaktadır ve bu yükümlülük tüketiciye sözleşmeden kaynaklanan hak ve ödevleri aydınlatma amacını taşımaktadır<sup>333</sup>.

Kısaca genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesi kavramından ortalama müşteri için açık, anlaşılır genel işlem şartlarının anlaşılması gerekmektedir<sup>334</sup>.

## B. TERMİNOLOJİ

Şeffaflık ilkesinin içeriğinin ve sistematik konumunun araştırılmak istendiği bu çalışmada terminoloji de açıklığa kavuşturulmalıdır.

1993/13 No.lu AB Yönergesine, Alman Medeni Kanununa ya da Avusturya hukukundaki Tüketicinin Korunması Yasasına bakıldığında “şeffaflık” kavramının kullanılmadığı görülecektir. Bu yasal düzenlemelerde şeffaflık ilkesinin formülasyonu sırasında özellikle “açık ve anlaşılır”<sup>335</sup> ve “belirsiz ve anlaşılmaz”<sup>336</sup> sözcükleri kullanılmıştır<sup>337</sup>. Bu ve benzeri sözcükler, genel işlem şartlarına ilişkin yasal düzenlemelerde başka anlamlarla da kullanıldıkları için karışıklıkların ortaya çıkması mümkün görünmektedir<sup>338</sup>. Bu çerçevede öğretide “açık” ve “anlaşılır” kelimelerinin anlamı, “içeriği anlaşılabilir”, “amacı anlaşılabilir”, “doğru”, “belirli” ve “mümkün olduğunca açık” gibi kavramlarla betimlenmektedir<sup>339</sup>. Ancak

<sup>332</sup> Bkz. . BGH 08.11.1997 BGHZ S. 394 (401); Joppich, s. 11.

<sup>333</sup> Bkz. Evermann, s. 38 vd.

<sup>334</sup> Kreienbaum, 25; Nihat Yavuz, s. 243.

<sup>335</sup> Bu sözcükler özellikle BGB ve AB direktifinde kullanılmıştır.

<sup>336</sup> Bu sözcükler özellikle Avusturya Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da tercih edilmiştir.

<sup>337</sup> Leitner, s.2.

<sup>338</sup> Bu bağlamda örneğin ABGB'nin (Avusturya Medeni Kanunu), “anlaşılır (anlaşılmaz)”, “belirli (belirsiz)” kavramlarına yer verdiği ve yine aynı yasanın “belirsizlik kuralıyla” tanınan 915. paragrafının da “belirsiz” (undeutlich) kavramını kullandığı da bilinmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ABGB'nin 869. ve 915. paragraflarında kullanılan kavramlar yani belirtilen ifadeler Avusturya Tüketicinin Korunması Yasasının 6. paragrafının 3. fıkrasındaki kavramlardan farklı anlama sahip bulunmaktadırlar (bkz. Leitner, s. 2).

<sup>339</sup> Bu konuda örneğin bkz. ST.Korinek, JBL 1999, 159, ayrıca bkz. Leiner, s. 2, 3'den naklen (s.3, dn.9'daki yazarlar).



belirtilen tüm bu kelimelerden neyin anlaşılması gerektiği tam olarak belirlenemediği için, söz konusu kelimeler sadece sınırlı bir açıklık getirebilmektedirler<sup>340</sup>.

“Şeffaflık” ilkesi altında neyin anlaşılacağı hususunda ifade gücü yüksek bir açıklama Federal Alman Mahkemesi’nin bu konuya ilişkin ilk kararında görülmektedir<sup>341</sup>. Mahkemeye göre, *“dürüstlük kuralı genel işlem şartları kullanıcılarına, kendi sözleşme taraflarının haklarını ve yükümlülüklerini sarih ve anlaşılır şekilde ortaya koymaları ve böylelikle bunların sözleşmenin akdedilmesi esnasında, sözleşme hükmünün hukuksal kapsamı hakkında yeterli derecede açık olabilmesi hususunda bir yükümlülük getirmektedir”*.

Mahkeme kararındaki ifadeden, sözleşme şartlarının anlamının sadece objektif olarak ortaya konulması yeterli olmayıp elbette geçerli bir sözleşmenin mevcut olması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Burada özellikle belirtmek gerekir ki, şeffaflık ilkesi daha ziyade, yapılan açıklamayı kabul eden karşı tarafın, bunların içeriğini anlayabilmesi anlamına gelmektedir. Buna göre, yalnızca zor anlaşılabilen hükümler, şayet içerikleri gizlenmişse şeffaf değildirler. Şeffaflık ilkesi için gerekli olan ölçüt bu bağlamda söz konusu olan sözleşme türü bakımından tipik ortalama müşterilerin kavrama yeteneğinden çıkmaktadır ki, bu nedenle de şeffaflık ilkesi sözleşme hükümlerinin ortalama bir müşteri için anlaşılabilir bir şekilde ortaya konulmasını gerekli kılmaktadır<sup>342</sup>.

Genel işlem şartlarındaki hükümler, anlamları ve içerikleri, ilgili sözleşme tipine katılan ortalama müşteriler tarafından anlaşılamiyorsa “açık olmayan ve anlaşılır olmayan” hükümlerdir. Açık olmayan ve anlaşılır olmayan kavramları objektif olarak çok anlamlı olma anlamında olmayıp, sözleşme tarafı için zor anlaşılır olma anlamına gelmektedirler. Bu tür hükümler aynı zamanda “şeffaf olmayan” olarak da ifade edilmektedirler<sup>343</sup>.

---

<sup>340</sup> Leitner, s. 3.

<sup>341</sup> BGH BGHZ 106, 264, Leitner, s. 3’den naklen.

<sup>342</sup> BGH, BB 1989, s. 243 vd.; VonGerrick von Hoyningen-Huene: “Wirksamkeit von AGB bei bloßer Intransparenz?”, **Lebendiges Recht-Von den Sumerein bis zur Gegenwart, festschrift für Reinhold Terinkner zum 65. Geburtstag**, Herausgegeben von Freidrich Graf von Westphalen und Otto Sandrock, Heidelberg 1995, s. 180; Leitner, s. 3.

<sup>343</sup> Leitner, s. 52.

“Açık olmama veya anlaşılır olmama” unsurları bakımından bir tekrarlama söz konusudur. Bu genel dil kullanımına uygundur. Nitekim genel dil kullanımında da “açık ve anlaşılır” kavramları ile ikili bir anlam kastedilmemektedir. Şeffaflık ilkesinin tarihsel geçmişine bakıldığında da şeffaf olmayan genel işlem şartlarının hükümsüz olduğu bu ilkenin temelinde bulunmaktadır. Dolayısıyla şeffaf olmayan şartların hükümsüz olması anlamında bu şartlar “açık olmayan ve anlaşılır olmayan” şartlar olarak nitelendirilmektedir ve her iki unsur (açık olmama ve anlaşılır olmama) arasında bir ayırım söz konusu edilmemektedir<sup>344</sup>.

Bu anlamda şeffaflık denetimi kendine özgü ve özellikle Türk Hukuku bakımından yeni bir kavram olduğu için terimlerin birbirine karışmasını önlemek ve yanlış anlaşılmalara meydan vermemek bakımından, yasal düzenlemelerde “açık/açık olmayan” veya “belirli/belirsiz” ifadelerinden mümkün olduğunca kaçınılması ve şayet ortalama müşteri için anlaşılabilirlik kastediliyorsa “şeffaflık” ifadesinin kullanılması yerinde olacaktır. Böylelikle, ciddi bir düşünsel faaliyetle düzenlemeye sarıh bir anlam verebilen hukuk eğitimi görmüş bir kişinin beklentileri bakımından objektif anlaşılabilirlik ve belirlilik değil, aksine pazara katılan normal bir katılımcı –yani hukuk bilgisine sahip olan ve olmayan- bakımından kavranabilirlik kastedilmektedir<sup>345</sup>. Bu iki katılımcı kategorisi arasındaki fark şeffaflık ilkesi anlayışı için çok temel bir öneme sahiptir. Nitekim kavramların yanlış anlaşılmasının yer aldığı birçok problemin temelinde bu husus yer almaktadır<sup>346</sup>.

## **II. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ ŞEFFAF OLMASINA DUYULAN İHTİYACIN NEDENLERİ**

### **A. GENEL OLARAK**

Genel işlem şartları öylesine açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmek zorundadır ki, müşteri bir şartın kendisi açısından mağduriyete yol açan etkilerini

---

<sup>344</sup> Leitner, s. 52.

<sup>345</sup> Kullanıcının, genel işlem şartlarını şekillendirirken, hukuk bilgisine sahip olmayan ortalama müşteriye esas olarak, onun anlayabileceği bir şekilde formüle etmesi gerektiği yönünde bkz. Nihat Yavuz, s. 243; Atamer, s. 209.

<sup>346</sup> Leitner, s. 3.

hukuksal bir yardım almaksızın bilebilecek bir konuma sokulmalıdır<sup>347</sup>. Burada şartların açık ve anlaşılır olmasındaki ölçü için önceden bilgi sahibi olmayan ortalama müşteri esas alınmalıdır<sup>348</sup>.

Genel işlem şartlarının şeffaf olmaması yani açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmemesi, sözleşme taraflarının çıkarları arasındaki dengeyi müşteri aleyhine hakkaniyete aykırı derecede bozabilir<sup>349</sup>. Genel işlem şartlarının şeffaf bir şekilde düzenlenmesi, şartların içeriği hakkında müşterinin bilgilendirilmesini, dolayısıyla da sözleşmeden kaynaklanan haklarını ve yükümlülüklerini öğrenmesini sağlamaktadır. Böylelikle, şeffaf şart düzenlemeleri ile hakları ve yükümlülükleri konusunda sağlıklı bilgiye ulaşan müşteri, kendisi bakımından elverişli olan genel işlem şartlarını seçebilme olanağına kavuşabilecektir. Bu şekilde esasen genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır bir şekilde kaleme alınması yani şeffaflık ilkesine uygun genel işlem şartları düzenlemesi, piyasada sağlıklı, işlerliği olan bir rekabetin sağlanmasına hizmet edecektir<sup>350</sup>.

Bundan başka şeffaflık ilkesi genel işlem şartlarının bilgi edinme işlevini de desteklemektedir ve sözleşmelerin tek taraflı olarak düzenlenmesine izin verilmesinin temellerinden birisi de şeffaflık ilkesine uyulmasıdır. Bunun yanında şeffaflık ilkesi aynı zamanda piyasanın şeffaflığına da hizmet eder. Bu husus özellikle hizmet piyasalarında geçerlidir ve hiçbir surette fiziksel unsur içermeyen hizmetler için daha da kuvvetlendirilmiştir. Bu tür piyasalarda hizmet sunanın edimi hakkında iletişim, bizim algıladığımız anlamda doğrudan konuşma ile olmamakta bilakis sadece dilin araçlarıyla yani aynı zamanda genel işlem şartlarının da yararlandığı araçlarla olmaktadır<sup>351</sup>. Bu nedenle özellikle örneğin genel işlem şartları vasıtasıyla bir rizikonun yayılmasının, belirli bir sermaye gelirinin büyük ölçüde veya tamamen geri alınması gibi ana edimlerin vaad edilmesinde tehlike çok büyüktür. Bu tehlike örneğin satım sözleşmeleri gibi maddi edim içeren sözleşmelerde daha azdır. Buna karşılık örneğin sigorta sözleşmelerinde daha belirgindir. Dolayısıyla genel işlem şartları vasıtasıyla zımni olarak ana edim

<sup>347</sup> Bkz. BGHZ 104, 82 (92) BGHZ 106, 259 (264); BGHZ 115, 177 (185); Stadler, s.26 den naklen.

<sup>348</sup> Stadler, s. 26.

<sup>349</sup> Havutçu, s. 177.

<sup>350</sup> Bkz. Havutçu, s. 176; Çınar, s. 168, 169.

<sup>351</sup> Basedow, s. 1045 vd.

vaadlerinin total bir şekilde değersizleştirilmesi imkânı piyasanın şeffaflığı açısından büyük tehlike oluşturmaktadır. Örneğin müşteriler farklı poliçeler arasındaki kararlarını esas olarak ilgili genel şartları okumaksızın sadece prime ve ödeme vaadine ilişkin birkaç ana ifadeye dayanarak vermektedirler. Bu ise farklı genel işlem şartları ile çok kuvvetli şekilde sınırlandırılabilen ilgili ana ifadelerin karşılaştırılmasına güvenerek yapılmaktadır. Bu yüzden bu ana ifadelerin gerçekliğinin genel işlem şartları vasıtasıyla budanması karşısında korunması, fiyat ve edim hesaplanması yani karşılaştırılması için de son derece önemlidir. İşte bu da şeffaflık ilkesinin ödevidir. Şeffaflık ilkesi bu nedenle birbiriyle yarışan, rekabet eden tekliflerin karşılaştırılmasına ve bunun sonucunda da piyasanın şeffaflığına katkı sağlamaktadır<sup>352</sup>.

Genel işlem şartlarının ortalama bir müşteri bu şartlardan kendi haklarını ve yükümlülüklerini açıkça çıkartabileceği şekilde açık ve anlaşılır düzenlenmesi düşüncesi şeffaflık ilkesinin arka planında bulunan husustur<sup>353</sup>. Bu bağlamda örneğin sözleşmenin akdedilmesi sırasında müşterilerin genel işlem şartlarını okudukları varsayılmamaktadır; ancak bir kimse bunu yaparsa yani genel işlem şartlarını okursa açık bilgileri elde edebilmelidir. Ayrıca şayet daha sonra müşteri kendisinin sözleşmeden kaynaklanan hangi hakları ve yükümlülükleri olduğunu ve bunları yargısal açıdan başarılı bir şekilde takip edip edemeyeceğini öğrenmek isterse genel işlem şartları daha sonra da önemli bir bilgi kaynağı olabilirler<sup>354</sup>.

Şeffaflık ilkesine ilişkin düzenlemelerin temelinde, genel işlem şartlarının şeffaf olmayan bir şekilde sunulmasından kaynaklanan gizleme etkisinden kaçınma bulunmaktadır. Kullanıcı hakların ve yükümlülüklerin belirlenmesinde açık bir şekilde hareket etmelidir ve böylelikle müşteri sözleşme sırasında kendisinin ne tür bir ilişki içerisine girdiği hususunda makul araçlarla bilgi sahibi olabilmelidir. Bu bağlamda kullanıcı, hiçbir zaman gizlemiş olduğu bir genel işlem şartları

---

<sup>352</sup> Basedow, s. 1045 vd; Lindacher, s. 362; şeffaflık ilkesinin rekabeti koruyucu ve piyasaya ilişkin etkileri için bkz. Fahr, s. 101 vd.

<sup>353</sup> Basedow, s. 1045 vd; ayrıca bkz. Yavuz, s. 243.

<sup>354</sup> Basedow, s. 1045 vd.

düzenlemesi vasıtasıyla düzenlemenin içeriği hakkında müşterinin anlayışını zorlaştırma imkânına sahip olmamalıdır<sup>355</sup>.

Avusturya Tüketici Yasasının 6. paragrafının 3. fıkrası aynen şu düzenlemeye yer vermiştir: “ *Genel işlem şartlarında ya da sözleşme form sayfalarında yer alan bir sözleşme düzenlemesi şayet açık değil veya anlaşılır değilse hükümsüzdür*”. Bu düzenleme enformasyon modeline uymaktadır. Söz konusu düzenleme Avusturya Medeni Yasası § 879 f.3.deki içerik denetiminden farklı olarak içeriksel sonucu denetlememekte bilakis genel işlem şartlarının kullanımına bağlı olan mağdur edilen sözleşme paritesi (değer eşitliği) temeline oturmaktadır<sup>356</sup>. Kendisi için anlaşılabilir bir düzenleme, müşteriye aldığı kararlarla rekabet esasına göre işleyen piyasada menfaatlerini koruyabilmek olanağını açmalıdır. Müşteri ancak genel işlem şartlarından onun içeriğini anlayabilecek durumda olması halinde, bir teklifi kabul edebilmeye veya reddedebilmeye karar verebilir. İşte genel işlem şartlarının şeffaf olarak düzenlenmesi müşteriye, farklı genel işlem şartlarını karşılaştırabilme ve gerektiğinde başka bir teklif sahibine yönelme imkânını verir. Nitekim bu husus hizmet sunanlar arasındaki işlevsel rekabetinin bir şartıdır<sup>357</sup>.

Anlaşılır bir şekilde düzenlenen genel işlem şartları ile ortaya çıkan belgenin yani sözleşmenin yararlı olduğu hususunda şüphe yoktur Bu yararların en başında, daha önce de ifade edildiği gibi hem genel işlem şartları kullanıcılarının çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere önceden formüle ettiği şartlar vasıtasıyla zamandan ve masraftan tasarruf etmesi, hem de müşteri açısından haklarını ve yükümlülüklerini idrak etmesi, irade özgürlüğü ve rekabet ilkeleri çerçevesinde başka bir teklif sunucusuna yönelme imkânına sahip olması gelmektedir. Buna karşılık, önceden formüle edilmiş sözleşme şartlarının açık ve şeffaf şekilde düzenlenmesinin ekonomik yararlarına yukarıdaki kadar yer verilmemektedir.

---

<sup>355</sup> Leitner, s. 51.

<sup>356</sup> Leitner, s. 51.

<sup>357</sup> Leitner, s. 51.

## B. ŞEFFAF OLMAMA NEDENİYLE MÜŞTERİNİN PİYASA ŞANSINI KAYBI DOLAYISIYLA BİR MAĞDURİYETİN ORTAYA ÇIKMASI

Genel işlem şartlarının şeffaf olmaması dolayısıyla müşterinin sözleşmenin akdedilmesi sırasında karar verme özgürlüğünün etkilenmesi ve bu suretle de müşterinin kendisi için daha uygun ve yararlarını daha çok koruyan diğer öneri sahiplerine başvurma olanağının engellenmesi söz konusu olabilir. Başka bir anlatımla genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesinin ihlal edilmesi ile müşteri pazardaki kendi lehine olan diğer önerilere yönelme şansını yitirebilir<sup>358</sup>.

Köndgen'in<sup>359</sup> de ifade ettiği üzere genel işlem şartlarının şeffaf olmaması, müşterinin sözleşme şartlarını diğer sunucuların sözleşme şartları ile karşılaştırma konusunda soyut bir olanak veren pazar şansının kaybedilmesini ifade eder<sup>360</sup>. Bu suretle müşteri, genel olarak kendisi için uygun veya en azından kabul edilebilir bir sözleşmenin söz konusu olup olmadığını makul bir şekilde değerlendirme imkanına sahip olamamaktadır. Bunun sonucu olarak da müşteri müzakere için ya kendi pozisyonunu alacak veya başka daha uygun bir rakip öneriyi kabul edebilecek, yani sözleşmenin akdedilmesinden tamamen de vazgeçebilecektir<sup>361</sup>. Bu bağlamda, İş Hukukunda şans eşitliğinin engellenmesinin bir mağduriyeti ifade ettiği ayrımcılık<sup>362</sup> kavramına benzer bir şekilde, burada da hakkaniyetle bağdaşmayacak ölçüde mağduriyet tam olarak bireyin şansının ortadan kaldırılmasına ilişkindir<sup>363</sup>.

Sözleşmenin akdedilmesi durumunda hakkaniyetle bağdaşmayacak ölçüde mağdur etme başından itibaren, esas olarak şeffaf olmama ile sözleşmenin akdedilmesi sırasında müşterinin motivasyonu arasında bir nedenselliğin bulunmadığına yönelik bir takım itirazları da beraberinde getirmiştir. Bu itirazları şu şekilde özetleyebiliriz: Bu bağlamda sözleşmenin akdedilmesi sırasında müşteri kural olarak genel işlem şartlarını görmezden gelecektir. Zira kendisi için somut sözleşme akdedilmesi konumu içerisinde ilgili bilgilerin elde edilmesi ve

<sup>358</sup> Bu konuda bkz. Hans-Bernd Schäfer, s. 31.

<sup>359</sup> Köndgen, NJW 1989, s. 943 vd.;

<sup>360</sup> Joppich, s. 39-40; aynı zamanda bkz. BGH 09.05.2001 (IV ZR 138/99), NJW 2001; s.2013; BGH 09.05.2001 (IV ZR 121/00), NJW 2001, s. 216; karşı görüş için bkz. Schäfer, s. 161 vd.

<sup>361</sup> Bkz. Staudinger/Coester, § 307 BGB, Rn.175 ; Joppich, s.40'dan atfen.

<sup>362</sup> İş hukukunda işverenin eşit davranma borcu ve ayırım yasakları konusunda bkz. Kenan Tunçomağ/Tankut Centel: **İş Hukukunun Esasları**, 3. Bası, İstanbul 2003, s. 133 vd.

<sup>363</sup> Staudinger/Coester, § 307 BGB, Rn.175, Joppich, s.40'dan atfen.

değerlendirilmesi tamamen gerçekçi görünemeyecektir ve bunları elde etmek için masraf ve çabaya da katlanmasını tahmin etmek güç olacaktır<sup>364</sup>. Öte taraftan müşterinin karşılaştırma menfaati kural olarak edim ve karşı edim ilişkisine dair olacaktır ve bu sırada da genel işlem şartlarında düzenlenen sözleşmenin yan koşullarına dikkat edilmeyebilecektir, zira bunların önemi bilinemeyecek ve önemli olabilecekleri de hesaba katılmayabilecektir<sup>365</sup>. Bunun sonucu olarak da genel işlem şartları hukukuna ilişkin şeffaflık denetiminin meşru amacı olarak sözleşme akdetme özgürlüğünün muhafaza edilmesi tamamen reddedilmiştir<sup>366</sup>. Ancak bu eleştiri sadece sınırlı olarak kabul edilebilir<sup>367</sup>.

İşlevsel bir rekabetin mevcut olmaması durumunda, en azından somut yan düzenlemeler hakkında kullanıcı ile müzakere, ya da duruma göre sözleşmenin akdedilmesinden genel olarak vazgeçme gerçekçi ve kabul edilebilir bir alternatif olabilir, ki bu şans şartların şeffaf olarak düzenlenmesi suretiyle korunmalıdır. Fakat bu çerçevede bilginin elde edilmesi ve işlenmesi için aynı çabanın gerekli olduğu başka bir rakip öneriye yönelme olarak diğer reaksiyon olanakları söz konusudur. Bu tür bir işlevsel rekabet akamete uğradığı takdirde bunlar zorunlu olarak korunmaya değer bir şans ifade etmezler<sup>368</sup>. Bu ise ancak işlevsel rekabetin fiilen devre dışı olması durumunda geçerlidir. Zira yalnızca genel işlem şartları içerisine bir düzenlemenin yerleştirilmiş olması gerçeğinden genelleştirme yapmak suretiyle bundan müşterinin sözleşme akdetme kararı için önemsiz olacağı sonucu henüz çıkarılamaz<sup>369</sup>. Bu özellikle karşılıklı ana edimlere ilişkin düzenlemeleri ve yine örneğin fiyatı veya edimi modifiye eden bütün şartlar gibi bununla bağlantılı düzenlemeleri de ilgilendirmektedir. Şayet yasa tarafından düzenlenmemiş sözleşme tipleri söz konusu ise, sözleşmenin akdedilmesi sırasında bu tür şartlara müşterinin daha çok dikkat etmesi gerekecektir<sup>370</sup>. Bir şartın ana edimlere özel maddi yakınlığı söz konusu olduğunda bunun müşterinin sözleşme akdetme konusundaki kararı için önem arz ettiği hususu bu noktada tespit edilmelidir. İşte bu husus işlevsel rekabeti kabul etmek için yeterlidir.

---

<sup>364</sup> Bkz. Joppich, s. 40; Schäfer, s. 27, 30.

<sup>365</sup> Bkz. Canaris, AcP 200 (2000), s. 273 (325), Joppich, s. 40'dan naklen.

<sup>366</sup> Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, s. 323, Joppich, s. 40'dan naklen.

<sup>367</sup> Joppich, s. 40.

<sup>368</sup> Joppich, s. 41.

<sup>369</sup> Staudinger/Coester, § 307 BGB, Rn. 175, Joppich, s. 41'den naklen.

<sup>370</sup> Joppich, s. 41.

Sözleşmenin akdedilmesi sırasında müşterinin kararı için önem arz eden şartların, ancak müşteri tarafından okunup, değerlendirilebilmesi durumunda müşteri rakip sunuculara yönelebileme imkânını kullanabilir. Şunu ifade edelim ki, karmaşık içerikte bir sözleşmenin düzenlenmesi durumunda karar için önem arz eden şartların açık ve anlaşılır bir şekilde ortaya konması, bu şartların müşteriye düzenlemeyi hızlı bir şekilde bulma ve içeriğini hızlı bir şekilde kavrama hususunu garanti etmesini gerektirmektedir. İşlevsel rekabetin geçerli olduğu bir durumda artık içerik denetiminin prensiplerine ve yapısına müracaat edilemeyeceği mantıksal olarak geçerli olmalıdır. Buna karşılık şeffaflık ilkesi işlevsel rekabetin bir sonucu değildir, bilakis onun zorunlu bir koşulunu oluşturur<sup>371</sup>. Ancak müşterinin sözleşmeyi akdetme kararı için önem arz eden sözleşme hükümlerine müşteri kolaylıkla ulaşabilir ve bunlar anlaşılır ise ancak bu takdirde müşteri bunları sözleşmenin bütününe değerlendirilmesi çerçevesinde ele alabilir ve diğer sunucuların önerileri ile karşılaştırabilir<sup>372</sup>.

### **C. ANLAŞILIR VE ŞEFFAF OLARAK DÜZENLENEN GENEL İŞLEM ŞARTLARININ İLGİLİ SÖZLEŞMEYE YÖNELİK TALEBİ ARTIRICI OLUMLU ETKİSİ**

Genel işlem şartların açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmemesi durumunda ilgili sözleşmeleri yapmak isteyen birçok kimse, sözleşme şartlarının kasıtlı olarak küçük yazılı ve anlaşılmaz düzenlendiği ve bu suretle sözleşmeden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerinin gizlendiği düşüncesi ile ilgili sözleşmeyi yapmaya şüphe ile yaklaşmakta ve sözleşmeyi yapmaktan kaçınabilmektedir<sup>373</sup>.

Sözleşme şartlarında yer alan bilgi eksikliği de müşterinin sözleşmeye olan güvenini olumsuz etkileyebilmektedir. Bu bağlamda örneğin sigorta sözleşmesi yapmak isteyen bir çok müşteri genel işlem şartlarında yer alan gizli bir hüküm ile zarar durumunda kendisine hemen hemen hiç ödeme yapılmayabileceğini düşünmektedir. Bütün bu durumlar bu tür sözleşmelere muhtemel sözleşme ortaklarının taleplerini azaltabilmektedir. Zira muhtemel müşteri ilgili sözleşme için

<sup>371</sup> Bkz. Stoffels, JZ 2001, s. 843 (845), Joppich, s. 42'den naklen.

<sup>372</sup> Joppich, s. 42.

<sup>373</sup> Karş. Stadler, s. 161 vd.



talepte bulunma yönündeki rasyonel kararını kendisine sunulan ürünün kalitesini tam olarak bilmesi ve değerlendirebilmesi durumunda oluşturabilmektedir. Örneğin genel işlem şartları zor anlaşılabilir, bir hukukçu diliyle formüle edilmişse ortalama bir müşterinin bu karşılaştırmayı yapması oldukça zordur ve ilgili sözleşme ile sunulan ürüne yönelmekten vazgeçmesi kuvvetle muhtemeldir. Buna karşılık genel işlem şartları açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmiş iseler, müşteri sözleşme ile elde edeceği ürünlerin ve/veya hizmetlerin kalitesini, hak ve yükümlülüklerini daha iyi anlayabilir ve böylelikle de ilgili sözleşmeyi yapmaya yönelik isteği yükselir. Görüldüğü üzere genel sözleşme şartlarının anlaşılır ve şeffaf bir şekilde düzenlenmesi ilgili sözleşmenin yapılmasına ilişkin talebi artırma anlamında olumlu bir etkiye sahiptir. Hatta müşteri genel işlem şartlarını okumamış olsa bile sözleşme şartlarının anlaşılır ve şeffaf olmasını bilmesi dahi ilgili girişimciye olan güveni artırabilecektir. Aynı şekilde talepte bulunan genel işlem şartlarına ilişkin olarak geçmişte sahip olduğu olumlu deneyimlerde ileride yapacağı genel işlem şartlarını içeren sözleşmeler açısından olumlu bir durum olabilmektedir<sup>374</sup>.

#### **D. ANLAŞILIR VE ŞEFFAF ŞEKİLDE DÜZENLENMEYEN GENEL İŞLEM ŞARTLARININ MASRAFLARI YÜKSELTİCİ – OLUMSUZ- ETKİSİ**

Girişimcinin anlaşılmaz ve şeffaf olmayan genel işlem şartlarının neden olduğu ekonomik zararları onun bütçesi açısından son derece önemlidir. Başka bir anlatımla genel işlem şartlarının anlaşılabilirliği ve şeffaflığındaki eksiklikler sadece müşteriler açısından değil, müşteri ya da girişimci ve meslek olarak bu genel işlem şartlarını hazırlayan girişimcinin nezdinde çalışanlar açısından da olumsuz etkilere sahiptir. Bu noktada genel işlem şartlarının şeffaflığı ve anlaşılabilirliği başka bir boyut kazanmaktadır. Genel sözleşme şartlarını hazırlayan bir kişi kendi hazırladığı genel işlem şartlarını anlayamadığını söyleyemeyecektir. Genel işlem şartlarını hazırlayan birçok kişi hazırladığı sözleşmedeki sunulan ürüne ilişkin bilgileri ikincil kaynaklardan, kitaplardan ya da başka bilgi kaynaklarından elde etmektedir. Bu ikincil kaynaklara başvurmak deyim yerindeyse genel işlem şartlarının anlaşılır bir

---

<sup>374</sup> Bkz. Stadler, s. 163, 164.

şekilde tercümesinden başka bir şey değildir. Anlaşılır ve şeffaf olmayan genel işlem şartları nedeniyle ortaya çıkan belirsizliklerin giderilmesi için bu şartları hazırlayan çalışanlar sıklıkla hukuksal görüş almak, teknik uzmanlardan bilgi almak gibi yollara müracaat etmektedir. Bu durumda girişimcinin kendi iç yapısı içinde ciddi masraflara yol açmaktadır. Oysa genel işlem şartlarının açık ve şeffaf şekilde düzenlenmesi ve ihtiyaç halinde gerek duyulan bilgilerin bizzat söz konusu sözleşme şartlarına müracaat etme yoluyla alınması yoluyla bu masraflardan kaçınmak mümkün olabilecektir<sup>375</sup>.

## **Ş2. ŞEFFAFLIK İLKESİNİN HUKUKİ VE DOĞMATİK TEMELLERİ**

### **I. AB HUKUKUNDA ŞEFFAFLIK İLKESİ**

#### **A. GENEL OLARAK**

Şeffaflık ilkesi sadece ulusal hukuklarda incelenen bir kavram olmayıp aynı zamanda Avrupa Birliği hukukunda da yer bulmaktadır<sup>376</sup>. Genel işlem şartları hukuku Avrupa hukukunda da yer aldığı için, şeffaflık ilkesinin Avrupa hukukundaki yerinin incelenmesi gerekmektedir.

Daha öncede ifade edildiği üzere genel işlem şartları hukukunun özel bir problematiği olarak ele alınan şeffaflık ilkesi kavramı altında, kullanıcının sözleşme şartlarını önceden tek taraflı olarak formüle etmesi sırasında, bunları açık ve anlaşılır şekilde düzenleme yükümlülüğü anlaşılmaktadır. Avrupa Birliği hukukuna bakıldığı zaman şeffaflık ilkesinin geniş kapsamlı ele alındığı gözlemlenmektedir. Bu düzeyde şeffaflık ilkesi, enformasyon yaratma yükümlülüğü olarak geçerlidir ve Avrupa sözleşme hukukunda tüketicinin hukuksal konumunu aydınlatma amacını taşımaktadır. Bu amaca yönelme ile şeffaflık ilkesi topluluk hukuku bakımından tüketicinin korunması<sup>377</sup> için önemli bir araç olarak ele alınmaktadır<sup>378</sup>.

---

<sup>375</sup> Stadler, s. 164, 165.

<sup>376</sup> Evermann, s. 35.

<sup>377</sup> Avrupa Toplulukları Antlaşmasının (ATA) 153. maddesinde tüketici politikasının amaçları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda tüketicinin sağlığının korunmasının yanı sıra güvenliğinin ve ekonomik yararlarının korunmasına ve yine bilgi edinme hakkının teşvik edilmesi ve eğitim ve

Enformasyon modeli katı yasaklara ve buna eşlik eden iç Pazar sınırlamalarına karşı koymaktadır. Bundan başka bu model ayrıca, pazarda tüketicinin bağımsız karar verici olarak kendi öz sorumluluğunu kuvvetlendirerek, serbest Pazar ile tüketicinin korunması arasındaki gerilim ilişkisini çözmeye hizmet etmektedir. Enformasyon aracı ile aydınlatma ve bunun sonucu olarak da pazarın şeffaflığı yaratılmalıdır. Düzenleme modeline nazaran pazarı sınırlandırıcı önlemlerden kaçınılmalıdır, öyle ki, enformasyon modeli adeta iç Pazar politikasına ilişkin amaçlarla bütünleşmiştir ve iç pazarın gerçekleşmesinin esaslı bir koşulu olarak anlaşılabilir<sup>379</sup>.

Topluluk (AT) yasa koyucusu bu enformasyon modelini çok sayıda yönergenin temeline koymuştur. Özellikle sözleşme hukukunda enformasyon modeli şeffaflık ilkesi formu içerisine çekilmektedir ve tıpkı yönergeyi aşan temel bir ilke olarak anlaşılmaktadır<sup>380</sup>.

Avrupa Birliği hukukunda şeffaflık ilkesi yukarıda ifade edildiği üzere tüketicinin sözleşmeden kaynaklanan hak ve yükümlülükleri konusunda aydınlatılması amacını taşıyan enformasyon modeli çerçevesinde ele alınmaktadır. Bu amaca ulaşmak için, Birlik yasa koyucusu sözleşme hukukuna ilişkin yönergeleri içerisinde pozitif enformasyon yükümlülüklerini ve yine açıklık ve anlaşılabilirlik

---

tüketicilerin menfaatlerinin korunması için temsil edinme hakkına değinilmektedir(bkz. Gülgören Tekinalp-Ünal Tekinalp: **Avrupa Birliği Hukuku**, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Beta, İstanbul, Mayıs 2000, s. 654; Avrupa topluluk hukukunda tüketicinin korunması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ulaş Kısa, s. 1161 vd.). Topluluk hukukunun normatif alanında bu amaçlar esas olarak birbirini tamamlayan iki koruma modelinin oluşturulmasıyla gerçekleştirilmektedir. Tüketicinin korunması piyasa içerisinde tüketicinin seçim ve karar özgürlüğünü kuvvetlendirmek için enformasyon açıklarının ortadan kaldırılmasıyla sonuçlanmaktadır ve buna enformasyon modeli denilmektedir. Esasen topluluk politikasının tüketicinin gereği gibi bilgilendirilmesi esasına dayandığı söylenebilir. Bir diğer koruma aracı olarak ise “düzenleme modeli” zikredilebilir. Burada tüketicinin korunması, emredici hukuk kurallarının yaratılması ve bu kurallar vasıtasıyla tüketicinin hukuksal konumunun regülatif olarak düzenlenmesi ve böylelikle normatif bir güvenlik çerçevesinin yaratılması suretiyle gerçekleşmektedir. Düzenleme modeli ile enformasyon modeli arasındaki fark, enformasyon modeli ile sunulan tüketicinin seçim özgürlüğü önermesidir. Düzenleme modeli emredici hukukla belirli bir alanı düzenlerken ve böylelikle pazara katılanın belirli bir davranışını talep ederken, enformasyon modeli tüketiciye karar yetkisini devretmekte ve böylelikle davranış alternatiflerinin genişlemesine neden olmaktadır. Tüketicinin korunmasının teşvik edilmesi için bu iki temel modelden enformasyon modeli özel bir öneme sahiptir. Bu koruma modeli, iç Pazar ve rekabet politikasına ilişkin amaçların “tüketici politikasına ilişkin uzanımı” olarak ele alınabilir ve bu model iç pazarın liberalizmi ve düzenlememeyi amaçlayan gelişiminin zorunlu bir sonucudur(bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Evermann, s. 36-37).

<sup>378</sup> Bkz. Evermann, s. 35.

<sup>379</sup> Bkz. Evermann, s.37.

<sup>380</sup> Evermann, s. 37.

ilkelerini ortaya koymuştur. Bu suretle topluluk hukukuna ilişkin şeffaflık ilkesi ikili bir yapılanma arz etmektedir<sup>381</sup>.

İlk olarak emredici hukuk kuralları vasıtasıyla içeriksel olarak somutlaştırılmış enformasyon yükümlülükleri belirlenmektedir. Bu bağlamda bazı yönergelerde<sup>382</sup>, sözleşmenin tarafına sözleşmenin akdedilmesinden önce aktarılması gereken belirli ve sözleşmenin içeriğini ilgilendiren enformasyonlar gösterilmiştir. Bu enformasyon yaratma yükümlülükleri somut bir maddi içerik ortaya koyduklarından dolayı topluluk hukukunun şeffaflık ilkesine ilişkin bu bileşenleri “maddi şeffaflık ilkesi” adı altında ele alınmalıdır<sup>383</sup>.

Diğer taraftan topluluk yasa koyucusu bu enformasyon yükümlülüklerinin düzenlenmesine ilişkin şekli gereklerle bunların açıklığını ve anlaşılabilirliğini güvence altına almak istemektedir. Zira tüketiciye sunulmamış olan ve fakat onun anlayıp algısal olarak işleyebileceği daha fazla enformasyon ve aydınlatma, tüketici için bir kazanç sağlamayacaktır. İşte bu anlamda enformasyonların açık ve anlaşılır bir şekilde kaleme alınma zorunluluğu belirtilmektedir<sup>384</sup>. Bu bileşenlerle ilk etapta içeriksel olarak somutlaştırılmış enformasyonların dışsal düzenlemesinin güvence altına alınması gerektiğinden, bu “şekli şeffaflık ilkesi” olarak nitelendirilebilir<sup>385</sup>.

## **B. KÖTÜYE KULLANILABİLİR ŞARTLAR HAKKINDA 93/13 NO.LU AB YÖNERGESİ**

### **1. 93/13 No.lu AB Yönergesinin İçeriği**

Avrupa Toplulukları Konseyi 5.4.1993 tarihinde Avrupa Ekonomik Toplulukları (AET) Anlaşmasının 100 a maddesine dayanarak kısaca 93/13 no.lu AB Yönergesi veya Yönerge olarak adlandıracağımız “Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye

---

<sup>381</sup> Evermann, s. 38.

<sup>382</sup> Örnek olarak “Tüketim Mallarının Satışına İlişkin Yönerge” (Richtlinien über Verbrauchsgüterkauf) (bkz.md .6 f.2 ABIEG 1999, Nr. L 171/16; Devre Mülk Hakkındaki Yönerge (bkz. Md.4 (Ekte verilen asgari verilerle bağlantılı olarak) ABIEG Nr. L 280/87 verilebilir.

<sup>383</sup> Evermann, s. 39.

<sup>384</sup> Bkz md. 6 f.2, Tüketici Malları Satışına İlişkin Yönerge (Richtlinie über Verbrauchsgüterkauf) ABIEG 1999, L 171/16 .

<sup>385</sup> Bkz. Evermann, s. 39.

Kullanılabilir Şartlar Hakkında Yönerge”yi çıkartmıştır<sup>386</sup>. Yönergeye göre üye devletler söz konusu Yönergeyi en geç 31.12.1994 tarihine kadar iç hukuka aktarmakla yükümlü kılınmışlardır (md.10)<sup>387</sup>. Alman hukuku bakımından bu yükümlülük esas olarak Genel İşlem Şartları Yasasının kabul edilmesiyle yerine getirilmiştir. Ancak daha sonra yapılan Borçlar Hukuku Modernizasyonu ile genel işlem şartları hukukuna ilişkin düzenlemeler Alman Medeni Kanununa alınmışlardır (§ 305 vd. BGB). Türk hukuku bakımından, söz konusu Yönerge, 2003 yılında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ile iç hukukumuza aktarılmıştır.

93/13 AB Yönergesinin getirdiği düzenlemelere göre Yönergenin kişisel uygulama alanı sadece müteşebbis ile tüketiciler arasındaki sözleşmelere ilişkindir<sup>388</sup>.

Yönergenin maddi uygulama alanına gelince, 93/13 AB Yönergesi örneğin Alman hukukunda genel işlem şartlarının “çok sayıda” kullanılmak üzere hazırlanan sözleşmelere uygulanma özelliğinden farklı olarak sadece münferit bir durum için düzenlenen bireysel tüketici sözleşmelerine de ilişkindir<sup>389</sup>.

Yönergede tüketici sözleşmelerindeki sözleşme şartları hakkında içerik denetimi düzenlenmekte ve Yönergenin 3. maddesine göre Yönerge anlamında, münferit olarak müzakere edilmemiş olan ve dürüstlük kuralına aykırı olarak tüketicinin aleyhine ciddi ve haklı olmayan yanlış anlaşılmalara sebep olan şartların “kötüye kullanılabilir” olduğu ifade edilmiştir. Yönergenin 2. maddesinde ise kötüye kullanılabilir şartların tanımına ilişkin olarak 3. maddeye atıf yaptığı görülmektedir.

---

<sup>386</sup> Bkz. ABL. EG NR. L 95 v.21.4.1993; NJW 1993, s. 1838 f.; Kreienbaum, s. 296.; ayrıca bkz. Jürgen Basedow: **in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil**, Redakteur Wolfgang Krüger, 5. Auflage München 2007, §305 BGB, Rn. 18 vd. Yönerge metni için ayrıca bkz. [http://www.jura.uni-bielefeld.de/Lehrstuehle/Artz/files/allg\\_epr/199313ewg.pdf](http://www.jura.uni-bielefeld.de/Lehrstuehle/Artz/files/allg_epr/199313ewg.pdf). Yönerge ile sözleşme taraflarından birisinin ekonomik anlamdaki güçsüzlüğünün, borçlar hukukunun irade özerkliği ve bunun sözleşmeler alanındaki uzantısı sözleşme özgürlüğü temel kavramlarına başvurulmak suretiyle sömürülmesi önlenmek istenmiştir (bkz. Tekinalp ve diğerleri, s. 659). 93/13 AB Yönergesinin Türkçe metni için bkz. Zevkililer/Aydoğdu, s. S. 815-818; Aslan, s. 713-717. Henüz 27 Şubat 1976 tarihinde Avrupa Konseyi “Tüketicilerin Yaptıkları Sözleşmelerdeki Kötüye Kullanılan Şartlara ve Uygun denetim Yöntemlerine İlişkin Karar Tasarısı”nı hazırlamıştır (bu konuda bkz. Tandoğan, s. 37).

<sup>387</sup> Bkz. Heinrichs (FS. Trinkner), s. 158; Kreienbaum, s. 296.

<sup>388</sup> Havutçu, İçerik denetimi, s. 65; Kreienbaum, s. 299.

<sup>389</sup> Havutçu, İçerik denetimi, s. 65, 66; Tekinalp ve diğerleri, s. 659, dn. 41; Kreienbaum, s. 299; Heinrichs, NJW 1993, s. 1817 (1818 vd.).

Yine Yönerge bir ek halinde kötüye kullanılabilir şartların listesini vermiş bulunmaktadır<sup>390</sup>.

Yönergede ayrıca üye devletlerin Yönergede öngörülenden daha katı kuralları, tüketicinin korunması için, koyabileceği belirtilmektedir (md.8). Yönergenin 8. maddesine göre, üye devletler Yönerge ile düzenlenen alana ilişkin olarak tüketicinin korunması için Yönerge ile bağdaşan daha yüksek bir koruma düzeyi garanti edebilirler<sup>391</sup>.

## 2. 93/13 No.lu AB Yönergesinde Şeffaflık İlkesi

93/13 No.lu AB Yönergesinin 4/II ve 5 c.1 maddelerinde esas olarak şeffaflık ilkesinin gerçekleştirildiği kabul edilmektedir<sup>392</sup>. AB Yönergesinin 5. maddesi şöyle demektedir:

*“ Tüketicie sunulan belirli koşulların veya tüm sözleşmenin yazılı olması halinde, bu koşulların daima açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olması gerekir. Bir koşulun anlamı konusunda şüphe varsa, tüketicinin en lehine olan yorum üstün tutulur. Bu yorum kuralı 7 (2) maddede düzenlenen usul hakkında uygulanmaz”.*

Bunun yanı sıra Yönergenin 4. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme ise şu şekildedir:

*“Koşulların haksız niteliğinin değerlendirilmesi, bu koşulların açık, anlaşılır bir dille yazıldığı müddetçe, ne sözleşmenin ana konusunun tanımıyla ne de değişime konu olan mal ve hizmetlerin karşılığı olarak ödenen ücret veya bedelin uygunluğu ile irtibatlandırılmaz”.*

Yönergenin 5. maddesinin 1. cümlesinde şeffaflık ilkesinin özünü görmek mümkündür. Burada sözleşme içerisinde tüketicilere sunulan şartların daima açık ve

<sup>390</sup> Havutçu, İçerik denetimi; s. 66; Kreienbaum, s. 300.

<sup>391</sup> Ayrıca bkz. [http://www.jura.uni-bielefeld.de/Lehrstuehle/Artz/files/allg\\_epr/199313ewg.pdf](http://www.jura.uni-bielefeld.de/Lehrstuehle/Artz/files/allg_epr/199313ewg.pdf)

<sup>392</sup> Bkz. Karsten Markwardt: **Die Rolle des EuGH bei der Inhaltskontrolle vorformulierter Verbraucherträge**, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999 Baden Baden, s. 131 vd.; Kreienbaum, s. 300; Norbert Reich: **Kreditbürgschaft und Transparenz**, NJW 1995, s. 1857 vd.; Heinrichs (FS. Trinkner), s. 158.

anlaşılır şekilde kaleme alınması zorunluluğu getirilmiştir<sup>393</sup>. Yönergenin 5. maddesinin 1. cümlesindeki bu düzenleme bakımından Alman yargısal içtihatlarına yöneldiği görülmektedir. Burada şartların anlamının objektif olarak ortaya çıkartılması kastedilmemekte bilakis ortalama bir müşteri için iyice anlaşılabilirlik amaçlanmaktadır. Bu bağlamda Yönergenin 20 nolu gerekçesinde tüketici sözleşmeleri sırasında açık ve anlaşılır dil kullanılması istenmekte ve bu suretle tüketicinin bütün şartlar hakkında fiili olarak bilgi edinmesi olanağına sahip olması zorunluluğu ifade edilmektedir<sup>394</sup>. Bu düzenleme ile Avrupa düzeyinde sözleşmenin içeriğini şeffaf olmayan bir ifade suretiyle gizlemenin artık mümkün olmaması gerekmektedir. Bu husus aynı zamanda AB hukukunda güvence altına alınan enformasyon modeline de uygun görünmektedir<sup>395</sup>.

Yönergenin 5. maddesinin 1. cümlesinin gereklerini yerine getirebilmek için sadece genel işlem şartlarına yorum yoluyla açık bir içeriğin izafe edilebilmesi yeterli değildir. Bilakis bu düzenleme çerçevesinde genel işlem şartlarının içeriğinin şeffaf olarak yani tüketici için anlaşılır şekilde ortaya konulması zorunludur<sup>396</sup>.

Yönergenin 4. maddesinin 2. fıkrasına göre, bir genel işlem şartının kötüye kullanılabilirliği, açık ve anlaşılır şekilde kaleme alındıkları sürece, ne sözleşmenin ana konusuna göre ne de fiyat ile karşı edim ya da hizmet veya mallar arasındaki uygunluğa göre belirlenmektedir<sup>397</sup>. Yine Yönergenin 5. maddesinin 1. cümlesinde, tüketiciye yazılı olarak sunulan şartların açık ve anlaşılır şekilde kaleme alınması zorunluluğu ifade edilmektedir<sup>398</sup>.

Yönergenin 5. maddesinin 2. cümlesi bir şartın içeriği hakkında tereddüt durumunda tüketici için daha uygun olan yorumu öngörmektedir (belirsizlik kuralı)<sup>399</sup>. Belirsizlik kuralının uygulanması esasında hiçbir zaman şartların ortalama tüketiciler için kavranabilir olması sonucuna yol açmamaktadır. Çok anlamlı şartlar

---

<sup>393</sup> Hoyningen-Huene, s. 180; Havutçu, içerik denetimi, s. 66; Atamer, s. 209; Stadler, s. 22; Heinrichs (FS. Trinkner), s. 158 ve 171 vd.

<sup>394</sup> Leitner, s. 36.

<sup>395</sup> Leitner, s. 36.

<sup>396</sup> Heinrichs (FS. Trinkner), s. 158, s. 171 vd.; Leitner, s. 36.

<sup>397</sup> Stadler, s. 22; ayrıca bkz. Kreienbaum, s. 301; Heinrichs (FS. Trinkner), s. 158.

<sup>398</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 301; Stadler, s. 22.

<sup>399</sup> Heinrichs (FS. Trinkner), s. 160, s. 171 vd.; Bu durum Avusturya Medeni Kanunu § 915 (2. yarım cümle)ye uygundur ancak bu düzenleme (Avusturya Medeni Kanunu § 915) tüketici sözleşmelerindeki sözleşme şartları ile sınırlı değildir ve bu yüzden de başka bir uygulama alanına sahip bulunmaktadır (Bkz. Leitner, s. 37)

için müşteri lehine yorum ilkesi şeffaf olmayan şart düzenlemelerinden kaçınmak için etkili bir araç değildir. Bu itibarla Yönergenin 5. maddesinin 1. ve 2. cümleleri sıkı bir şekilde birbirinden ayrı tutulmalıdır<sup>400</sup>. Yönergenin 5. maddesinin 2. cümlesinde düzenlenen belirsizlik kuralına göre, bir şartın anlamında tereddüt olması halinde tüketici için lehe olan yorum geçerli olacaktır. Buradan şeffaflık ilkesinin ihlalden yalnızca belirsizlik kuralının uygulama alanı bulacağı sonucu çıkartılabilir<sup>401</sup>. Yönergenin 5. maddesinin 1. cümlesinde ifadesini bulan şartların açık ve anlaşılır şekilde kaleme alınması gerektiğine ilişkin düzenleme karşısında, bu düzenlemenin, ilişkilendirme koşullarının şeffaf düzenlemesine hizmet ettiği savunulabilir<sup>402</sup>.

Yönergenin 6. maddesinin 1. fıkrasında tüketici için kötüye kullanılabilir şartların bağlayıcı olmadığı belirtilmekle birlikte anlaşılır olmayan şartların hukuksal sonucunun ne olduğu hususunda bir düzenleme eksik bulunmaktadır<sup>403</sup>.

Yönergenin 4. maddesinin II. fıkrasında yer alan düzenleme çerçevesinde<sup>404</sup> Yönergenin uygulama alanının bir sınırlandırılması öngörülmekte ve sözleşmenin ana konusunu veya fiyatı belirleyen şartların esas olarak denetimden serbest oldukları ifade edilmektedir<sup>405</sup>. Bunun karşıt kavramından şartların açık olmayan veya anlaşılmaz şekilde düzenlenmesi durumunda kötüye kullanılabilirlik denetiminin caiz olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>406</sup>. Aynı zamanda bu durumda şeffaf olmama durumu hükümsüzlüğün bir sebebi değil bilakis aslında bu şartlar için söz konusu olmayan içerik denetiminin bu şartlar için kabulünü gerektirecektir<sup>407</sup>.

Yönergenin 4. maddesinin I. fıkrasına göre, bir sözleşme şartının kötüye kullanılabilirliği, sözleşmenin akdedilmesi esnasında sözleşmenin konusunu oluşturan hizmetlerin veya malların türüne, sözleşmenin akdedilmesine eşlik eden bütün durumlara, aynı veya başka bir sözleşmenin diğer şartlarına göre

---

<sup>400</sup> Leitner, s. 37.

<sup>401</sup> Kreienbaum, s. 301; Reich, NJW 1995, s. 1857 (1858).

<sup>402</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 301.

<sup>403</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 301.

<sup>404</sup> Yönergenin 4. maddesinin II. fıkrasındaki düzenlemede; şartlar açık ve anlaşılır şekilde kaleme alındığı takdirde şartın kötüye kullanılabilir olduğuna karar verilmesinin ne sözleşmenin ana konusuna ne de fiyat yani ivaz ile hizmet ya da mallar arasındaki uygunluğa ilişkin olduğu ifade edilmektedir (bkz. [http://www.jura.uni-bielefeld.de/Lehrstuehle/Artz/files/allg\\_epr/199313ewg.pdf](http://www.jura.uni-bielefeld.de/Lehrstuehle/Artz/files/allg_epr/199313ewg.pdf))

<sup>405</sup> Kreienbaum, s. 310, 302.

<sup>406</sup> Kreienbaum, s. 302; Kappus, NJW 1994, s. 1847 vd.

<sup>407</sup> Kreienbaum, s. 302.



değerlendirilmelidir. Yine şeffaflık sorunu açısından bir şartın anlaşılabilirliği, ortalama müşteri bakımından değerlendirilmelidir ve bu bağlamda bireysel durumlara riayet edilmemelidir<sup>408</sup>. Yönergenin gerekçesinde de ifade edildiği üzere, sözleşme şartlarının kötüye kullanılabilirliğinin belirlenmesi için ölçütler genel olarak tespit edilmelidir. Genel olarak belirlenecek olan ölçütlere göre şartların kötüye kullanılabilirliğinin değerlendirilmesi tarafların menfaat durumlarının bütün olarak değerlendirilmesiyle tamamlanmalıdır<sup>409</sup>.

Yönergenin 4. maddesinin II. fıkrasına göre, şartlar açık ve anlaşılır şekilde kaleme alındıkları takdirde, ne sözleşmenin ana konusu ne de fiyat ya da ivaz ile karşı edimi oluşturan hizmetler ya da mallar arasındaki makullük şartların kötüye kullanılabilirliğinin değerlendirilmesinde dikkate alınır<sup>410</sup>. Böylelikle ana edimleri ilgilendiren şartlar, Yönergenin 4. maddesinin 2. fıkrası gereğince kötüye kullanılma denetiminin dışında tutulmuştur. Yani fiyat–edim ilişkisi böylelikle denetlenememektedir. Bunun nedeni ise bu konudaki hukuksal ölçütlerin eksikliğinde ve piyasanın arz ve talep yönetiminin korunması amacıyla serbest fiyat oluşumuna yönelik ihtiyacı içerisinde bulunmaktadır<sup>411</sup>.

Bununla birlikte ana edimleri içeren şartlar şeffaflık denetimine tabidirler. Yönergenin 4. maddesinin 2. fıkrası böylelikle Yönergenin 5. maddesinin 1. cümlesindeki genel şeffaflık ilkesinin bir alt grubudur. Yönergenin 4. maddesinin 2. fıkrasında şeffaflık ilkesine yer verilmesi ile şeffaflık ilkesi fiyat-edim ilişkisine de teşmil edilmiştir<sup>412</sup>.

Avrupa Birliğine üye devletlerdeki girişimciler ve tüketiciler arasındaki sözleşmelerde yer alan kötüye kullanılabilir şartlar hakkındaki hukuksal düzenlemeler AB Yönergesinin kabul edilmesinden önce oldukça çok sayıda farklılık arz etmekteydi. Yönerge esas olarak bu alandaki hukuksal düzenlemelerin uyumlaştırılmasını amaçlamaktadır<sup>413</sup>. AB Anlaşmasının genel amaçlarının

---

<sup>408</sup> Kreienbaum, s. 302, 303.

<sup>409</sup> Kreienbaum, s. 303; krş. NJW 1993, s. 1838 (1839).

<sup>410</sup> Havutçu, içerik denetimi, s. 163; Kreienbaum, s. 306.

<sup>411</sup> Leitner, s. 37.

<sup>412</sup> Leitner, s. 37.

<sup>413</sup> Leitner, s. 34.

gerçekleştirilmesi yanında<sup>414</sup> Yönerge aynı zamanda tüketicinin korunmasının kuvvetlendirilmesini de öngörmektedir<sup>415</sup>.

93/13 no.lu AB Yönergesinin 5. maddesindeki şeffaflık ilkesinin bir ihlalinin zorunlu olarak ilgili şartın hükümsüzlüğü sonucu doğurmayacağı ifade edilmektedir<sup>416</sup>. Nitekim Avrupa hukuku açısından şeffaflık ilkesi, 93/13 no.lu AB Yönergesinin 6. maddesindeki kötüye kullanma denetiminin dışında düzenlenmiştir ve kendisi bu maddede ayrı bir hukuksal sonucu içermemektedir. Böylelikle Yönergenin 8. maddesinde üye devletlere ulusal denetim düzenlemeleriyle uyum içerisinde şartların şeffaf olmayan bir şekilde düzenlenmesinden kaçınma yükümlülüğü getirilmektedir. Başka bir anlatımla 93/13 nolu AB Yönergesi tüketici için asgari bir koruma düzeyini garanti etmektedir ve fakat şeffaf olmayan şartların belirlenmesi ve bu şartlara bağlanan yaptırımlar için bağlayıcı bir denetim sistemi öngörmemektedir<sup>417</sup>. Bu husus ulusal yasa koyucuların bir ödevi olarak kabul edilmektedir.

### **3. 93/13 No.lu AB Yönergesindeki Şeffaflık İlkesine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi**

Yukarıda ifade edildiği gibi 93/13 No.lu AB Yönergesi içerisinde farklı yerlerde şeffaflık ilkesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

93/13 No.lu AB Yönergesinin 5.maddesinin 1. cümlesi genel bir açıklık ve anlaşılabilirlik ilkesini formüle etmektedir ve bu ilkenin içeriği ise tüketiciye sözleşmelerde sunulan yazılı şartların daima açık ve anlaşılır bir şekilde kaleme alınmasını öngörmektedir. Bu genel gerekler Yönergenin 4. maddesinin 2. fıkrasında, kötüye kullanma denetimi çerçevesinde imtiyazlı olan fiyat ve ana edim şartlarının her halükarda açık ve anlaşılır düzenlemeye gereksinimi olduğu hususu merkezinde somutlaştırılmıştır<sup>418</sup>.

---

<sup>414</sup> Bkz. Klauz Yönergesinin gerekçeleri (Erwägungsgründe) bkz. Ek III.(Leitner, s. 34).

<sup>415</sup> Bkz. Klauz Yönergesinin 6 nolu gerekçesi (Erwägungsgründe) (bkz. Ek III) (Leitner, s. 34).

<sup>416</sup> Joppich, s. 16.

<sup>417</sup> Bkz. Joppich, s. 16.

<sup>418</sup> Evermann, s. 39.

93/13 nolu AB Yönergesinde norm altına alınan açıklık ve anlaşılabilirlik ilkesi, anlam ve amaç bakımından genel işlem şartları hukukunda somutlaştırılan şeffaflık ilkesi ile karşılaştırılabilir. Bu ilke, girişimciye kendi şartlarının tür ve usulü bakımından bir yükümlülük getirmektedir. Söz konusu yükümlülük kullanıcıyı, şartlarını tüketicinin kavrama kabiliyeti bakımından düzenleme hususunda zorlamaktadır<sup>419</sup>. Buna karşılık şartın somut içeriğini emreden açık olarak pozitif bir enformasyon yükümlülüğü yapılandırılmamaktadır. Bu sebepten dolayı 93/13 AB Yönergesi sözleşme hukukuna ilişkin diğer Yönergelerin aksine sadece topluluk hukukuna ilişkin şeffaflık ilkesinin özel bir şekillenmesini yani bilhassa şekli bileşenlerini içermektedir denilebilir<sup>420</sup>

93/13 nolu AB Yönergesi vasıtasıyla aynı zamanda enformasyon modelinin sınırları da açıklığa kavuşmaktadır. Topluluk yasa koyucusu kötüye kullanılabilir şartların bağlayıcı olmadıklarını öngörerek enformasyon modeli yanında aynı zamanda, girişimciler ile tüketiciler arasındaki farklı güç ilişkilerini hesaba katarak, emredici hukukla da tüketicinin korunmasını gerçekleştirmektedir<sup>421</sup>. Burada enformasyon modeli olası davranış pariteleri ve tüketiciye tek başına bırakılmış enformasyon masrafları sebebiyle elbette sınırlara sahiptir, öyle ki düzenleme modeli enformasyon modeli yanında devreye girmektedir<sup>422</sup>.

Genel işlem şartları hukukunda şeffaflık ilkesinin içeriğinin belirlenmesi bakımından iç hukukun Avrupa Birliği hukukuna uygun yorumlanması gerekmektedir. ATAD da ulusal mahkemelerin ulusal hukukun yorumunu mümkün olduğunca Yönergenin lafzına ve amacına göre yapmalarını istemektedir<sup>423</sup>. Üye devletlere yönelik olan bu Yönergeye uygun yorum ilkesi, hukuksal temellerini aynı zamanda AT Antlaşmasının 10. ve 249. maddesinin 3. fıkrasında bulmaktadır. Bu nedenle ulusal hukuku uygulayan yargıcın sadece ulusal hukukta geçerli olan yorum kurallarını değil aynı zamanda Yönergenin amacını ve içeriğini de yorum sırasında göz önüne alması gerekmektedir. Bu bağlamda Yönergeye uygun yorum ilkesi

---

<sup>419</sup> Evermann, s. 39.

<sup>420</sup> Bkz. Evermann, s.40.

<sup>421</sup> Evermann, s. 40; ayrıca bkz. Erwägungsgrund, Nr. 16.

<sup>422</sup> Evermann, s. 40.

<sup>423</sup> Bkz. EuGH Slg. 1987, 3969 (3986 Tz. 12); EuGH Slg. 1990 I, 4135 (4159 Tz 8);; EuGH EuZW 1997, 625 (628) (Evermann, s. 41 den naklen). Yönergeye uygun yorum konusunda bkz. Tekinalp ve diğerleri, s.

sadece ilgili uyum hükmüyle sınırlı değildir. Sadece uyumlaştırma yasasının bizatihi hükümleri değil aynı zamanda Yönergenin uyumlaştırılması kapsamında olan bütün hükümler bu Yönergeye uygun yorum sırasında dikkate alınmalıdır<sup>424</sup>.

Avrupa Birliği hukuku bakımından genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesinin düzenlendiği 93/13 No.lu AB Yönergesinin iç hukuka aktarılması gerekmektedir. ATAD şeffaflık ilkesinin gereklerinin yargısal içtihatlarla garanti edildiğinden dolayı, ayrıca 93/13 No.lu Yönergenin iç hukuka aktarılmasının gerekli olmadığı yönündeki anlayışı kabul etmemiştir<sup>425</sup>. ATAD'ın vermiş olduğu Kommission/Niederlande kararında Hollanda'nın 93/13 No.lu AB Yönergesini iç hukuka aktarma yükümlülüğünü yerine getirmediği belirtilmiştir. ATAD bu kararda ayrıca ulusal hukukun iç hukuka aktarılmasının yasa koyucunun zorunlu bir ödevi olduğunu belirtmiştir. Hatta salt ulusal hukukun fiili olarak Yönergenin iç hukuka tam olarak aktarılmasını garanti etmesinin zorunlu olmayıp, aynı zamanda bu hukuktan kaynaklanan hukuksal durumun yeteri ölçüde *açık ve anlaşılır* olarak belirlenmesini ve böylelikle yararlanan kimsenin hakları konusunda bilgi sahibi olmayı ve gerektiğinde bunları ulusal mahkemeler önünde talep etmeyi olanaklı kılacak bir hukuksal duruma sokulması gerektiğini ifade etmiştir. Bu itibarla iç hukuktaki mevcut içtihadın şimdiye kadar Yönerge tarafından öngörülen sonuç için yeterli olduğu hususu tek başına yeterli olamayacaktır. Bu karardan etkilenmek suretiyle Alman yasa koyucusu şeffaflık ilkesi garantisini açıkça yasaya koymuştur<sup>426</sup>.

Şeffaflık ilkesini öngören 93/13 No.lu AB Yönergesinin iç hukuka aktarılması çerçevesinde Avusturya hukukunda da Avusturya Tüketicinin Korunması Yasasının 6. paragrafının 3. bendinde genel işlem şartları içerisinde veya sözleşme

---

<sup>424</sup> Evermann, s. 41.

<sup>425</sup> Bkz. Rs C-144/, Kommission/Niederlande, bkz. Leitner, s. 39; ayrıca bkz. Hubert Schmidt: **Beck'scher online Kommentar BGB**, Herausgegeben von Heinz Georg Bamberger-Herbert Roth, München 2010, BGB § 307, RN, 17, ayrıca bkz. NJW 2001, s. 2244 vd.

<sup>426</sup> AB Yönergesinin Alman iç hukukuna aktarılması konusunda bkz. Schmidt, BGB § 307, BeckOK RN 1, 3 vd.; Avrupa Toplulukları Adalet Divanının taleplerini yerine getirmek için, alman yasa koyucusu şeffaflık ilkesini açıkça yasaya almaya karar vermiştir. Bu durum alman hukukunda Borçlar Hukuku Modernizasyon Yasası çerçevesinde gerçekleşmiştir ve bu Yasa ile Genel İşlem Şartları Yasası Alman Medeni Yasasına (BGB) entegre edilmiştir. Alman Medeni Kanununun 307. paragrafının 1. fıkrası şu şekildedir; "*Genel işlem şartları içerisindeki hükümler, şayet kullanıcının müşteriye dürüstlük kuralına aykırı olarak mağdur ediyorlarsa hükümsüzdürler. Makul olmayan bir mağduriyet aynı zamanda düzenlemenin açık ve anlaşılır olmamasından da kaynaklanabilir*". ( bkz. Westphalen, NJW 2002, s.16; Leitner, s. 40).

formlarında yer alan sözleşmesel bir düzenlemenin açık olmayan veya anlaşılır olmayan bir şekilde kaleme alınması durumunda hükümsüz olacağına ilişkin düzenleme getirilmiştir<sup>427</sup>.

93/13 No.lu Yönergenin Türk hukuku bakımından öneminin oldukça büyük olduğu söylenebilir Nitekim Yönergenin 2003 yılında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ile iç hukuka aktarılmasından önce genel işlem şartları konusu herhangi bir yasal düzenlemede bulunmamaktaydı. Bu nedenle de söz konusu Yönerge iç hukukta aynen yasalaştırılmıştır<sup>428</sup>. Yine Türk Borçlar Kanununun “E.Genel işlem koşulları/I.Genel Olarak” kenar başlıklı 20. maddesinin hükümet gerekçesinde de<sup>429</sup>, ilgili düzenlemeler yapılırken Yönergenin göz önünde bulundurulduğu belirtilmiştir.

## II. BAZI AVRUPA ÜLKELERİNDEKİ YASAL DÜZENLEMELER

### A. ALMAN HUKUKUNDA

Genel işlem şartlarının düzenlenmesi sırasında şeffaflık ilkesine uygun olarak düzenleme yapılması konusu özellikle son yıllarda Alman uygulama ve öğretisinde ele alınmıştır. Bankacılık sektöründe Alman Federal Mahkemesi'nin bu konularla ilgili III. Sivil Dairesi 24.11.1988 tarihindeki “Hypotekenzinsurteil” kararında<sup>430</sup>, genel işlem şartlarının açıklığı ve anlaşılabilirliği ilkesini ilk defa formüle etmiştir<sup>431</sup>. Bu kararda şeffaflık ilkesinin, kullanıcının, sözleşme taraflarının haklarının ve yükümlülüklerinin mümkün olan en fazla şekilde iyice anlaşılabilir, doğru, belirli ve açık şekilde ortaya koyma konusunda bir yükümlülüğü olarak tanımlandığı görülmektedir<sup>432</sup>. Alman öğretisinde yapılan başlangıçtaki sıkı tartışmalar

<sup>427</sup> [http://www.internet4jurists.at/gesetze/bg\\_kschg01.htm#§\\_6](http://www.internet4jurists.at/gesetze/bg_kschg01.htm#§_6).

<sup>428</sup> Bkz. Çınar, s. 20.

<sup>429</sup> Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın gerekçe metni için bkz. T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara Şubat 2008, s. 213 vd; Türk Borçlar Kanununun hükümet gerekçesi için bkz. Başöz/Çakmakçı, s. 87.

<sup>430</sup> BGH NJW 1989, 222, (224), (Manja Evermann: **Die Anforderungen des Transparenzgebots an die Gestaltung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen Unter besonderer Berücksichtigung der Richtlinie 93/13/EWG**, Karlsruhe 2002, s. 1 den naklen).

<sup>431</sup> Bu kararda ilgili Daire bu ilkeyi GİŞ Yasasının § 9/1. paragrafında ayrıntılı gerekçe olmaksızın etkililik kontrolünün (Wirksamkeitskontrolle) kendine özgü ölçütü olarak koordine etmiştir (bkz.Evermann, s.1).

<sup>432</sup> Bkz. BGH NJW 1989, 222 (224) Evermann, s. 1.den naklen.

neticesinde, artık şeffaflık ilkesinin genel işlem şartlarının temel bir ilkesi olarak belirlendiği söylenebilir<sup>433</sup>. Şeffaflık ilkesi içeriksel olarak, makullüğü açısından genel işlem şartlarının sınanması yanında aynı zamanda genel işlem şartlarının etkisizliğine/hükümsüzleşmesine neden olabilmek için bir ölçüt olarak da hizmet görmektedir<sup>434</sup>.

Alman hukukunda borçlar hukukunun modernizasyonuna ilişkin yasal düzenleme<sup>435</sup> yürürlüğe girmeden önce, genel işlem şartları hukukunun düzenlenmesine ilişkin hükümler Genel İşlem Şartları Yasasında (AGBG) bulunmaktaydı. Ancak bu yasada şeffaflık ilkesinin açık yasal bir şekilde düzenlenmesi yoktu. Bununla birlikte 93/13 No.lu AB Yönergesinin 5. maddesinin 1. cümlesinde tüketici sözleşmelerindeki yazılı olarak önceden formüle edilmiş sözleşme hükümlerinin açıklığı ve anlaşılabilirliği düzenlenmiştir. Buna göre, tüketici sözleşmelerindeki hükümlerin denetimi sırasında şeffaflık ilkesine riayet Avrupa hukuku tarafından öngörülmüş oldu. Bu bağlamda Alman hukukunda yapılan borçlar hukuku reformundan genel işlem şartları hukuku da etkilendi. Borçlar hukuku modernizasyonu anlamında Genel İşlem Şartları Yasasının maddi hükümleri (§§ 11-23,24a) Alman Medeni Kanununun içine alınmıştır. Bu yasama faaliyeti çerçevesinde Alman Yasa koyucusu genel işlem şartlarının yasadaki yeni sistematik yeri için Alman Medeni Kanununun (BGB) genel borçlar hukuku kısmının ikinci bölümüne karar vermiştir. Alman hukukunda genel işlem şartlarına ilişkin özel yasanın kaldırılarak, genel işlem şartları hukukunun Medeni Kanun içerisine alınmasında, iki yasal düzenleme arasında konuya ilişkin farklı yorumların, kavramlarının ve değerlendirme ölçütlerinin ortadan kaldırılması da amaçlanmıştır<sup>436</sup>. Bu yasalaştırma faaliyeti ile ayrıca Alman Medeni Yasasının yeniden düzenlenmesi ve bu konudaki bütünleştirmenin, Yasanın “medeni hukuka

<sup>433</sup> Evermann, s.1. Bu tartışmalar için bkz. Johannes Köndgen: “Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht-Bemerkungen zum “Hypothekenzins-“ und zum “Wertstellungs-Urteil” des BGH”, **NJW 1989**, s. 943 vd.; Ingo Koller: “Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen”, **In: Festschrift für ERNS STEINDORF zum 70.Geburtstag** , Berlin-Newyork 1990, s. 667 vd; aynı zamanda bkz.Helmut HEINRICHS: “Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen”, **Festschrift Reinhold Trinkner, 1995**, s. 157.

<sup>434</sup> Evermann, s. 1.

<sup>435</sup> Bkz. BGBl. 2001. S. 1318 (Evermann, s. 1 den naklen). Borçlar hukukunun modernizasyonuna ilişkin Yasa Alman Federal Meclisi tarafından 11.10.2001 tarihinde kabul edilmiş ve söz konusu Yasa,1.1.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir (bkz. Evermann, s. 4; Alman Borçlar Hukuku modernizasyonu konusunda ayrıca bkz. Kittner, s. 259 ).

<sup>436</sup> Bkz. Evermann, s. 2.

ilişkin ortak yasa olarak hizmet etmesi de istenmiştir. Bu yasalaştırma faaliyeti sırasında genel işlem şartları hukukunda derin, kapsamlı değişikliklerin yapılması istenmemiştir<sup>437</sup>. Buna uygun olarak genel işlem şartları hukukuna ilişkin hükümler esas olarak lâfzî ve en azından içeriksel olarak benzer şekilde, o zamana kadar ki sistematik sıra içerisinde Alman Medeni Yasası içerisine alınmıştır.

Alman yasa koyucusu bununla birlikte 93/13 No.lu AB Yönergesine ilişkin olarak mevcut değişim-dönüşüm açıklarını dengeleme olanağını da kullanmıştır<sup>438</sup>. Bunun sonucu ise, Yönergenin 5. maddesinin 1. fıkrasında bulunan ve şimdiye kadar Alman hukukunda yargı(sal içtihatlar) tarafından bir makul olmayan mağduriyete uğratma konusunda olay grubu olarak geliştirilen şeffaflık ilkesi, artık açıkça BGB §307 f.1 c.2 içerisinde içerik denetimine ilişkin hükümler çerçevesinde yasalaştırılmıştır.

Alman hukukunda şeffaflık ilkesi Alman Medeni Kanununda düzenlenmiştir. Söz konusu kanunun içerik denetimini düzenleyen § 307 düzenlemesine göre, genel işlem şartları içerisinde yer alan ve müşteriye dürüstlük kuralına aykırı olarak mağduriyete uğratan şartların hükümsüz olduğu ifade edilmiştir (f. 1 c.1). Şeffaflık ilkesinin dayanağı olarak da gösterilen 307. paragrafının 1. fıkrasının 2. cümlesine göre, hakkaniyete aykırı düşecek şekilde müşterinin mağdur olmasına yol açacak nitelikte olmasının, düzenlemenin açık ve anlaşılır olmamasından da kaynaklanabileceği belirtilmiştir.

Genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesinin açık bir şekilde Medeni Kanun içerisine alınması, Federal Alman Hukukunda Borçlar Hukuku Modernizasyon Yasası ile olmuştur<sup>439</sup>. Söz konusu modernizasyon yasası, 26.11.2001 tarihli resmi gazetede yayımlanmış ve 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Yasa yürürlüğe girmeden önce alman hukukunda genel işlem şartlarını düzenleyen özel bir yasa (ABGB –Genel İşlem Şartları Yasası) yürürlükte bulunmaktaydı. Bu yasa esas olarak tüketicinin korunmasına hizmet etmekteydi ve borçlar hukuku modernizasyon yasasının 2002 yılında Medeni Kanun içerisine entegre edilerek yürürlüğe girmesi ile

---

<sup>437</sup> bkz. Evermann, s. 2; ayrıca, bkz. BT-DRUCKS, 14/6040, s.150.

<sup>438</sup> Evermann, s. 3.

<sup>439</sup> Bkz. Alman Borçlar Hukuku Modernizasyon Yasası (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl S 3138).

Genel İşlem Şartları Yasası da yürürlükten kaldırıldı. Söz konusu Genel İşlem Şartları Yasasının 8 ila 12. paragrafları arasında hükümsüz şartlar düzenlenmişti. Bu kısımda yer alan bir düzenleme içerisinde (ABGB § 9) kullanıcının müşteriye, dürüstlük kuralına aykırı olarak haksız mağduriyete uğratan genel işlem şartları içerisindeki düzenlemelerin hükümsüz olduğu ifadesi yer almaktaydı. İşte Borçlar Hukuku Modernizasyonundan önce Almanya’da genel işlem şartlarının şeffaf olmasına ilişkin gereklilik, yargı kararları ve egemen görüş tarafından (Genel İşlem Şartları Yasasının 9. paragrafındaki) makul olmayan genel işlem şartlarının hükümsüzlüğünü öngören içerik denetiminin<sup>440</sup> bir kriteri şeklinde kabul edilmekteydi<sup>441</sup>.

Alman hukukunda yasal düzenlemedeki gelişim böyle olmakla birlikte, genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesi zaten yargı kararlarında kabul edilmiş ve uygulanmaktaydı. Alman Federal Mahkemesi vermiş olduğu kararlarında, genel işlem şartları kullanıcısının dürüstlük kuralı gereğince müşterinin haklarına ve yükümlülüklerine mümkün olduğunca açık ve anlaşılır bir şekilde ortaya koyma yükümlülüğünün bulunduğu ve bu şeffaflık ilkesinin ihlalinin (ABGB § 9) hükümsüzlüğüne yol açabileceğine hükmetmiştir<sup>442</sup>.

## **B. AVUSTURYA HUKUKUNDA**

Avusturya hukukuna baktığımız zaman, genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesine ilişkin olarak Avusturya Medeni Kanunu § 879 ve Avusturya Tüketicinin Korunması Yasası’nın ön plana çıktığını görmekteyiz. Avusturya Medeni Yasası § 879<sup>443</sup> I. fıkrasında kanuni bir yasağa veya ahlaka aykırı sözleşmelerin geçersiz olduğunu düzenledikten sonra, III. fıkrasında genel işlem şartları içerisinde veya sözleşme formlarında yer alan ve her iki tarafın ana edimlerinden birini

---

<sup>440</sup> O zamanki Alman Genel İşlem Şartları Yasasının (ABGB § 9) şimdiki Alman BGB § 307’ye ve Avusturya Medeni kanununun (ABGB) § 879 f.3 e tekabül etmektedir.

<sup>441</sup> Leitner, s. 33.

<sup>442</sup> BGH BGHZ 106, 42; Bkz. Leitner, s. 34.

<sup>443</sup> Bkz. [www.jusline.at/879\\_ABGB.html](http://www.jusline.at/879_ABGB.html)



düzenlemeyen sözleşme hükmünün durumun özelliklerine göre bir tarafı ağır bir şekilde mağdur etmesi durumunda yok hükmünde olduğunu düzenlemektedir<sup>444</sup>.

Yine Avusturya Tüketicinin Korunması Kanunu § 6'da, Avusturya Medeni Kanunu § 879 anlamında tüketici için bağlayıcı olmayan sözleşme hükümleri ifade edilmiş ve bu çerçevede 3. fıkrada açık ve anlaşılır bir şekilde kaleme alınmayan genel işlem şartlarında veya sözleşme formları içerisinde bulunan sözleşme hükümlerinin hükümsüz olduğu ifade edilmiştir<sup>445</sup>.

### III.TÜRK HUKUKU

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun “Yorumlanması” başlıklı 23. maddesinde şeffaflık ilkesine şu şekilde yer verilmiştir:

*“Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.”*

Bu düzenleme yanında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesinin 6. fıkrasında şekli şeffaflık olarak nitelendirilebilecek bir düzenlemeye yer verilmiştir<sup>446</sup>:

*“6/A, 6/B, 6/C, 7, 9,, 9/A, 10, 10/A ve 11/A maddelerinde yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen tüketici sözleşmeleri en az oniki punto ve koyu siyah harflerle düzenlenir ve sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik satıcı veya sağlayıcı tarafından derhal giderilir.”*

---

<sup>444</sup> Bkz. Leitner, s. 32 vd.

<sup>445</sup> Bkz. [http://www.internet4jurists.at/gesetze/bg\\_kschg01.htm](http://www.internet4jurists.at/gesetze/bg_kschg01.htm) ; Avusturya hukukunda genel işlem şartlarının denetlenmesi bakımından yasal durum için bkz. Kocaman, s. 1089, 1090.

<sup>446</sup> Özellikle tüketici sözleşmelerinde sıklıkla küçük puntolu metinlere yer verildiği ve bunun da şikayetlere neden olduğu gerekçesiyle yasa koyucunun böyle bir düzenlemeyi önlem amacıyla yaptığına ilişkin olarak bkz. Yahya Deryal: **Tüketici Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 58.

### Ş3. ŞEFFAFLIK GEREĞİNİN KAPSADIĞI SÖZLEŞME MUHTEVASI

#### I. ASLİ EDİMLER VE ŞEFFAFLIK GEREĞİ

Şeffaflık ilkesi açısından yapılan denetim, yani şeffaflık denetimi fiyatı belirleyen ve edimi niteleyen şartlara uzanmaktadır. Dolayısıyla asli edimi ve fiyatı belirleyen sözleşme şartları içerik denetimine değil fakat şeffaflık denetimine tabi tutulmaktadır<sup>447</sup>. Nitekim şeffaflık ilkesine ilişkin tüm yasal düzenlemelerden anlaşıldığı üzere, içerik denetiminden farklı olarak şeffaflık denetimi asli edimleri belirleyen sözleşme hükümlerini de kapsamaktadır. Bu durum 93/13 nolu AB Yönergesinin 4. maddesinin 2. fıkrasından da rahatlıkla çıkarılabilir. Şeffaflık denetiminin fiyat/edim ilişkisine ait şartları da kapsaması ilk bakışta şaşırtıcı olabilir. Hatta asli edim yükümlülükleri açısından bilgilenmeye bağlı bir dengesizlik bulunmamaktadır, zira asli edim yükümlülükleri yani fiyat/edim ilişkisinin değerlendirilmesi bakımından ne kapsamlı bir hukuk bilgisi ve ne de ciddi bir zaman harcaması gereklidir<sup>448</sup>. Müşteri sözleşmenin akdedilmesi sırasında genel işlem şartları içerisinde kararlaştırılan iki taraflı asli edimleri belirleyen hükümlerle ilgili olmayan sözleşme hükümlerini kural olarak bilmezken, fiyat ve müşterinin asli edim yükümlülüğünün içeriğini tipik olarak bilmektedir. Buna ek olarak kaldı ki fiyat, çoğunlukla genel işlem şartları içerisinde düzenlenmemekte, bireysel müzakere sonucunda belirlenmektedir<sup>449</sup>. Ancak asli edim yükümlülüklerinin şeffaf olması

---

<sup>447</sup> Stadler, s. 28; Armbrüster, s. 442 vd.; Hans Schulte-Nölke, § 305 BGB, Rn. 5,6; Astrid Stadler, Vorbemerkung §§ 307-309, Rn. 3; Corinna Dylla-Krebs: **Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen**, Baden-Baden 1990, s. 142 vd.; Eva-Maria Kieninger: **Münchener Kommentar BGB**, § 307 BGB, Rn. 1; ayrıca ve özellikle sigorta sözleşmeleri açısından bkz. Theo Langheit: “§8 AGB-Gesetz im Lichte der EG-AGB-Richtlinie: Kontrollfähigkeit von Leistungsbeschreibungen durch in Transparenz”, NversZ 2000, s. 63-68, s. 65. Atamer, burada esasen edim-karşı edim dengesinin denetime tabi tutulduğunun düşünülmemesi gerektiğini, bu şekilde yalnızca müşterinin edim ve karşı edimin ne olduğunu anlayıp anlamadığının dikkate alındığını, böylelikle de şeffaflık ilkesinin, pazara müdahale eden değil, pazarın daha iyi işlemlerini destekleyen bir kural olduğunu belirtmektedir (bkz. Atamer, s. 211-212).

<sup>448</sup> Leitner, s. 54, 55.

<sup>449</sup> Fakat bu düşünce, içerisinde edimin ölçüsünün belirli olmadığı bilakis vaki talep üzerine edimlerin ifa edildiği sürekli borç ilişkilerine çoğunlukla uygun değildir. Bu bağlamda örneğin bir mobil telefon (hizmet) sunucusu sözleşmesi örnek olarak düşünülebilir. Bu tür sözleşmelerde ücret genellikle genel işlem şartları içerisinde düzenlenmektedir. Aynı zamanda bu (tür) şartlar da şeffaf olarak düzenlenmelidir. Şeffaflık ilkesi bu bağlamda aynı zamanda fiyatın açıklığının sağlanmasına da hizmet etmektedir (bkz. Leitner, s. 55; ayrıca bkz. Schulte-Nölke, § 307 BGB, Rn. 22).

müşterinin sözleşme akdetme iradesinin oluşumu açısından önem arz ettiği hususu göz ardı edilmemelidir<sup>450</sup>

Şeffaflık ilkesinin aynı zamanda asli edim yükümlülüklerine teşmil edilmesi bazı problemleri de beraberinde getirmektedir. Nitekim asli edimler hususunda tamamlayıcı hukuk bir düzenleme içermemektedir. Yani asli edimleri doğrudan belirleyen –ve yalnızca ivazın modifikasyon olanaklarını (örneğin fiyatın kayganlığı şartı gibi) öngörmeyen- şartların söz konusu olması durumunda onların yerine devreye girecek tamamlayıcı bir norm, kural olarak bulunmamaktadır<sup>451</sup>. Burada asli edim yükümlülüklerinin şeffaf olmaması ihtimalinde ilgili şartların ve buna bağlı olarak da sözleşmenin geçersizliği söz konusu olabilecektir.

## II. ASLİ EDİMLER DIŞINDAKİ SÖZLEŞME MUHTEVASI VE ŞEFFAFLIK GEREĞİ

Bir sözleşmenin asli, yani objektif ve sübjektif yönden esaslı olmayan edimleri o sözleşmenin yan, ikinci derecedeki noktalarıdır. Bu asli edim dışındaki sözleşme muhtevasına örnek olarak, ifa yeri, ifa zamanı, faiz miktarı verilebilir<sup>452</sup>.

Genel işlem şartları ile de genellikle sözleşmenin asli unsurları yerine, tarafların çıkarımı adil bir şekilde gözetme düşüncesi ile getirilen yedek hukuk kurallarının düzenleme konusunu oluşturan, ifa tarzı, unsurları, ifa etmemenin sonuçları, yetkili mahkeme, faiz vb. gibi yan noktalar düzenlenerek, bir bakıma bu yedek hukuk kuralları girişimci lehine bertaraf edilmek istenmektedir<sup>453</sup>.

Asli edimler dışında kalan sözleşme şartlarının da açık ve anlaşılır olması gerekir. Örneğin sözleşme içerisinde yer alan faiz oranı, sözleşme ile bağlılık süresi

<sup>450</sup> Bu konuda bkz. Dylla-Krebs, s. 144 vd., 146.

<sup>451</sup> Ancak TBK.nun 233. maddesinde satış bedelinin belirlenmesine ilişkin bir kural bulunmaktadır. Söz konusu maddenin 1. fıkrasına göre: “Alıcı, satış bedelini belirtmeksizin, malı alacağını kesin olarak bildirmişse satış, ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden yapılmış sayılır”.

<sup>452</sup> Eren, s. 219; ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, s. 66, 67; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 76.

<sup>453</sup> Havutçu, s. 4-5; ayrıca bkz. Çınar, s. 49, 50; Tandoğan, s. 25. Bu konuda, mülkiyeti muhafaza kayıtları, alacağın temlik yasağı, cezai şart, tahkim şartı, ispat yükünün yer değiştirmesi, tarafların sözleşmeden dönmesi, girişimcinin sorumluluğunun kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına ilişkin örnekler için bkz. Rehbindler, s. 24-25; Akman, s. 88; isviçre hukuku bakımından, karşı tarafın hafif kusurundan dolayı sorumluluktan kurtulma hükümleri; peşin ödeme hükümleri; rızanın zımni olarak verildiğini kabul eden hükümler; yetki şartı, satım sözleşmesinde garantiden muafiyet hükümleri gibi örnekler için bkz. Morin, s. 40, dn. 25’de anılan yazarlar.

gibi şartları da somut müşteri dikkate alınarak, şeffaflık ilkesine uygun yani anlaşılır şekilde düzenlenmelidir<sup>454</sup>.

Bu kapsamda, faiz özellikle değişken faiz şartları ve buna benzer düzenlemelere değinmek gerekecektir. Sürekli borç ilişkilerinde genellikle bedelin esnek bir şekilde düzenlenmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu bağlamda kredi sözleşmelerinde sıklıkla, faiz oranını dalgalı para piyasası ilişkilerine uyumlaştırmak üzere değişken faiz veya faizin uyumlaştırılması şartları kararlaştırılmaktadır<sup>455</sup>. Bu değişiklik ve uyum şartları aynı zamanda ard arda teslim sözleşmelerinde<sup>456</sup> de görülmektedir, ki bu sözleşmelerde girişimci bir hammaddeyi değişikliklere tabi olan piyasada yaratmak durumunda olması nedeniyle teslim fiyatını piyasa dalgalanmalarına uydurmak zorundadır<sup>457</sup>.

İşte bu tür şartların da genel işlem şartları hukukundaki şeffaflık ilkesine uygun olmaları gerekmektedir. Doğal olarak sözleşmenin tarafı sözleşmeden ivazı rakam olarak çıkartmamaktadır, zira sözleşmenin akdedildiği zaman bakımından piyasa dalgalanmalarına uyum sağlama sebebiyle bu husus hemen hemen kesin değildir. Burada karmaşık olması sebebiyle genel işlem şartları içerisinde düzenlenmesi mümkün olmayan bir içeriğin olmadığı; bu bağlamda şeffaflık ilkesinin yalnızca, içeriğin müşterinin düzenlemeyi kavramasını zorlaştırmayacak şekilde ortaya konmasını gerektirdiği hususu belirtilmelidir<sup>458</sup>. Dolayısıyla değişken faiz veya fiyatın değişken piyasa koşullarına göre uyumlaştırması açısından şeffaflık ilkesi, değişken ve uyum sağlayan şartlardan içeriğini gizlemeyen bilakis açıkça ortaya koyanın seçilmesini gerektirmektedir. Aynı husus yine sözleşmenin akdedilmesi sırasında miktarı henüz rakam olarak kesin olmayan ve fakat sözleşmenin tarafına masraf yükleyen şartlar için de geçerlidir<sup>459</sup>.

---

<sup>454</sup> Bkz. Atamer, s. 210; Nihat Yavuz, s. 243.

<sup>455</sup> Leitner, s. 53.

<sup>456</sup> Ard arda teslimli satım sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erden Kuntalp: **Ard Arda Teslimli Satım Akdi**, Ankara 1968, s.1 vd.

<sup>457</sup> Leitner, s. 53.

<sup>458</sup> Leitner, s. 54.

<sup>459</sup> Örneğin, inşaatların yapılması sırasında keşif masrafları adı verilen şartlar (bkz. Leitner, s. 54).

## Ş4. ŞEFFAFLIĞIN ÖLÇÜTLERİ

### I. GENEL OLARAK

Genel işlem şartları sıklıkla fiili veya hukuki olarak karmaşık içeriğe sahiptirler. Genel işlem şartları içerisindeki belirli içerikler kompleks olmaları dolayısıyla sıklıkla genel olarak anlaşılır bir şekilde ifade edilememektedirler. Buna karşılık genel işlem şartları hukukunda sadece “açık olmayan veya anlaşılır olmayan” bir şekilde ifade edilen sözleşme şartlarının hükümsüz oldukları ifade edilmektedir.

Şeffaflık ilkesi, genel işlem şartlarının müşteriye içeriğin kavranmasının zorlaştırılmadığı bir tarzda ortaya konulmasını gerektirmektedir<sup>460</sup>. Bu bağlamda tamamıyla komplike içeriğe sahip düzenlemeler de kararlaştırılabilir, çok sayıda şart alternatiflerinden müşteriye borç yükleyen etkiyi gizlemeyen aksine açık bir şekilde ortaya koyan şartlar da seçilebilir. Başka bir ifade ile hukuksal olarak karmaşık olan ve fakat itiraz kabul etmeyen bir şekilde ortaya konulan bir düzenleme, genel işlem şartları hukukundaki şeffaflık ilkesine aykırı değildir<sup>461</sup>.

Şeffaflık ilkesinin içeriğinden esas olarak genel işlem şartlarının kullanıcısının, müşterinin haklarını ve yükümlülüklerini, şartın içerik ve anlamını anlayabilecek bir konuma sokacak bir şekilde açık ve anlaşılır olarak ortaya koyma yükümlülüğüne sahip olduğunun anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>462</sup>. Burada ilgili sözleşme türü açısından tipik olan ortalama müşteri dikkate alınmalıdır.

Bu paragraf altında genel işlem şartları kullanıcısının şartları anlaşılır bir şekilde sunması için hangi somut kriterlere riayet etmesi gerektiğine ve böylelikle de genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesinin gerekleri hususuna değinilecektir. Genel

<sup>460</sup> Bkz. Kreinbaum, s. 270; Leitner, s. 52.

<sup>461</sup> Bu bağlamda örneğin Avusturya Tüketicinin Korunması Yasası § 6 f.3 komplike ve bu nedenle de zor anlaşılabilir içerikleri yasaklamamakta, aksine bu tür şartları münhasıran ortaya koyma usulüne bağlamaktadır. Bu husus hem düzenlemenin lafzından hem de normun amacından anlaşılmaktadır. Haklar ve yükümlülükler öyle bir tarzda ortaya konulmak zorundadır ki, sözleşme ortağının bunların içeriğini kavraması zorlaştırılmamalı ve böylelikle sözleşme tarafı sözleşme sırasında nasıl bir ilişki içerisine girdiği hususunda makul (uygun) araçlarla bilgi sahibi olabilmelidir (bkz. Leitner, s. 53).

<sup>462</sup> Bkz. Leitner, s. 70.

işlem şartlarında şeffaflık ilkesine ilişkin olarak şeffaflık ilkesinin üç görünümünü ortaya koymak mümkündür<sup>463</sup>; Bunlar özetle; anlaşılabilirlik ilkesi ; belirlilik ilkesi ve tamlık veya bütünlük ilkesidir. Çalışmamızın bu bölümünde genel işlem şartlarının anlaşılabilirliği, belirliliği ve tamlığı için hangi hususların söz konusu olması gerekliliği ortaya konmaya çalışılacaktır.

## II. ŞEFFAFLIĞIN TESPİTİNDE BAŞVURULAN ÖLÇÜTLER

### A. ANLAŞILIRLIK

#### 1. Genel Olarak

Genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesinin en temel görünümü olan anlaşılabilirlik ilkesine göre, genel işlem şartları anlaşılır olmak zorundadır<sup>464</sup>. Genel işlem şartlarının anlaşılabilirliği ilkesi müşteri bakımından şartların anlam ve kapsamı ile sonuçlarını idrak edebilmeyi<sup>465</sup> güvence altına almalı ve bu suretle de piyasanın şeffaflığına hizmet etmelidir<sup>466</sup>. Başka bir anlatımla genel işlem şartları o derecede anlaşılır olmalı ki, müşteri bu şartlardan kendi haklarını ve yükümlülüklerini mümkün olduğu ölçüde anlaşılır bir şekilde çıkartabilmelidir<sup>467</sup>.

---

<sup>463</sup> Bkz. Stadler, s. 49 vd.; Köndgen, s. 947 vd.; Christian Armbrüster: "Transparenzgebot für Allgemeineschäftsbedingungen nach der Schuldrechtsmodernisierung", DNotz 2004, s. 437 vd. (438); Peter Thalmer: **Vom Postulat der Überraschungsfreiheit von AGB-Klauseln zu ihrer Transparenzkontrolle**, München 1999, s. 23 vd; Präve, s. 138 vd **UZUN ATIF**.

<sup>464</sup> Bkz. Evermann, s. 96 vd.; Stadler, s. 50 vd; Köndgen, NJW 1989, s. 943-952, s. 947; Heinrichs (FS. Trinkner), s. 166, 167; Walter F. Lindacher: "Der topos der Transparenz im Rahmen der Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen", in: **Vorträge zur Rechtsentwicklung der achtziger Jahre**, (Hrsg. Juristischen Gesellschaft Osnabrück-Emsland), Carl Heymanns Verlag KG, München 1991, s. 348.

<sup>465</sup> Bkz. BGH r+s 2005, 57 (58) (Stadler, s. 50 den naklen).

<sup>466</sup> Bkz. Stadler, s. 51.

<sup>467</sup> Krş. BGH VersR 2006, 1066 (1068); BGH VersR 2006, 497 (498) (aktaran Stadler, s. 51); ayrıca bkz. Stadler, s. 51 vd.; Basedow, VersR 1999, 1045 (1046).

## 2. Anlaşılrlığın Ölçütü

### a) Ortalama Müşteri İçin Anlaşılrlığın Ölçütü

Genel işlem şartlarının anlaşılrlığı bakımından müşteri önceden özel bilgi sahibi olmaksızın sözleşme şartlarını anlayabilmelidir<sup>468</sup>. Düzenlenen türdeki sözleşmeyi akdedecek ortalama müşterinin anlayış ufkuna bağlantı yapılması genel olarak genel işlem şartlarının değerlendirilmesi sırasında kullanılacak soyut, objektif değerlendirme ölçütüne de uygundur<sup>469</sup>.

Bir görüşe göre bir şartın etkililiğinin değerlendirilmesi sadece bir ortalama müşteri tarafından anlaşılrlığa bağlanırsa her iki taraf için de bu konuda bir hukuksal tartışmanın olmayacağı ifade edilmektedir<sup>470</sup>. Diğer bir görüş ise, temel olarak ortalama müşterinin anlayış ufkundan hareket edilmesi gerektiğini, bunun yanı sıra müşterinin muhtemel özel bilgilerinin de şartın şeffaflığının değerlendirilmesinde dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir<sup>471</sup>. Bu bağlamda örneğin benzer sözleşmelerin çok sayıda akdedilmesi dolayısıyla müşterinin daha önce kazandığı deneyimler gibi önceden sahip olunan bilgiler önem arz etmektedir. Bu tür durumlarda müşterinin bireysel korunma ihtiyacının azalması sebebiyle şartın anlaşılrlığına yönelik gereklilikler azalmakta ve şart somut olayda şeffaflık ilkesinin ihlali nedeniyle hükümsüz kılınamayabilmektedir<sup>472</sup>. Bu görüş münferit olay adaletini büyük ölçüde gerçekleştirebilecek gibi görünmektedir<sup>473</sup>. Bununla beraber makul olmayan şartların içeriğinin değerlendirilmesi sırasında, içerisinde müşterinin bireysel korunma ihtiyacının bulunmadığı durumlar da düşünülebilir. Söz konusu durumlarda müşterinin koruma ihtiyacının eksikliği nedeniyle somut şartın hükümsüzlüğünden faydalandığı görülmektedir. Soyut ve objektif değerlendirme

<sup>468</sup> Bkz. Stadler, s. 51 vd; bu konuda ayrıca bkz. Hans-Peter Schwinstowski, "Die Bedeutung interdisziplinären Arbeitens von Rechts- und Sprachwissenschaft", **NJW 2003**, s. 632-638, s. 634.

<sup>469</sup> Kreienbaum, s. 263; Schäfer, s. 59 vd.

<sup>470</sup> Kreienbaum, s. 263, dn. 14.

<sup>471</sup> Bkz. Jochen Taupitz: "Zinsberechnungsklauseln-dritter Akt", **NJW 1989**, 2242 vd.; Schäfer, s. 62 vd.; Kreinebaum, s. 264.

<sup>472</sup> Kreienbaum, s. 264.

<sup>473</sup> Schäfer, s. 62 vd.; Kreienbaum, s. 264.

ölçütlerinin uygulanması böylelikle daima somut olay adaletinin ortadan kalkmasına yol açacaktır<sup>474</sup>.

Genel işlem şartları esas olarak bireysel düzenlemelerden kaçınmayı ve sözleşme düzenlemelerini standart hale getirmeyi amaçlamaktadır. Bütün bireysel özellikleri göz önüne almadan müşterilere eşit davranılması ancak şartın hüküm ifade etmesinin bütün katılımcılar için eşit ölçüde soyut olarak değerlendirilmesi durumunda söz konusu olabilir<sup>475</sup>.

Şeffaflık ilkesi bağlamında değerlendirme ölçütlerinin<sup>476</sup> seçimi açısından soyut ve objektif değerlendirmeden ayrılmak ve hukuk güvenliği karşısında somut olay adaletine öncelik tanımak için özel bir sebep bulunmamaktadır. Bu nedenle somut müşterinin idrak etme, kavrama durumu ve anlayış yeteneğine göre şeffaflık ilkesinin gerekleri için bir ayırımı gitmek kabul edilemez. Özetle bir şartın şeffaflığı daha ziyade soyut olarak ilgili ortalama müşteri açısından değerlendirilmelidir<sup>477</sup>.

Bir şartın şeffaflığının ilgili sözleşme türü için tipik olarak sözleşmeyi akdedecek ortalama müşterinin anlayış ufkuна göre değerlendirilmesi tespit edildikten sonra şimdi başka bir somutlaştırma yapmak yani anlayış ufku kavramını açıklamak gerekecektir<sup>478</sup>. Bu çerçevede bir düzenleme içeriğinin ortalama müşteri tarafından hangi kapsamda anlaşılmasının zorunlu olduğu ve bu anlama kabiliyetinin hangi durumlardan etkilendiği ve ortalama müşterinin ne dereceye kadar bir düzenlemenin anlamını idrak edebilmek için çaba sarf etmek zorunda olduğu gibi sorunlar ortaya konulmalı ve cevaplanmalıdır.

Bir genel işlem şartı, koşulların ve hukuksal sonuçların bütününden oluşmaktadır. Şeffaflığın değerlendirilmesinde koşulların ve hukuksal sonuçların

---

<sup>474</sup> Kreienbaum, s. 264.

<sup>475</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 264.

<sup>476</sup> Yani şeffaflık ilkesi açısından anlaşılabilirlik hususu değerlendirilirken ilgili sözleşme tipinin hitap ettiği soyut ortalama müşteri mi yoksa deneyimi ya da özel bilgisi ile birlikte somut olay içerisinde somut müşterinin mi tercih edileceği hususu.

<sup>477</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 265; BGHZ 112, 115 (118 f.); Thalmair, s. 24; Reiner Metz: "Tilgungsverrechnung: Transparenz durch AGB-Recht und Preisangebenverordnung", **NJW 1991**, s. 668-675, s. 672.

<sup>478</sup> AKYOL irade açıklamasına muhatap olan kişinin ufku denilince, muhatabın eğitimi, uzmanlığı, hayat tecrübesi, görgüsü, dünyayı tanıma ölçüsü, sanat anlayışı, felsefi eğitim, görgü ve gelişmişliği, yerel ve küresel olayları izlemi veya tamamen kapalı bir hayat sürmesi gibi bir kişinin kendisi, ailesi ve iş hayatı için değer yargılarına değer vermesi ya da belirtilenlere hiç önem vermemesi gibi hususların değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir (bkz. Şener Akyol: **Sözleşmelerin Yorumu**, İstanbul 2010, Vedat Kitapçılık, s. 65.



ortalama müşteri için ne kadar açık ve anlaşılır olması zorunluluğu sorunu karşımızda durmaktadır. Bu sorun ortalama müşterinin farklı şartların ortak etkilerinin doğurduğu sonuçların, hangi ölçüde ortalama müşteri için kavranabilir olması zorunluluğu şeklindeki bir diğer soruyu da beraberinde getirmektedir<sup>479</sup>.

Genel olarak kabul edildiğine göre, sadece ilgili somut düzenlemenin anlamının müşteri için açık olması ve fakat müşterinin farklı düzenlemelerin karşılıklı etkisini idrak edebilecek durumda olmamasının yeterli olmadığı belirtilmektedir. Dolayısıyla müşteriye, örneğin şartların ortak etkisinin fiyatı yükseltici bir sonuç doğurmasının açıklığı kavuşturulması zorunludur<sup>480</sup>. Bunun için söz konusu dezavantajlı etkinin özel olarak hesaplanabileceğinin yaklaşık olarak bilinebilir olması yeterlidir<sup>481</sup>.

Burada bir şartın içeriğinden ne anlaşılması gerektiği sorusunun da ortaya konması ve cevaplanması gerekmektedir. Esas olarak şeffaflığın belirlenmesinde genel işlem şartlarının yorumunda izlenecek usulden farklı bir usul söz konusu değildir. Bunun anlamı ise; bir şartın soyut ve objektif olarak lafzına, sistematik konumuna ve sözleşmenin anlam ve amacına göre yorumlanması gerekliliğidir<sup>482</sup>. Genel işlem şartları dışında bulunan diğer durumlar, örneğin kullanıcının reklamı gibi, bir şartın soyut olarak değerlendirilmesinde dikkate alınmamalıdır<sup>483</sup>. İşte bu suretle ortaya çıkartılan şartın içeriği, koşulları ve hukuksal sonuçları açısından şeffaflık ilkesine göre ortalama müşteri için de açık olmalıdır<sup>484</sup>.

Buradan, bir şartın içeriği izole edilmiş bir şekilde ele alınmaması bilakis genel işlem şartlarının bütün metni ile bağlantı içerisinde ele alınması hususu ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte bir genel işlem şartının sıklıkla fiili veya hukuki olarak zor içeriklere sahip oldukları da gözden uzak tutulmamalıdır<sup>485</sup>. Bu bağlamda bazı durumlarda genel işlem şartlarının ortalama müşteri için anlaşılır bir şekilde takdim edilmesi zor olabilir. Genel işlem şartları hukuku kullanıcının her şartı bir şerh ile

---

<sup>479</sup> Kreienbaum, s. 267.

<sup>480</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 268, dn. 37'deki yargı kararları; Taupitz, NJW1989, 2242 (2244); Köndgen, NJW 1989, 943 (948).

<sup>481</sup> Kreienbaum, s. 268 vd.

<sup>482</sup> Kreienbaum, s. 269.

<sup>483</sup> Kreienbaum, s. 269, dn. 40.

<sup>484</sup> Kreienbaum, s. 269, dn. 43.

<sup>485</sup> Kreienbaum, s. 269.

birlikte düzenlemesini istememekte bilakis kullanıcıyı yalnızca şartın değişik takdim seçeneklerinden fakat genel işlem şartları metnini makul olmayan şekilde genişletmeden, mümkün olduğu takdirde müşteriye yük getiren etkilerini gizleyen değil, açıklığa kavuşturan seçeneği seçmesi konusunda yükümlendirmektedir<sup>486</sup>.

Bir düzenlemenin gerekli olan anlaşılabilirlik derecesinin belirlenmesi sırasında şeffaflık ilkesinin anlam ve amacına riayet edilmelidir. Ortalama müşteri için genel işlem şartları, haklarını idrak edebilecek şekilde özü itibarıyla açık olmalıdır ve müşteri bu hukuksal konumunu bilerek akılcı bir karar verebilecek durumda olmalıdır<sup>487</sup>. Bunun için (ortalama) müşterinin her hukuksal sonucu bütün detaylarıyla idrak edebilmesi veya her somut olayı hiçbir zorluğa maruz kalmadan genel işlem şartları düzenlemelerinden çıkarabilmesi zorunlu değildir. Buna karşılık her durumda sunulan genel işlem şartlarında sunulmuş olan ve görünüşte tehlikesiz görünen şartın diğer şartlarla bağlantı içerisinde müşteriye yük getiren bir düzenleme içeriğine bürünmesi engellenmelidir<sup>488</sup>.

Bunun yanı sıra yorumlar, açıklamalar vs. suretiyle genel işlem şartlarının hacminin fazlalaştırılması şeffaflık ilkesine aykırıdır; zira yüksek bir metin hacmi/kapsamı vasıtasıyla müşterinin idrak etmesi tekrardan sınırlandırılmaktadır<sup>489</sup>.

Özetle, şeffaflık ilkesine göre müşterinin genel işlem şartları düzenlemesinin çekirdek içeriğini anlayabilecek bir konuma getirilmek zorunda olduğunu belirtmek mümkündür<sup>490</sup>. Bu bağlamda bir genel işlem şartının dezavantajlı etkileri aynı zamanda diğer şartlarla bağlantısı içerisinde de açığa kavuşturulmak zorundadır. Bu her hukuksal sonucun açık bir şekilde verilmesi zorunluluğu anlamına gelmemektedir<sup>491</sup>.

---

<sup>486</sup> Kreienbaum, s. 269, 270.

<sup>487</sup> Schäfer, s. 65 vd.; Kreienbaum, s. 270.

<sup>488</sup> Kreienbaum, s. 270.

<sup>489</sup> Schäfer, s. 67 vd; Köndgen, NJW 1989, 943 (947); Kreienbaum, s. 270.

<sup>490</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 271; Schäfer, s. 66 vd.

<sup>491</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 271.

Ortalama müşterinin anlayış ufku için gerekler, yani şartın şeffaflığı için gereklilikler buna ilaveten düzenlenen içerik ve sözleşmesel düzenlemeler için şart içeriğinin anlamı açısından ortalama müşterinin beklenti anlayışına bağlıdır<sup>492</sup>.

Ortalama müşterinin anlama yeteneği beklentilerine ilişkin olarak genel işlem şartlarının içeriğine göre şekillenmektedir<sup>493</sup>. Genel işlem şartlarının içeriği ne kadar müşterinin beklentilerine uyarsa o derecede de müşterinin bu içeriği anlaması kolaylaşacaktır. Aksi durumda yani şart içeriğinin müşterinin beklentilerine uymaması durumunda ise, müşteri tarafından bilinmeyen şart düzenlemeleri müşterinin beklentilerinin karşısına çıkacaktır. Yine müşterinin şart içeriğinin beklentilerinden sapması durumunu bilmesi de zorunlu değildir; daha ziyade müşteri o zamana kadar kendisi için yabancı olan bir içerikle karşı karşıya kalmak zorunda kalmaktadır<sup>494</sup>.

Karşılıklı hak ve yükümlülüklerle ilişkin beklenilmeyen düzenlemelerin bu şekilde idrak edilmesi ve yine kendisi için mevcut hukuksal konumunun bilinmesi önemli ölçüde entelektüel bir kapasiteyi gerektirmektedir. Bunun sonucu da bir şartın şeffaflığına ilişkin gerekler, şartın içeriğinin ortalama müşterinin beklenti içeriğinin ortalama müşterinin beklenti anlayışından sapmasına nazaran oldukça yüksektir<sup>495</sup>. Bu özellikle banka ve leasing genel işlem şartları gibi yasal olarak düzenlenmeyen sözleşme türleri için büyük öneme sahiptir<sup>496</sup>.

Müşterinin beklenti anlayışı bunun yanı sıra şartın, bir sözleşmenin hakları ve yükümlülüklerinin yapısı için şartın taşıdığı önem tarafından belirlenmektedir. Fiyata ilişkin düzenleme içerik denetiminden muaf olduğundan ve genel işlem şartları hukukunda müşterinin makul bir fiyata ilişkin menfaatlerini kendisinin koruması gereğinden hareket edilmesinden dolayı, genel işlem şartlarının müşterinin fiyatın türü ve miktarı hususunda tam bir resmi görmesi zorunluluğu bulunmaktadır<sup>497</sup>. Bu itibarla, müşterinin müzakere imkânlarını ve sözleşme akdetme

---

<sup>492</sup> Kreienbaum, s. 271.

<sup>493</sup> BGHZ 112, 115 (118) Kreienbaum, s. 271'den naklen.

<sup>494</sup> Kreienbaum, s. 271-272.

<sup>495</sup> Schäfer, s. 77 vd.; Kreienbaum, s. 272.

<sup>496</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 272.

<sup>497</sup> Bkz. BGHZ 112, 115 (118 f) (Kreienbaum, s. 272 den naklen).

şanslarını güvence altına alabilmek için fiyatı yükselten ilave anlaşmaların yüksek ölçüde açıklığa ve anlaşılabilirliğe gereksinimleri vardır<sup>498</sup>.

Bir genel işlem şartının içeriği müşterinin hukuksal konumu için ne derecede önemli ise müşterinin beklentisi de o derecede somut olmaktadır. Bu husus özellikle fiyatı belirleyen faktörler açısından geçerlidir. Gerçektende fiyat kural olarak genel işlem şartları içerisinde bulunmamakta, bilakis esas olarak bireysel anlaşmanın bir parçasını oluşturmaktadır. Bu deneyim, müşterinin beklenti anlayışını belirlemektedir ve bu yüzden de özellikle özel olarak şeffaf olması gereken fiyatı belirleyen düzenlemeler açısından geçerlidir<sup>499</sup>.

Tam bu noktada şeffaflık ilkesinin sürpriz şartlarla bağlantısına tekrar değinilmelidir. Müşterinin beklentisi ile düzenlemenin içeriği arasında ciddi bir çelişki durumunda şart sürpriz/şaşırtıcı bir karaktere sahip olacaktır. Bu durumlarda şartın kendisinin şeffaf olması tek başına yeterli değildir. Gerçi şartın açık ve şeffaf olması şeffaflık ilkesini karşılamaktadır ancak müşterinin korunması açısından kullanıcının şartın etkilerini sürpriz karakteri bertaraf edecek şekilde düzenlemesi gerekmektedir. Bu durum ise, müşterinin dikkatini şarta yönelten ve şartın içeriğini anlamaya zorlayan özel tedbirleri gerektirmektedir<sup>500</sup>.

Anlama çabasına ilişkin hangi gereklerin söz konusu olduğu, yani kullanıcıdan müşterinin genel işlem şartlarının içeriğini anlayabilmek için hangi çabaları göstermesinin talep edileceği sorusu ortaya konulmalıdır<sup>501</sup>.

Alman Federal Mahkemesi'ne göre, şartın dezavantajlı etkisi, kullanıcı tarafından ilk defa yoğun bir uğraştan sonra veya ilave bilgiler edinildikten sonra tanınabilir olmamalıdır<sup>502</sup>. Şekli düzenlemeler sırasında müşterinin şartın içeriğini yanlış anlamasına değil, mümkün olduğunca zahmete ve ilave açıklamalara gereksinim duymadan anlamasına riayet edilmelidir<sup>503</sup>.

---

<sup>498</sup> Kreienbaum, s. 272.

<sup>499</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 273; Schäfer, s. 76 vd.

<sup>500</sup> Kreienbaum, s. 273.

<sup>501</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 272.

<sup>502</sup> Bkz. BGHZ 106 43 (50), aktaran Kreienbaum, s. 273.

<sup>503</sup> Bkz. BGH 112, 115 (118), aktaran Kreienbaum, s. 274.

Ortalama müşterinin şartın anlamını çıkarabilmek için göstermesi gereken çabanın gerekleri bizzat şeffaflık ilkesinden çıkartılabilir. Genel işlem şartları hukukunda esas olarak formülasyon sorumluluğu tek taraflı olarak kullanıcıya verilmiştir. Bilgi edinme masrafları ve yükü anlamlı bir şekilde müşteriden alınıp kullanıcıya yüklenmiştir. Şayet kullanıcı fiili olarak kendisinde bulunan düzenleme gücü çerçevesinde zor anlaşılır bir sözleşmesel yapıyı ortaya koymayı seçerse, bu takdirde kullanıcı söz konusu sözleşme içeriğini müşteri için anlaşılır bir tarzda sunma yükümlülüğü altındadır. İşte buradan da, müşterinin bilgi edinme çabasına yönelik gerekliliklere yüksek bir önem izafe edilmemesi gerektiği ortaya çıkmaktadır<sup>504</sup>.

Yine şeffaflık ilkesinin anlam ve amacı, kullanıcının müşteriye sözleşmede düzenlenen hakları ve yükümlülükleri hususunda bilgilenme konusunda imkân yaratmasıdır. Sözleşmenin akdedilmesi zamanında bilgilenme hususunda yoğun bir meşguliyet, ekonomik açıdan da mümkün olmadığından, şeffaflık ilkesinin bu anlam ve amacından genel işlem şartları metninin anlaşılması için müşteriden bu şartları anlamak için yoğun bir uğraşın talep edilemeyeceği hususu ortaya çıkmaktadır<sup>505</sup>.

Fakat genel işlem şartının derhal ve zahmetsiz bir şekilde anlaşılması gereğinden hareketle müşterinin genel işlem şartını anlamak için hiçbir düşünsel faaliyete girmemesi gerekliliğine ilişkin bir kaniya da kapılmamak gerekir<sup>506</sup>. Zira genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesinin temelinde, müşterinin, sözleşmenin akdedilebilmesi için akılcı bir karar verebilmek veya sözleşmenin uygulanması sırasında kendi hukuksal konumunu değerlendirebilmek için, genel işlem şartlarının içeriği hakkında bilgi isteyebilmesi bulunmaktadır<sup>507</sup>. Bu nedenle, tıpkı diğer tüm sözleşme tiplerinin akdedilmesinde olduğu gibi sözleşme akdederken müşteriden genel işlem şartının içeriği ve onun anlaşılması hususunda çaba göstermesi beklenemez. Zira bu husus, müşterinin genel işlem şartları hakkında somut olarak bilgi sahibi olmasını yani onları okumasını şart koşmaktadır. Müşteri, tıpkı bütün

---

<sup>504</sup> Kreienbaum, s. 275.

<sup>505</sup> Kreienbaum, s. 275; Reiner Metz: "Tilgungsverrechnung: Transparenz durch AGB-Recht und Preisangabenverordnung", **NJW 1991**, s. 668 (669).

<sup>506</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 275; Köndgen, NJW 1989, s. 943 vd. ve 947.

<sup>507</sup> Schäfer, s. 70 vd.; Kreienbaum, s. 276; müşterinin sözleşme akdedilmesi sırasında olduğu gibi sözleşmenin akdedilmesinden sonra da makul bir şekilde genel işlem şartlarından hakları ve yükümlülükleri konusunda bilgi sahibi olabilmesi konusunda bkz. Lindacher, s. 350 vd.

diğer metinlerin kabulünde olduğu gibi, şartın anlamını da anlamaya, anlamı bulup çıkarmaya çabalamalıdır<sup>508</sup>.

Yine müşterinin şartı anlamak için sarf edeceği çabalar ile kullanıcının formülasyon sorumluluğu, şartın ve duruma göre sözleşmenin anlam ve içeriğine göre birbirinden ayırd edilmelidir. Günlük yaşamdaki işlemler sırasında anlamaya yönelik çabanın gerekleri azalabilir ve hukuksal işlemin önemiyle ekonomik bir ilişki içerisinde bulunabilir. Gerçekten de sürekli bir bağıllık amaçlayan ya da ciddi bir ekonomik ağırlık taşıyan veya başka sebeplerle ortalama müşteri için özel bir önem arz eden hukuksal işlemler bakımından, müşterinin anlamaya yönelik çabaları için daha yüksek bir ölçü ortaya konulmalıdır. Bunun anlamı ise, özellikle genel işlem şartlarının içeriğini kavramak için zaman ve masraf bakımından daha ciddi bir çaba beklenildiğidir<sup>509</sup>.

Bir şartın şeffaflığının değerlendirilmesi sırasında farklı müşteri gruplarına göre bir ayırım yapılması ileri sürülebilir. Bir genel işlem şartları, farklı menfaatleri, ilişkileri ve koruma ihtiyaçları bulunan farklı çevreler karşısında kullanılıyorsa, bu takdirde maddi adalet ilkesi bu farkları, genel ve grup grup söz konusu olabilen bu farkların genel işlem şartları hukuku açısından yapılacak denetim çerçevesinde dikkate alınmasını gerektirmektedir<sup>510</sup>.

Buna karşılık genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesi çerçevesinde anlaşılabilirliğin değerlendirilmesinin ölçütü olarak düzenlenen tipik sözleşmenin hitap ettiği ortalama müşteri olmalıdır. Bunun istisnası ise sadece tacir ve tacir olmayan kişiler açısından düşünülebilir<sup>511</sup>.

## **b) Açık ve Anlaşılabilir Takdim**

Genel işlem şartlarının anlaşılır olması ilkesi, ilk etapta sözleşme şartlarının kullanıcısının, müşterinin hak ve yükümlülüklerini mümkün olduğunca açık ve

---

<sup>508</sup> Kreienbaum, s. 276.

<sup>509</sup> Kreienbaum, s. 277.

<sup>510</sup> Bkz. Schäfer, s. 59 vd.; Kreienbaum, s. 265.

<sup>511</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 267; Schäfer, s. 184 vd.; Köndgen, NJW 1989, 943 (952).

anlaşılabilir bir şekilde takdim etmekle yükümlülüğünü ifade etmektedir<sup>512</sup>. Kullanıcının sözleşme şartlarını açık ve anlaşılabilir şekilde sunması ilkesi, müşterinin kendisi hukuki bir görüş ya da yardıma müracaat etmek zorunda kalmaksızın genel işlem şartlarının kapsamını ve anlamını bütün sonuçlarıyla anlayabilmesini güvence altına almak istemektedir<sup>513</sup>. Bu çerçevede açık ve anlaşılabilir şekilde genel işlem şartlarının takdim edilmesi yükümlülüğünün amacı esas olarak gerek hukuksal açıklığın sağlanması ve gerekse fiyatın açıklığının sağlanması olmalıdır<sup>514</sup>. Dolayısıyla kendisine genel işlem şartları sunulan müşteri güvenilir bir şekilde sözleşme şartları içerisinde kendi hakları ve yükümlülükleri hakkında bilgi sahibi olabilmelidir<sup>515</sup>.

Federal Alman Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında, genel işlem şartlarının açık ve anlaşılabilir olmasına ilişkin, genel işlem (olayda genel sigorta) şartları kullanıcısının dürüstlük kuralına uygun olarak kendi müşterisinin hak ve yükümlülüklerini mümkün olduğunca açık ve anlaşılabilir şekilde takdim etmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>516</sup>.

Bir genel işlem şartının içeriğinin şeffaflık ilkesinin gereklerini karşılayabilmesi için nasıl bir şeffaflığa sahip olması yani ne derecede şeffaf olması gerektiği sorusunun ortaya konması ve cevaplanması gerekmektedir. Herkes için her durumda mutlak anlaşılabilirliğe ulaşmanın mümkün olmadığı belirtilmelidir; zira insanların iletişimi içerisinde tek anlamlılık bulunmamaktadır<sup>517</sup>. Dolayısıyla yalnızca zor veya kolay anlaşılabilir içerik takdimi söz konusudur. Bu çerçevede genel işlem şartlarının şeffaflık ilkesinin gereklerini karşılaması için hangi hususların gerçekleşmesi gerekir? Yani şeffaflık denetimi sırasında şartın anlaşılır olmasının ölçütü neyi ifade etmektedir?<sup>518</sup>

Genel işlem şartları içerisinde yer alan bir şartın içeriğinin en şeffaf şekilde takdimi daima ve her durumda şeffaflık ilkesinin gereklerini karşılamak için yeterlidir. Bu itibarla genel işlem şartlarının şeffaflık denetimi daima, iyileştirme

<sup>512</sup> Roloff, § 305c BGB, Rn. 4; krş. BGH VersR 2006, 1066 (1068) (aktaran Stadler, s. 57).

<sup>513</sup> Bkz. Stadler, s. 57 vd.

<sup>514</sup> Bkz. Stadler, s. 57 vd.

<sup>515</sup> Krş. BGHZ 141, 137 ff. (=BGH VersR 1999, 710 ff.) (aktaran, Stadler, s. 57).

<sup>516</sup> Bkz. BGHZ 141, 137 (143) (aktaran Stadler, s. 58).

<sup>517</sup> Bkz. Leitner, s. 70.

<sup>518</sup> Bkz. Leitner, s. 70.

testi diye anılan ilgili şart içeriğini anlaşılır şekilde takdim etme denemesiyle başlamalıdır. Burada şartın içeriğinin her zaman sadece ideal bir şekilde ortaya konma zorunluluğunun bulunmadığı ifade etmek gerekir. Yani şartın içeriğini gizlememesi yeteri derecede şeffaf olması yeterlidir<sup>519</sup>.

Ancak bir şart ne zaman içeriğini gizler ya da başka anlatımla ne zaman makul bir şekilde şeffaf olur? Bu soru kural olarak sadece dilbilimsel ve mantıksal formüllerin kullanılmasıyla cevaplanamaz<sup>520</sup>. Şeffaflık denetimi sırasında somut olarak bir şartın şeffaflık ilkesinin gereklerini yeteri derecede karşıladığının ölçülmesi için kesin bir kural bulunmadığı kabul edilmelidir. Yani genel işlem şartları hukukunda şartın şeffaflık denetimi sırasında, onun ne zaman şeffaf olmaması nedeniyle haksız bir mağduriyete yol açtığını, hangi davranışların ne ölçüde objektif özen yükümlülüğünü ve sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini tespit ettiğini belirleyen şablonlar da yoktur. Bununla birlikte şartların şeffaflık ilkesi açısından denetlenmesi sırasında ilgili sözleşme tipi için ortalama müşterinin anlama kabiliyetini temel alan formülasyon reddedilmemelidir. Fakat bu formülasyonun şeffaflık ilkesinin uygulanması bakımından açık bir formül olmayıp yardımcı bir husus olduğu göz önünde bulundurulmalıdır<sup>521</sup>.

### c) Şeffaf Düzenlemenin Beklenebilirliği

İstenilen şeffaflığın ölçüsünün, ne dereceye kadar şeffaf bir takdimin düzenleyiciden beklenebileceğine bağlı kılınp kılınmayacağı hususu akla gelebilir<sup>522</sup>. Genel işlem şartlarının şeffaf bir şekilde düzenlenmesi her zaman kolay değildir. Şeffaflık ilkesinin gereğinin yerine getirilmesi için sadece kasti olarak gizleme taktiklerinden vazgeçilmesi yeterli değildir. Genel işlem şartlarında şeffaflığın sağlanabilmesi yani şartların şeffaf şekilde düzenlenmesi sonucuna ulaşabilmek için kullanıcı bir takım zahmetleri de içeren aktif bir çaba içerisine

<sup>519</sup> Leitner, s. 71.

<sup>520</sup> Bkz. Leitner, s. 71; ayrıca bkz. Kreienbaum, s. 262 vd.

<sup>521</sup> Leitner, s. 71.

<sup>522</sup> Kullanıcının şeffaflık ilkesi gereği akla gelebilecek bütün ihtimalleri/durumları açıklamasının beklenebileceği, dolayısıyla şeffaflık ilkesinde aşırılığa gidilmemesi konusunda bkz. Schmidt, BGB § 307, BeckOK RN 44.



girecektir. Yine düzenleyiciden genel işlem şartlarını şeffaf düzenlemesinin beklenilebilir beklenilemeyeceği sorusu, şeffaf düzenlemenin ölçüsü bakımından önemli bir role sahiptir. Yani başka ifade ile düzenleyici şeffaf düzenleme yapmamasına, şeffaf düzenleme yapabilmesinin kendisi açısından makul olmayan araçlara bağlı olduğunu, acaba gerekçe olarak ileri sürebilir mi?<sup>523</sup>. Belki burada şartların şeffaf olarak düzenlenmesindeki müşterinin menfaati ile genel işlem şartlarını daha az masrafla düzenleme hususundaki düzenleyicinin menfaati arasında bir tartım akla gelebilir. Ancak bu tartımın yapılması kabul edilmemelidir. Şartın şeffaflık ilkesinin gereklerine uyup uymadığı sorusu için bir menfaatlerin tartımına müracaat edilemez. Dengesizlik durumu nedeniyle irade özerkliği çerçevesinde anlaşmaların sübjektif doğruluk garantisi tamamen etkisini göstermediği için, genel işlem şartları ağır surette mağduriyete yol açmamalı<sup>524</sup> ve buna ilaveten de yeterli derecede şeffaf olarak ortaya konmalıdır<sup>525</sup>. Genel işlem şartlarının şeffaf olarak düzenlenmesi zorunluluğu, müşterinin bilgi edinme yükü ve masraflarını genel işlem şartlarının kullanıcıya yüklemektedir. Yani müşteri genel işlem şartlarının düzenlenmesiyle öyle bir duruma sokulmalıdır ki; bu durum içerisinde, kullanıcı şartları şeffaf olarak düzenlemesine eşlik eden masrafları taşımak zorunda iken, müşteri şartları ciddi bir zaman harcamasına ve hukuksal yardıma müracaat etmesine gerek olmaksızın anlayabilmelidir. Yüklerin bu şekilde dağılımı yerindedir, çünkü yasanın düzenleyici normlarından sapma ilk etapta kullanıcının menfaatlerine hizmet etmektedir<sup>526</sup>. Genel işlem şartlarının kullanıcıya kendisinin tek taraflı ve geniş kapsamlı düzenleme özgürlüğünün karşılığı olarak şartları takdim etmede bir sorumluluk yüklenmiştir<sup>527</sup>.

Bir şartın şeffaflık ilkesine uygun olup olmadığı hususunda karar verebilmek için, öğretide St.Korinek şeffaflık ilkesinin gereklerini aşağıdaki karşılaştırmalı ifadelerle somutlaştırmayı önermektedir<sup>528</sup>:

---

<sup>523</sup> Leitner, s. 72.

<sup>524</sup> Avusturya Hukukunda içeriksel sınırlara ilişkin ABGB § 879/3.

<sup>525</sup> Avusturya Tüketicinin Korunması Yasası § 6/3.

<sup>526</sup> Leitner, s.73.

<sup>527</sup> Bkz. Leitner, s. 73; Alman hukuku bakımından ise bkz. Kreienbaum, Transparenz, s. 224.

<sup>528</sup> Bkz. St.Korinek, Das Transparenzgebot des § 6, Abs.3 KSchG, JBl 1999, s. 149, 162 vd.; Leitner, s. 73'den naklen.

- *“Karşı tarafın sözleşmeyi akdetme kararı için bir şart ne kadar önemli ise söz konusu şart o derece açık ve anlaşılır formüle edilmek zorundadır. Örneğin doğrudan fiyatı veya başka bir ana edimi ilgilendiren alanın takdim edilmesi ise özellikle şeffaf olmalıdır.*
- *Genel işlem şartları kullanıcısının müşteri için sözleşmenin devamı süresince bir düzenlemenin sonuçları ne kadar önemli olabiliyorsa bu düzenleme o kadar anlaşılabilir olmak zorundadır.*
- *Sözleşme süresince bir sorunun önemli olması ne kadar muhtemel ise bu soru tam olarak ortaya konulmak zorundadır.*
- *Bir düzenleme bir ortalama müşterinin beklentilerine ne kadar çok aykırı ise onun kavranabilirliğine yönelik talepler de o kadar yüksektir.*
- *Bir düzenleme alanı ne kadar karmaşıkça, sözleşme şartının temel etkileri o derecede açık ve anlaşılır olarak ortaya konulmak zorundadır.”*

Schilcher ise St. Korinek’in bakış açısına katılmakta ve şeffaflık ilkesinin somutlaştırılması için ortaya konulan ilk karşılaştırmalı yaklaşımı şu şekilde formüle etmektedir: *“ Sözleşmenin konusu ne kadar kompleks ve tüketicinin finansal rizikosu ne kadar yüksekse, sözleşme hükümlerinin ortaya konulması/kaleme alınması o derecede açık ve anlaşılır olmak zorundadır.”*<sup>529</sup>.

Buna karşılık Leitner ise karşılaştırmalı yaklaşımın şeffaflığa karar verilmesi sırasında yardımcı olmayacağını ifade etmektedir<sup>530</sup>. Yazara göre karşılaştırmalı yaklaşım çoğu zaman farklı şeffaflık ölçütlerini ortaya çıkarmaktadır. Örneğin daha önemli şartların daha önemsizlere nazaran daha şeffaf olması zorunluluğunda hangi ölçütten hareket edildiği hususu belirsiz kalmaktadır. Yine neden sadece yukarıda belirtilen yaklaşımların yapıldığı ve diğer karşılaştırmalı yaklaşımlara başvurulmadığı sorusu da ortaya çıkmaktadır. Yazara göre sonuçta şeffaflığın ölçüsünü ortaya çıkarabilen bir şartın önemliliği belirlenirken de zorluklar ortaya çıkmaktadır. Bir yargısal sürecin konusunu oluşturan şartlar sözleşme taraflarınca en

<sup>529</sup> Schilcher, Das Transparenzgebot im Vertragsrecht, in **Aicher/Holoubeg (Hrsg), der Schutz von Verbraucher Interessen: Ausgestaltung im öffentlichenrecht und im privatrecht (2000) 99**, s. 123 (aktaran Leitner, s. 74).

<sup>530</sup> Leitner, s. 74.

azından bir olaydan sonra önemli hale gelebileceği için önemlilik açısından burada yalnızca başlangıçta bir gözlem söz konusudur. Şartın önemliliği bakımından başlangıçta şartın sadece somut müşteri mi dikkate alınarak veya genel ölçütlere göre mi yapılacağına ilişkin bir değerlendirme çok da basit değildir. Bu bağlamda örneğin genel işlem şartlarındaki verilerin 3. kişilere aktarımına ilişkin şartlar<sup>531</sup> burada zikredilebilir. Müşteri verilerinin 3. kişilere aktarımını olanaklı kılan şartların daha çok önemli mi veya daha çok önemsiz mi olduğu sorusu gündeme gelebilir. Şayet karşılaştırmalı yaklaşım kabul edilecek olursa, sorunun cevabı şartın nasıl şeffaf bir şekilde ortaya konulması zorunluluğuna bağlı olduğundan, söz konusu soruyu cevaplamak o kadar da kolay değildir.

Karşılaştırmalı yaklaşım aleyhindeki temel gerekçe sadece parametrenin belirlenmesi zorluğunda değil, esas olarak şu hususlarda da bulunmaktadır: Şeffaflık ilkesinin bir gereği olarak genel işlem şartları şeffaf bir şekilde ortaya konmalı ve böylelikle de müşteri sözleşmenin içeriğinden makul bir masrafla bilgi sahibi olabilmeli ve kendisine de ilgili sözleşme ile nasıl bir ilişki içerisine girdiğini bilme imkânı açılmalıdır. Bu husus şeffaflığın gerekleri bakımından münferit şartlar arasında bir ayırım yapmaksızın sözleşmenin bütün noktaları açısından geçerlidir. Bu itibarla Leitner'e göre şeffaf düzenleme bakımından şartın önemli olup olmaması ölçeğinde bir ayırım yapılmamalıdır<sup>532</sup>. Zira düzenleyici genel işlem şartlarında tamamlayıcı hukuktan sapmak istiyorsa herhangi bir noktada müşterinin içeriği anlamasını zorlaştıramaz<sup>533</sup>. Şayet genel işlem şartları düzenleyicisi genel işlem şartları içerisinde daha az önemli bir noktayı düzenlemek istiyorsa bu takdirde düzenleyici aynı şekilde şeffaf bir düzenlemeye çaba göstermek veya burada konuyu tamamlayıcı hukukun düzenlemesine bırakmak zorundadır<sup>534</sup>. Bu bağlamda Leitner'e göre tek bir şeffaflık ölçütünden hareket edilebilir. Doğal olarak genel işlem şartlarının şeffaflığının belirlenmesi sırasında farklı parametreler rol

<sup>531</sup> Avusturya Yüksek Mahkemesi de bu konuda vermiş olduğu bir kararında, bir müşterinin kişisel verilerinin bir şirketin (konzern) diğer girişimcilerine elektronik veri işlem tekniği ile desteklenen bir suretle işleme ve aktarma hususundaki rızasını içeren bir şartı, şeffaflık ilkesine aykırı bulmuştur. Zira söz konusu şart bakımından o esnada bu konzerne hangi müteşebbislerin dahil olduğu ve gelecekte hangi müteşebbislerin dahil olacağı müşteri için bilinebilir değildir. Mahkemenin söz konusu kararında ortalama müşteri için bir belirsizlik olması sebebiyle şeffaf olmama durumunun söz konusu olduğu belirtilmiştir. (bkz. OGH 27.01.1999, 7 Ob 170/98 w (Yayın yeri: ecolex 1999/182; RdW 1999, 458; Kresh 1d/42) bkz. Leitner, s. 74 ve 130).

<sup>532</sup> Leitner, s. 74, 75.

<sup>533</sup> Leitner, s. 75.

<sup>534</sup> Leitner, s. 75.

oyunmaktadır. Örneğin, bir formülasyon ne kadar kompleks ise şart da o kadar şeffaf değildir; yazı ne kadar küçükse o kadar okunmazdır; şartların bütünü ne kadar kapsamlı ise onları kavramak o kadar zordur. Şeffaf olmama durumunun farklı biçimlerde ortaya çıkabileceği hususu sıradan bir durum değildir; yukarıda zikredilen parametreler yine de şeffaflığın tek ölçüsünü oluşturmamaktadır. Bu bakış açısı altında içeriğin karmaşıklığı ve içerik karşısındaki beklentide görülebilir. Bir şartın şeffaflığı sorunu bakımından müşterinin beklentisi de önemli bir rol oynamaktadır. Bir insanın anlayış kabiliyeti esas olarak beklentileri ile de şekillenmektedir<sup>535</sup>. Şayet bir beyanın kabul edicisi belirli bir düzenlemeyi hesaba katıyorsa beklemediği bir düzenlemeyi kolayca idrak edemez; beklenmeyen bir düzenleme bakımından içeriğin kavranabilmesi yüksek bir entelektüel çabayı gerektirmektedir. Müşterinin beklentileri müşteri bakımından anlaşılabilirliği etkilemektedir. Fakat yine de müşterinin beklenti durumu istenilen şeffaflık ölçüsünü değiştirmemektedir. İçeriğin karmaşıklığı açısından da durum aynıdır: Bir şartın düzenlemesinin içeriği ne kadar kompleks ise uygun bir şekilde şeffaf takdim o kadar zordur; yani bir şartın düzenlemesinin içeriği ne kadar karmaşıksa düzenleyici de içeriğin şeffaf bir şekilde takdimi için o kadar çok çaba göstermek zorundadır. Bununla birlikte şeffaflığın gerekli olan ölçütü buna da bağlı değildir<sup>536</sup>.

#### **d) Menfaatlerin Tartımı**

Bir şartın şeffaflığına ilişkin karar verebilmek için menfaatlerin tartımına ilişkin münferit boyutların incelenmesi gerekmektedir<sup>537</sup>.

Esas olarak kullanıcının genel işlem şartlarının içeriğini şeffaf olmayan şekilde düzenlemesinde bilinen haklı bir menfaati bulunmamaktadır. Yegâne sebep olarak ancak düzenlemelerin gizlenmesi ve müşterinin yanıltılması söz konusu olabilecektir ki hukuk düzeni tarafından da bu şekilde menfaatler kabul edilmemektedir<sup>538</sup>.

---

<sup>535</sup> Leitner, s. 75; ayrıca Kreienbaum, s. 271.

<sup>536</sup> Leitner, s. 75.

<sup>537</sup> Kreienbaum, s. 277.

<sup>538</sup> Kreienbaum, s. 277.

Açık ve anlaşılır bir şekilde genel işlem şartlarının takdim edilmesi, düzenlenen konunun filli veya hukuki karmaşıklığı nedeniyle mümkün görünmüyorsa, bu durumda şeffaf olmayan bir genel işlem şartları kullanılmasında haklı bir menfaat söz konusu olabilir<sup>539</sup>. Fakat burada sadece istisnai durumlar söz konusudur. Yani esas ya da kural olan genel işlem şartlarının içeriğinin açık ve şeffaf bir şekilde takdim edilmesi ve sunulmasıdır. Zira daha önce hangi ölçüde içeriğin ortalama müşteri için anlaşılabilir durumda olduğu hususuna ilişkin tartışma incelenmiş ve fakat bu bağlamda her hukuksal sonucun bütün ayrıntılı sonuçlarıyla anlaşılır bir şekilde düzenlenmesinin mümkün olmadığı görülmüştür. Bu itibarla şeffaflık ilkesinin gerekleri bakımından kural olarak şart içeriğinin imkân dahilinde açık ve anlaşılır bir şekilde takdim edilmesiyle yetinilmelidir<sup>540</sup>.

Müşterinin hukuksal konumunu idrak etmeye ilişkin menfaati başka türlü temin ediliyorsa, bu durumda kullanıcının bu tür şeffaf olmayan genel işlem şartları düzenlemesi kabul edilebilir. İçerisinde şeffaf şart düzenlemesinin mümkün olmadığı durumlarda kullanıcının ilave bilgiler vermekle yükümlü olup olmadığı sorusu da ortaya çıkmaktadır. Bu konuda ilave bilgi verme yükümlülüğünün gerekli olduğuna ve olmadığına ilişkin iki görüş bulunmaktadır<sup>541</sup>. Birinci görüşe göre, kullanıcı örneğin faizin hesaplanmasının sonuçlarını müşteriye açık bir şekilde sunmalıdır. Şayet bu efektif faiz oranının veya ödeme planının verilmesi suretiyle olmamışsa, her halükarda genel işlem şartları içerisindeki faiz hesaplanmasındaki faizi artırıcı etkisi hakkında yanlış anlaşılmayan bir şekilde açıkça bilgi verilmelidir<sup>542</sup>. Zira bu tür durumlarda, ortalama müşteri kendisi için dezavantajlı olan düzenlemeyi başka bir mülahazaya gereksinim olmaksızın zahmetsiz bir şekilde kavrayabilmelidir<sup>543</sup>.

Diğer bir görüşe göre ise, kullanıcıdan genel işlem şartlarının etkilerine ilişkin açık bir bilgilendirme talep edilemez<sup>544</sup>. Zira kullanıcının açıklayıcı ilave bilgi eklemek suretiyle müşterinin şarttan fikri sonuç çıkarmasını sağlama yükümlülüğü

<sup>539</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 277; ayrıca krş. Schäfer, s. 79.

<sup>540</sup> Kreienbaum, s. 277, 278.

<sup>541</sup> Bu görüşler için bkz. Kreienbaum, s. 278 vd.

<sup>542</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 278, dn. 93 ve . 279, dn. 94'de anılan yargı kararları ve yazarlar.

<sup>543</sup> Kreienbaum, s. 279, dn. 95'deki yargı kararı, BGHZ 112, 115 (121); OLG Frankfurt, NJW 1989, 2264 (2266).

<sup>544</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 279 dnp 97 deki yargı kararları ve anılan yazarlar.

bulunmamaktadır. Bu şekilde geniş bir bilgi verme yükümlülüğü ne genel işlem şartları hukukundan ne de dürüstlük ilkesinden çıkartılabilir. Üstelik bu durum yargıcın denetim yetkisinin sınırlarını aşmaktadır, çünkü aksi takdirde ilgili şartın hükümsüzlüğünün ilanı onun bizzat şeffaf olmaması nedeniyle değil bilakis eksik olan bilgilendirme nedeniyle söz konusu olacaktır. Yine bu şekilde kullanıcı yeni verilere ve yeni şartlara zorlanabilecektir<sup>545</sup>.

Bu iki görüş değerlendirildiğinde Kreienbaum'a katılarak şu hususları tespit etmek mümkündür; Her şeyden önce kullanıcı, formülasyon sorumluluğunu taşımaktadır. Dolayısıyla kullanıcı genel işlem şartının içeriğini açık ve anlaşılır şekilde kaleme almakla yükümlüdür. Daha öncede ifade edildiği gibi şeffaflık ilkesi sadece şekli olarak kusursuz bir şekilde şartın düzenlenmesiyle sınırlı değildir. Şeffaflık ilkesinin hareket noktası, bir şartın ilgili içeriğinin anlaşılabilirliğidir. Karmaşık konular veya birbiriyle etkileşim içinde olan şartlar söz konusu olduğunda anlaşılabilirlik gerektiğinde ilave bilgilerle kuvvetlendirilmelidir<sup>546</sup>. Dolayısıyla şeffaflık ilkesinden gerektiğinde bir şartın anlaşılabilirliğini bilgilendirme ve açıklamalarla güvence altına alma yükümlülüğü doğmaktadır<sup>547</sup>.

Buna karşılık söz konusu bu tür yükümlülüklerin kullanıcıdan beklenemeyeceğine yönelik bir itiraz söz konusu olamaz. Zira ne dürüstlük ilkesi ne de genel işlem şartları hukukuna göre belirli durumlarda bilgilendirme yükümlülükleri bulunmaktadır. Bununla birlikte aydınlatma yükümlülüğü daha ziyade bizzat kullanıcının kendi genel işlem şartlarında düzenlenen konularla sınırlıdır. Ancak genel işlem şartlarının kullanıcısı akdedilecek sözleşmenin ve bu durumların amaca uygunluğu hakkında aydınlatma hususunda yükümlü değildir<sup>548</sup>.

Bu suretle yargısal denetim yetkisine müdahale edileceği itirazı da tamamen şekli bir doğaya sahiptir. Zira bir bilgilendirmenin mutlaka bağımsız bir şart içerisinde yapılması gerekmemektedir. Şeffaflık ilkesi gereği olarak kullanıcı takdim etme olanağının eksikliğine esas olarak dayanamaz. Bir şartın açık ve anlaşılır şekilde kaleme alınmasına yönelik çabalara rağmen yine de ciddi şekilde anlama

---

<sup>545</sup> Kreienbaum, 279.

<sup>546</sup> Schäfer, s. 79 vd.; Kreienbaum, 280.

<sup>547</sup> Kreienbaum, s. 280, dn. 104.

<sup>548</sup> Kreienbaum, s. 281.

zorlukları geriye kalmışsa bu takdirde kullanıcı, ilave açıklamalar vasıtasıyla şeffaflığı sağlamakla yükümlüdür. Böylelikle kullanıcının hangi koşullar altında şeffaf olmayan genel işlem şartları düzenlemesine yer vermekte haklı menfaati olacağına ilişkin soruya lüzum kalmamaktadır. Başka bir anlatımla bu tür durumların, daima müşteriyi başka türlü aydınlatma olanaklarının mevcudiyeti sebebiyle, haklı görülmesi söz konusu değildir<sup>549</sup>.

Kullanıcının ilave açıklamalarla şeffaflığı sağlayabileceği belirtilirken, bu şeffaflığın örneğin genel işlem şartlarının efektif faiz oranı, örnek hesaplamalar ve geri ödeme planı vs. araçlarla sağlanmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir<sup>550</sup>.

Bu konuda özetle şu tespitleri yapmak mümkündür. Karmaşık içeriğe sahip olan genel işlem şartlarının kolay bir şekilde şeffaf olarak takdim edilmesi söz konusu olmayabilir. Bu durumda kullanıcıdan şeffaflığı başka surette tesis etme yükümlülüğü beklenmektedir. Bu bilgilendirmeler ya da açıklamalar örneğin genel işlem şartları içerisinde bizzat verilebilir. Her ne kadar genel işlem şartları dışında yer alan bireysel durumların dikkate alınıp alınmayacağı hususunda bunların dikkate alınması gerektiğine ve dikkate alınmaması gerekliliğine ilişkin iki farklı görüş bulursa da<sup>551</sup> bizim de katıldığımız görüşe göre genel işlem şartları dışında yer alan ve genel işlem şartlarının şeffaflığını yükseltmeyi amaçlayan durumlar, bireysel anlaşmaların genel işlem şartlarına önceliği<sup>552</sup> çerçevesinde dikkate alınabilmelidir<sup>553</sup>. Müşterinin gerek bizzat sahip olduğu gerek sözleşme nedeniyle üçüncü kişilerden öğrendiği özel bilgisi genel işlem şartlarının kullanıcılarının işine yaramayacaktır. Yani genel işlem şartlarının kullanıcısı, müşterinin özel bilgiye sahip olduğu gerekçesiyle, genel işlem şartlarını şeffaf şekilde düzenleme yükümlülüğünden kurtulamamalıdır; zira müşteri, yükümlü olmadığı bir husustan yani şeffaf olmayan genel işlem şartlarını anlamak için çaba göstermemekten

<sup>549</sup> Kreienbaum, s. 281.

<sup>550</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 281.

<sup>551</sup> Bu görüşler için bkz. Kreienbaum, s. 282 vd.

<sup>552</sup> Bireysel anlaşmaların genel işlem şartlarına önceliği konusunda bkz. Larenz, s. 504 vd.; Palandt, s. Schmidt, s. 410; Rehbinder, Armağan, s. 794. Bunun temelinde ise şu düşünce bulunmaktadır: genel işlem şartları çok sayıda sözleşme için kullanılmak üzere soyut olarak önceden formüle edilmişlerdir ve bu nedenle de taraflarca kararlaştırılan düzenlemeler genel işlem şartlarına uygulama alanı bıraktıkları takdirde genel işlem şartları uygulama alanı bulacaklardır. (bkz. Basedow, Kommentar, §305b BGB, Rn. 1 vd.)

<sup>553</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 288; Gerçektende Federal Almanya'da eski Genel İşlem Şartları Kanununda (Par.4); bireysel sözleşmesel anlaşmaların genel işlem şartlarına öncelik taşıdığı (önce geldiği) ifade edilmekteydi (Bkz. Eski AGBG § 4, <http://www.gesetzesweb.de/AGB.html>).

sorumlu tutulmamalıdır. Bununla birlikte müşterinin özel bilgisi tamamen de devre dışı bırakılmamalıdır. Esas olarak genel işlem şartlarının kullanılması esnasında, sözleşmenin akdedilmesi sırasındaki somut durumlardan tamamen soyutlanmak söz konusu değildir. Bireysel anlaşmaların genel işlem şartları karşısında önceliğe sahip olduğu ilkesi bu durumda da kıyasen uygulanmalıdır<sup>554</sup>.

Şeffaf olmayan genel işlem şartları düzenlemeleri, muhtemelen müşterinin ağırlıklı menfaatleri nedeniyle var olmaya devam edecektir. Şeffaf olmayan genel işlem şartlarının, müşteriye hukuksal olarak avantajlı bir konum sağlaması durumunda, kullanıcı şartın şeffaf olmaması dolayısıyla bu avantajlı konumu talep edebilecek durumda değildir. Dolayısıyla içeriksel olarak müşteriye maddi hukuksal menfaatler sağlayan düzenlemeler sırf bu özellikleri nedeniyle şeffaflık ilkesinden muaf tutulamazlar. Bu itibarla şeffaf olmayan şartı düzenleyen kullanıcı, şartın şeffaf olmaması sebebiyle hükümsüzlüğü karşısında esas olarak bunların müşteri bakımından avantajlı oldukları hususuna dayanamaz. Şayet müşteri, şeffaf olmama sebebiyle haklarını kullanmaktan (talep etmekten) alı konulmuşsa bu durumda “culpa in contrahendo”<sup>555</sup> nedeniyle kullanıcının sorumluluğuna gidebilir<sup>556</sup>. Fakat bununla birlikte şeffaf olmayan genel işlem şartlarının muhafaza edilmesinde müşterinin bilinen bir hukuksal menfaati söz konusu değildir<sup>557</sup>.

Sonuç olarak genel işlem şartlarında yer alan bir şartın şeffaf olmaması bir tartım süreciyle belirlenmelidir. Ortalama bir müşterinin anlayış ufku bakımından bir şartın içeriğinin yeteri derecede açık ve anlaşılır olup olmadığı hususu ortaya konulmalıdır. Şeffaf olmayan bir şartın mevcudiyetine ilişkin olarak bunu aşan, bundan daha fazla bir değerlendirme işlemi yapılmamalıdır<sup>558</sup>. Ortalama müşterinin anlayış ufku açısından yapılacak değerlendirme de somut olayda ortalama müşterinin

---

<sup>554</sup> Kreienbaum, s. 283.

<sup>555</sup> Latince bir tabir olup, “bir sözleşmenin akdedilmesi sırasındaki kusur” anlamına gelmektedir. Bu konuda pek çok farklı kabul bulunmakla birlikte, Culpa in Contrahendo sorumluluğunun kısaca “sözleşme görüşme ilişkilerindeki kusurlu davranıştan kaynaklanan sorumluluğu” ifade ettiği söylenebilir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ümit Gezder: **Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, İstanbul Şubat 2009, Beta Basım Yayım, s. 10 vd.; Huriye Reyhan Demircioğlu: **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk**, Ankara 2009, Yetkin Yayınları, s. 41 vd.; Özdamar, s. 321 vd.; Damla Gürpınar: **Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk**, İzmir 2006, Güncel Yayınevi, s. 139 vd.

<sup>556</sup> Kreienbaum, s. 289.

<sup>557</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 289.

<sup>558</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 289-290.



anlama yeteneğini ve kullanıcının formülasyon sorumluluğunu belirleyen farklı kriterler söz konusudur. Burada temel olan husus, şartın yani sözleşmenin içeriği ve anlamı için ve yine sözleşmenin içeriğine yönelik olarak müşterinin beklentisidir<sup>559</sup>.

### 3. Teknik Dil

Anlaşılabilirlik ilkesi açısından teknik dil kullanımı problem arz etmektedir<sup>560</sup>. Genel işlem şartları kullanıcısının şeffaflık ilkesini ihlal edip etmediği hususu, kullanılan kavramın ortalama müşteri için anlaşılır olup olmadığına bağlıdır<sup>561</sup>. Bu çerçevede alışılmış kavramların kullanılması esas olarak şeffaflık ilkesini ihlal etmez. Şayet kullanılan teknik kelimelerin/kavramların anlamı ortalama bir müşteri için bilinmiyor ise, bu durumda şeffaflık ilkesinin bir ihlali söz konusudur<sup>562</sup>. Bu bağlamda örneğin sigorta sözleşmesi şartlarını hazırlayan sözleşme tarafı, yorum sırasında sözleşme şartlarının anlamının kaymasından kaçınmak için daima teknik kavramların kullanılmasında müşterinin anlayış ufku dikkate almak zorundadır<sup>563</sup>. Buna karşılık kısmen de olsa bu düşünceye karşı görüşlerin de ifade edildiği görülmektedir. Bu karşı görüşe göre, ortalama müşterinin anlayış ufkunun esas alınmasından istisna söz konusu olmamalıdır<sup>564</sup>. Bu görüşün temel argümanı ise, ortalama müşterinin kullanılan sözleşme şartlarının (örneğin genel sigorta şartlarının) yasal düzenlemelere ne zaman uygun olup olmadığını bilemeyeceği hususudur<sup>565</sup>.

### 4. Hukuk Dili

Genel işlem şartlarının ortalama müşterinin anlayış ufkuna göre yorumlanmasının bir istisnasını kapsamı kesin olarak belirli olan hukuki kavramların oluşturduğu ifade edilmektedir<sup>566</sup>. Alman hukukunda yargısal içtihatlar ve hâkim öğreti genel dil kullanımından ayrılan hukuki dil kullanımına (genel dil kullanımına

<sup>559</sup> Kreienbaum, s. 290.

<sup>560</sup> Bkz. Thalmair, s. 24; Stadler, s.58; Schäfer, s.11; Basedow, VersR 1999, s. 1045 vd.

<sup>561</sup> Bkz. Stadler, s.58; Heinrichs (FS. Trinkner), s. 167.

<sup>562</sup> Bkz. Thalmair, s. 24; Stadler, s.58,59; Heinrichs (FS. Trinkner), s. 167.

<sup>563</sup> Bkz. Stadler, s.59.

<sup>564</sup> Bkz. Stadler, s.60 dnp.242 de anılan yazarlar.

<sup>565</sup> Bkz. Marlow/Spuhl, VersR 2006, 1333 (13379 (aktaran Stadler, s. 60).

<sup>566</sup> Bkz Stadler, s. 59 vd.

nazaran) öncelik tanımaktadırlar<sup>567</sup>. Bu anlayış ise, hukuk güvenliği hukuksal açıklığın, ifadelerin tek yorumuyla gerçekleştirilebileceği temeline dayanmaktadır<sup>568</sup>. Bu çerçevede örneğin aynı hak kavramı genel işlem şartlarında kullanılmışsa, bu kavram ortalama müşterinin aynı haktan ne anladığına göre değil bilakis aynı hakkın hukuksal anlamına göre yorumlanmalıdır<sup>569</sup>. Bu durumda örneğin sigorta sözleşmesinin şartlarını hazırlayan sözleşme tarafı yani sigortacı, anlaşılmalı yasal formülasyonları izah etmek için çaba göstermek zorunda olmadığı gibi bu kavramları genel dil kullanımındaki formülasyonlara dönüştürmek zorunda da değildir<sup>570</sup>. Aksi takdirde genel işlem şartlarının hazırlayıcısının yasa koyucuyu düzeltici bir makam olmaya zorlanması gibi bir durum söz konusu olabilecektir<sup>571</sup>.

## 5. Dezavantajların Bilinebilirliği

Anlaşılabilirlik ilkesi çerçevesinde müşterinin bir genel işlem şartının dezavantajlarını bilebilmesi gerekmektedir<sup>572</sup>. Dolayısıyla bir şartın dezavantajlı etkisi genel işlem şartı metni içerisinde birbiri ile bağlantılı hükümler ayrılmak suretiyle gizlenmişse, şeffaf olmama durumu ortaya çıkar<sup>573</sup>.

Genel işlem şartlarının dilsel açıdan şeffaf olması tek başına şeffaflık ilkesinin karşılanması için yeterli değildir. Aynı zamanda genel işlem şartlarının ortalama müşteri için etkilerini açık bir şekilde ortaya koyması gerekmektedir<sup>574</sup>. Alman Federal Yüksek Mahkemesine göre de; şeffaflık ilkesi gereğince, (genel sigorta şartlarının) kullanıcısı dürüstlük ilkesine uygun olarak kendi müşterisinin haklarını ve yükümlülüklerini mümkün olduğunca açık ve anlaşılır bir şekilde takdim etmelidir<sup>575</sup>. Bu husus şartın yalnızca kendisinin formülasyonu içerisinde ortalama müşteri için anlaşılabilir olmasına bağlı değildir. Dürüstlük kuralı daha ziyade şartın aynı zamanda ekonomik dezavantajlarının ve getirdiği yüklerin de durumun

<sup>567</sup> Bkz. BGH r+s 2005, 57 (58); BGH VersR 2003, 1122 (1123); OLG Karlsruhe VersR 2006, 1069 (1070) (Aktaran, Stadler, s. 59; ayrıca bkz. Stadler, s. 59 dnp. 238 de anılan yazarlar).

<sup>568</sup> Krş. BGH r+s 2005, 57 (58) (aktaran, Stadler, s. 59).

<sup>569</sup> Krş. BGH VersR 1992, 487 (488) (aktaran, Stadler, s.59).

<sup>570</sup> Bkz. Stadler, s.59.

<sup>571</sup> Bkz. Stadler, s. 59.

<sup>572</sup> Krş. BGH VersR 2005, 976 (977); BGH VersR 2005, 639 (639); BGHZ 147, 354 (362); BGHZ 141 137 (143); BGHZ 136, 349 (401) (aktaran Stadler, s. 61).

<sup>573</sup> Heinrichs (FS. Trinkner), s. 167; Atamer, s. 210.

<sup>574</sup> Bkz. Leitner, s. 75 vd.; Stadler, s. 61 vd; müşterinin özellikle sözleşmenin kendisine yüklediği maddi külfetler konusunda aydınlatılması gereği için bkz. Atamer, s. 210.

<sup>575</sup> BGHZ 147, 354 (361) (aktaran Stadler, s. 62).

gereklere göre geniş bir şekilde bilinebilir olmasını gerekli kılmaktadır<sup>576</sup>. Gerçekte bir genel işlem şartının içeriği, dilsel olarak anlaşılabilir olsa da, müşteri için düzenlemelerin kapsamı belirsiz kalıyorsa bu durum da müşteri açısından tehlike arz etmektedir<sup>577</sup>.

## 6. Hataya Sevk Etme Yasağı

Genel işlem şartları içerisinde fiili hukuksal durum şayet hataya sevk edici bir şekilde ortaya konmuşsa, bu durumda da şeffaflık ilkesi uygulama alanı bulmuş olmaz<sup>578</sup>. Genel işlem şartlarında hataya sevk edici şartlar, müşteriye gerçek hukuksal durum hakkında yanıltmakta ve haklarını idrak etme hususunda engellemektedirler<sup>579</sup>. Söz konusu şartlar bu nedenle hükümsüzdürler<sup>580</sup>.

## 7. Yollamalar/Atıflar

Birçok kullanıcı (örneğin sigorta sözleşmesi yapan sigortacılar) genel işlem şartlarını yollamalarla/atıflarla kısaltmak istemektedirler. Söz konusu yollamalar aynı sözleşme içerisindeki diğer sözleşme şartlarına yapılabildiği gibi diğer yasal düzenlemelere de yapılabilmektedir<sup>581</sup>.

Aynı sözleşme içerisinde diğer sözleşme şartlarına yapılan atıflarda, şayet müşteri yollama yapılan şartları problemsiz bir şekilde bulabiliyorsa esas olarak sorun çıkmamaktadır<sup>582</sup>. Genel işlem şartları içerisinde yasal düzenlemelere yapılan atıfların şeffaflık ilkesini ihlal edip etmedikleri bakımından sırf -saf- deklaratif atıflar ve inşai (kurucu) atıflar arasında ayırım yapılmaktadır<sup>583</sup>. Bu bağlamda kendisine yollamada bulunan yasal düzenlemeler, genel işlem şartlarıyla ilişkilendirilmeksizin sözleşme için geçerli ise deklaratif bir yollama söz konusudur. Buna karşılık şayet bu tür yollamalar vasıtasıyla, fiili olandan farklı bir hukuksal

<sup>576</sup> Bkz. BGHZ 147, 354 vd. (aktaran Stadler, s. 62).

<sup>577</sup> Bkz. Stadler, s. 62.

<sup>578</sup> Bkz. BGH VersR 2004, 1171 (1172); BGH NJW 1993, 2052 (2054) (aktaran, Stadler, s.62); ayrıca bkz. Kreienbaum, s. 155 vd; Henrichs (FS. Trinkner), s. 168.

<sup>579</sup> Bkz. Thalmair, s. 24.

<sup>580</sup> Bkz. Stadler, s. 62, 63.

<sup>581</sup> Bkz. Stadler, s. 63.

<sup>582</sup> Stadler s. 64; bu konuda ayrıca bkz. Thalmair, s. 78 vd.

<sup>583</sup> Bkz. OLG Stuttgart VersR 1999, 822 (823) (Stadler s. 3 den naklen).

duruma ilişkin izlenim uyandırılıyorsa bu takdirde, söz konusu yollama deklaratif bir yollama değildir<sup>584</sup>.

Genel işlem şartlarında yapılan inşai nitelikteki yollamalar bakımından hukuksal durum, deklaratif atıflardakinden farklıdır<sup>585</sup>. Salt yasal düzenlemeye yapılan bir atfın şeffaflık ilkesinin gereklerini karşılayıp karşılamayacağı hususu Alman yargı içtihatlarında tartışmalıdır. Bazı Mahkemeler<sup>586</sup>, kira sözleşmelerinde belirli bir durumda yasanın ilgili hükmünün uygulanmayacağına ilişkin yollamayı<sup>587</sup> hükümsüz saymışlardır. Buna karşılık bazı Mahkemeler ise benzer bir düzenlemeyi şeffaflık ilkesi ile bağdaşır görmüşlerdir. Bu bağlamda Rostock Yüksek Eyalet Mahkemesi herkes tarafından anlaşılabilir bir yasa metnine ilişkin genel işlem şartları içerisinde yer alan bir atfın sakıncalı olmadığına işaret etmiştir<sup>588</sup>. Bu durumda ilgili yasaya bakmanın uzman olmayan bir kişiden de beklenebileceği ifade edilmiştir.

Her ne kadar Rostock Mahkemesinin kararı çerçevesinde tüketicinin ya da müşterinin genel işlem şartları içerisinde atıf yapılan ilgili yasaya bakması kendisinden beklenebilirse de, genel işlem şartları okuyucusu, müşteri açısından ilgili yasal düzenlemenin araştırılmasına değip değmeyeceğinin de incelenmesi gerekir. Gerçektende genel işlem şartları içerisinde yasa hükmüne atıf yapıyorsa okuyucuya en azından kaba şekilde de olsa ilgili yasal düzenlemeye yapılan atfın arkasında neyin bulunduğu bildirilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede atıf yapılan yasal düzenlemenin tüm detayları tekrarlanmak zorunda olmayıp, yasaya yapılan atıf suretiyle müşteri için hangi ekonomik dezavantajların ve yüklerin meydana geldiğinin bilinebilmesi gerekmektedir. Burada en azından yasaya yapılan atıftan kaynaklanan hukuksal sonuçlar hakkında bilginin verilmesi gereklidir<sup>589</sup>.

---

<sup>584</sup> Bkz. Stadler, s. 64, 65.

<sup>585</sup> Stadler, s. 65.

<sup>586</sup> Bkz. OLG Schleswig NJW 1995, 2858 (2858); OLG Frankfurt WuM 2005, 15 (16) (aktaran, Stadler, s 65).

<sup>587</sup> “Şayet kira süresinin bitiminden sonra eşyanın kullanımına kiracı tarafından devam edilirse Alman Medeni Kanununun 568. Paragrafı uygulama alanı bulmaz” şeklinde genel işlem şartlarında yer alan bir düzenleme, yani BGB § 568’ e genel işlem şartları içerisinde yapılan atıf.

<sup>588</sup> Bkz. OL Rostock NZM 2006, 584 (585) (aktaran, Stadler, s. 65).

<sup>589</sup> Bkz. Stadler, s. 65, 66.

## 8. Bölümleme/Düzen

Kapsamlı genel işlem şartları bakımından da açık ve anlaşılır bir bölümleme şeffaflık ilkesinin gerekleri arasındadır<sup>590</sup>. Genel işlem şartları içerisinde yer alan birbiriyle bağlantılı düzenlemelerin dezavantajlı etkilerinin, bu şartların münferit kısımlarının farklı, gizli yerlerde veya birbirleriyle zor bağlantı kurulacak olan, örneğin farklı paragraf ve cümleler içerisinde yer alması nedeniyle bilinebilir olmaması şeffaflık ilkesi ile bağdaşmamaktadır<sup>591</sup>. Müşterinin bir genel işlem şartı hakkında edinmek istediği bilgiyi, bu bilgiyi bulmayı beklediği yerde bulamaması durumunda, genel işlem şartları hukukunda ulaşılmak istenen genel işlem şartlarının şeffaflığı ilkesine aykırılık oluşacaktır<sup>592</sup>. Bu bağlamda, örneğin cayma hakkına ilişkin bir bölüm altında, kendisiyle alıcının satıcının provizyon yükümlülüğünü üstlendiği bir komisyoncu şartı yer almamalıdır<sup>593</sup>.

Açıklığa, genel işlem şartlarının net bir bölümlenmesi ve mantıksal bir yapıya sahip olması ile ulaşılabilir. Bu çerçevede dikkat edilmesi gereken husus, şartın ilişkin olduğu başlık ve bölüm ile şartın içeriğinin her zaman birbirine uygun olmasıdır. Özellikle müşteri için dezavantajlı olan düzenlemenin sisteme aykırı olarak genel işlem şartlarına dâhil edilmesi veya hataya sevk edici bir üst başlığın bulunması halinde şeffaf olmama durumunun varlığı kabul edilmelidir<sup>594</sup>. Bu bağlamda örneğin bir garanti sözleşmesinde yer alan garanti meblağının sınırlanmasına ilişkin şart, yer olarak edimlerin kapsamını düzenleyen bölümden çok uzak bir yerde yer aldığı için şeffaflık ilkesine aykırılıktan ve müşterinin bu gizli şartı hesaba katmak zorunda olmamasından dolayı hükümsüz sayılmıştır<sup>595</sup>.

---

<sup>590</sup> Bkz. Kreienbaum, s.12 vd.; Leitner, s.89 vd.; Stadler, s. 66 vd; Hans-Bernd Schäfer, s. 27.

<sup>591</sup> Bkz. Atamer, s. 210; BGH VersR 2005 639 (640); BGH NJW 1993, 2052 (2054) (Stadler, s. 66 dan naklen)

<sup>592</sup> Bkz. BGH VErsVersR 2001, 839 (841) (aktaran Stadler, s. 66).

<sup>593</sup> Bkz. KG Berlin ZfIR 2001, 912 (913) (aktaran Stadler, s.66).

<sup>594</sup> Bkz. Stadler, s. 66.

<sup>595</sup> Bkz. LG Düsseldorf VersR 206, 1255 (aktaran, Stadler, s. 67).

## B. BELİRLİLİK

Genel işlem şartlarının anlaşılır olmaması sadece bu şartlarda kullanılan dilden kaynaklanmamakta aynı zamanda belirsiz formülasyonlar dolayısıyla kullanıcıya tanınan ayrıntılı olarak somutlaştırılmamış olan takdir hakkından da kaynaklanabilmektedir<sup>596</sup>. Şayet kullanıcı sınırsız bir şekilde düzenleme imkanını kendisinde muhafaza eder ve müşteri de kullanıcının bu yetkilerini ne zaman ve ne dereceye kadar kullanacağını bu suretle bilemezse belirlilik ilkesi ihlal edilmiş olur<sup>597</sup>. Bu itibarla şeffaflık ilkesinin gereği olarak genel işlem şartları, aynı zamanda yeteri derecede belirli olarak kaleme alınmalıdır<sup>598</sup>. Belirsiz bir genel işlem şartı aynı zamanda anlaşılmazdır. Bu itibarla belirlilik ilkesi şeffaflık ilkesinin özel bir durumu olarak kabul edilmektedir<sup>599</sup>. Gerçektende belirlilik ilkesi sözleşmenin diğer tarafınca şartların denetlenebilirliğini sağladığı için şeffaflık ilkesini tamamlamaktadır. “Anlaşılabilirlik ilkesi” bakımından birincil amaç, müşterinin güvenilir ve anlaşılır bir şekilde genel işlem şartlarının içeriği hususunda bilgi sahibi olma imkânını sağlamak iken, “belirlilik ilkesinin” temel amacı ise, kullanıcının makul olmayan uygulamalarını – takdir yetkilerini- engellemektir<sup>600</sup>.

Bu bağlamda anlaşılabilirlik ilkesi ile belirlilik ilkesi arasında bir gerilim ilişkisi söz konusu olabilir. Zira belirli bir şart veya farklı şartlar sıklıkla geniş kapsamaları nedeniyle anlaşılabilirliklerini yitirebilmektedirler. Esas olarak tereddüt bulunmasına rağmen şartın belirliliğine öncelik verilmelidir<sup>601</sup>. Belirlilik ilkesi pahasına daha az ayrıntılı ancak daha anlaşılır bir düzenlemenin seçilmesi zorunluluğu kabul edilemez<sup>602</sup>. Buradaki temel gerekçe ise, müşteri bakımından anlaşılabilirlikteki eksikliklerin hukuki yardım almak suretiyle telafi edilebileceği buna karşılık belirlilik ilkesindeki eksikliklerin/sakatlıkların dengelenemeyeceğidir<sup>603</sup>.

<sup>596</sup> Krş. Stadler, s. 70; belirlilik konusunda ayrıca bkz. Präve, s. 138 vd .

<sup>597</sup> Bkz. Thalmer, s. 24.

<sup>598</sup> Bkz. BGH VersR 2006, 261 (263); OLG Celle VersR 2006, 1105 (1108) (Aktaran Stadler, s. 70); bu konuda ayrıca bkz. Lindacher, s. 348.

<sup>599</sup> Bkz. Heinrichs (FS. Trinkner), s. 167; Stadler, s. 70.

<sup>600</sup> Bkz. Stadler, s. 70.

<sup>601</sup> Krş. Römer, NVersZ 1999, 97 (104); Stadler, s. 71.

<sup>602</sup> Bkz. Römer, 97 (104); Stadler, s. 71.

<sup>603</sup> Bkz. Stadler, s. 71; Armbrüster, DNotZ 2004, s. 437 (438).

Belirlilik ilkesinin temel talebi genel işlem şartlarının sözleşmenin her iki tarafının haklarını ve yükümlülüklerin içeriklerini ve koşullarını somut ve belirli bir şekilde tespit etmesidir<sup>604</sup>. Bu çerçevede genel işlem şartlarının fiili koşulları ve hukuksal sonuçları o derecede belirli bir şekilde ifade edilmesi zorunludur ki, girişimci (kullanıcı ya da örneğin sigortacı) için haksız-makul olmayan bir hareket serbestisi ortaya çıkmasın<sup>605</sup>. Genel işlem şartlarında yer alan dilsel olarak anlaşılır ve fakat içeriksel olarak kavranamayan düzenlemeler şeffaflık ilkesi ile bağdaşmazlar<sup>606</sup>. Buna tipik olarak “kanunca caiz olduğu takdirde” şeklindeki şart örnek gösterilebilir<sup>607</sup>. Bu bağlamda örneğin Nürnberg Eyalet Mahkemesi sorumluluk sigortasında tedricilik şartını belirliliğin eksik olması ve bundan kaynaklanan şeffaflık nedeniyle hükümsüz saymıştır<sup>608</sup>. Mahkeme söz konusu kararda, düzenlemenin belirsizliği nedeniyle ortalama sigorta müşterisinin mevcut şarttaki sigorta korumasının kapsamını idrak edemeyeceğini ifade etmiştir<sup>609</sup>.

### C. TAMLIK (BÜTÜNLÜK)

Genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesinin son şekillenmesi tamlık ya da bütünlük ilkesidir<sup>610</sup>. Genel işlem şartlarından kaynaklanan akla gelecek bütün hukuksal sonuçların ortaya konması kullanıcıdan beklenemez. Bu nedenle belirlilik ilkesinde olduğu gibi tamlık ilkesinde de ancak beklenilebilirlik ölçüsü çerçevesinde kullanıcı genel işlem şartlarında tamlık veya bütünlüğe riayet etmelidir<sup>611</sup>. Tamlık ilkesine riayet edilmemesi durumunda, örneğin bir genel işlem şartları metninde müşterinin sahip olduğu hakların eksik bir şekilde sayılması veya şartlardaki hakların talep edilme koşullarının eksik bir şekilde verilmesi hataya sevk edici bir etkiye yol açacaktır<sup>612</sup>.

<sup>604</sup> Bkz. OLG Duesseldorf, VersR 2000, 1093 (1094) (aktaran Stadler, s. 71); Stadler, s. 71.

<sup>605</sup> Bkz. Peter Präve: Versicherungsbedingungen und Transparenzgebot, VersR 200, s. 138 ff, s. 147; Stadler, s. 71.

<sup>606</sup> Bkz. Stadler, s. 71 vd.

<sup>607</sup> Bkz. OLG Hamm BB 1983, 1304 (1307); Stadler, s.71.

<sup>608</sup> Bkz. OLG Nürnberg r+s 2002, 499 ff. (aktaran Stadler, s. 72)

<sup>609</sup> Mahkemece hükümsüz sayılan şartta , “havanın, gazların, dumanın veya nemin, duman, is, toz gibi tortulardan tedricen (aşama aşama) meydana gelen maddi zararlara ilişkin sorumluluk taleplerinin sigorta korumasına ait olmadığı” hususu yer almaktaydı ( bkz. Stadler, s. 72).

<sup>610</sup> Bkz. Stadler, s.88; Präve, s. 138 vd.

<sup>611</sup> Bkz. Stadler, s. 88.

<sup>612</sup> Bkz. Stadler, s. 89 vd.

Bütünlük/tamlık ilkesine aykırılıktan dolayı hükümsüzlüğe ilişkin tipik bir örnek olarak Köln Eyalet Mahkemesinin, evlilik dışı yaşam ortaklarının evlilik dışı birlikte yaşam ilişkisiyle bağlantılı tartışmaların hukuki koruma sigortası kapsamına girmeyeceğine ilişkin düzenleme içeren şartın tamlık/bütünlük ilkesine aykırılıktan dolayı hükümsüz sayılmasına ilişkin kararı verilebilir<sup>613</sup>. Mahkeme tarafından hükümsüz kılınan şartta yabancı kelimeler veya teknik kelimeler bulunmamasına rağmen ortalama müşterinin (ortalama sigortalının) anlayamayacağı bir şey yoktu ve anlaşılabilirlik ilkesine bir aykırılık söz konusu değildi. Yine şart yeteri derecede belirliydi ve müşteri düzenlemenin özünü çıkartabilmekteydi. Buna karşılık şart aynı cinsiyetteki yaşam ortaklıkları açısından uygulama alanı bulup bulmadığı konusunda tam değildi ve bu noktada müşteriye yeteri derecede aydınlatmamaktaydı. İşte bu eksiklik nedeniyle Mahkeme söz konusu şartı hükümsüz addetmiştir<sup>614</sup>. Yine Saarbrücken Eyalet Mahkemesinin vermiş olduğu bir kararda tam kasko sigortasının Avrupa sınırlarında geçerli olacağına ilişkin bir düzenleme söz konusuydu<sup>615</sup>. Buna karşılık olay Türkiye'nin Asya bölümünde meydana gelmiştir. Mahkeme Türkiye gibi kısmen Avrupa'da kısmen başka kıtada yer alan ülkelerin koruma kapsamına girip girmediği konusunda eksiklik olduğundan dolayı olayda tam kasko taleplerinin geçerli olacağına karar vermiştir<sup>616</sup>.

### **III. ANLAŞILIRLIK KONUSUNDA YAPILAN ARAŞTIRMALAR VE ANLAŞILIRLIĞIN SAĞLANMASINDA GELİŞTİRİLEN YÖNTEMLER**

#### **A. GENEL OLARAK**

İnsanların okudukları metinleri daha iyi anlayabilmeleri ve metinlerin anlaşılabilirlikleri bakımından dilbilimsel araştırmalar yapılmış ve bu konuda objektif ölçütler ortaya konulmaya çalışılmıştır<sup>617</sup>. Metinlerin anlaşılabilirliğine ilişkin araştırmalar hukuk biliminde de ilgi çekmiştir. Bu bağlamda metnin anlaşılabilirliğine ilişkin bazı ölçütler ve veriler ortaya konulmuştur. Esas olarak bu konuda iki

<sup>613</sup> Bkz. OLG Köln VersR 2002, 182 (182 f.) (aktaran Stadler, s. 89).

<sup>614</sup> Bkz. OLG Köln VersR 2002, 182 (183) (aktaran Stadler, s. 89).

<sup>615</sup> Bkz. OLG Saarbrücken r+s 2005, 15 (15) (aktaran Stadler, s. 90).

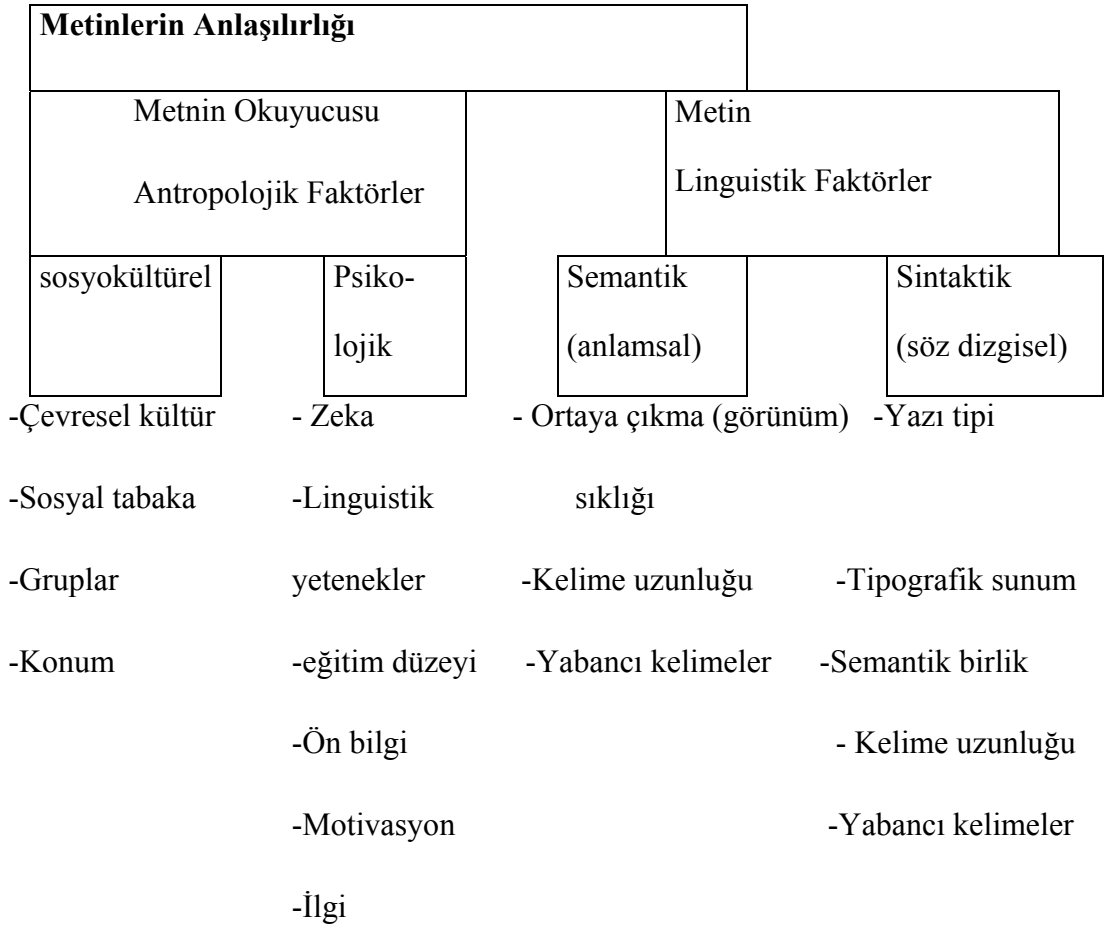
<sup>616</sup> Bkz. Stadler, s. 90, 91.

<sup>617</sup> Schwinstowski, s. 635 vd.



araştırma eğilimi görülmektedir. Bunlardan birisi metne yönelirken diğeri okuyucuya yönelmektedir. Metne yönelen araştırmanın temel noktasında esas olarak metin bulunmaktadır. Bu çerçevede hangi metin özelliklerinin anlamaya etki ettiği sorusu ortaya konmakta ve metnin daha basit nasıl düzenlenebileceği araştırılmaktadır. Buna karşılık okuyucuya yönelen araştırmalarda ise okuyucunun algılamaya ilişkin aktivitelerine ve yeteneklerine yoğunlaşmakta ve bu bağlamda özellikle metnin anlaşılmasına etki eden önbilgiler, motivasyon ve zeka araştırılmaktadır<sup>618</sup>.

Bu konuda Teileger anlaşılabilirlik araştırmalarına yönelik olarak araştırma yönelimleri bakımından şu tabloyu ortaya koymaktadır<sup>619</sup>.



<sup>618</sup> Bkz. Stadler, s. 101, 102.

<sup>619</sup> Bkz. Peter Teigeler: **Verständlichkeit und Wirksamkeit vob Sprache und Text**, Stuttgart 1968, s. 161 (aktaran, Stadler, s. 102).

## B. FLESCH TESTİ

Metnin anlaşılması açısından metne yönelik araştırmalar yirmili yılların başlarında anglo-amerikan dil alanında ortaya çıkmıştır ve esas olarak tamamlanmış bulunmaktadır<sup>620</sup>. Metne yönelik okunabilirlik araştırması metnin anlaşılabilirliğini onun bir karakteristiği olarak görmektedir. Okunabilirlik araştırmasında hangi araçlar vasıtasıyla metnin anlaşılmasının kanıtlanılabilir şekilde teşvik edilebileceği araştırılmaktadır. Bu araştırma çerçevesinde örneğin kelime uzunluğu, cümle uzunluğu gibi ifadelerle bir takım formüller geliştirilmiştir. Bu alandaki en nl araştırma Amerika Birleşik Devletleri'nde Flesch tarafından yapılmıştır<sup>621</sup>.

Flesh testi kapsamında Flesch, ABD'de yaptığı çalışmalarda anlaşılabilirliği bizzat metnin bir karakteristiği olarak görmüştür. Bu bağlamda bir metnin anlaşılabilirliği metnin muhatabının/okuyucusunun anlayış sürecine bakılmaksızın objektif olarak ölçülebilir. Flesch yaptığı araştırmalarda zor anlaşılabilirliğin temel sebepleri olarak grdğu iki boyut üzerinde durmaktadır. Bunlar bir metnin münferit kelimelerinin uzunlukları ve cümlelerinin uzunluklarıdır. Her iki faktör yani kelimelerin ve cümlelerin uzunlukları bakımından yazar, okunabilirlik skalası ve metnin zorluk derecesini gösteren bir formül geliştirmiştir. Bu formül yardımıyla da bir metnin diğerlerine nazaran göreceli olarak daha hızlı ya da daha yavaş okunabilir olup olmadığı hususunda önceden öngörü sahibi olmanın mümkün olduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda en ünlü ve sıklıkla da müracaat edilen formülü "Reading Ease" formülüdür<sup>622</sup>.

Flesch'in formülü:

$$RE (OK) = 206,835 - 0,846 WL (KU) - 1,015 SL (CU)^{623}$$

Söz konusu formül çerçevesinde kelime uzunluğu her 100 kelimedeki hecelerin sayısı cümle uzunluğu cümle başına kelimelerin ortalama sayısı olarak

<sup>620</sup> Bkz. Stadler, s. 103; Basedow, s. 1045 vd.; Gottschalk, s. 594; Flesch test konusunda bkz. Langheid,, s. 63 vd.; bu konuda genel bilgi için ayrıca bkz. [http://en.wikipedia.org/wiki/Flesch-Kincaid\\_Readability\\_test](http://en.wikipedia.org/wiki/Flesch-Kincaid_Readability_test).

<sup>621</sup> Bkz. Stadler, s. 103.

<sup>622</sup> Bkz. Stadler, s. 103, 104. Flesch'in formülde kullandığı kısaltmalar: RE: Okuma Kolaylığı (Türkçe OK olarak kısaltılmıştır); WL:Kelime uzunluğu (Türkçe KU olarak kısaltılmıştır); SL: Cümle Uzunluğu (Türkçe CU olarak kısaltılmıştır).

<sup>623</sup> Bkz. Stadler, s. 104; Basedow, s. 1045 vd.; Gottschalk, s. 594.

kabul etmektedir. Flesch formülü şu şekilde işlemektedir. Öncelikle metinden 100 kelime örnek olarak alınmaktadır. Bu örnek içerisinde ise, yüz kelime içerisindeki hece sayısı ile cümle başına kelimelerin ortalama sayısı bulunur ve bu değerler yukarıda ifade edilen formüle tabi tutulur. Ulaşılan değerler 0 ile 100 arasında bulunmaktadır. Bu çerçevede RE (OK) değeri ne kadar yüksek ise metin o kadar kolay okunabilir. Bu bağlamda 0 değeri pratik olarak okunamazlığı ifade ederken 100 değeri ise maksimal okunabilirliği ifade etmektedir<sup>624</sup>. Söz konusu değerler ne kadar düşük ise metin o derece daha anlaşılabilir olmaktadır<sup>625</sup>.

Bu kolay okuma formülünün almanca diline aktarılmasına yönelik çalışmalar da yapılmıştır<sup>626</sup>. Flesch tarafından geliştirilen kolay okuma formülüne göre bir metnin optimal okunabilirliği için her yüz kelimenin 180 hece içermesinin ve her cümlenin ortalama 12 kelimedenden oluşmasının gerekeceği böylelikle metnin 42,3785 kolay okuma değerine sahip olacağı ve normal okunabilir metin alanına dahil olacağı ifade edilmiştir<sup>627</sup>.

Görüldüğü üzere Flesch formülü kısa kelimelerin ve cümlelerin daha iyi anlaşılacağı hususundan hareket etmektedir<sup>628</sup>. Okunabilirlik formüllerinin değerlendirilmesi esnasında temel kritik noktası bu formüllerle verilen metnin sadece yüzeysel özelliklerinin kavranabileceği yönündedir. Bu formüller çerçevesinde cümle ve metin yapıları ile içeriksel kategorilere ilişkin boyutlar karanlıkta kalmaktadır. Yine uzun cümleler ve kelimelerin otomatik olarak zor anlaşılır olduklarının kabulü de tartışmasız değildir<sup>629</sup>. Buna karşılık Flesch testinin en büyük avantajı ise anlaşılabilirlik sorununu nesnel hale getirdiğinden dolayı pratikliğinde yani kullanışlı olmasında bulunmaktadır<sup>630</sup>. Dolayısıyla Flesch formülü girişimcinin sözleşme şartlarını hazırlama esnasında kendisinin bizzat denetleyebileceği ölçütleri ortaya koymaktadır.

Flesch testi metne daha kısa kelimeler ve cümleler ekleme hususunda teşvik edici olmuştur. Bu bağlamda iki husus ortaya çıkmıştır. Kısa sözcükler alışılmış

<sup>624</sup> Bkz. Stadler, s. 104.

<sup>625</sup> Basedow, s. 1045 vd.; Gottschalk, s. 594.

<sup>626</sup> Mihm, *Linguistikund Didaktik*, 4/1973, s. 117 ff (aktaran Stadler, s. 105).

<sup>627</sup> Bkz. Stadler, s. 105.

<sup>628</sup> Bkz. Stadler, s. 105.

<sup>629</sup> Bkz. Schulz von Thun, in Rödiger, 432 (436) aktaran Stadler, s. 101.

<sup>630</sup> Stadler, s. 105.

sözcükleri ortaya çıkartmıştır. Yine kısa cümleler okuyucunun anlama yeteneğine fazla yüklenmemektedir. Bununla birlikte bu testin kabul edilmesine yönelik tereddütlerde ortaya çıkmıştır. Zira uzun ve alışılmamış sözcükler her zaman metni mutlaka anlaşılabilir kılmazlar. Yine uzun cümleler de mutlaka daha zor anlaşılabilir olmak zorunda değildir. Elbette ki kısa kelimeler ve cümlelerle bir metnin anlaşılabilirliği yükselmektedir<sup>631</sup>.

Metnin anlaşılabilirliği bağlamında ortaya konulan Flesch testi bakımından önemli olan husus, şekli anlayış bakımından okunabilirlik indeksiyle sözcüklerin ve cümlelerin sayısı arasındaki bağlantıdır. Bir kelime ne kadar çok heceye sahipse ve yine bir cümle ne kadar kelimeye sahipse o derecede okunabilirlik indeksi düşmektedir. Her ne kadar Flesch testi şekli hususlardan hareket etse de olumlu yönü olarak bu testin uygulanmasıyla kullanıcının daha kısa kelimeler ve cümleler kullanmak için çaba sarf etmesi söz konusu olacaktır. Yine nicel olması dolayısıyla kullanıcı, denetim organları ve mahkemeler için somut ve hesaplanabilir bir şekilde uygulanabilen objektif ölçütler sunmaktadır. Bununla birlikte söz konusu testin bazı dezavantajları da bulunmaktadır. Her şeyden önce bu formül ilk bakışta oldukça karışık görünmektedir. Ayrıca bu test ABD de Massachusetts eyaletinde İngilizce metinler üzerinde uygulama alanı bulmuştur. Diğer dillerde anlaşılabilirliği yükseltecek şekilde uygulanabilirliği hususu tartışılabilir. Bunun yanı sıra Flesch testi ABD de sigorta hukuku alanında ve uzman kişilere yönelik olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla cümle ve hece yapıları farklı olan diller için bu formülün aynı sonucu verip veremeyeceği hususu da tartışmaya açıktır. Bu formüle yapılan bir diğer temel itirazda yabancı sözcüklerin ve karmaşık edat eklerinin kullanımının hesaba katılmamış olmasıdır. Bunlara ilaveten uzun cümlelerin kısa cümlelere nazaran her zaman daha zor anlaşılır olduğu da kesin bir husus değildir<sup>632</sup>.

---

<sup>631</sup> Bkz. Basedow, s. 1045 vd.; Gottschalk, s. 594.; Bu testin uygulanması anlamında ABD Massachusetts eyaletinde yasal olarak Massachusetts General Laws Annotated içerisinde (M.G.L.A) sigorta poliçesinin okunabilirliği için ölçüt olarak kabul edilmiştir (Chapter 175 Insurance § 2b). Hükme göre, denetim organlarının iznini alabilmek için poliçe Flesch skalasında en azından 50 değerine ulaşmalıdır. Bunun yanı sıra yasal düzenleme ilgili tarafa açıkça Flesch testten daha başka bir anlaşılabilirlik konseptini uygulama olanağı da vermektedir (kz. Basedow, s. 1045 vd.; Gottschalk, s.594 vd.).

<sup>632</sup> Basedow, s. 1045 vd.; ayrıca bkz. Gottschalk, s. 595 vd.

## C. HAMBURG ANLAŞILIRLIK TESTİ

### 1. Genel Olarak

Hamburg anlaşılabilirlik testi bazı psikologlardan oluşan (Langer-Schulz von Tuhn ve Tausch) bir grup tarafından hazırlanan ve en çok bilinen anlaşılabilirlik konseptidir. Hamburg araştırma grubu bir reyting prosedürü ve uzmanların verdiği kararlar vasıtasıyla metnin anlaşılabilirliğini ortaya çıkarmaktadırlar. Bu bağlamda okuyucular metnin anlaşılabilirliğinin farklı boyutlarını gözlemlemekte ve belirli ölçütler açısından anlaşılabilirliği değerlendirmektedir. Bir metnin anlaşılabilirliğinin ortaya konulmasını sağlayan ölçütler, yukarıda ifade edilen okuyucu araştırması içerisindeki metin analizinin konusunu oluşturan özelliklerden esaslı şekilde ayrılmaktadır<sup>633</sup>. Artık metnin basitliğinin ölçülmesi söz konusu olmayıp bilakis örneğin bir metnin bölümlenmesi ve düzeni gibi nicel olarak ölçülemeyen metin özellikleri analiz edilmektedir. Yukarıda açıklanan objektif Flesch testinin aksine Hamburg anlaşılabilirlik modelinde metnin anlaşılabilirliğinin subjektif takdiri temelde bulunmaktadır. Hamburg anlaşılabilirlik testi ile bağlantılı en büyük ilerleme ise bu test modeli ile anlaşılabilirliği teşvik edici muhtemel metin özelliklerinin geniş yelpazesini ortak bir konsept içerisinde entegre etmeyi ve bu suretle sistematize etmeyi ilk defa başarmış olmasıdır<sup>634</sup>.

Hamburg araştırma grubu 70'li yıllarda ders metinlerinin anlaşılmasına ilişkin bir deney geliştirmişlerdir. Bu çerçevede anlaşılabilirlik tanısı yardımıyla 500'den fazla öğrenciye ders metinlerini bir skalada değerlendirmelerine sunmuşlardır. Yazarlar anlaşılabilirlik araştırmalarında tahmini kararların ortaya çıkarılması bakımından daha iyi bir yöntem olmadığı düşüncesiyle söz konusu yöntemi kullanmışlardır<sup>635</sup>.

Hamburg anlaşılabilirlik testi hukuki metinler bakımından da kabul görmüş ve hukuk biliminde de dikkat çekmiştir<sup>636</sup>. Hamburg anlaşılabilirlik testine göre anlaşılabilirlik şu dört boyuttan ortaya çıkmaktadır.

<sup>633</sup> Basedow, s. 1045 vd.; Gottschalk, s. 592; Schwintowski, NJW 2003, s. 63, 638; Stadler, s. 106.

<sup>634</sup> Bkz. Stadler, s. 106.

<sup>635</sup> Stadler, s. 106.

<sup>636</sup> Evermann, s. 181; Stadler, s. 107.

- 1- Basitlik
- 2- Bölümleme/Düzen
- 3- Kısalık/Özlük
- 4- İlave Uyarılar

## 2. Hamburg Anlaşılrlık Testinin Boyutları

### a) Basitlik

Basitlik özelliği her şeyden önce dilsel formülasyona yani cümle yapısına ve kelime seçimine ilişkindir. Basitlik aşağıdaki özellikleri kapsamaktadır: Metnin basitliği söz konusu olduğunda basit sunum, kısa basit cümleler, alışılmış kelimeler, teknik kelimelerin açıklanması, somut anlaşılır düzenlemeler temel özellikleri oluşturmaktadır. Buna karşılık metnin karmaşıklığında ise, komplike sunum, uzun, muğlak cümleler, alışılmamış kelimeler, teknik kelimelerin açıklanmaması, soyut, anlaşılır olmayan düzenlemeler söz konusudur<sup>637</sup>.

### b) Bölümleme/Düzen

Anlaşılrlık özelliği olarak bölümleme/düzen unsurunda Hamburg Araştırma Grubu için bir metnin iç düzeni ve dış bölümlenmesi söz konusudur<sup>638</sup>. İç düzen kavramı ile anlatılmak istenen husus, cümlelerin bağlantısız şekilde birlikte (yan yana) bulunmaması bilakis mantıksal olarak aralarında ilişki bulunması ve bilgilerin anlamlı bir sıra içerisinde sunulmasıdır<sup>639</sup>.

Dış bölümlenme, birbiriyle ilişkili olan metin kısımlarının açık bir şekilde gruplara ayrılması vasıtasıyla ve böylelikle metnin yapısının açık, anlaşılır bir şekilde oluşturulmasıyla anlaşılrlık özelliklerine aittir. Bu husus, alt bölümler içerisinde bölümleme, ara/üst başlıklar, yorumlar, önemli noktaların numaralandırılması,

---

<sup>637</sup> Bkz. Gottschalk, s. 93; Stadler, 108 vd.

<sup>638</sup> Bkz. Stadler, s. 108.

<sup>639</sup> Bkz. Gottschalk s. 593; Stadler, s. 108.

benzer düşüncelere yollamalar, önemli ifadelerin koyu baskı veya alt çizgilerle vurgulanması ve özetler vasıtasıyla desteklenmektedir<sup>640</sup>.

Bu çerçevede bölümlenme/düzene sahip bir genel işlem şartları metni ile bölümlenmemiş ve bağlantısız genel işlem şartlarında esas olarak şu özellikler bulunmaktadır<sup>641</sup>. Bölümlenmiş ve düzene sahip bir metinde: Bölümlenme, mantıksallık, açıklık, esaslı olanla olmayan arasında iyi bir ayırım, bütün hususların iyi bir şekilde sırasıyla birbirini takip etmesi. Buna karşılık bölümlenmemiş ve bağlantısız bir metinde şunlar görülür: Bölümlenmemiş olma, bağlantısızlık, dağınıklık, açık olmama, esaslı olan ve esaslı olmayan arasında kötü ayırım, her şeyin birbirinin içine girmesi söz konusudur<sup>642</sup>.

### c) Kısalık/Özlülük

Hamburg araştırma grubu tarafından ortaya konulan anlaşılabilirlik testi bağlamında kısalık ve özlülük özelliği çerçevesinde, metnin uzunluğunun bilgilendirme amacıyla makul bir ilişki içerisinde bulunup bulunmadığı sorunu söz konusudur. Bu bağlamda amaç daima metin içerisinde mündemiç bulunan enformasyonların (bilgilerin) esaslı konularla sınırlanması olmalıdır. Bu çerçevede özellikle fazlasıyla uzun ve tafsilatlı ifade tarzından kaçınılmalıdır<sup>643</sup>. Bu tür uzun ve tafsilatlı bir ifade tarzına örnek olarak gereksiz ayrıntılara yer verilmesi, lüzumsuz açıklamalar, tekrarlar ve dolgu kelimelerinin kullanılması ve boş ifadelerin kullanılması gösterilebilir<sup>644</sup>.

Hamburg anlaşılabilirlik testi bağlamında metnin anlaşılabilirliği kısa ve özlülük arttığı ölçüde yükselmekte buna karşılık uzun ve tafsilatlı takdimde azalmaktadır. Bu çerçevede metnin kısa ve özlü olması ile uzun ve tafsilatlı olması durumunda şu özellikler görülmektedir; Kısalık/Özlülük: kısa, esas konularla sınırlı, veciz, öğretim amacına yoğunlaşmış olma, özlü, her kelimenin gerekli olması. Buna karşılık metnin uzun ve tafsilatlı olmasının temel özellikleri şunlardır: Çok uzun olma, esaslı

<sup>640</sup> Bkz. Stadler, s. 108; ayrıca bkz. Gottschalk, s. 593 vd.

<sup>641</sup> Bkz. Stadler, s. 108.

<sup>642</sup> Stadler, s. 108; bölümlenme konusunda ayrıca bkz. Hans-Bernd Schäfer, s. 27.

<sup>643</sup> Bkz. Gottschalk, s. 593; Stadler, s. 108.

<sup>644</sup> Gottschalk, s. 593 vd.; Stadler, s. 109.

olmayan konulara çok yer verme, geniş olma, konudan uzaklaşma, ayrıntılı, metne alınmasa da olabilecek birçok hususun varlığı<sup>645</sup>.

#### **d) İlave Uyarılar**

Hamburg testinin dördüncü anlaşılabilirlik özelliği ise bir metnin uyarıcı, teşvik edici (özendirici) ekler içerip içermediği hususuyla uğraşan ilave uyarıcı eklerdir. Bu suretle okuyucu nezdinde metnin okunmasına ilişkin ilgiye, katılıma ve isteğe yol açacak tedbirler amaçlanmaktadır. Metinde bu motive edici etkilere farklı araçlarla ulaşılabilmektedir. Bunlara örnek olarak ünlemler, lafzi söylevler, hitabi sorular, günlük yaşama uygun veya açık örnekler ya da okuyucuya doğrudan hitap gibi araçlarla ulaşılabilmektedir<sup>646</sup>.

Teşvik edici (uyarıcı/özendirici) ekler içeren metin içerisinde teşvik edici, ilginç, çok yönlü, kişisel olma gibi durumlar söz konusudur. Buna karşılık okuyucuyu teşvik edici ekler içermeyen metinde ise, can sıkıcılık, renksiz olma, sürekli tarafsız kalma gibi özellikler görülmektedir<sup>647</sup>.

Bir metnin en iyi anlaşılabilirliğine basitlik ve bölümlenme/düzen boyutları içerisinde ++ veya + ile karar verilirken, kısalık/özlülük açısından + veya 0 ile ve ilave uyarılar bakımından +'dan -'ye kadar değerlerle karar verilmektedir.

---

<sup>645</sup> Stadler, s. 109.

<sup>646</sup> Gottschalk, s. 593; Stadler, s. 109.

<sup>647</sup> Bkz. Stadler, s. 109.



|                 |    |   |   |   |    |                       |
|-----------------|----|---|---|---|----|-----------------------|
| Basitlik        | ++ | + | 0 | - | -- | Karmaşıklık           |
| Bölümleme/Düzen | ++ | + | 0 | - | -- | Düzensizlik           |
| Kısalık/Özlülük | ++ | + | 0 | - | -- | Tafsilatlı olma       |
| İlave Uyarılar  | ++ | + | 0 | - | -- | İlave uyarı içermeyen |

Tablo için bkz. Stadler, s. 109.

## D. ANLAŞILIRLIĞIN YÜKSELTİLMESİ İMKÂNLARI

### 1. Basitlik

Basitlik genel işlem şartlarının anlaşılabilirliğinin ilk ve en önemli koşuludur. Dolayısıyla kullanıcıya yönelik ” *genel işlem şartlarında basit dil kullanınız*” ifadesi bu konudaki temel kuraldır. Bu bağlamda basitlik hem kelime seçimine hem de cümle yapısına ilişkindir<sup>648</sup>.

#### a) Genel İşlem Şartlarında Teknik Dil Kullanımından Kaçınma

Genel işlem şartlarının düzenlenmesinde mümkün olduğunca teknik dil kullanmaktan kaçınılmalıdır. Dilbilimcileri de teknik dilin, metinlerin anlaşılabilirliğini engellediklerini belirtmektedir. Zira teknik dil özellikle özel kelime hazinesi ve

<sup>648</sup> Bkz. Stadler, s. 121.

stilistik açıdan kendine özgülüğü ile ayrılmaktadır<sup>649</sup>. Bununla birlikte uygulamada genel işlem şartlarında (örneğin genel sigorta şartlarında) hukuki dilin kullanılmasına rastlanıldığı gibi (örneğin, kusur, nedensellik gibi) öteki alanlara ilişkin (örneğin, bilirkişi süreci vs.) teknik kavramlara da yer verildiği görülmektedir<sup>650</sup>. Genel işlem şartlarında teknik dilin kullanılması ancak uzmanlar arasında fiili anlaşmayı basitleştirmek için meşru görülebilir. Ancak uzman olmayan kişilerin genel işlem şartlarını okuması durumunda metnin anlaşılmasını güçleştirdikleri için teknik dil kullanımından kaçınılmalıdır. Genel işlem şartları da esas olarak uzman kişilere yönelik değildir bilakis özel teknik bilgisi olmayan ortalama müşteriye yöneliktir. Bu nedenle şayet genel işlem şartlarında teknik dilin kullanılması kaçınılmaz ise bu durumda müşteriye en azından bir açıklama talep hakkı sağlanmalıdır. Hatta mümkünse teknik dil kullanımından tamamen kaçınılmalıdır<sup>651</sup>.

### **b) Alışılmış Kelimelerin Kullanılması**

Yine genel işlem şartlarında anlaşılabilirliğin yükseltilmesi için şartlarda alışılmış kelimelerin kullanılması gerekmektedir. Genel işlem şartlarında yabancı dilde teknik kavramların kullanılmasının yanı sıra alışılmış olmayan kelimelerin kullanılması da anlaşılabilirlik sorunlarına yol açmaktadır<sup>652</sup>. Yani tıpkı teknik kavramların kullanılması gibi alışılmamış kelimelerin kullanılması da müşterinin genel işlem şartlarını anlamasını olumsuz yönde etkilemektedir. Genel işlem şartlarında bilinen ve alışılmış kelimelerin kullanılması ölçüsünde bu metinlerin daha kolay anlaşılması mümkündür<sup>653</sup>. Genel işlem şartlarının esas olarak ortalama müşterinin anlayacağı şekilde düzenlenmesi gerekeceğinden, alışılmış kelimelerin kullanılması bu anlayışa da uygundur.

Yine genel işlem şartlarında yazı dilinde alışılmış olan kelimeler kullanılmalıdır. Sadece konuşma dilinde kullanılan buna karşılık yazı dilinde

---

<sup>649</sup> Bkz. Stadler, s. 121.

<sup>650</sup> Bkz. Stadler, s. 121.

<sup>651</sup> Bkz. Stadler, s. 122; ayrıca bu konuda bkz. Evermann, s. 160 vd.

<sup>652</sup> Bkz. Stadler, s. 122 vd.

<sup>653</sup> Bkz. Stadler, s. 122.

kullanılmayan kelimelerin genel işlem şartlarında kullanılması durumunda ise, metnin dilsel düzenlenmesinin sorunsuz olmadığı noktasından hareket edilmelidir. Bir metnin anlaşılabilirliği bakımından belirleyici olan husus, metinde okuyucunun beklentilerinin yerine getirilip getirilmediğidir. Genel işlem şartları genellikle bir hukuki ifade tarzı beklentisi içerisinde okunmaktadır. Buna karşılık özensiz ve konuşma diliyle yapılan formülasyonlar ise anlaşılabilirliği güçleştirmektedir. Yine gevşek formülasyonlar da okuyucu da ciddiyet eksikliği izlenimi uyandırabilir. Buna karşılık genel işlem şartlarında alışılmış dil ve kelimelerin kullanılması sırasında hukuk güvenliğinin tehlikeye düşmemesine de dikkat edilmelidir. Dilin alışılmış kelimelerle kullanılması durumunda hukuk güvenliğinin tehlikeye düşüp düşmeyeceği hususunda tereddüt ortaya çıkarsa hukuk güvenliğine öncelik verilmesi gerekmektedir. Sonuç olarak, yaygın ve mutad olarak kullanılan kelimelerin genel işlem şartları metnlerinin anlaşılmasını oldukça kolaylaştırdıkları ifade edilebilir<sup>654</sup>.

### c) Nominal Stilden Kaçınma

Günümüzde esas olarak nominal stil kullanımının metnlerin anlaşılabilirliğini zorlaştırdığı kabul edilmektedir<sup>655</sup>. Buna karşılık hukuk dili kullanımında fiilleri isimleştirme yönünde bir eğilim de görülmektedir. Mümkün olduğu ölçüde genel işlem şartlarında bu tür fiillerin isim haline getirilmesinden kaçınılmalıdır<sup>656</sup>:

Örneğin;

“Kullanım (alanı) bulmak” yerine “kullanmak”,

“Ödemede bulunmak” yerine “ödemek”

“Uygulama (alanı) bulmaz” yerine “uygulanmaz”,

---

<sup>654</sup> Bkz. Stadler, s. 124.

<sup>655</sup> Bkz. Stadler, s. 125.

<sup>656</sup> Stadler, s. 125.

“Bildirimde bulunmak” yerine “bildirmek” fillerinin kullanılması metni daha anlaşılır kılacaktır<sup>657</sup>. Aynı şekilde metin içerisinde nominal hale getirmekten (isimleştirmekten) kaçınma halinde cümlelerin de kısılacağı ifade edilmektedir. Bu konuda yapılan araştırmalarda nominalize edilmeden kaçınma halinde ortalama cümle uzunluğunun cümle başına 15,3 kelimedenden 8,3 kelimeye düştüğü belirtilmiştir<sup>658</sup>.

Sonuç olarak ortalama müşteri için nominal stilin kullanılması genel işlem şartlarının anlaşılmasını zorlaştırdığından bundan kaçınılmalı ve istisnai durumlarda ancak uygulanmalıdır<sup>659</sup>.

#### **d) Pasif Yerine Aktif Kullanılması**

Metinde pasif yerine aktif formun kullanılması esası da esas olarak kabul edilmektedir. Aktif fiiller içeren metinlerin pasif form içeren metinlere nazaran daha kolay akılda kaldığı belirtilmektedir<sup>660</sup>. Bu bağlamda örnek olarak; Araba satıldı yerine, o arabayı satıyor ifadesinin kullanılması daha yerinde olacaktır<sup>661</sup>.

Gazeteciler için yapılan bir çalışmada pasifin haberi gayri şahsi yaptığı, pasif formun hemen hemen kötü olduğu ve kaçınılması gerektiği ifade edilmiştir. Yine aktif formun ise her zaman doğru ve ulaşılabilir olduğu belirtilmiştir. Şayet davranışta bulunan önemsiz ise (örneğin müze saat altıda kapanmaktadır) veya bir ızdırap durumunun bildirilmesi söz konusu ise (Postacının köpek tarafından ayağından ısırıldığı örneğinde olduğu gibi) pasifin haklı gösterilebileceğine işaret edilmiştir<sup>662</sup>.

Ancak uygulamada ise durum farklıdır. İdari metinlerde, yapılan araştırmalara göre, cümlelerin yaklaşık % 40 ının pasif şekilde kurulduğu ifade

---

<sup>657</sup> Bkz. Stadler, s. 125.

<sup>658</sup> Coleman tarafından yapılan bu araştırma konusunda bkz. Stadler, s. 126.

<sup>659</sup> Bkz. Stadler, s. 126.

<sup>660</sup> Bkz. Stadler, s. 126 ve dpn. 496 da anılan yazarlar

<sup>661</sup> Bkz. Stadler, s. 127.

<sup>662</sup> Bkz. LaRoche,

edilmektedir<sup>663</sup>. Genel işlem şartlarında pasif form yerine aktif form kullanılması gerekliliği ifade edilmektedir<sup>664</sup>.

## 2. Kısalık ve Özlülük

Genel işlem şartlarının basitliğine ilişkin gereklilik ile şartların kısa olması gereği arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Bu konuda yapılan araştırmalar kısaliğin en önemli anlama faktörü olduğunu ortaya koymuştur<sup>665</sup>. Yine genel işlem şartlarının kısa kelimelerle ve kısa cümlelerle takdim edilmesi de onların anlaşılabilirliğine hizmet edecektir<sup>666</sup>. Eğer aynı konu daha az hece sayısına sahip bir cümleyle de ifade edilebiliyorsa bu cümle tercih edilmelidir<sup>667</sup>. Dilbilimsel araştırmalar kısa cümlelerin daha çok okuyucu tarafından anlaşılma olasılığının daha yüksek olma ihtimalinin yüksek olduğunu ortaya koymaktadır. Söz konusu araştırmalarda 1-8 kelimedenden oluşan cümlelerin kısa, 9 dan 22 ye kadar kelimedenden oluşan cümlelerin orta 23 ve daha fazla kelimedenden oluşan cümlelerin uzun cümleler oldukları ifade edilmiştir<sup>668</sup>. Bu çerçevede genel işlem şartlarının mümkün olduğunca kısa düzenlenmesi gereklidir. Genel işlem şartlarına eklenecek her gereksiz kelime onun amacına olumsuz etki edecektir<sup>669</sup>.

Genel işlem şartlarında kısa cümlelerin anlaşılabilirliğe hizmet edeceğine ilişkin olarak, beynin aynı anda yalnızca sınırlı sayıda bilgileri işleyebileceği yönündeki bilimsel gerekçe ortaya konmaktadır. İnsanın kısa sürede düşünmek suretiyle yedi münferit bilgidenden daha fazlasını aynı anda hafızaya kaydedebilecek durumda olmadığı ifade edilmektedir<sup>670</sup>. Cümle uzunluğu kural olarak ifadelerin niceliğine yönelmelidir. Uzun ve tafsilatlı cümleler yorucudurlar ve bu nedenle zor

---

<sup>663</sup> Bkz. Wagner, Hildegard: Didaktische Überlegungen zur Verwaltungssprache, in: Der öffentliche Sprachgebrauch, Bd.2. Dt.Akademie für Sprache u.Dichtung. Die Sprache des Rechts und der Verwaltung. Bearbeitet v. Ingulf Radtke, Stuttgart 1981, s. 238 vd. s. 240 (aktaran Stadler, s. 127).

<sup>664</sup> Bkz. Stadler, s. 127

<sup>665</sup> Bkz. Stadler, s.127.

<sup>666</sup> Bkz. Stadler, s. 131 vd.

<sup>667</sup> Stadler, s. 131.

<sup>668</sup> Stadler, s. 133.

<sup>669</sup> Bkz. Stadler, s.133.

<sup>670</sup> Bkz. Jona Piehl: **Gebrauchsanleitungen optimal gestalten**, Berlin, Heidelberg, New York 2002, s. 73 (aktaran, Stadler, s. 134).

anlaşıldırlar. Esas olarak tam ve anlamlı ifadeler içeren mümkün olduğunca eşit uzunluktaki cümleler daha iyi anlaşılabilir niteliktedir<sup>671</sup>.

Buna karşılık kısa cümle kullanımında aşırıya kaçmak da metni zor anlaşılır yapmaktadır. Bu itibarla içerisinde çok fazla bilginin iç içe geçmiş olduğu cümlelerin yapay şekilde kısaltılmasında kaçınmak gerekir. Açık bir şekilde bölümlenmiş bir cümle çok da kısa olmamalıdır. Çok kısa cümleler sıklıkla aşırı anlam yüklüdürler ve bu nedenle de zor anlaşılırdırlar<sup>672</sup>.

Genel işlem şartları içerisinde yer alan kaydın uzunluğu şartın önemi ile makul bir ilişki içerisinde bulunmalıdır. Bu itibarla sözleşme şartları içerisindeki şartların kapsamı daima şartın önemine uygun olmalıdır<sup>673</sup>.

Yine genel işlem şartları içerisinde yapılan yollamaların genel işlem şartlarını kısaltmak için uygun bir araç olup olmadığı hususu da sorun arz etmektedir. Yollamalar düzenlemeye konu olan hususların tekrarından kaçınmaya ve genel işlem şartları bütününe kapsamını küçültmeye hizmet ettiğinden öncelikle yollamaların metnin anlaşılabilirliğine olumlu bir etki sağladığı söylenebilir. Buna karşılık yollamalar okuyucuya metnin anlaşılması kapsamında oryantasyon zorluklarını da beraberinde getirirler ve bu sebeple de anlaşılabilirliği güçleştirici olarak da derecelendirilirler. Hemen belirtmek gerekir ki aynı genel işlem şartları içerisinde başka bir düzenlemeye yapılan yollamalar genel işlem şartları dışında başka bir düzenlemeye yapılan yollamalara nazaran daha az problem arz ederler. Zira burada müşteri yalnızca sayfaları, arkalı önlü çevirmek zorunda kalacaktır<sup>674</sup>.

Buna karşılık sözleşme şartları içerisinde başka yasal düzenlemelere yapılan atıflar problem arz etmektedir. Zira her şeyden önce pek az müşteri atıf yapılan yasal düzenlemelere ulaşma imkânına sahiptir. Sözleşme şartları içerisinde yer alan ve salt yasanın maddelerine yapılan atıflar, şayet okuyucu bu maddelerin arkasında hangi düzenlemelerin saklı olduğunu bilmiyorsa, anlaşılabilirlik ilkesini ihlal eder. Ancak diğer

---

<sup>671</sup> Stadler, s. 134.

<sup>672</sup> Stadler, s. 134.

<sup>673</sup> Stadler, s. 134.

<sup>674</sup> Stadler, s. 135.

tarafından yasal düzenlemelere yapılan atıflarla sözleşme şartlarının kapsamının önemli ölçüde kısıtlanması amaçlanmaktadır<sup>675</sup>.

Müşterinin sözleşme şartlarında yasal düzenlemeyi tam olarak tekrar ya da bunun yerine atıf yolunu tercih etmesi gereği, özet olarak yasal düzenlemenin tam olarak verilmesinden ortaya çıkan anlaşılabilirlik kazancının, buna eşlik eden sözleşme şartlarının kapsamının artması şeklindeki dezavantaja ağır basıp basmadığına bağlıdır<sup>676</sup>. Bu hususa her somut olayda yukarıdaki iki durumun (birinci durum yasa metninin tam olarak verilmesi, ikinci durum yasal düzenlemeye atıf yapılması) arasında yapılan bir tartıma göre karar verilmelidir. Bu çerçevede yasal düzenlemenin kapsamı yanında özellikle yasal düzenlemenin kullanıcının müşteri açısından taşıdığı öneme de riayet edilmelidir. Kullanıcıya, yapacağı bir atıf için en azından atıf yapılan yasal düzenlemenin içeriğinin kısa bir açıklamasını müşteriye yapması önerilmektedir. Bu suretle müşteri en azından yasaya yapılan yollamanın arkasında hangi düzenlemenin saklı olduğu hususunda kabaca bilgi sahibi olmakta ve kendisine atıf yapılan bu yasal düzenlemeyi bulup okumaya değip değmediğine kendisi bakımından karar verebilmektedir. Örnek olarak bir sözleşme şartında “yasanın .....maddesi uygulanır” ifadesi yerine “yükümlülüğün ihlali halinde müşteri yasanın ..... maddesindeki şartlar altında edimi yerine getirmekten kurtulabilir” şeklindeki düzenlemenin daha isabetli olacağı belirtilmektedir<sup>677</sup>. Görüldüğü üzere bu örnekte yasal düzenlemeye yapılan yollama ikinci ifade şeklinde yapılırsa müşteri en azından genel işlem şartları içerisinde kendisine atıf yapılan ilgili yasal düzenlemenin yükümlülüğün ihlali halinde edimden muafiyete ilişkin olduğu hususunda bilgi sahibi olacaktır ve bu şekilde yapılan bir yollama genel işlem şartlarının anlaşılabilirliğine daha fazla hizmet etmektedir.

### 3. Bölümleme/Düzen

Yukarıda esasları açıklanan gerek Hamburg Araştırma Grubunun gerekse anlaşılabilirlik konusunda kendi konseptini ortaya koyan Groeben’in yaptıkları

---

<sup>675</sup> Stadler, s. 135.

<sup>676</sup> Stadler, s. 138.

<sup>677</sup> Stadler, s. 138.

araştırmalarda ortak olan sonuç, bir metnin anlaşılabilirliğinin sıkı şekilde metnin bölümlenmesine ve düzenine bağlı olduğudur<sup>678</sup>. Genel işlem şartlarında yer alan münferit şartlar bağımsız ele alındıklarında şeffaf olmalarına rağmen, şayet genel işlem şartları bütününde bölümlenme ve düzen iyi bir şekilde yapılmamışsa ve bu nedenle de müşteri kendisi için önem arz eden sözleşme şartlarını arayıp bulamıyorsa genel işlem şartları esas olarak anlaşılmazdır. Görüldüğü üzere bu durumda genel işlem şartlarının bölümlenme ve düzenindeki aksaklıklar şartın anlaşılmazlığına yol açmaktadır. Dolayısıyla genel işlem şartları içerisindeki düzenlemelerde mantıksal bir bağlantı olmalı ve bu husus uygun bir bölümlenme ve düzen ile genel işlem şartları içerisinde anlaşılabilirliğidir<sup>679</sup>.

Bu çerçevede bölümlenme ve düzenin genel işlem şartlarında anlaşılabilirliği ve şeffaflığı gerçekleştirebilmesi için şu unsurların gerçekleşmesi gerekmektedir:

a) Genel İşlem şartları İçerisindeki Bölümlenme Müşterinin Beklentilerine Uygun Olmalıdır

Dilbilimsel araştırmalara göre, bir metnin anlaşılması büyük lde kolayca anlaşılabilen bir mantıksal düzene sahip olup olmamasından etkilenmektedir<sup>680</sup>. Bu çerçevede sözleşme şartları bakımından çok sayıda bölümlenme sistemi düşünülebilir. rnek olarak, genel ve özel bölümlere ayırmak suretiyle hukuksal düzenleme şekli, sözleşme sürecine göre kronolojik bölümlenme , hiyerarşik düzenleme (rneğin önce sözleşmede yer alan garantilerin kapsamı sonra sınırlamalar vs.), önemli olanlar en başta, diğerleri daha sonra gibi bir dengeli sıralama. Bunlardan hukuksal bölümlenme sistemi yani genel bölüm ve sonra gelen özel bölümler şeklindeki bir düzenleme ortalama bir müşteri için zor anlaşılabilir. Zira onun beklentilerine pek uymamaktadır. Örneğin bir sigorta sözleşmesinde sözleşmeyle ilişkilendirilmek istenen genel sigorta koşulları kural olarak müşterinin güvence altına almak istediği özel sigorta konusu bakış açısıyla okunmaktadır. Bu bağlamda okuyucu ilk önce ilgili paragrafları aramakta ve daha sonra bulduğu paragrafları kendisini sözleşme yapmaya iten konunun bakış açısıyla anlamaya çalışmaktadır. Dolayısıyla ortalama müşteriden genel işlem şartları içerisinde araştırıp bulmak istediği konuya ilişkin

<sup>678</sup> Bkz. Stadler, s. 138.

<sup>679</sup> Bkz. Stadler, s.139.

<sup>680</sup> BKz. Stadler, s. 139.



çözümü, bu hukuksal düzenleme şeklindeki genel ve özel bölümlerin hepsinde arayıp bulmak zorunda olması beklenilmemelidir. Dolayısıyla bu genel ve özel hükümlere göre yapılan düzenleme yerine müşterinin konumuna göre bir düzenleme yapılması gerekir. Şartlardaki genel kısımlar sadece çok kapsamlı ve genel konular için söz konusu olmalı ve ortalama müşteri için genel işlem şartları içerisinde haklarını yükümlülüklerini idrak edebilmek için oryantasyon problemine yol açmamalıdır<sup>681</sup>.

#### b) Genel İşlem Şartları İçerisindeki Düzenleme Mantıksal ve Açık Olmalıdır

Genel işlem şartları içerisinde yer alan sözleşme koşulları bölümlenmeye tabi tutulurken bu bölümlenmenin mantıksal ve açık olmasına dikkat edilmelidir. Metin sıralı bir şekilde organize edilmeli ve bölümlenmelidir. Başka bir ifade ile genel işlem şartlarında yer alan bir düzenlemeden sonra bulunan bilgiler kendisinden önce düzenlenmiş olan ilgili düzenleme temelinde anlaşılmalıdır. Yani genel işlem şartları içerisinde yer alan önceki bilgiler sonraki bilgilerin dayanak noktası olmalıdır. Genel işlem şartları içerisinde yer alan iki farklı düşünce farklı iki paragrafta bulunmalıdır. Bunun yanı sıra genel işlem şartları içerisindeki şartlara ilişkin temel bilgiler başlangıçta bulunmalıdır. Bu düzenleme tarzının şartın daha sonraki kısımlarında yer alan düzenlemelerin daha önceki düzenlenen konuların anlamına uygun olarak doldurulması avantajı bulunmaktadır. Genel işlem şartlarının başlangıcında temel bilgilerin verilmesi aynı zamanda müşterinin beklentilerine de uygun bir durumdur. Zira müşteriye öncelikle önemli, esaslı ve temel hususlar bildirilmektedir. Ancak bundan sonradır ki genel işlem şartlarındaki özel hükümlere ve istisnalara yer verilmektedir. Genel işlem şartları içerisinde bu şekilde yapılan mantıksal ve açık bölümlenme ile yine okuyucunun hükmü kısaca okuması suretiyle onun temel içeriğini idrak edebilmesi şeklinde diğer bir avantaja da sahiptir<sup>682</sup>. Bütün bunlara ek olarak dilbilimsel araştırmalar genel ifadelerle başlayan ve daha sonra tedricen özel sorunları düzenleyen düzenleme tarzının anlaşılabilirliği yükselttiğini ortaya koymaktadır<sup>683</sup>. O halde genel işlem şartlarının önemsiz konularla başlaması ve en önemli hususları en sona bırakması veya münferit bilgilerin başlangıçta verilmesi asıl konuya ilişkin kapsamlı hususların daha sonra okuyucuya sunulması da genel işlem

---

<sup>681</sup> Karş. Stadler, s. 140 vd.

<sup>682</sup> Stadler, s. 140.

<sup>683</sup> Bkz. Teigeler, s. 41 (aktaran Stadler, s. 140).

şartlarının anlaşılabilirliği ve şeffaflığı açısından da uygun değildir. Bir şartın düzenlenmesi sırasında az sayıda mümkün olduğunca basit ve kısa cümlelerle sunulmak suretiyle hareket edilmesi önerilmektedir<sup>684</sup>.

c) Genel İşlem Şartları İçerisinde Ortak Bir Bölümleme Sistemi Uygulanmalıdır

Genel işlem şartları içerisinde farklı bölümler bulunmasına rağmen her bölüm için ortak bölümleme sisteminin uygulanması da onun anlaşılabilirliğine daha çok hizmet edecektir. Bir sigorta sözleşmesini ele aldığımızda bu sözleşme içerisinde örnek olarak sigortalanan tehlikeler, sigorta sözleşmesindeki edimler, sözleşmesel yükümlülükler gibi hususların bağımsız bölümlerde düzenlenmesi mümkündür. Ancak bu durumda, her bir bölüm için aynı bölümleme sisteminin kullanılmış olması anlaşılabilirlik ve şeffaflığa hizmet edecektir. Buna karşılık sözleşme şartları içerisinde aynı konuların farklı yerlerde ve yine farklı üst başlıklarla düzenlenmesi bu amaca aykırıdır. Sözleşme şartları içerisinde ortak bölümleme sisteminin uygulanması bölümler arası karşılaştırılabilirliği sağladığı gibi, şeffaflığı da yükseltecektir. Bu şekilde yapılan bir ortak bölümleme ile müşteri kolay bir şekilde şartlardaki hak ve yükümlülüklerini idrak edebilecektir (örnek olarak sigortacı basit bir şekilde hangi tehlikelere karşı sigortalı olduğunu, sigorta kapsamında olmayan hususları bu bölümleme suretiyle daha kolay anlayabilecektir)<sup>685</sup>.

d) Genel İşlem Şartları İçerisinde Şartın Amacına Uygun Bir Yapı Oluşturulmalıdır

Şartın amacına uygun bir yapı içerisinde düzenlenmesi şartın anlaşılmasına yardımcı olacağı gibi şart dışındaki düzenlemelerin sınıflandırmasına da hizmet etmektedir. Bu suretle okuyucu da okuma sürecinde kendisi için önem arz eden şartları daha hızlı görüp idrak edebilecektir. Seçilen formülasyon stili genel işlem şartlarının bütününde ortak olarak kullanılırsa amaca daha çok hizmet edecektir. Yine bir sigorta sözleşmesi örneğinde içeriksel olarak “sigortacının şu hakları vardır” ifadesi ile “sigorta şunları kapsar” ifadesi aynı anlama yöneliktir. Ancak bunlardan hangisi tercih edilirse sözleşme şartlarında bu tercih edilen stilin kullanılması yararlı

---

<sup>684</sup> Stadler, s. 140, 141.

<sup>685</sup> Bkz. Stadler, s. 141.

olacaktır. Bu çerçevede sözleşme şartları içerisinde yer alan örneğin belirli bir talep veya hakka, şartlar içerisindeki tanımlara, yükümlülükler, hukuksal sonuçlara ilişkin şartların bu şartların amacına uygun bir yapıda düzenlenmesi gereklidir<sup>686</sup>.

e) Düzenli Üst Başlıklar Söz Konusu Olmalıdır

Genel işlem şartları içerisinde yer alan düzenli üst başlıklar sadece ilgili içeriğin daha seçici bir şekilde okunmasını sağlamakla kalmamakta aynı zamanda okuyucuyu da teşvik etmektedir<sup>687</sup>. Okuyucu bu şekilde düzenlenen başlıklar vasıtasıyla kendisi için ilgili bölümü okumaya değer değmeyeceğine karar vermelidir. Yine üst başlıklar ortalama müşteri için anlaşılır bir şekilde düzenlenirse aynı zamanda genel işlem şartlarının anlaşılabilirliğine ve şeffaflığına da hizmet ederler<sup>688</sup>. Şayet üst başlıkta en azından genel olarak altta yer alan düzenlemede neyin düzenlendiği ifade edilirse getirilen düzenleme daha kolay anlaşılacaktır. Yine düzenli üst başlıklar vasıtasıyla sözleşme şartlarının takdim edilmesi algılama psikolojisi bakımından da önemlidir. Gerçektende en azından kabaca da olsa şartta neyin söz konusu olduğu hususunda başlık vasıtasıyla da olsa bilgi verilirse, metindeki münferit ifadeler daha kolay sınıflandırılabilir. Ayrıca bu suretle okuyucuda başlık hakkında bilgi sahibi olarak detayları okumak isteyip istemediğine karar verebilir ve okumak istemese bile en azından kabaca da olsa –yani başlık suretiyle de olsa- şartta neyin düzenlendiği hususunda bilgi edindiğine dair bir his sahibi olur. Bu şekilde yer verilen düzenleyici başlıklar okuyucunun münferit metin kısımları arasında geçiş yapmasına da imkan vermelidir. Eğer bu şekilde anlamlı başlıklar eksikse, bu durumda müşteri bir konuda bilgi sahibi olmak için genel işlem şartlarının bütünü okumak zorunda kalacaktır<sup>689</sup>. Yine genel işlem şartlarında başlıkla sonrasındaki metin arasındaki mesafe çok az olmamalıdır ve okuyucu üst ana başlık ile alt başlıklar arasında genel bakışı kaybetmemelidir<sup>690</sup>. Aynı şekilde üst başlıklar yanında düzenleyici ara başlıklar olmaksızın da düzenlemenin anlaşılması zordur<sup>691</sup>. Genel işlem şartlarında bulunan tüm başlıkların ifade gücüne sahip olması ve sözleşme ortağını yani okuyucuyu hataya sevk etmemelidir. Dolayısıyla baskı

---

<sup>686</sup> Bkz. Stadler, s. 141, 142.

<sup>687</sup> Bkz. Stadler, s. 142.

<sup>688</sup> Bkz. Stadler, s. 142.

<sup>689</sup> Bkz. Stadler, s. 142.

<sup>690</sup> Bkz. Stadler, s. 142.

<sup>691</sup> Stadler, s. 143.

tekniki bakımından vurgulanmış olan ancak altında yer alan düzenlemeyle içerik olarak uyummayan üst başlıklar genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesi ile bağdaşmazlar<sup>692</sup>.

#### 4. İlave Uyarılar

İlave uyarılar bakımından genel işlem şartlarında en azından aşağıdaki unsurların yerine getirilmesi bu şartların anlaşılabilirliği daha da yükseltecektir.

##### a) Okuyucuya Kişisel Hitap

Genel işlem şartları okuyucuya kişisel olarak hitap eden özendirici ekler içermelidir. Bu çerçevede örneğin genel işlem şartları içerisinde “ müşteri (sigortalı) ... ile yükümlüdür” ifadesi yerine “ Siz ... ile yükümlüsünüz” ifadesi daha yerinde olacaktır<sup>693</sup>. Okuyucu yasalardan ve diğer hukuki metinlerden edebi eserlere nazaran daha farklı kelime seçimi, anlam ve ifade tarzı beklemektedir. Dolayısıyla özensiz ve konuşma dilinde kaleme alınan ifadeler okuyucunun anlayışını zorlaştırmaktadır. Kısaca sözleşme şartlarında okuyucuya kişisel hitap edip etmeme isteğe bağlı olmakla birlikte kişisel hitap tarzının okuyucuyu daha çok özendirebileceği söylenebilir. Asıl önemli olan husus genel işlem şartları içerisinde kimin hangi rolde olduğunun ve hangi fonksiyona sahip olduğunun açık bir şekilde gösterilmesidir<sup>694</sup>.

##### b) Açıklayıcı Örnekler

Soyutluğun sözleşme şartlarını okumayı zorlaştırdığı tecrübelerle dayanılarak ifade edilmektedir. Genel işlem şartlarının soyut şekilde formüle edilmesi bu nedenle anlama problemlerine yol açmaktadır. Zira okuyucu genel işlem şartlarının soyut olarak formüle edilmesi durumunda bu soyut düzenlemeleri kendi somut olayına uygulamak zorundadır. Sözleşme şartlarını okumanın en önemli amacı genel işlem şartlarının ortaya çıkan olaya uygulanmasıdır. Bu itibarla genel işlem şartlarının anlaşılmasının genel işlem şartları ile gerçek durum arasındaki bağlantının

---

<sup>692</sup>Bkz. Stadler, s. 144.

<sup>693</sup>Bkz. Stadler, s. 144.

<sup>694</sup>Bkz. Stadler, s. 144, 145.

bir zincirini oluşturduğu ifade edilmektedir<sup>695</sup>. Dolayısıyla sözleşme şartlarında açıklayıcı örneklere yer verilmesi onların anlaşılabilirliğinin yükseltilmesi açısından yararlı olacaktır.

Dilbilimsel açıdan da somut örneklerin soyut düzenlemelere nazaran daha kolay anlaşılacağı kabul edilmektedir. Bu itibarla genel işlem şartlarında yer alan soyut ifadelerin yol açabileceği şeffaf olmama durumunu somut örneklerle telafi etme imkanı söz konusu olabilecektir. Bu şekilde verilen somut örneklerin kendisi bir düzenleme içeriğine sahip olmayıp, bilakis bunlar ne ilgili soyut düzenlemeyi genişletirler ne de sınırlarlar<sup>696</sup>. Bu örnekler sadece genel işlem şartlarındaki soyut ifadelerin daha iyi anlaşılmasına yardımcı olurlar.

Örnek olarak, genel işlem şartlarında yer alan “Taşınmazda bir aynı hak mevcut mu?” ifadesi yerine içerisinde açıklayıcı örnek bulunan “ taşınmazda bir aynı hakkınız var mı? Örneğin siz malik misiniz, intifa hakkınız veya ipotek alacağınız var mı?” şeklindeki ifadeler anlaşılabilirliği daha da kolaylaştıracaktır. Yine açıklayıcı örnekler ile edindiği bilgilerle müşteri haklarını daha iyi anlayacak, haklarını icra etme imkânı kolaylaşacak ve kendisince bilinmeyen dezavantaj ve yükler karşısında kendisini koruyabilecektir<sup>697</sup>. Bu konuda başka bir örneği bankaların hazırlamış olduğu genel işlem şartlarında bulmak mümkündür. Bu bağlamda müteselsil sorumluluğa ilişkin bir şart açıklayıcı örnekle zenginleştirilmiş ve genel işlem şartlarında; “...bunun anlamı şudur ki, banka kredi borcunun tamamını her bir kredi borçlusundan talep edebilir..” ifadesine yer verilmiştir<sup>698</sup>. Dolayısıyla müşteri haklarının ve yükümlülüklerinin özünü başka türlü anlayamıyorsa kullanıcının açıklayıcı örneklerle bunu sağlama yükümlüğünden söz edilmektedir<sup>699</sup>.

Bu arada genel işlem şartlarına konulan bu tür açıklayıcı örnek ve bilgilerin gerçekten şartın anlaşılabilirliğini yükseltmeye uygun olup olmadığı daima göz önünde tutulmalıdır. Bu noktada açıklayıcı örneklerle genel işlem şartlarında açıklığı

---

<sup>695</sup> Bkz. Stadler, s. 145.

<sup>696</sup> Bkz. Stadler, s. 146, 147.

<sup>697</sup> Bkz. Stadler, s. 148.

<sup>698</sup> Krş. Gössmann, Wolfgang: Konzept der transparenten Bedingungsgestaltung bei Banken.In: Versicherungswissenschaftliche Studien, Band 15, Baden Baden 2000, S. 41 vd.,s 44 (aktaran Stadler, s. 148).

<sup>699</sup> Bkz. BGH VersR 2001, 841 (844); BGH nJw 1993, 2052 (2054); BGH NJW 1989, 222 (224) (aktaran, Stadler, 148); Evermann, s. 167 vd.;

sağlamak istenirken söz konusu ilavelerin metnin genişlemesi suretiyle açıklığın kaybedilmesine yol açmamasına riayet edilmeli, bu ikisi arasında bir tartım yapılmalıdır. Dolayısıyla her somut olay için açıklayıcı örneğin –örnek suretiyle şart daha kapsamlı olsa da- anlaşılabilirlik için önemli olup olmadığı tartılmalıdır. Açıklayıcı örnek şartın açıklığına hizmet etmiyorsa yalnızca şeffaf olmamanın bir diğer görünümünü oluşturacaktır. Sonuç olarak kısa açıklayıcı ekler, daima şartın anlaşılabilirliğini yükseltmelidir<sup>700</sup>.

#### c) Amacın Açıklanması

Genel işlem şartlarında düzenlemenin amacı ilk başta ortaya konursa, bu anlaşılabilirliğe olumlu olarak katkı sağlayacaktır. Amacı açıklayıcı ekler ise ya bir şartın sonunda bulunabilirler veya amacı müteakip düzenlemenin başında tanıtıcı olarak açıklayabilirler. Şartın amacının açıklanmasına yönelik açıklamalar, sadece şartın anlaşılması düzeyini yükseltmez, aynı zamanda bu suretle ön bilgi verilmesi dolayısıyla şartın anlaşılmasını da kolaylaştırır<sup>701</sup>. Görüldüğü üzere gerek şart gerekse ekleri içerisinde genel işlem şartının amacının açıklanması anlaşılabilirliğe ve şeffaflığa hizmet eden bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır.

#### d) Bilgilendirici Plan

Genel işlem şartlarının dilsel formülasyonlarından bağımsız olarak görselliği de onların anlaşılmasını teşvik edebilir veya zedeleyebilir. Genel işlem şartlarının görünümü genellikle şu şekilde olmaktadır: Küçük yazılar, iki bölümlü baskı, hemen hemen hiç vurgulama yapılmaması ve daha az anlaşılabilir metin yapısı. Bunlar genellikle okuyucular için bir okuma engeli olarak karşımıza çıkmakta, okumayı teşvik edici özellik taşımamaktadır. Hatta örneğin genel sigorta şartları için konuşma dilinde “küçük yazılı” ifadesi eleştirel bir şekilde kullanılmaktadır. Acaba gerçekten genel işlem şartları küçük yazılı olmak zorunda mıdır? Bazıları genel işlem şartlarının müşteri tarafından hemen hemen hiç okunmamasının temel sebeplerinden biri olarak onun içeriksel anlaşılabilirliği yanında küçük yazılı olmasını da

---

<sup>700</sup> Bkz. Stadler, s. 150.

<sup>701</sup> Stadler, s. 150, 151.

göstermektedir<sup>702</sup>. Gerçekten de sözleşme şartları ilk bakışta şekli olarak anlaşılmaz görünüyorsa yani müşteri görsel olarak baktığı genel işlem şartlarının anlaşılması için oldukça ciddi bir çaba harcamak zorunda olduğu hissine kapılıyorsa, muhtemelen söz konusu şartları okumakla uğraşmayacaktır<sup>703</sup>. Buna karşılık normal yazı tipiyle yazılmış, iyi okunabilir, grafik ve tabelalarla zenginleştirilmiş bir görünüme sahip olan genel işlem şartlarının küçük yazılılara nazaran daha iyi anlaşılabilmesine şüphe yoktur<sup>704</sup>.

Esas olarak yazı seçimi bakımından en iyi okunabilir yazı tipi olarak tanımlayabileceğimiz bir yazı tipini ortaya koymak mümkün değildir. Genel olarak bir yazı tipinin okunabilir olduğu onun ne kadar yaygın olduğu ile belirlenir. Bu çerçevede yerleşmiş yazı tipleri olarak Times, Arial ve Helvetia'nın tiplerinin genel sözleşme şartlarını oluşturmak için en uygun oldukları ve yine yazı büyüklüğü açısından da 10 ile 11 punto arasındaki bir büyüklüğün iyi okunabilir olduğu ifade edilmektedir<sup>705</sup>. Aynı şekilde daha küçük ve daha büyük yazı büyüklükleri okuma hızını azaltmaktadır. Her şeyden önce örneğin Times türü gibi Romen harflerinin “okuma dostu” olduğu bildirilmektedir. Bu yazı tipinin daha iyi okunabilirliğinin temelinde ise bu yazı türünde harflerin farklı karakterlerle birbirinden iyi bir şekilde ayrıldığı ve harflerin kavranıp tanınmasında daha az problem bulunduğu gösterilmektedir. İtalik yazı, dik yazıya nazaran (3 dakikadan fazla) daha fazla okuma süresine yol açarak okumanın yavaşlamasına da neden olmaktadır. Esas olarak metin içindeki belirli bilgilerin tipografik araçlarla (siyah, italik vs. gibi) vurgulanması ve bilgilere dikkatin çekilmesi imkânı bulunmaktadır. Bu çerçevede genel işlem şartları içerisinde belirli bilgilerin alt çizgi çizilmek, italik veya koyu yazmak suretiyle vurgulanması önerilmektedir. Buna karşılık çok sayıda araçlarla yapılan vurgulamaların bir arada kullanılması da metni anlaşılmaz kılabılır<sup>706</sup>.

<sup>702</sup> Bkz. Janina Nitscke: “**Maßstäbe für die Transparenz Allgemeiner Versicherungsbedingungen unter Berücksichtigung des englischen Rechts**, Baden Baden 2002, s. 78 vd. (aktaran Stadler, s. 151). Küçük puntolarla yazılan sözleşme hükümlerinin tüketici tarafından okunmasının, okunma ve zaman azlığı nedeniyle mümkün olmadığı yönünde bkz. Altunkaya, s. 113.

<sup>703</sup> Stadler, s. 151.

<sup>704</sup> Bu konuda bir örnek için bkz. Stadler, s. 152.

<sup>705</sup> Bkz. Stadler, s. 152 ve dn. 564'de anılan yazarlar.

<sup>706</sup> Stadler, s. 153.

## §5. ŞEFFAF OLMAYAN ŞART GRUPLARI

### I. SÜRPRİZ/ALİŞILMIŞ OLMAYAN ŞARTLAR

#### A. GENEL OLARAK

Şeffaflık ilkesi bakımından sürpriz şartlar da genel işlem şartları kullanıcısının müşterinin istenmeyen sürprizlerden koruma amacını taşımaktadır ve bu ilke müşterinin sözleşme içeriği açısından bir takım haklı beklentilerinin genel işlem şartları vasıtasıyla hayal kırıklığına uğraması karşısında korunmasını gerektirmektedir<sup>707</sup>. Ancak yeteri derecede somut olması zorunlu olan sözleşme tarafının bu tür beklentileri de çok nadir ortaya çıkar ve bu tür beklentiler ortaya çıktığında bunlar normal olarak bireysel anlaşmalara da dayandırılabilir. Ancak bu tür bir beklentinin ortaya çıkması durumunda, bu boşa çıkmaya şeffaf olmayan düzenlemenin katkıda bulunmuş olması da düşünülebilir. Şayet genel işlem şartları kullanıcısı, reklamlar veya öteki kamuoyuna yansıyan araçlar vasıtasıyla toplumda belirli beklentilerin gelişmesine neden olmuşsa, örneğin sigorta işletmecisinin “zarar ihbarının telefonla günün her saatinde yapılabileceği” veya “sözlü olarak ihbarda bulunulabileceği” hususunda kamuoyunda bir beklenti yaratması durumunda, böyle bir durum söz konusu olabilir. Böyle bir durumda zarar düzenlemesinin yazılı bildirim koşuluna bağlı tutulması daha önceki beklentilerin sürpriz şekilde boşa çıkartılması ve sürpriz şart anlamına gelebilir. Benzer durum “gizli” şartlar açısından da söz konusudur; ki bu gizli şartlar sistematik olarak alışılmamış bir şekilde veya uygun olmayan bir yerde bulunurlar, buna karşılık başka bir yerde temellendirilirler ve sözleşme tarafının haklarını sınırlarlar<sup>708</sup>.

<sup>707</sup> Rehbinder, Armağan, s. 797; Basedow, s. 1045 vd; Schulte-Nölke, § 305 c BGB, Rn. 1; Basedow, Kommentar, § 305c BGB, Rn. 1.

<sup>708</sup> Basedow, s. 1045 vd. Örnek olarak özel hastalık sigortası şartlarında “edim yükümlülüğünün kapsamı” başlığı altında “klinik ve hekimin serbestçe seçilebilmesi” ilkesi düzenlenmekle birlikte, daha sonra genel işlem şartlarının başka bir yerinde sigorta edimlerinin ödenmesi, belirli yerlerdeki tedavilere bağımlı kılınmışsa, sigorta yaptırana daha önceden hastaneyi seçme olanağının verilmesine ilişkin sigorta yaptıranın onay karşısında sigortalı- sürprizle karşılaşmaktadır. Zira sigorta yaptırana hastaneye yönelmeden önce sigorta yaptıranın ödeme yükümlülüğü için ilgili bütün bilgilerin genel sigorta şartlarının ilgili yerinde bulunduğunu kabul etmek zorunda olmakta ve onun sigorta ödemesine ilişkin pasajları –şayet mümkünse- ilk defa orada belirtilen koşulları hemen hiç gerçekleştiremeyeceği bir duruma girdikten sonraki bir zamanda okumak zorunda kalmaktadır.



Bu tür gizli şartların sözleşme ile ilişkilendirilmesi, müşterinin sürprize, beklenemeyen etkiye maruz kalması sonucuna yol açabilir<sup>709</sup>. Bu hususun arkasında esas olarak genel işlem şartlarının sözleşmenin akdedilmesi sırasında veya sözleşmenin devamı süresinde, daha sonraki bir zaman diliminde okunduğu, müşteriye bir bilgilendirme temeli olarak hizmet ettiği ve davranışını etkilediği anlayışı bulunmaktadır<sup>710</sup>.

Şeffaflık ilkesinin aynı zamanda genel işlem şartları hukukundaki sürpriz şart yasağından da çıkartılabileceği ifade edilmektedir<sup>711</sup>. Sürpriz şart yasağı Alman Medeni Yasası'nın 305c paragrafında (f.1) düzenlenmiştir. Buna göre, müşterinin dikkate alması/hesaba katması alışılmış değilse, ilgili şart sözleşmenin bir parçasını oluşturmaz<sup>712</sup>. Müşteriler genellikle sözleşme akdedilmesinden önce yoğunlaşmak suretiyle genel işlem şartlarını okuyacak zamana sahip olmadıklarından, müşterinin sürpriz şartla karşılaşması yasağı onu duruma göre beklentisinden farklı bir sözleşme içeriği ile karşılaşmasından korumaktadır<sup>713</sup>.

Bu çerçevede bir şart, şayet sözleşme içeriği müşterinin haklı beklentilerinden sapan bir özellik arz ediyorsa alışılmış olmayan/beklenmeyen özelliktedir<sup>714</sup>. Böyle bir sözleşme içeriği ile karşılaşma bakımından alışılmış olmama, müşterinin hesaba katma zorunda olup olmamasına göre belirlenmektedir ve bu husus özellikle sözleşmenin meydana gelme şekline kaynaklanmaktadır<sup>715</sup>. Genel işlem şartları içerisinde şartın edimi sınırlandıran içeriğinin müşterinin haklı beklentilerinden uzaklaştığı ölçüde daha çok şeffaflığın olması gerekmektedir<sup>716</sup>.

Genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesi incelenirken genellikle şeffaflık ilkesi ile sürpriz şartlar arasındaki ilişkiye de değinilmektedir. Bu husus özellikle gizli

<sup>709</sup> Basedow, s. 1045 vd.; Kreinbaum, s. 99 vd.

<sup>710</sup> Basedow, bu anlayışı gerçeklikten uzak bulmakta ve bu durumun şeffaflık ilkesinin sonuçlarının her durumda gerçekleşmesine hizmet edemeyeceğini bildirmektedir ( bkz. Basedow, s. 1045 vd.).

<sup>711</sup> Stadler, s. 37; Roloff, § 305c BGB, Rn. 4.

<sup>712</sup> Ayrıca bkz. Stadler, s. 37 vd.; Evermann, s. 15 vd; Havutçu, s. 134; Roloff, § 305 c BGB, Rn. 1 vd; Schulte-Nölke, § 305 c BGB, Rn. 2; alışılmamış, olağandışı beklenilmeyen şartların geçersiz sayılması konusunda bkz. Kaplan, Banka, s. 59-61.

<sup>713</sup> Krş. Stadler, s. 37.

<sup>714</sup> Bkz. Stadler, s.37; Roloff, § 305c BGB, Rn 8; ayrıca bkz. Havutçu, s. 134; Palandt/Heibrichs, § 305 c BGB, Rn. 4. Yani, müşterinin haklı beklentisi ile şartın içeriği arasında açık bir çelişki mevcutsa söz konusu şart şaşırtıcıdır. Bu çelişki örneğin sözleşmenin dış düzenlemesinden kaynaklanabileceği gibi, şartların beklenemeyen yere yerleştirilmesinden de kaynaklanabilir (bkz. Rehbindler, Armağan, s. 797).

<sup>715</sup> Stadler, s. 37; Basedow, Kommentar, § 305 c BGB, Rn. 6.

<sup>716</sup> Krş. Stadler, s. 38.

şartlar açısından önem arz etmektedir. Aynı şekilde bilinçli olarak şartların zor anlaşılabilir şekilde kaleme alınması da içeriği müşteri tarafından tanınamayan şartların ilişkilendirilmesini engelleyen durumlar arasındadır<sup>717</sup>. İçeriğin kavranması açısından temel olan, anlamın idrak edilmesidir<sup>718</sup>.

## **B. SÜRPRİZ/ALİŞİLMİŞ OLMAYAN ŞARTLARIN OLAĞAN DIŞILIĞI**

Yukarıda da belirtildiği gibi Alman Medeni Yasasının 305c paragrafında sürpriz şartlar ve çok anlamlı şartlar düzenlenmiştir. Buna göre, duruma ve özellikle de sözleşmenin dış görünümüne göre genel işlem şartları içerisinde bulunan ve kullanıcı karşısındaki sözleşme tarafının hesaba katmasının beklenemeyeceği, alışılmışın dışındaki hususlara ilişkin düzenlemeler sözleşmenin bir parçası olmazlar<sup>719</sup>. Yine aynı paragrafın 2. fıkrasına göre, genel işlem şartlarının yorumu sırasında tereddüt hâsıl olduğunda kullanıcı aleyhine hareket edilir. Bir şartın içerdiği sürpriz hükümler nedeniyle sözleşme ile ilişkilendirilememesinin birinci koşulu, bu hükümlerin alışılmış olmaması, olağan dışılığıdır<sup>720</sup>. Bu itibarla şeffaf olmayan şartlar olağan dışı bir nitelikte olmalıdır. Burada genel işlem şartlarında yer alan gizli ve anlaşılmaz şartları bu açıdan incelemek gerekecektir.

Genel işlem şartları içerisinde yer alan bir hükmün olağan dışılığının değerlendirilebilmesi için sözleşmenin dış görünümü önemli bir rol oynar. Genel işlem şartları içerisinde yer alan şartların tarafsız bir ortalama müşteri için olağan dışı olması şeklinde bu olağandışılık ortaya çıkabilir. Sözleşmenin dış görünümü bir çok faktöre bağlı olarak belirlenmektedir. Bunlar arasında metnin yapısı ve bölümleri, baskı tekniğine ilişkin düzenleme, somut şartların sırası ve düzeni ve başlıkların düzeni sayılabilir. Bütün bu araçlarda ortak olan husus, somut şartların bulunup

---

<sup>717</sup> Kreienbaum, s. 91, 92.

<sup>718</sup> Kreienbaum, s. 92.

<sup>719</sup> Rehbinder, Armağan, s. 797; Ulusan, s. 31; Kaplan, Banka, s. 59; Kocaman, s. 1100; Basedow, Kommentar, § 305c BGB, Rn. 1.

<sup>720</sup> Kreienbaum, s. 91.

ortaya çıkartılmasını zorlaştırabilmeleri veya imkansız kılabilenleridir. Bu itibarla bu problematik “gizli şartlar” kavramı altında özetlenebilir<sup>721</sup>.

Yukarıda ifade edilen şekli düzenleme araçları somut şartların bulunabilmesinin yanı sıra aynı zamanda onların anlamının kavranması ve içeriklerinin idrak edilmesini de engellemektedir. Bu nedenle söz konusu araçlar aynı zamanda ilgili şartın şeffaflığının eksikliğine işaret eden dayanak noktalarıdır. Bununla beraber her gizli şartın aynı zamanda olağan dışı ve alışılmamış/beklenmeyen bir şart olup olmadığı ve bu nedenle de sözleşme ile ilişkilendirilip ilişkilendirilemeyeceği sorunu da tartışmalıdır<sup>722</sup>. Genel işlem şartlarındaki bir şartı “sıradışı ya da olağan dışı” kavramı altına sokabilmek için şöyle bir karşılaştırma yapmak gerekir. Bir şey ancak olağanın veya alışılmışın dışına çıktığı zaman olağandışıdır. Bu yüzden bir karşılaştırma ölçütüne ihtiyaç vardır. Bir şartın olağandışı olmasının belirlenmesi sadece şartın içeriğinin müşterinin anlayış düşüncesinden uzaklaşıp uzaklaşmadığına bağlıdır<sup>723</sup>. Genel işlem şartları içerisindeki bir şartın gizlenmiş olması, ancak genel işlem şartları metninin düzenlenmesinin müşterinin anlayış tarzı ile şartın içeriği arasında bir çelişki nedeni olması durumunda önem arz etmektedir<sup>724</sup>.

Sürpriz şartların genel işlem şartları ile ilişkilendirilememesi bakımından şartların anlaşılabilirliği hususunda şu tespitleri yapmak mümkündür. Genel işlem şartları metninin eksik düzenlenmesi dolayısıyla bir şartın bulunması ve idrak edilmesi için gizli şartlar bir üst kavramdır. Buna ek olarak genel işlem şartları şekli olarak doğru biçimde düzenlenebilir veya daha uygun üst başlıklar da verilebilir. Ancak gerek karmaşık yapısı, komplike bir hale getirilmiş dilsel düzenleme<sup>725</sup> veya karmaşık düzenleme içerikleri nedeniyle zor anlaşılabilir nitelikte olabilirler<sup>726</sup>.

Kreienbaum’un da ifade ettiği gibi tıpkı bütün genel işlem şartları gibi anlaşılabilir şartlar da içerik olarak ortalama müşterinin vereceği anlamdan saptığı

---

<sup>721</sup> Kreienbaum, s. 93; Evermann, s. 18.

<sup>722</sup> Kreienbaum, s. 93.

<sup>723</sup> Bkz. Schäfer, s. 94; Kreienbaum, s. 100; Basedow, Kommentar, § 305c BGB, Rn.10.

<sup>724</sup> Bkz. Schäfer, s. 95; Kreienbaum, s. 100.

<sup>725</sup> Dilsel düzenleme konusunda bkz. Evermann, s. 11 vd.

<sup>726</sup> Bkz. Bkz. Schäfer, s. 96 vd.; Kreienbaum, s. 100.

takdirde olağan dışı bir nitelik arz eder<sup>727</sup>. Bir genel işlem şartının zor anlaşılabilir bir şekilde formüle edilmesi tarafsız bir okuyucunun güvenini kazanmak için de uygun değildir. Şartları üstün körü okuyan bir okuyucu bile genel işlem şartlarının belirli bir noktaya ilişkin düzenleme içerdiğini anlayabilecektir. Zor anlaşılabilirlik sebebiyle söz konusu okuyucu şartları esaslı bir şekilde tetkik edemeyecektir. Bu itibarla da okuyucu genel işlem şartlarının içeriğine ilişkin genel beklentilerini değiştirmeye kendisini sevk etmeyecektir. Dolayısıyla zor anlaşılır bir düzenleme özelliği sebebiyle genel olarak sürpriz şartlar, genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesine engel oluşturmaktadır<sup>728</sup>.

### C. ALIŞILMIŞ OLMAYAN/BEKLENMEYEN ETKİ

Sürpriz şart olması dolayısıyla bir şartın sözleşme ile ilişkilendirilmemesi için bu şartın sadece sıradışı ya da alışılmamış olması yeterli değildir. Bu şart daha ziyade sübjektif bir an olarak deyim yerindeyse karşı tarafı gafil avlama, alışılmış olmama, beklenmeyen etkisini de içermelidir<sup>729</sup>. Bir şartın bu tür bir etkiye sahip olup olmadığı müşterinin haklı beklentileri ile sözleşmenin içeriği arasındaki sapmanın derecesine göre belirlenir. Şayet bu sapma oldukça büyük ise böyle bir etkinin mevcut olduğu kabul edilir. Bu bağlamda şartın ne derecede usta bir şekilde gizlenmiş olup olmadığı ve genel işlem şartları metni açısından müşterinin şartın içeriği hakkında bilgi sahibi olmak için hangi çabalara girişmesi gerekeceği önemli değildir<sup>730</sup>.

---

<sup>727</sup> Kreienbaum, s. 100.

<sup>728</sup> Bkz. Schäfer, s. 97 vd.; Kreienbaum, s. 101.

<sup>729</sup> Kreienbaum, s. 101. İsviçre Federal mahkemesi bu beklenmeyen, alışılmış olmayan şarta ilişkin kuralı özellikle genel işlem şartları içerisinde yer verilen yetki sözleşmesinin denetiminde uygulamıştır. Mahkeme 1978 yılına kadar verdiği kararlarda, maddi şart yani yetkili mahkeme hükmünün yanlış anlamlara neden olmayacak bir biçimde kaleme alınması gerekliliği birlikte yani dikkati çekecek bir yerde basılmış olması biçiminde ifade edilebilecek olan şekli şartı da aramıştır (ilgili kararlar için bkz. Atamer, s. 112-113 ve dn. 157; bu konuda ayrıca bkz. Havutçu, s. 134). İsviçre Federal Mahkemesi 1978 yılında verdiği bir kararında ise belirtilen şartlara ilaveten işlem hayatında tecrübesiz müşteriler açısından, yetkili mahkemeye ilişkin şartın açıklanmış, sonuçları hakkında bilgilendirilmeleri gerekliliğini de aramıştır (bkz. Atamer, s. 113 ve dn. 159'da anılan karar).

<sup>730</sup> Kreienbaum, s. 102.

## D. ALIŞILMIŞ OLMAYAN/BEKLENMEYEN ETKİNİN ENGELLENMESİ

Kullanıcı sözleşmenin akdedilmesinden önce veya akdedilmesi sırasında alışılmış olmayan şartlar hakkında müşteriye bilgi sahibi olma imkânı yaratmışsa veya en azından müşterinin bunları hesaba katma zorunluluğuna ilişkin koşullar sağlanmışsa, genel işlem şartlarının alışılmış olmayan/beklenmeyen etkisi engellenmiş olur. Bu ise kullanıcının alışılmamış şartlara yönelik olarak özel bilgi vermesi suretiyle olabilir. Yine kullanıcı genel işlem şartları metninin baskı tekniğine ilişkin formül yoluyla da genel işlem şartları metninde alışılmamış şartlar olduğuna yönelik bilgi verebilir<sup>731</sup>. Bunun yanında kullanıcı sözlü olarak da müşteriye uyararak suretiyle alışılmış olmayan şartta dikkatini çekebilir<sup>732</sup>.

Burada alışılmış olmayan/beklenmeyen etkinin engellenmesi açısından gizli şartlar ile içerik açısından alışılmamış olan şartları ayrı ayrı değerlendirmek gerekecektir. Gizli şartlar hususunda şu tespitleri yapmak mümkündür. Genel işlem şartları metninin dürüst bir şekilde düzenlenmesine ilişkin şekli gereklerin hepsine riayet edilmesi ve sistematik bir yapı ortaya konması, içeriksel olarak alışılmamış olan bir şartın alışılmış olmayan karakterini bertaraf etmek için yeterli değildir. Bunun için gizli şartların sıra dışılık karakterinin ortadan kaldırılması gerekir. Ancak bu suretle gizli şartlar müşterinin genel işlem şartlarının içeriği hususunda yanlış bir anlayışa kapılmasına yol açıcı özelliğini kaybedecektir<sup>733</sup>.

İçeriksel olarak anlaşılmayan şartlar söz konusu olduğunda ise ister açık bir şekilde olsun isterse ilgili şartın baskı tekniğine ilişkin (örneğin, koyu veya italik baskı, büyük baskı, özel başlık, metnin başında özel olarak yer verme ya da doğrudan doğruya imza ile ilişkilendirme gibi araçlarla) vurgular vasıtasıyla olsun, bu şartların sıradışı olma özelliğini belirtmek için özel bir bilgilendirme yapılmak zorundadır<sup>734</sup>. Bu şekilde içeriksel olarak alışılmamış şartların anlamının idrak edilmesinin kuvvetlendirilmesi tek başına yeterli değildir. Buna ilaveten alışılmamış şartlar tipik müşterinin şartın içeriksel anlamı ve kapsamını kavrayabileceği bir şekilde kaleme

<sup>731</sup> Atamer, s. 112; Kreienbaum, s. 102.

<sup>732</sup> Atamer, s. 112.

<sup>733</sup> Kreienbaum, s. 103.

<sup>734</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 103 ve dn. 150.

alınmalıdır. Dolayısıyla bu tür şartlar, ne kadar alışılmamış ya da olağandışı iseler o derecede anlaşılır olmak zorundadırlar<sup>735</sup>.

Bu gerekleri şeffaflık ilkesi açısından değerlendirmek daha ayrıntılı bir incelemeyi gerektirir. Yukarıda ifade edildiği gibi bir şartın anlaşılmaz olması, onun sıradışı olması için tek başına anlam ifade etmez. Bu çerçevede şartın anlaşılabilirliğinden, şartın sürpriz edici etkisinin ayrılması gerekmektedir<sup>736</sup>. Burada belirleyici olan ölçüt, müşterinin anlayışıdır. Şayet müşterinin anlayışı şartın içeriği ile örtüşüyorsa bu durumda şartın anlaşılmaz olması sürpriz şartların sözleşme ile ilişkilendirilemeyeceği kuralı açısından önem taşımaz, yani bu kural burada uygulanmaz<sup>737</sup>. Buna karşılık, içerik olarak genel işlem şartlarında bulunması sıradışı olan bir şart müşterinin içerik hususundaki anlayışından sapmaya yol açıyorsa bu takdirde kullanıcı bu çelişkiyi yaptığı bilgilendirme ve diğer araçlarla ortadan kaldırmak durumundadır. Bunun için şart öyle bir şekilde formüle edilmelidir ki müşteri onun içeriğini bilebilmeli ve bu şart müşterinin vereceği anlama uygun düşmelidir.

## E. ŞEFFAFLIK VE SÜRPRİZ ŞARTLAR

Yukarıda yapılan açıklamalar göstermektedir ki, müşterinin hesaba katmasının beklenemeyeceği ölçüde alışılmamış şartların genel işlem şartlarında yer alması suretiyle ortaya çıkan sürpriz şartların sözleşmenin parçası olmayacağı kuralı şeffaflık ilkesinin bir görünümüdür. Gizli şartlar ancak genel işlem şartlarının içeriği ile müşterinin içeriğe yönelik anlayışı arasında ciddi bir çelişkiye neden olacak şekilde formüle edilmişse gizli şartlar sürpriz şart olarak kabul edilebilir. Şekli olarak her gizli şart aynı zamanda içeriksel olarak sıradışı bir özellik arz etmediği için, sürpriz şartların sözleşmenin parçası olmaması kuralından genel işlem şartlarının dürüst bir şekilde düzenlenmesi gereği ortaya çıkartılamaz. Sürpriz şartların sözleşmenin parçası olmaması, sözleşmenin içeriğinin açık olup olmadığının denetimini öngören bir kural olmayıp yalnızca kullanıcıya genel işlem şartlarını şekli

<sup>735</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 103, dn. 151, 152.

<sup>736</sup> Kreienbaum, s. 104.

<sup>737</sup> Kreienbaum, s. 104.

olarak düzene uygun olarak formüle etmek konusunda teşvik etmektedir<sup>738</sup>. İçeriksel olarak alışılmamış olan şartlar söz konusu olduğunda şeffaflığın etkileri daha önemlidir. Sürpriz edici etkiyi ortadan kaldırmak için kullanıcı müşterinin şartın içeriği hususunda içeriğin anlamı ve kapsamını bilmeyi mümkün kılacak şekilde bilgi sahibi olmasını sağlamalıdır. Burada şeffaflık ilkesinin gereklerinin şekli düzenleme gereklerinden daha kapsamlı olduğu hususu ortaya çıkmaktadır<sup>739</sup>. Böylelikle şeffaflık ilkesi, sürpriz şartların gerek içeriği konusunda vurgu yapılması, bilgi verilmesi gerekse sürpriz edici şartlara yer verilmemesi nedeniyle sadece dolaylı olarak gerçekleşmektedir<sup>740</sup>. Bu çerçevede genel işlem şartlarında sürpriz şartlara yer verilmemesi şeffaflık açısından asgari bir ölçü değildir. Bilakis şeffaflık ilkesinin gerekleri şartın içeriğine bağlı olarak belirlenmelidir. Özetle, beklenmeyen etki yaratan şartların sözleşme ile ilişkilendirilememesi kuralı genel bir şeffaflık ilkesi içeren bir kural değildir, bilakis kullanıcının açıklama ve saydam olma yükünü vurgulamaktadır<sup>741</sup>.

## II. GİZLİ ŞARTLAR

Genel işlem şartları içerisindeki formel düzenlemesi ile gizli olan bir şart, önceden “şaşırtıcı” olarak kabul edilebilir mi?<sup>742</sup> Bir şartın sadece şekli olarak gizli olması BGB §305 c f.1.nin şeffaflık ilkesi kalıplarını yerine getirmez<sup>743</sup>. BGB § 305 c f.1.in lafzı, “bir sözleşmenin dışarıdan görünümüne göre” şeklindedir. Yasanın gerekçesine göre ilk etapta müşteri tarafından beklenilmeyen ve esas olarak sözleşmenin değişikliğine yol açabilecek olayları kapsamaktadır<sup>744</sup>. Burada “şekli – formel” olarak saklama mutlaka gerekli değildir. Daha ziyade gizli şart biraz önce ifade edilen anlamda alışılmamış olmak zorundadır<sup>745</sup>.

---

<sup>738</sup> Kreienbaum, s. 104.

<sup>739</sup> Kreienbaum, s. 104, 105.

<sup>740</sup> Kreienbaum, s. 105.

<sup>741</sup> Kreienbaum, s. 105.

<sup>742</sup> Bkz. Gottschalk, s. 573.

<sup>743</sup> Gottschalk, s. 573.

<sup>744</sup> Gottschalk, s. 573. Örnek olarak bir kira sözleşmesinin kira süresinin bitiminden sonra kiracının satın alma yükümlülüğü ile bağlantılandırılmasının gerekçelendirilmesi zikredilmektedir.

<sup>745</sup> Gottschalk, s. 573.

### III. ANLAŞILIR OLMAYAN ŞARTLAR

Bilinçli, kasıtlı olarak zor anlaşılabilen bir şartın, şaşırtıcı sürpriz bir şart olarak nitelendirilebilip nitelendirilemeyeceği sorusu kısmen evet olarak cevaplanabilmektedir<sup>746</sup>. Pek tabii ki, zor anlaşılabilir bir şart “sözleşmenin dış görünümüne göre” “alışılmamış” olmak zorunda değildir. Üstün körü okuyan bir okuyucu dahi zor anlaşılabilirliği fark edecektir ve bunun üzerine muhtemelen ilgili şartları ayrıntılı olarak incelemeyecektir. Bu itibarla sadece şekilsel bir problem olarak “içeriğin kavranması” bir şart kendiliğinden şaşırtıcı (sürpriz) şart yapmamaktadır<sup>747</sup>.

Gottschalk<sup>748</sup>, BGB § 305c f.1.in, şeffaflık ilkesinin gereklerinin karşılanması için yetersiz olduğunu ileri sürmektedir. Bu hüküm vasıtasıyla genel işlem şartlarındaki şartlar daha anlaşılır ve daha açık hale gelmemektedir. Ancak BGB §305c f.1 hükmü, kendisini müşterinin hesaba katmak zorunda bulunmadığı genel işlem şartları bağlamında dolaylı bir enformasyon fonksiyonuna sahiptir<sup>749</sup>. Aynı zamanda bütün formel gereklerin dürüst bir şekilde metinsel olarak düzenlenmesine riayet sırasında kullanıcı genel işlem şartlarıyla sözleşmenin karakterinde esaslı değişiklikler yapamaz. Genellikle alışılmış olmayan şartlar bakımından özel belirti bulunmaktadır. Yasa koyucu, genel işlem şartlarının müşteri tarafından okunmadığı hususundan hareket etmektedir ve kullanıcının enformasyon yükümlülüğünün temelinde de bu husus bulunmaktadır<sup>750</sup>.

Şayet ima-işaret yalnızca açık ve okunaklı ifade edilmişse, bu durumda şaşırtıcı –sürpriz karakter söz konusu olmaz<sup>751</sup>. Bu nedenle işaret, şartların tereddütlü kısmına ilişkin olmak zorundadır; hukuksal olarak tereddütlü olmayan kısma ilişkin vurgu yeterli değildir<sup>752</sup>. Müşterinin şartları bütün olarak okumuş olması durumu da, şaşırtıcı (sürpriz) etkinin ortadan kaldırılması için aynı derecede yetersizdir. Buna karşılık sözleşme tiplerine uygun olmayan şart özel durumlar sebebiyle

<sup>746</sup> Gottschalk, s. 574, Wagner-Wieduwilt, WM 1989, 37, 42.

<sup>747</sup> Basedow, VersR 1999, 1045, 1046; ayrıca bkz. Gottschalk, s. 574.

<sup>748</sup> Bkz. Gottschalk, s. 574.

<sup>749</sup> Gottschalk, s. 574.

<sup>750</sup> Bkz. Gottschalk, s. 574.

<sup>751</sup> bkz. BGH, Ur. V. 10.11.1989, Az.:V ZR 201/88, BGHZ109, 197, 203=NJW 1990, 576; (Gottschalk, s. 574 den naklen).

<sup>752</sup> Bkz. BGH, Ur.v. 20.3.2002, Az.: IV ZR 93/01, NJW 2002, 2710, 2711, (Gottschalk, s. 575 den naklen).



gerekçelendirilen müşterinin beklentilerini ihlal etmeye uygun şekilde o derece açık bir şekilde vurgulanmışsa ve açık formüle edilmişse, bu durumda şaşırtıcı etki ortadan kalkar<sup>753</sup>. Şüphesiz ki, kendileriyle sözleşmenin akdedilmesinden önceki somut durumları sözleşme tarafının hesaba katmak zorunda olmadığı genel işlem şartları için baskı tekniğine ilişkin vurgular yeterli değildir. Burada sözleşme tarafı için kendisini kullanıcı tarafından amaçlanan değişiklik konusunda bilgi sahibi olmak için yeteri derecede korumak amacıyla bireysel bir işarete gereksinim vardır<sup>754</sup>. Nihayet müşterinin sözleşme koşullarını okuduğu, anladığı ve buna ilaveten bunların kendisine açıklanmış olduğuna dair sözleşmenin sonuna eklenen götürü bir şart da yeterli değildir<sup>755</sup>.

Bütün bu anlatılanlar çerçevesinde özet olarak, temel hususun müşterinin anlayışına bağlı olduğu söylenebilir. Şayet şart müşterinin beklentisi ile uyuyorsa bu durumda BGB § 305c f.1 uygulama alanı bulmayacaktır<sup>756</sup>.

#### IV.ÇOK ANLAMLI ŞARTLAR

Şeffaflık ilkesi § 305c f.2 de doğrudan gerçekleştirilmektedir. Çok anlamlı şart sıklıkla aynı zamanda şeffaf da değildir<sup>757</sup>. Dolayısıyla çok anlamlı şartlar çerçevesinde müşteri lehine yorum geçerlidir<sup>758</sup>. Aynı zamanda 93/13 AB Yönergesinin 5. maddesinin 2. ve 3. cümlelerinde tüketici sözleşmeleri içerisindeki önceden formüle edilmiş şartların yorumuna ilişkin olarak, “*Bir şartın anlamı hakkında tereddüt olduğunda tüketici lehine yorum ilkesi geçerlidir....*”. hükmü yer almaktadır.

<sup>753</sup> Bkz. Gottschalk, s. 575.

<sup>754</sup> Bkz. BGH Urt.v. 21.6.2001, Az.:IX ZR 69/00, NJW-RR 2002, 485, 486, (GOTTSCHALK, s. 575.den naklen).

<sup>755</sup> Bkz. BGH Urt.v.2.3.1978, Az.:VII ZR 104/77, BB 1978, 636, 638; (GOTTSCHALK, s. 575.den naklen).

<sup>756</sup> Gottschalk, s. 575.

<sup>757</sup> Schulte-Nölke, § 305 b BGB, Rn. 4 vd.

<sup>758</sup> Bkz. Lindacher, s. 356 vd.; Gottschalk, s. 575; bu yolla sözleşme tarafları arasındaki aşırı güç dengesizliğinin varlığı halinde güçlü olan aleyhine anlaşma olduğu yorum yoluyla kabul edilmek suretiyle bu dengesizliğin bir anlamda telafi edilmek istendiği yönünde bkz. Akyol, s. 60.

Contra proferentem yani ambiguitas contra stipulatorem (sözleşme şüphe halinde düzenleyen aleyhine yorumlanır) kuralı<sup>759</sup> Avrupa sözleşme hukukunun güvence altına alınmış olan temel bir parçasını oluşturmaktadır. Bu ilke örneğin Fransız Medeni Yasasının 1162. maddesinde veya Avusturya Medeni Yasasının 915. paragrafında yer almaktadır. Türk Hukuku bakımından da söz konusu ilkeye ilişkin yasal hükümler bulunmaktadır. Örneğin Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinin 4 fıkrasında söz konusu ilke, “Sözleşmede yer alan bir şartın ne anlama geldiği hukukun yorum yöntemleriyle belirlenemiyorsa, tüketici lehine olan yorum tercih edilir” biçiminde düzenlenmiştir. Ayrıca Türk Borçlar Kanununun 23. maddesinde de “Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır” hükmüne yer verilmiştir<sup>760</sup>. Bunların kökleri roma hukukuna kadar uzanmaktadır. Bu hüküm, özel bir şartın çok anlamlı olmasını şart koşmaktadır. BGB §§ 133, 157 hükümlerine göre söz konusu olan yorum adımlarının hepsi tüketildikten sonra şart bakımından en azından iki farklı yoruma ulaşılabilir olmak zorundadır<sup>761</sup>.

Şayet şart objektif bir yorumla çok anlamlı değilse bu durumda § 305 f.2 uygulama alanı bulmaz<sup>762</sup>. Contra proferentem kuralı böylelikle genel işlem şartlarının şeffaf olmamasını bütün boyutuyla kapsamamakta bilakis sadece yalnızca özel şartları kapsamaktadır<sup>763</sup>.

<sup>759</sup> bu konuda bkz. Akyol, s. 71 vd.; Koç, Tasarı, s. 84.

<sup>760</sup> Sözleşmede anlamı belli olmayan, muğlak ifadelerin kullanılması ve bunların yorumunda tereddüt halinde bu ifadeler sözleşmeyi kaleme alan aleyhine yorumlanır. Özellikle de bu yorum kuralı genel işlem şartlarında özel bir yere sahiptir (bkz. Kaplan, Sözleşmeye Müdahale, s. 78 ve 80 vd.; HAVUTÇU, Tasarının 23. maddesinde, şeffaflık ilkesinin bir yorum kuralı olarak ele alındığını, oysa şeffaflık ilkesinin yorumla ilgili bir sorun olmayıp, Alman ve İsviçre hukukunda olduğu gibi esas itibarıyla bir içerik denetimi sorunu olduğu, dolayısıyla tasarı açısından da söz konusu ilkenin içerik denetimi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yazar ayrıca, Tasarı'nın 23. maddesinden, açık ve anlaşılır olmama ile ilgili kısmın çıkarılması gerektiğini, bu hususun açıkça içerik denetimine ilişkin maddede ele alınarak, doğrudan genel işlem şartlarının geçersizliğine neden olacak bir ilke olarak düzenlenmesini önermektedir (bkz. Havutçu, s. 3622, 3623). Çınar ise Tasarıda, şeffaflık ilkesinin sadece yürürlük denetimi ve yorum açısından düzenlenip, içerik denetimine ilişkin maddede yer verilmemesinin sonucunu, bir sözleşme kaydının açık ve anlaşılabilir düzenlenmemesi durumunda, içerik denetimine başvurmadan doğrudan şartın sözleşmenin içeriğine dahil olmadığı şeklinde kabul edilmesi biçiminde ifade etmiştir (bkz. Çınar, s. 172).

<sup>761</sup> Gottschalk, s. 575.

<sup>762</sup> Bkz. BGH Urt.v. 3.7.2002, Az.:XII ZR 327/00, NJW 2002, 3232,3233 (Gottschalk, s. 575 den naklen).

<sup>763</sup> Bkz. Gottschalk, s. 576.

Burada iki sorun yakından incelenmelidir: Birincisi öğretilerdeki yeni eğilime göre bireysel muhakemede kullanıcı aleyhine yorum sırasında “iki aşama” öngörülmektedir. Öncelikle şartın müşteri aleyhine yorumu seçilmekte ve daha sonra bu ölçü şayet BGB §§ 307 ila 309 ise, müşteri lehine yorum uygulanacaktır<sup>764</sup>. İkincisi ise belirsiz kuralların şeffaflık ilkesinin BGB § 307 f.1 C.2 deki yasal düzenleme ile olan ilişkisinin ayrıntısına girilmelidir<sup>765</sup>.

BGB §305 c f.2 nin lafzı, öncelikle genel işlem şartlarının daha sonraki incelemesi için müşteri lehine yorumun temel alınmasını ortaya koymaktadır. Müşteri lehine yorum ilkesi BGB §§ 305-310 nun amacına aykırı olabilir. Müşteriyi oldukça kuvvetli şekilde dezavantajlı hale getiren çok sayıda yorum alternatifleri arasında ilgili şartın BGB §§ 307 den 309’a kadar olan hükümlerine göre içerik kontrolüne aykırı olmadığında bu şartın hükümsüz sayılması zorunlu olmalıydı<sup>766</sup>. Buna karşılık müşteri lehine yorum seçilirse, şart, şart yasaklarıyla hala bağdaşabilir. Bu halde kullanıcıya, öteki müşterilere karşı şartın müşteri aleyhine yorumuna dayanma yolu açıktır<sup>767</sup>. Alman Federal Mahkemesinin bu içtihadı temelini 93/13 No.lu AB Yönergesinin 5. maddesinin 3. fıkrasında bulmuştur.

Alman Medeni Yasası § 305 c. 2’de de ifade edildiği gibi, genel işlem şartlarında tereddüt halinde kullanıcı aleyhine yoruma gidilmektedir<sup>768</sup>. Ancak tereddüt halinde kullanıcı aleyhine yorum yapılması ilkesi, kapsamlı bir şeffaflık kontrolü yapılmasına tamamen hanel getirmemektedir yani onu engellememektedir. Zira şeffaflık ilkesi genel işlem şartları hukukunun bir çok düzenlemesinde karşımıza çıkmaktadır<sup>769</sup>. Bu bağlamda ilişkilendirme denetimi ile içerik denetimi hükümleri arasında bir kesişme olmayabileceği de aynı şekilde açıktır . Ayrıca etkili olarak ilişkilendirilen genel işlem şartları tıpkı diğer bütün sözleşme düzenlemeleri gibi yorumlanma yeteneğine sahiptirler ve hatta yorumlanmaya ihtiyaç da duyarlar. Şeffaflık ilkesi bakış açısıyla ele alındığında bu durum, makul bir ortalama

---

<sup>764</sup> Bkz. Gottschalk, s. 576.

<sup>765</sup> Bkz. Gottschalk, s. 576.

<sup>766</sup> Gottschalk, s. 576, 577.

<sup>767</sup> BGH Urt.v. 5.4.1984, Az.:III ZR 2/83, BGHZ 91, 55, 61 sub 4=NJW 1984, 2161, (Gottschalk, s. 577 den naklen; ayrıca bkz. Basedow, VersR 1999, 1045, 1048).

<sup>768</sup> Ayrıca bkz.

<http://beckonline.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata%2Fges%2FBGB%2Fcont%2FBGB%2EP305c%2Ehtm>

<sup>769</sup> Joppich, s. 19.

müşterinin ilgili şartı otomatik olarak şeffaf olmayan bir şekilde değerlendirmeksizin, ilgili şartın içeriğini belirleme konusunda belirli ölçüde bir çabanın beklenebilmesinden çıkmaktadır. Buna karşılık mevcut çok sayıdaki yorum sonuçlarından birisi hakkına karar verme zorunluluğu tüketiciden beklenemez, zira bu durumda tüketicinin hatalı bir tercihe gitme rizikosuna söz konusu olabilecektir<sup>770</sup>. Alman Medeni Yasası §305 c. 2 bu durumlarda her defasında müşteri lehine yorum sonucunun temel ölçü olacağını belirlemektedir<sup>771</sup>. Genel işlem şartlarında tereddüt nedeniyle kullanıcı aleyhine yorumu öngören düzenleme ile (§ 305c f.2 BGB), aynı şarta şeffaflık denetiminin (§ 307 BGB) birlikte uygulanıp uygulanmayacağı hususu tamamıyla şüpheli görülebilir, zira bir şartın çok anlamlılığı sonucunda şeffaf olmaması açısından yasadaki (§305c f.2 BGB) yasal yorum sonucu (yani tereddüt halinde kullanıcı aleyhine yorum ilkesi) bağlayıcı olarak kabul edilebilir<sup>772</sup>. Bulunan ve temel alınan yorum sonuçlarının anlaşılabilirliği açısından, farklı yorum olasılıklarının ortalama müşteri tarafından kavranabilir olması ve müşteri açısından anlaşılır olması gerektiğinden, şeffaflık ilkesinin (§307 f.1 c. 2 BGB) uygulanabilirliği hususu ön plana çıkmaktadır<sup>773</sup>. Bundan başka, şayet şeffaflık ilkesi açısından (şeffaf olmama nedeniyle şartın hükümsüz sayılması için) ayrıca maddi bir mağduriyet de aranıyorsa, çok sayıda mağduriyete yol açan yorum olasılıklarının pratik açıdan önemli olanları için şeffaflık ilkesi ve belirsizlik kuralı arasındaki ilişkinin de belirlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda genel işlem şartlarında tereddüt halinde kullanıcı aleyhine yorum ilkesinin amacı hiçbir uygulamada, sıklıkla meydana gelen saf olarak avantajlı bir şartın çok anlamlılığı durumları için bir düzenleme içermek değildir. Bu ikisi yani şeffaflık ilkesi ile genel işlem şartlarının tereddüt halinde kullanıcı aleyhine yorumlanması arasında bir sınırlandırma yapmak için bu istisnai durumlar esas alınamaz. Bu durumlarda müşteri lehine şartı ayakta tutucu çıkarım veya şartın hükümsüzlüğüne dayanma imkânı önerilmektedir<sup>774</sup>. Buna göre tereddüt halinde şartın kullanıcı aleyhine yorumlanması ilkesi (§ 305c f.2 BGB) ve şeffaflık ilkesi (§ 307 f.1 c.1 BGB) arasında yarışma olduğunda, şeffaflık

---

<sup>770</sup> Bkz. Joppich, s. 18.

<sup>771</sup> Bkz. Joppich, s. 19.

<sup>772</sup> Bkz. Joppich, s. 19; Evermann, **Die Anforderungen des Transparenzgebots an die Gestaltung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen**, 2002, s. 188.

<sup>773</sup> Bkz. Joppich, s. 19; Kreienbaum, s. 64.

<sup>774</sup> Bkz. Joppich, s. 19.

kontrolü karşısında ilgili alana geçerlik tanınabilir hatta şeffaflık ilkesi bakımından zorlayıcı çıkarsamalar yapılamaz<sup>775</sup>.

Alman hukukunda şeffaflık ilkesinin kodifikasyonunun bu ilkenin beklenen dogmatik somutlaştırılmasının gerekli açıklığını ortaya koymadığı söylenebilir. Tam tersine genel işlem şartları hukuku açısından şeffaflık ilkesi önceden olduğu gibi içeriksel somutlaştırılmayı beklemektedir. Ancak Alman hukukundaki yasal kodifikasyon ile önceden şeffaflık ilkesinin meşruluğu içerik denetimi içerisinde aranırken bu yasal değişiklik ile söz konusu ilkenin temelini artık Yasada (§ 307 f.1 c.2 BGB) bulunduğu hususu bir değişiklik olarak karşımıza çıkmıştır<sup>776</sup>.

Kural olarak ortalama bir müşteri için açık olmayan ve anlaşılabilir olmayan şartlar hükümsüzdür (BGB §307 f.1.c.2 BGB). Acaba buradaki şeffaflık ilkesi ile BGB § 305 c f.2 deki açık olmayan düzenleme nasıl telahuk edecektir? Her iki düzenleme belirli bir öncelik ilişkisi içerisinde bulunmaktadır. Şayet bir şart çerçeve alanı içerisinde açık değilse BGB § 305 c f.2 ye göre yorum için alan vardır. Buna karşılık şartın özü açık değilse yani açık olmama şartın özüne ilişkinse, bu durumda şart BGB §307 f.1 C.2 ye göre hükümsüzdür<sup>777</sup>.

Özetlemek gerekirse, belirsiz düzenleme, çok anlamlı şartları müşteri lehine yorum yaparak genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesine hizmet etmektedir. Bunun için öğretide bireysel muhakemede kabul edilen iki aşamalı prosedür kabul görmektedir. Ancak bu prosedürün 93/13 nolu AB Yönergesinin 5. maddesinin 2. cümlesiyle belirli bir ihtilaf içerisinde bulunduğu söylenebilir<sup>778</sup>.

---

<sup>775</sup> Bkz. Joppich, s. 19.

<sup>776</sup> Joppich, s. 20.

<sup>777</sup> Bkz. Gottschalk, s. 577, Kreienbaum, s. 64.

<sup>778</sup> bkz. Gottschalk, s. 578; ayrıca bkz. Basedow, VersR 1999, 1045, 1098. Gottschalk'a göre, şayet 93/13 No.lu AB Yönergesi alman hukukunun bakış açısını oluşturacaksa, sonuç olarak müşterinin daha lehine olan sonuçları üretmek için en çok müşteri aleyhine olan yorum (kundenfeindlichste) gereklidir ve bu durumda Yönergenin 5. maddesinin 3. cümlesi gereksiz olacaktır. Tam bu noktada Yönergesinin söz konusu hükmü, soyut kontrol prosedüründe Yönergenin 5. maddesinin 2. cümlesi içerisinde tavsiye edilen müşterinin en lehine yorumdan ayrılmayı olanaklı kılmaktadır. Bu kullanıcı lehine anlayışın temeli, tandanz gereği müşteri aleyhine yoruma katlanmayan reşit kullanıcı şeklindeki Avrupa anlayışında bulunmaktadır. Yönergenin 8. maddesi üye devletlerin tüketiciye daha fazla bir koruma getirebilmelerine olanak sağlamaktadır (bkz. Gottschalk, s. 578).

## V. DEKLARATİF ŞARTLAR

Deklaratif şartlar kavramından genel işlem şartları içerisindeki sadece objektif hukuk gereğince zaten geçerli olan düzenleme rejimini tekrarlayan hükümler anlaşılır<sup>779</sup>. Genel işlem şartlarında yer alan bu tür şartlar genel olarak yasal genel işlem şartları denetimine tabi değildir<sup>780</sup>; kendiliğinden de anlaşılacağı üzere sözleşme içeriğindeki bu tür bir şarta dokunulmamaktadır ve bu nedenle de şartın genel işlem şartları metninden çıkarılması da sonuçsuz kalacaktır<sup>781</sup>. Genel işlem şartlarının yasal denetimi ancak bu şartların tamamlayıcı hukuksal hükümlerden sapmaları ve böylelikle de sözleşmeyi düzenleyici bir etki göstermeleri durumunda öngörülmektedir. Aksi takdirde ne müşterinin aşırı bir avantaja sahip olma tehlikesi mevcut olacak ne de hükümsüzlük sözleşme içeriğini etkileyecektir<sup>782</sup>.

<sup>779</sup> Hoyningen-Huene, s. 183 vd.; Schmidt, BGB § 307, BeckOK RN 64; Kieninger, § 307 BGB, Rn. 6; Leitner, s. 85. Alman hukukunda bu şekilde yasa hükümlerini tekrar eden kayıtlar "deklaratorische klauseln" olarak tanımlanmakta ve Alman Federal Mahkemesi kararları ile bu tür kayıtların kapsamına, yazılı yasal düzenlemeler yanında yargı içtihatları ve doktriner görüşler de dahil olmak üzere tüm hukuk kurallarının gireceği kabul edilmektedir ( bkz. BGHZ 121, 13, 18; BGHZ 130, 150, 56; ÇINAR, s. 179, ayrıca kanuni düzenlemeden sapan veya tamamlayan kayıtlar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar, s. 178 vd.). ATAMER, emredici hukuk kurallarının genel işlem şartları içerisinde aynen tekrar edildiği durumlarda bu kuralları tek tarafın belirlediği sözleşme şartları olarak nitelendirilmenin mümkün olmadığı görüşündedir (bkz. Atamer, s. 63; ayrıca bkz. Corinna Dylla-Krebs, **Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen**, Baden-Baden 1990, s. 54). Bununla birlikte Dylla-Krebs, yedek hukuk kurallarının genel işlem şartları içerisinde aynen yinelenmesi durumunda bu kuralların, yasa koyucunun yedek hukuk kuralları ile sadece alternatif bir düzenleme sunduğu, genel işlem şartları kullanıcısının da kendisi için en iyi çözüm olarak kabul edip hükmü sözleşmesine alarak iradesini ortaya koyduğu gerekçesiyle genel işlem şartları hükmü olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir (bkz. Dylla-Krebs, s. 59; ayrıca bkz. Atamer, s. 63).

<sup>780</sup> Reh binder, Armağan, s. 797; Armbrüster, deklaratif şartları dar anlamda deklaratif şartlar ve geniş anlamda deklaratif şartlar biçiminde bir ayrımına tabi tutmaktadır. Dar anlamda deklaratif şartlar, Alman Federal Mahkemesinin deyimiyle (bkz. BGHZ 147, 373/376= NJW 2001, s. 2012.) sadece hukuksal düzenlemeleri tekrar eden ve tüm yönleriyle hukuksal düzenlemeyle örtüşen şartlardır ve denetime tabi değildir. Gerçekten de Anayasa Hukukunda öngörülen kuvvetler ayrılığı ilkesi ve yine hakim in yasaya bağlılığı, yasama organının getirdiği bir düzenlemedeki metnin yargıç tarafından denetime tabi tutulmasına engel oluşturmaktadır (bkz. Christian Armbrüster: "Transparenzgebot für Allgemeines Geschäftsbedingungen nach der Schuldrechtsmodernisierung", DnotZ 2004, s.443; benzer görüş için bkz. Stadler, s. 29). Buna karşılık geniş anlamda deklaratif şartlar ise, objektif hukuk kendi sözleriyle tasvir eden veya ona bu surette atıfta bulunulan şartlardır ve şeffaflık ilkesine tabi olmalıdır. Bu durumda denetim sadece kullanıcının yasanın lafzını aşan kendisinin getirdiği düzenlemelerle sınırlıdır. Zira kendi inisiyatifi ile sözleşme şartlarında yasal metni vermekle kalmayıp buna ilaveten kullanıcının kendi ifadeleri açıklaması getirmesi veya bilgi vermesi durumunda, bu bölüm için sorumluluğu taşıması gerekmektedir. Yani yasal metni aşan kısmın da şeffaf olması gerekir. Kısaca kullanıcı şartlarına aldığı yasa metnine ilaveten bunu açıklayıcı bilgiler veriyorsa bu ikinci kısım için şeffaflık denetimi gündeme gelmektedir(bkz. Armbrüster, s. 447). Yine sözleşme şartı olarak aynen alınan yasal düzenleme somut hukuki ilişkiye hiç uygulanmayacak bir hüküm ise söz konusu şart denetlenebilir (bu konuda bkz. Atamer, yeni açılımlar, s. 313, 314; Serdar, s. 251).

<sup>781</sup> Leitner, s. 85. Fakat burada, deklaratif bir şart hukuksal durumu isabetsiz –yanlış- bir şekilde ortaya koyuyorsa ve bu suretle de müşterinin bunun sonucunda bir zarara maruz kalması durumu akla gelebilir. Bu durum bununla birlikte genel işlem şartlarının geçerlilik ve içerik kontrolünün bir problemi değildir (dn. 464). Genel işlem şartlarının uygulanmasının sonucu olarak tazminat talebi için Leitner, s. 96 vd.

<sup>782</sup> Leitner, s. 85.

Böylelikle görülmektedir ki, şeffaflık ilkesi deklaratif genel işlem şartlarına uygulanabilir değildir<sup>783</sup>. Tamamlayıcı hukukun zor anlaşılabilen bir hükmünün tekrar edilmesi veya geçerli olan hukuksal durumun şeffaf olmayan bir şekilde takdim edilmesi genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmesi ilkesine aykırı değildir.

## § 6. ŞEFFAF OLMAYAN ŞARTLARIN KATEGORİZE EDİLMESİ VE KATEGORİLER ARASINDAKİ GEÇİRGENLİK

### I. GENEL OLARAK

İçeriklerini ilgili sözleşme türü için beklenen tipik müşteri tarafından anlaşılacak şekilde gizleyecek surette ortaya koyan genel işlem şartları şeffaf değildir, yani belirsiz ve anlaşılmazdır<sup>784</sup>. Bu bağlamda aşağıdaki münferit örnek durumlarda inceleyeceğimiz gibi genel işlem şartlarının şeffaf olmama durumu farklı şekillerde ortaya çıkabilir<sup>785</sup>.

Genel işlem şartlarının anlaşılabilirliği için bu şartların idrak edilebilmesi şarttır<sup>786</sup>. Başka bir anlatımla genel işlem şartları müşteriye haklarını ve yükümlülüklerini anlayabilme olanağını sunmalıdır<sup>787</sup>. Genel işlem şartlarının bu işlevini yerine getirebilmesi açısından şeffaf olması zorunludur.

Burada yapılan sınıflandırmalar tüketici olmadığı gibi her sınıflandırmaya özel bir hukuksal sonuçta bağlanmamıştır. Sadece burada şeffaflık denetimi sırasında riayet edilmesi gereken temel şeffaf olmama şekilleri ortaya konulmaya çalışılacaktır. Belirtmek gerekir ki, aşağıdaki şeffaf olmama durumları birbirleriyle kesin çizgilerle ayrılmış da değildir. Zira bir şeffaf olmamama durumunun diğeriyle

---

<sup>783</sup> Schmidt, BGB § 307, BeckOK RN 64; Leitner, s. 85. Stadler, yasal bir düzenlemeyi yanlış veya hataya sevk edici bir şekilde aktaran deklaratif şartların şeffaflık denetimine tabi olduğunu belirtmiştir(bkz. Stadler, s. 30).

<sup>784</sup> Leitner, s. 87.

<sup>785</sup> Ayrıca bkz. Leitner, s. 87; Schäfer, Transparenzgebot, s. 8 vd.; Kreienbaum, s. 25 vd.

<sup>786</sup> Kreienbaum, s. 25.

<sup>787</sup> Kreienbaum, s. 25.

kesişmesi yani bir şartta farklı şeffaf olmama durumlarının aynı zamanda gerçekleşmesi de mümkündür<sup>788</sup>.

## II. ŞEFFAF OLMAYAN ŞARTLARIN KATEGORİZE EDİLMESİ

### A. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ ULAŞILAMAZLIĞI

Müşterinin genel işlem Şartlarına ulaşamaması bir şeffaf olmama durumu olarak nitelendirilebilir. Gerçekten de bir metni anlayabilmek, idrak edebilmek için o metnin içeriğini bilmek ya da ulaşabilmek temel koŐuldur<sup>789</sup>.

### B. İNCELEMENİN OLANAKSIZLIĞI

Genel işlem Şartlarının şeffaf bir Şekilde düzenlenmesi gerekliliği mantıksal olarak onların ulaŐılabilirliĐini Şart koşmaktadır<sup>790</sup>. Gerçekten de şeffaflık ilkesinin amacı –yani müşterinin uygun araçlarla Şartın içeriği hakkında bilgi sahibi olabilmesi, Şayet genel işlem Şartları şeffaf olarak düzenlenmiş olsa bile müşteriye genel işlem Şartları belgesi verilmemiŐse akamete uğrayacaktır. Sözleşmenin akdedilmesinin genel hükümlerinden farklı olarak şeffaflık ilkesi bu yüzden genel işlem Şartları metnine ek olarak genel işlem Şartlarının sadece şeffaf bir Şekilde kaleme alınmasını değil bilakis şeffaf bir Şekilde formüle edilmiş Şartların müşteriye ulaşılabilir kılınmasını da gerektirmektedir<sup>791</sup>. Dolayısıyla genel işlem Şartlarını inceleyebilme imkânı müşterinin Şartın içeriğini idrak edebilmesinin temel koşuludur.

---

<sup>788</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 30.

<sup>789</sup> Kreienbaum, s. 25.

<sup>790</sup> Leitner, s. 88.

<sup>791</sup> Leitner, s. 88.



### C. TAM OLMAMA DURUMU

Genel işlem şartlarının eksik bırakılması yani tam olmaması da bir şeffaf olmama durumudur<sup>792</sup> ve hatta genel işlem şartlarını inceleme olanağının eksikliğinin bir alt kategorisine girmektedir. Fakat burada inceleme olanağının eksikliği genel işlem şartlarının bütününe şamil değildir. Tam olmayan genel işlem şartları her halükarda eksik kısımları bakımından hükümsüzdür. Ayrıca bu eksik kısımlar nedeniyle mevcut diğer genel işlem şartları kısımları da, bu kısımlar şartın bütünü içerisinde algılanmadığı için şeffaf olmayabilir<sup>793</sup>. Genel işlem şartları sadece kısmi olarak sözleşme tarafına sunulmuşsa genel işlem şartlarının eksik olan yani sunulmayan kısımları anlaşılabilir olacaktır. Buna karşılık kısmi olarak sunulan şartlar ise ancak sunulmayan eksik kısma rağmen diğer kısımla bağlantı kurulmaksızın anlaşılabilir kısımları açısından sınırlı bir anlaşılabilirliğe sahip olacaktır<sup>794</sup>.

### D. OKUNAMAZLIK

Tıpkı genel işlem şartlarının inceleme olanağının eksikliği gibi genel işlem şartlarının okunamazlığı da şartın içeriğinin anlaşılabilmesinin temel koşulu olan metni idrak etme olanağını engellemektedir. Genel işlem şartlarının okunamazlığı örnek olarak metindeki yazı büyüklüğünden, kağıt kalitesinden, baskı renginden veya diğer renksel düzenlemeden kaynaklanabilir<sup>795</sup>.

Okunamayan bir metnin müşteriye sunulması ile sunulmaması arasında bir fark yoktur<sup>796</sup>. Bu durumda müşteri maddi olarak genel işlem şartlarına ulaşabilmekte ancak belirli faktörler nedeniyle genel işlem şartları müşteri tarafından okunamamakta ve böylece de tarafın haklarını ve yükümlülüklerini anlayamaması sonucu ortaya çıkmaktadır.

---

<sup>792</sup> Leitner, s. 88; ayrıca bkz. Kreienbaum, s. 26.

<sup>793</sup> Leitner, s. 88; ayrıca bkz. Kreienbaum, s. 26.

<sup>794</sup> Kreienbaum, s. 26.

<sup>795</sup> Leitner, s. 88, Kreienbaum, s. 26.

<sup>796</sup> Krş. Kreienbaum, s. 26.

## E. YOLLAMALAR

İçerisinde yollamalar bulunan genel işlem şartları da genel işlem şartlarının tam olmamasının başka bir yönüdür<sup>797</sup>. Genel işlem şartları içerisinde diğer genel işlem şartlarına, sözleşmelere, yasalara veya özel metinlere yapılan yollamalar da kural olarak şeffaflık ilkesine aykırıdır<sup>798</sup>. Şayet genel işlem şartlarında başka metinlere yollama yapılmışsa, müşteri salt kendisine sunulan genel işlem şartlarını okumak suretiyle içeriğini bütün olarak algılayamaz. Tıpkı genel işlem şartlarının eksikliğinde olduğu gibi yollamalarda da genel işlem şartlarının anlaşılabilirliği sınırlı olacaktır<sup>799</sup>. Yollamaların aslında anlaşılabilirlikten bağımsız olarak müşteriye sağladığı yegâne avantaj ise müşterinin başka düzenlemelerin de mevcudiyetinden yollamalar suretiyle bilgi sahibi olmasıyla sınırlıdır<sup>800</sup>.

Çünkü genel işlem şartlarının içeriği –eşlik eden durumlara da riayet ederek- bizzat genel işlem şartlarının kendisinden çıkmalıdır. Bu bağlamda genel işlem şartları içerisinde yer alan, dilsel bir düzenleme ile düzenlemeler metin içerisinde verilmeksizin bir tamlık izlenimi uyandırılmak suretiyle yapılan bu tür yollamalar bir eksik olma durumu, tam olmama türü olarak görülebilir. Bu durumlarda müşteri genel işlem şartlarının içeriğini sadece genel işlem şartları belgesini okuyarak algılayamamakta bilakis buna ilaveten yollama yapılan belgelerden de bilgi yaratmak zorundadır<sup>801</sup>. Buna karşılık bir takım hükümlere yollama yapılması, ortalama bir müşteriye, kural olarak bir çok belgeden ilgili hükümleri bulup ortaya çıkarması kendisinden beklenemeyecek bir yük yüklediği için şeffaflık ilkesini ihlal eder. Aynı zamanda genel işlem şartlarında tipik bir müşteri tarafından bilinmeyen olgulara yapılan bağlantılar da bir şeffaf olmama durumu arz eder<sup>802</sup>.

---

<sup>797</sup> Kreienbaum, s. 26.

<sup>798</sup> Kreienbaum, s. 26.

<sup>799</sup> Kreienbaum, s. 26.

<sup>800</sup> Kreienbaum, s. 26.

<sup>801</sup> Leitner, s. 89, Kreienbaum, s. 26. Buna karşılık Krejci ise, bu tür yollamaların tüketicinin yollama yapılan metinlere hiç ulaşamaması ya da güçlüklerle ulaşabilmesi durumlarında cazi olmadığını ileri sürmektedir (bkz. Leitner, s. 89, dn. 477).

<sup>802</sup> Leitner, s. 89.

## F. ÖLÇÜSÜZ KAPSAM

Prensip olarak genel işlem şartları içerisinde yer alacak düzenlemelerin sayısı ve kapsamı açısından önceden bir sınırlama söz konusu değildir. Bu yüzden genel işlem şartları akdedilecek sözleşme ile bağlantı içerisinde düşünülebilen bütün durumları düzenleyebilir. Hatta genel işlem şartlarının bir broşür uzunluğundan bir kitap kapsamı kadar uzunlukta çok fazla sayfalardan oluşması da mümkündür<sup>803</sup>.

Bu şekilde çok kapsamlı genel işlem şartları bağlamında kapsamın fazla olması gerçi müşterinin bu tür kapsamlı genel işlem şartları eserini okumayacağı bir surette idrak edilebilirliğini sınırlandırmaz. Buradaki asıl sorun kapsamın artmasıyla birlikte anlaşılabilirliğin, açıklığın ve idrak edilebilirliğin azalıp azalmadığıdır. Genel işlem şartlarındaki düzenlemeler ne kadar ayrıntılı olursa, somut olayda hangi düzenlemelerin geçerli olacağını bulmak da o kadar zor olacaktır. Yine önemli düzenlemeler ve önemsiz düzenlemelerin yan yana bulunması suretiyle müşterinin önem arz eden şartları bulup çıkarması da zorlaşacaktır<sup>804</sup>.

Buna karşılık genel işlem şartlarının şeffaflığı genel işlem şartlarının hacmiyle de ihlal edilebilir<sup>805</sup>. Ölçüsüz bir kapsam gerçi münferit düzenlemelerin kendisini şeffaf bir duruma sokmaz ancak genel işlem şartlarının içeriğini bütününde tüketici için zor kavranabilir yapar. Geniş, yayılmış genel işlem şartlarının kullanımı bu nedenle içeriğin saklanması için uygun bir araçtır<sup>806</sup>. Ancak bu anlamda hangi kapsamın uygun olduğu sorusu açısından ilgili hukuki işlemin önemi rol oynar. Zira ortalama bir satıcının ekonomik açıdan mantıksal olarak genel işlem şartlarını öğrenmeye ve hazırlamaya ne kadar zaman ayıracağı ilgili hukuki işlemin önemine bağlıdır. Burada sadece kapsamdan hareketle bir sonuca varmamak gerekir. Bu bağlamda örneğin bir taşınır malın satımı sırasında kullanılan daha dar kapsamlı genel işlem şartları şeffaf olmayabilirken, buna karşılık bir konut inşası için kullanılan daha kapsamlı genel işlem şartları şeffaf bir şekilde düzenlenmiş olabilir<sup>807</sup>.

---

<sup>803</sup> Leitner, s. 89.

<sup>804</sup> Kreienbaum, s. 27.

<sup>805</sup> Bkz. Schäfer, s. 10; Leitner, s. 89; Kreienbaum, s. 27; Evermann, s. 10.

<sup>806</sup> Leitner, s. 89.

<sup>807</sup> Karş. Leitner, s. 89.

Gerçek ilişkiler de bir genel işlem şartının şeffaflığı bağlamında rol oynayabilir. Tüketicinin genel işlem şartlarına zaman ayırması değerlendirmeye etki edecektir. Günlük yaşamdaki işlemlerde tüketici genel işlem şartlarını anlayabilmek için daha az zaman ve çaba sarf etmek istemektedir. Genel işlem şartları kullanıcı da bu şekilde genel işlem şartlarının müşteriye okumaktan alıkoymak ve onları anlamasını imkânsız kılabilmek için uygun bir araç olabileceğini kendi tecrübeleriyle tahmin edebilecektir<sup>808</sup>.

## **G. HATALI VEYA EKSİK BÖLÜMLEME VE AÇIK OLMAYAN YAPI**

Genel işlem şartlarının yapısı da genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır düzenlenmesi için önemli bir araçtır. Bunun için de birbiri ile ilişkili düzenlemelerin birlikte, birbiri ile ilişkisiz düzenlemelerin ayrı olarak takdim edilmesi zorunludur<sup>809</sup>. Yapısal bütünlük olmaksızın genel işlem şartlarının düzenlenmesi durumunda okuyucu münferit bir düzenlemeyi tam olarak anlayabilmek için genel işlem şartları bütününe okumaya zorlanmaktadır. Şayet bütün genel işlem şartları metni içerisinde temel düzenlemeler, değişiklikler ve istisnalar yaygın bir şekilde düzenlenmişse bu durumda tarafsız bir okuyucunun düzenlemenin içeriğini genel işlem şartları bütününe yoğun bir şekilde çalışmadan anlayabilecek bir durumda olup olmayacağı hususu problem arz etmektedir. Bu problematik “gizli düzenleme” ifadesi ile örneklenebilir<sup>810</sup>.

Bölümlerin alt bölümlere ayrılması ve üst başlıklara yer verilmesi de bölümlenmeye dahildir. Bu tür bir bölümlenme eksik olduğu takdirde genel işlem şartları açık olmayacaktır. Şayet bölümlenmeler yanlış yapılırsa anlama zorlukları ortaya çıkacaktır. Eksik veya yanlış başlıklar konulmasında da aynı şekilde anlama zorluklarının çıkması söz konusu olacaktır<sup>811</sup>.

---

<sup>808</sup> Kreienbaum, s. 27.

<sup>809</sup> Kreienbaum, s. 28.

<sup>810</sup> Kreienbaum, s. 28.

<sup>811</sup> Kreienbaum, s. 28; Schäfer, s. 10 vd.

Yukarıdakilere ek olarak eksik veya tamamen hatalı bir bölümlenme ve anlaşılmasını engelleyen bir yapı da genel işlem şartlarının içeriğini gizleyebilir<sup>812</sup>. Buna göre esasında açık ve anlaşılır olan şartlar, örneğin belirli kısımları gizli veya birbirleri ile zor bağlantı kurulabilecek bölümlerde veya farklı şartlarda düzenlenmek suretiyle anlamların anlaşılabilmesi özelliğini kaybedebilirler<sup>813</sup>.

Genel işlem şartlarının düzenlenmesinde bölümlenme kavramına bölümlenme noktaları içindeki ilgili üst başlıklar da olmak üzere yapılan sınıflandırma dahildir. Bu bölümlenme özellikle kapsamlı genel işlem şartları açısından özel bir öneme sahiptir. Şayet genel işlem şartları bütünü, konunun karmaşıklığına göre anlaşılabilir bir şekilde düzenlenmemişse, müşteri, her ne kadar sadece yalnızca belirli bir noktaya değer verse bile bütün metni okumak zorundadır ve bu nedenle söz konusu şart zor anlaşılacaktır<sup>814</sup>. Birbiri ile ilişkili olan şartlar aynı yerde verilmek zorundadır<sup>815</sup>. Özellikle genel işlem şartları bir bölümlenme ve üst başlıklar içermesine rağmen şart içeriği bunlarla tam olarak uyumuyorsa genel işlem şartları hatalı ve anlaşılmaz yapı özelliği arz etmektedir. Bu çerçevede genel işlem şartları şekli açıdan tipik müşterinin içeriği idrak etmesini zorlaştırmayacak surette şeffaf bir şekilde düzenlenmelidir<sup>816</sup>.

## H. BELİRSİZLİK

Belirsizlik yani belirsiz kavramların kullanılması da şeffaf olmamanın bir diğer durumunu oluşturur<sup>817</sup>. Bu bağlamda belirsizlik, genel işlem şartlarının bir uzlaşmazlık durumu oluşturan ve başlangıçtan itibaren etkili bir anlaşmaya karşı olan tam bir belirsizliği değil ortalama müşteri açısından bir belirsizliği ifade eder. Bu durumlarda sözleşmenin yorumu tek anlamlı bir sonucu ortaya çıkarmaktadır. Fakat ortalama müşteri açısından ise düzenlemenin içeriği bununla birlikte anlaşılabilir

<sup>812</sup>Kreienbaum, s. 28; Schäfer, s. 9 vd.; Leitner, s. 89.

<sup>813</sup>Bkz. Leitner, s. 89. Avusturya Yüksek Mahkemesi de somut olarak ele alındığında tamamen açık ve anlaşılır şartların münferit kısımları gizli veya yalnızca zor bir şekilde bağlantı kurulabilecek yerlerde düzenlenmişlerse birbiri ile ilişkili düzenlemelerin ve bunların dezavantajlı etkilerini bilinemez duruma sokmuşlarsa esasında açık ve anlaşılır şartların anlaşılabilirliklerini yitirebileceklerine karar vermiştir. (karar için bkz. OGH, 13.9.2001 6 Ob 16/01 y, Leitner, s. 143).

<sup>814</sup>Leitner, s. 89, 90.

<sup>815</sup>Leitner, s. 90; St. Korinek, s. 153.

<sup>816</sup>Leitner, s. 90.

<sup>817</sup>Kreienbaum, s. 28; Leitner, s.90; Schäfer, s. 13 vd; Heinrichs in Paland § 307 Rs. 3 .

değildir. Avusturya Yüksek Mahkemesi bu bağlamda verilerin aktarılması şartına değindiği kararında “konzern” kavramını tüketici için şeffaf bulmamış zira “konzern”e hangi işletmelerin dâhil olduğunun tüketici tarafından bilinemeyeceğini ifade etmiştir<sup>818</sup>. Konzern kavramı bu çerçevede objektif olarak belirlenemez değildir (bu çerçevede hangi işletmelerin Konzern’e dâhil olduğu tespit edilebilir, ancak bu husus yalnızca tipik olarak sözleşmeye katılanlar açısından belirsizdir)<sup>819</sup>.

Yine, ortalama müşteri için birden çok anlam imkânı ortaya çıkaran şartlar da şeffaf değildir<sup>820</sup>. Şayet bir şartın içeriği yalnızca tereddüt durumunda iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından açık olmayan ifadelerin, düzenlemenin kendisine hizmet ettiği taraf aleyhine yorumlanması kuralı yardımıyla tespit edilebiliyorsa bu durum kural olarak şeffaflık ilkesi için yeterli değildir. Genel işlem şartları içerisindeki genelleştirilen hükümler, somut olayda hiç bir şekilde tereddütlü bir durum çıkarmayacak bir biçimde somutlaştırılmak zorundadır<sup>821</sup>.

Bu çerçevede belirsizliğin iki türü birbirinden ayırt edilmelidir. Belirsizliğin bir türü, düzenlenen durumun isabetli bir şekilde ortaya çıkmasını engelleyen kavramın ya da düzenlemenin soyutluğu veya genelliğidir<sup>822</sup>. Bunun yanı sıra belirsizlik, bir kavram ya da düzenlemenin çok anlamlılığı ile de ortaya çıkabilir<sup>823</sup>. Şartın farklı anlam alternatifleri söz konusu olduğunda, müşteri için hangi anlam alternatifinin geçerli olacağı hususunun bilinebilmesi söz konusu değildir<sup>824</sup>. Aynı şekilde, belirsizlik ve duruma göre çok anlamlılık, bir düzenleme için farklı düzenlemelerin genel işlem şartlarına ilave edilmesiyle de ortaya çıkabilir<sup>825</sup>.

---

<sup>818</sup> Leitner, s. 90, dn. 485'deki karar.

<sup>819</sup> Leitner, s. 90.

<sup>820</sup> Leitner, s. 90, Schäfer, s. 13 vd.

<sup>821</sup> Leitner, s. 91.

<sup>822</sup> Bkz. Kreienbaum, s.28.

<sup>823</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 28; Schäfer, s. 13.

<sup>824</sup> Kreienbaum, s. 28.

<sup>825</sup> Kreienbaum, s.29.

## I. ANLAŞILMAZLIK

Genel işlem şartları, kullanılan dil veya düzenlenen durum nedeniyle müşteri için zor anlaşılır nitelikte iseler, belirsiz ve içeriği anlaşılmazdır<sup>826</sup>.

Genel işlem şartları içerisinde kullanılan teknik dil müşteri tarafından bilinmeyebilir. Bu şekilde düzenlemenin anlamı gizlenmiş olmaktadır<sup>827</sup>.

Bir düzenlemenin anlaşılması, okuyucunun belirli bir önbilgiye sahip olup olmasına bağlı olabilir. Bu önbilgi olmaksızın okuyucu düzenlemenin anlam ve amacını kavrayacak ve genel işlem şartlarının etkilerini bilebilecek bir durumda olmayabilir<sup>828</sup>. Genel işlem şartları hazırlanırken anlaşılabilirliği etkileyen bu hususun da dikkate alınması gerekmektedir.

## İ. ÇELİŞKİ

Genel işlem şartlarının şeffaf olmaması aynı zamanda onun görünür çelişkisinden de kaynaklanabilir. Fakat bu çelişki yorum yoluyla çözülebilirse de bunun çözümü ortalama müşterinin kapasitesini aşar<sup>829</sup>. Dolayısıyla genel işlem şartları içerisinde çelişkiden kaçınılmalıdır.

## J. TEKNİK DİL VE KISALTMALAR

Bir düzenlemenin anlaşılabilirliği daima okuyucunun ön bilgisine bağlıdır<sup>830</sup>. Bu itibarla şeffaflık denetimi sırasında ilgili sözleşme türü için tipik ortalama müşterinin ön anlayışından hareket edilmelidir. Bu husus aynı zamanda teknik dile ilişkin kavramların kullanılmasının caiz olup olmadığı sorunu için de geçerlidir. Aynı ölçüt kısaltmalar için de söz konusudur<sup>831</sup>. Bu nedenle genel işlem şartlarında

<sup>826</sup> Bkz. Evermann, s. 11; Kreienbaum, s. 29.

<sup>827</sup> Bkz. Evermann, s. 12; Kreienbaum, s. 29.; Schäfer, s. 11.

<sup>828</sup> Kreienbaum, s. 29; Schäfer, s. 12.

<sup>829</sup> Leitner, s. 91.

<sup>830</sup> Leitner, s. 91; Kreienbaum, s. 29.

<sup>831</sup> Leitner, 91; Schäfer, s. 11.

kullanılan teknik dil ve kısaltmaların, genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır olmasını ihlal etmemesine dikkat edilmelidir.

## **K. YABANCI DİL**

Şeffaf olmama durumu aynı zamanda müşterinin genel işlem şartları içerisinde kullanılan dili hiç anlamamasından veya zor anlamasından da kaynaklanabilir<sup>832</sup>. Genel işlem şartlarının şeffaf olmaması bakımından dayanak noktası ortalama müşteri olduğundan, genel işlem şartları da kural olarak ülke dilinde kaleme alınmalıdır. Ülke dilinden maksat ise genel işlem şartları kullanıcısının içerisinde hizmetlerini sunduğu ülkenin dilidir<sup>833</sup>.

Genel işlem şartları kullanıcısının hizmet sunduğu ülke dilinden başka bir dilin kullanılması, ancak ilgili müşteri çevresinin şartı anlayabilmesi için bu dili yeterli şekilde bilmesi bekleniyorsa, mümkün olabilir. Yine başka bir dilin kullanılmasını gerekli kılan özel durumlar da söz konusu olabilir<sup>834</sup>.

## **L. KOMPLİKE DÜZENLEMELER**

Şeffaf olmama durumu, içeriğin komplike bir şekilde ortaya konmasından da kaynaklanabilir. Burada karmaşıklığı nedeniyle genel işlem şartlarının konusu olamayacak bir içeriğin şartta bulunmaması durumuna dikkat edilmelidir. Bu çerçevede bir şart ancak komplike şekilde takdim edilmesi suretiyle içeriğini saklaması durumunda şeffaflık ilkesini ihlal eden bir şart olur<sup>835</sup>.

Komplike konulara ilişkin düzenlemeler sıklıkla komplike bir şekilde takdim edilmeyi gerektirmektedirler. Bununla birlikte basit içeriğe sahip konular da dilsel ve

---

<sup>832</sup> Leitner, 91; Schäfer, s. 11.

<sup>833</sup> Leitner, s. 91 ve dn. 493.

<sup>834</sup> Bkz. Leitner, s. 91. Örneğin sözleşme görüşmelerinin yabancı dilde yürütülmüş olması durumunda, genel işlem şartlarının bu dilde kaleme alınmasının kabul edilebilir olduğunu, ancak görüşmelerin yürütüldüğü dilden farklı bir dilde genel işlem şartlarının kaleme alınması durumunda bunların sözleşmenin içeriği olamayacağı konusunda bkz. Atamer, s. 98, Oğuz, s. 60). Ancak tacirler arasında özellikle de uluslararası ticaret alanında akdedilen sözleşmelerde yaygın olarak yabancı dilin kullanıldığı ve bunları tacirlerin anlaması gerekliliği konusunda bkz. Atamer, s. 98.

<sup>835</sup> Leitner, s. 92.



gramatiksel araçların kullanılması suretiyle komplike bir halde düzenlenebilirler. Aynı zamanda içeriksel olarak basit olan bir düzenleme de istisna, sapma vs. bazı araçların yardımıyla komplike bir düzenleme haline getirilebilir ve bu suretle de şart içerisindeki dezavantajlı düzenlemelerin gizlenmesi mümkün olabilir<sup>836</sup>. Bu tür durumlarda müşteri genel olarak temel düzenlemeyi esas almakta ve istisnaların daha önemsiz olduğunu kabul etmekte ve bunlara dikkat etmemektedir<sup>837</sup>.

### **M. DİSEL OLARAK ANLAŞILMASINA RAĞMEN İÇERİĞİNİ GİZLEYEN ŞARTLAR**

Genel işlem şartları dilsel olarak anlaşılabilir olabilirler. Fakat buna rağmen içeriklerini saklayabilirler<sup>838</sup>. Bu bağlamda örneğin “yasal olarak caiz olduğu müddetçe” şeklindeki şart şeffaf değildir<sup>839</sup>. Bu durumda gerçi ortalama müşteri, kullanıcının fiili olarak neyin sözleşmenin içeriği olmasını istediğini anlamaktadır, fakat hukuksal bilgidен yoksun müşteriler için bu husus karanlıkta kalmaktadır. Aynı şekilde tamamlayıcı hukuku devre dışı bırakan ve uygulanması söz konusu olmayacak hükümleri zikreden genel işlem şartları da, müşteri kural olarak yasa metnini vakıf olmadığı için şeffaflık ilkesini ihlal eder. Aslında burada caiz olmayan bir yollamadan da söz etmek de mümkündür<sup>840</sup>.

### **N. KAPSAMIN ŞEFFAF OLMAMASI**

Somut hukuksal sonuçlarını ve ekonomik kapsamalarını gizleyen şartlar da şeffaf değildir<sup>841</sup>. Burada içeriklerini gizleyen dilsel anlaşılabilir şartların bir alt grubu söz konusudur<sup>842</sup>. Ortalama müşteri genel işlem şartlarının düzenlenmesi vasıtasıyla kendi hukuksal konumunun özünü bilebilecek ve hukuksal konumun

---

<sup>836</sup> Krş. Kreienbaum, s. 29 vd.

<sup>837</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 29, 30.

<sup>838</sup> Leitner, s. 92; Schäfer, s. 12 vd.

<sup>839</sup> Heinrichs (FS. Trinkner), s. 167; Leitner, s. 92, ve özellikle 111 vd.

<sup>840</sup> Bkz. Leitner, s. 92; Schäfer, s. 12.

<sup>841</sup> Schäfer, s. 14 vd.; Leitner, s. 92; ayrıca bkz. St. Korinek, s. 162.

<sup>842</sup> Leitner, s. 92.

bilinci içerisinde kendi tavrını belirleyebilecek bir duruma getirilmek zorundadır<sup>843</sup>. Şayet ortalama müşteri için bir şartın etkisi belirsiz kalırsa kullanıcı için buna uygun olan bir aydınlatma yükümlülüğü de doğar. Bununla birlikte ortalama müşterinin her hukuksal sonucu en küçük detaylarına varıncaya kadar bilmesi ve her durumu kesin olarak buna uygun olan genel işlem şartları normundan kesin olarak çıkarabilmesi gerekli değildir<sup>844</sup>. Ölçsüz yorumlar ve açıklamalar şeffaflık ilkesi için zorunlu bir katkı sağlamazlar. Bunun aksine metnin kapsamını yükseltmek suretiyle müşterinin bilgi sahibi olmasını zorlaştırırlar<sup>845</sup>.

### **O. MADDİ-İÇERİKSEL AÇIDAN AVANTAJLI ŞARTLARIN ŞEFFAF OLMAMASI**

Bir şartın içeriksel olarak maddi bir mağduriyete sebep olmasından bağımsız olarak, saf bir şekilde avantaj sunan şartların şeffaf olmamasından da bir dezavantajın meydana gelmesi söz konusu olabilir<sup>846</sup>. Gerçekten de; şeffaf olmayan bir şart, müşterinin olması gerekenden daha az bir şekilde haklarını kullanabilmesi veya olması gerekenden daha fazla yükümlülük üstlenmesi sonucunu ortaya çıkarabilecektir<sup>847</sup>.

### **III. KATEGORİLERİN GEÇİRGENLİĞİ**

Yukarıda yapılan sınıflandırmalar genel işlem şartlarının “belirsiz ve anlaşılmaz” şekilde takdim edilmesi olanaklarının çokluğu konusunda sadece genel bir bakış oluşturmaktadır. Bununla birlikte somut bir durumun belirli bir kategoriye dâhil edilmesine aşırı değer verilmemelidir. Yukarıda belirtilen şeffaf olmama durumları kısmen birbiri ile de kesişmektedir ve yine bir şart farklı bakış açıları çerçevesinde de şeffaf olmayabilir<sup>848</sup>. Dolayısıyla münferit durumlar arasında yapılan keskin bir ayırım anlamlı da değildir. Genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesi her

<sup>843</sup> Leitner, s. 92; ayrıca bkz. Kreienbaum, s. 270.

<sup>844</sup> Leitner, s. 93.

<sup>845</sup> Leitner, 93; Köndgen, NJW 1989, s. 947.

<sup>846</sup> Joppich, s. 17 vd.

<sup>847</sup> Bkz. Joppich, s17 vd.; ayrıca bkz. Kreienbaum, s. 257.

<sup>848</sup> Leitner, s. 93. Şeffaf olmama sadece münferit şeffaf olmama boyutlarının ortak etkisinden de kaynaklanabilir (dn. 506).

halükarda bir olay grubuna özgülenez, bilakis genel işlem şartlarının içeriğinin takdim edilmesi suretiyle gizlenmesi dolayısıyla genel işlem şartları ilgili sözleşme türü için tipik ortalama müşteri bakımından anlaşılabilir<sup>849</sup>.

#### IV. BİR ŞARTIN ETKİSİNİN ŞEFFAFLIĞI

Genel işlem şartları içerisinde bulunan bir şartın şeffaflık ilkesine uygun olabilmesi için ilgili şartın sadece dilsel olarak şeffaf olması yeterli değildir. Ayrıca söz konusu şart etkilerini ortalama müşteri için anlaşılır bir şekilde de açıklığa kavuşturucu nitelikte olmalıdır. Bu çerçevede genel işlem şartının ekonomik kapsamı ve şart vasıtasıyla değiştirilen hukuksal durum şeffaf bir şekilde genel işlem şartlarından ortaya çıkmak zorundadır. Dolayısıyla müşteri açısından etkileri belirsiz şartlar genel işlem şartları hukukundaki şeffaflık ilkesi anlamında şeffaf değildir<sup>850</sup>.

Şartların içeriği her ne kadar dilsel olarak şeffaf biçimde ortaya konulsa da şartın getirdiği düzenlemeleri kapsama hususunda sözleşme tarafı için belirsizlik söz konusu olabilir. Hatta bu tür şartlar sözleşme ortağı açısından, sözleşme ortağı genel işlem şartlarının kendisi bakımından doğurduğu etkilerin gizlendiğini hemen hemen hiç fark etmediği için özellikle tehlikelidir<sup>851</sup>. Bu itibarla genel işlem şartları dilsel olarak şeffaf bir şekilde düzenlenmesine ek olarak zorunlu hallerde etkilerini de açıklığa kavuşturmalı ve geçerli olan mevcut hukuksal durumu da ortaya koymalıdır. Bu husus her şeyden önce şeffaflık ilkesinin doğasından kaynaklanmaktadır. Anlaşılabilir bir düzenleme müşterinin sözleşme ile bağlı hak ve yükümlülükleri

<sup>849</sup> Leitner, s. 93.

<sup>850</sup> Leitner, s. 75; Schäfer, s. 15. Bu çerçevede Avusturya Yüksek Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında bankaların kullandığı genel işlem şartları içerisindeki bazı şartları şeffaf bulmamıştır ( OGH vom 19.11.2002, 4 Ob 179/02f yayın yeri: ÖBA 2003/1090; KRES 3/113; VRInfo H 1, 4, bkz. Leitner, s. 76 ve 144, 145). Söz konusu kararda mahkeme Avusturya kredi kurumunun genel işlem şartlarının bazı şartlarını hükümsüz kılmış ve bunların tüketici ile olan ticari ilişkide kullanılmasını yasaklamıştır. Yüksek Mahkeme (OGH) şeffaflık ilkesi ile de ilgilenmiştir. Örnek olarak Avusturya Kredi Kurumunun kullandığı genel işlem şartlarında yer alan *“kredi kurumu özel koşulların mevcudiyeti halinde şayet bu hususu müşteri kredi kurumuna karşı yazılı olarak talep eder ve buna rıza gösterdiğini açıklarsa söz konusu ödevlerin yerine getirilmesi bakımından yükümlüdür.”* Biçimindeki düzenlemesini, ilgili ödevlerin yerine getirilmesi için bankanın şekle bağlı olmayan bireysel onayının ortalama müşteri için bilinebilir olmadığından dolayı şartı şeffaflık ilkesine aykırı bulmuştur. Başka bir kararında ise Yüksek Mahkeme hesap ektresine erişmeyi düzenleyen bir şartı hükümsüz kılmıştır. Bir şartı, uygulanmasının sonucu olarak önemli finansal dezavantajları açık bir şekilde ortaya koymadığı için şeffaflık ilkesinin bir ihlali olarak görmüştür (OGH vom 22.3.2001, 4 Ob 28/01 y, in: ÖBA 2001/977; bkz. Leitner, s. 76 ve 141).

<sup>851</sup> Leitner, s. 76.

konusunda bilgi sahibi olabilmesine ve bunu bilmek suretiyle rekabete dayalı piyasada menfaatlerini koruyabilme imkânını sağlamalıdır<sup>852</sup>. Bunun için ise genel işlem şartlarında bir şartın etkisinin müşteri için belirsiz bırakılmaması zorunludur<sup>853</sup>. Buna karşılık şeffaflık ilkesinden çıkarılan enformasyon yükümlülüğü Koziol<sup>854</sup> tarafından eleştirilmiş ve ironik olarak şart kullanıcısının hangi haklara işaret etmek zorunda olduğu ve kullanıcının örneğin hatadan dolayı fesih hakları ve yine sürekli borç ilişkilerinin olağandışı feshine vs. hususlarda bilgi vermek zorunda olup olmadığı sorusu ortaya konulmuştur. Bu soru ise öğretilerde isabetli olarak hukuksal durumun kötüleşmesi halinde aydınlatma yükümlülüğü lehinde cevaplandırılmıştır<sup>855</sup>. Buna göre kullanıcının ilk olarak hukuksal durumun değiştirilmesi nedeniyle genel işlem şartları vasıtasıyla kullanıcı lehine ortaya çıkan veya önem arz eden haklar konusunda aydınlatma yükümlülüğü söz konusudur. Şayet genel işlem şartları vasıtasıyla tamamlayıcı hukuk normlarından sapılıyorsa bu durumda söz konusu durum şeffaf bir şekilde cereyan etmelidir. Sözleşme tarafının hukuksal konumu değiştirilmediği ve pozisyonunun kötüleştirilmesinden korkulmadığı için tamamlayıcı hukuktan sapılmadığı takdirde aydınlatmaya da gerek yoktur<sup>856</sup>.

Şeffaflık ilkesinden çıkarılan bilgilendirme yükümlülüğünün gereklerinin değerlendirilmesi sırasında aşırıya kaçılmaması gerektiği hususuna da işaret edilmelidir. Ölçüsüz yorumlar ve açıklamalar şartın metninin şeffaflığına engel olabilir<sup>857</sup>. Bir şartın kapsamı hakkında aydınlatmanın makul ölçüsü şeffaflık ilkesinin amacı dikkate alınarak ortaya çıkarılmalıdır. Sonuç olarak genel işlem şartları doğrudukları etkiyi şeffaf bir şekilde ortaya koymalıdır ve bu suretle ortalama müşteri kendi hukuksal konumunu idrak edebilmeli ve bu hukuksal konumunun bilinci içerisinde mantıksal bir karar verebilecek duruma getirilmelidir<sup>858</sup>.

---

<sup>852</sup> Leitner, s. 76.

<sup>853</sup> Leitner, s. 76.

<sup>854</sup> Koziol, Verbraucherschutz als selbstzweck oder als mittel sachgerechter Interessenwahrung? In Verbraucherschutz im Europa: Festgabe für Heinrich Mayrhofer (2002), s. 110, (aktaran Leitner, s. 77 ve dn. 409).

<sup>855</sup> Bkz. Graf, Sechs Jahre § 6 Abs 3 KSchG, in Konsumentenpolitik im Spannungsfeld von Liberalisierung und sozialer Verantwortung: **Festschrift für Gottfried Mayer (2004) 15**; Leitner, s. 77.

<sup>856</sup> Bkz. Leitner, s. 77.

<sup>857</sup> Leitner, s. 77; ayrıca bkz. Köndgen, s.947.

<sup>858</sup> Leitner, s. 77; Kreienbaum, s. 270.

Şeffaflık denetiminin hareket noktası doğal olarak genel işlem şartlarının kendisidir. Şeffaflığa karar verilmesi sırasında bütün özel durumlar da –genel işlem şartları metni dışındaki sözleşmenin akdedilmesi zamanında mevcut olan diğer bütün ilişkiler- önem arz etmektedir. Genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesinin gereklerinin yeterli derecede sağlanıp sağlanmadığı sorusunun cevabı öncelikle şartın tipik müşteri için somut durum içerisinde kendisini gizleyici bir etki yaratıp yaratmadığına bağlıdır<sup>859</sup>. Bu itibarla bir şartın şeffaflığı daima ilgili somut bağlamda değerlendirilmelidir. Bu noktada tamamıyla yoruma benzerlikler ortaya çıkmaktadır. Tıpkı bir sözcüğün veya bir cümlenin anlamının yalnızca ilgili durumlarla bağlantı içerisinde tespit edilebildiği gibi, ortalama bir tüketici için kelimelerin arka arkaya sıralanmasının kavranabilirliği sorusu da sadece ilgili somut bağlamda cevaplandırılabilir. Görüldüğü üzere şeffaflığın değerlendirilmesinde sadece genel işlem şartları metni değil buna eşlik eden diğer durumlarda öneme sahip olmaktadır<sup>860</sup>. Bu çerçevede Leitner şeffaflığın sözleşmenin yapıldığı ortama da bağımlılığından hareket ederek sözleşmenin akdedilmesi sırasında sözlü açıklamanın şeffaf olmama durumunu ortadan kaldırabileceğini ifade etmektedir<sup>861</sup>.

---

<sup>859</sup> Leitner, s. 77.

<sup>860</sup> Karş. Leitner, s. 78.

<sup>861</sup> Bkz. Leitner, s. 78 ve 94 vd.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### GENEL İŞLEM ŞARTLARININ BAĞLAYICILIK VE İÇERİK DENETİMİNDE ŞEFFAFLIK İLKESİNİN ROLÜ VE İŞLEVİ, BAĞIMSIZ BİR DENETİM TÜRÜ OLARAK ŞEFFAFLIK DENETİMİ

#### Ş1. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ BAĞLAYICILIK VE İÇERİK DENETİMİNDE ŞEFFAFLIK İLKESİNİN ROLÜ VE İŞLEVİ

##### I. BAĞLAYICILIK DENETİMİNDE ŞEFFAFLIK İLKESİNİN ROLÜ VE İŞLEVİ

###### A. GENEL OLARAK

Genel işlem şartlarının denetiminde, ilk aşamayı bağlayıcılık veya geçerlilik denetiminin oluşturduğu söylenebilir<sup>862</sup>.

Genel işlem şartları sözleşme hukukuna ilişkin olan düzenlemelerdir<sup>863</sup> ve genel işlem şartlarının hukuki açıdan etkili olmaları öncelikle sözleşme taraflarının genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirme hususundaki uzlaşmaları şartına bağlıdır<sup>864</sup>. Bu çerçevede genel işlem şartlarının kullanıcısı, sözleşmenin akdedilmesi sırasında genel işlem şartları hususunda müşteriye açıkça bilgilendirmeli, bu konuda

<sup>862</sup> Havutçu, s. 40; ayrıca bağlayıcılık denetimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Bunte, s. 9 vd.

<sup>863</sup> Genel işlem şartlarının hukuki niteliği konusunda, norm görüşü, örf ve adet, teamül görüşü gibi öğretide çok tartışma yapılmış olmakla birlikte, bugün için genel işlem şartlarının sözleşmesel niteliği konusunda görüş birliği olduğu söylenebilir (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Akman, s. 88 vd.; Erten, s. 248; Eren, s. 205; Soyer, 54 vd.; Oğuz, s. 35; Havutçu, s. 93 vd.; Atamer, s. 77 vd.; Serdar, s. ; Çınar, s. 59 vd.

<sup>864</sup> Bkz. Larenz, s. 508 vd.; Astrid Stadler, § 305 BGB, Rn. 11, 12; Locher, s. 34; Roloff, § 305 BGB, Rn. 47. Hans Schulte-Nölke: Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 6. Auflage, 2009 (Hrsg. Reiner Schulze ve diğerleri, § 305 BGB, Rn. 1 vd. Türk hukuku bakımından bu sonuca, BK.nun 1 vd. maddelerindeki sözleşmenin kurulmasına ilişkin düzenlemeler vasıtasıyla ulaşılabileceği söylenebilir (bkz. Eren, s. 205; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 157; Oğuzman/Öz, s. 21; Erten, s. 248; Havutçu, s. 108; Akipek, 227; Soyer, s. 69; Yıldırım, s. 115; Bahtiyar, s. 87; İknur Serdar: **İnternet Üzerinden Yapılan Hukuki İşlemlerde Tüketicinin Korunması**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2005, s. 230)

bilgi sahibi olabilmesine imkân sağlamalı ve müşteri de genel işlem şartlarının sözleşmeye dâhil olması konusunda rızasını bildirmelidir<sup>865</sup>.

Genel işlem şartları hukukunda genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesi için sıkı koşullar öngörüldüğü görülmektedir. Şayet genel işlem şartlarının içeriği hususunda makul bir şekilde bilgi sahibi olunmuşsa müşterinin bu genel işlem şartlarına mutabık kalma beyanı vasıtasıyla genel işlem şartları sözleşmenin içeriği haline gelmektedirler. Genel işlem şartlarına ilişkin açık bir şekilde bilgilendirme karşı tarafça yanlış anlaşılmayacak ve gözden kaçırılmayacak şekilde yapılmalıdır<sup>866</sup>. Yine belirsizlik kuralı söz konusu olduğunda yani genel işlem şartlarının yorumunda tereddüt ortaya çıktığında kullanıcı aleyhine hareket edilecektir<sup>867</sup>.

Genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriğine dâhil olabilmesi, bağlayıcılık kazanabilmesi için tarafların bu konuda anlaşmaları gerekir ki bu anlaşmaya ilişkilendirme anlaşması denilmektedir<sup>868</sup>. İlişkilendirme anlaşmasının yapılmasıyla, ilgili genel işlem şartları bireysel sözleşmenin parçası durumuna gelirler<sup>869</sup>.

Genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesi için bu hususta müşterinin rızası gerekmektedir. Genel işlem şartlarının kullanıcısı yükümlülüklerini yerine getirmişse, genel işlem şartları ancak müşterinin bunların geçerliliği ile mutabık kalması ile sözleşmenin bir parçasını oluştururlar. Yani sözleşme ile ilişkilendirilmiş sayılırlar. Müşterinin genel işlem şartlarının sözleşmenin bir parçası olmasına yönelik rızası, yukarıda da belirtildiği üzere açık olabileceği gibi, örtülü<sup>870</sup> de olabilir<sup>871</sup>. Burada halin gereklerine göre müşterinin davranışı, genel işlem

---

<sup>865</sup> Locher, s. 35 vd; Havutçu, s. 107; Oğuzman/Öz, s. 21; Akipek, s. 231; Soyer, s. 78; Atamer, s. 84; Kocaman, s. 1098; Serdar, s. 231.

<sup>866</sup> Bkz. Locher, s. 17; Bu bağlamda sürpriz, şaşırtıcı şartlar sözleşmenin parçası olmazlar (bkz. Locher, s. 17).

<sup>867</sup> Bkz. Rehbinder, Armağan, s. 797; Kittner, s. 265; Locher, s. 17 vd.

<sup>868</sup> Bkz. Havutçu, s. 106; ayrıca bkz. Astrid Stadler, § 305 BGB, Rn. 11 vd.

<sup>869</sup> Bu şekilde sözleşme ile ilişkilendirilen genel işlem şartları sözleşmenin içeriğine dahil olur. Ancak ilişkilendirme anlaşmasının varlığına rağmen genel işlem şartlarının içerisinde yer alan bazı şartlar sözleşmede bağlayıcılık kazanamayacaktır (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Havutçu, s. 132 vd.; ayrıca bkz. Kaplan, Banka, s. 58 vd.)

<sup>870</sup> Örneğin, müşteri sözleşmeyi yaparken genel işlem şartları ve içerisindeki sorumsuzluk kayıtları hakkında bilgi sahibi olmuş fakat yine de hiç itiraz sürmeden sözleşmeyi yapmış ise, bu durumda şartları örtülü olarak kabul ettiği sonucuna ulaşılabilir (bkz. Erten, s. 121).

<sup>871</sup> Havutçu, s. 109 vd.; Bunte, s. 11; Locher, s. 44; Roloff, § 305 BGB, Rn. 47 vd; Astrid Stadler, § 305 BGB, Rn. 15.

şartlarının sözleşmenin parçasını oluşturmasına, yani sözleşme ile ilişkilendirilmesine yönelik rızası olarak kabul edilmelidir.

Acaba müşterinin susması kabul olarak değerlendirilebilir mi? Esasen susma davranışı, yapılan bir icabı kabul veya ret anlamına gelmeyip, ancak yasanın açık düzenlemesi ve dürüstlük kuralı gereğince istisnai durumlarda kabul sayılabilir<sup>872</sup>. Hangi durumlarda susmanın kabul sayılabileceğini düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 6. maddesine<sup>873</sup> göre, sessiz kalan kişinin, susmasının kabul sayılabileceğini anlama imkânına sahip olduğu ve dürüstlük kuralı gereğince hal ve şartlardan kabul iradesine sahip olmaması durumunda susmayı aksine aktif bir davranışla teklifi reddedeceğinin söylenebildiği durumlarda susma kabul olarak değerlendirilebilecektir<sup>874</sup>. Bu hüküm çerçevesinde müşterinin susmasının kabul olarak değerlendirilebilmesi, genel işlem şartlarının varlığından haberdar olmasına ve dürüstlük kuralına göre, müşterinin bu şartlarla sözleşme yapılması isteği karşısında, genel işlem şartlarının sözleşmenin bir parçası olmasını istemiyorsa, susmayı itiraz etmesinin kendisinden beklenebilir olmasına bağlıdır<sup>875</sup>. Şayet müşteri genel işlem şartlarının geçerliliği hususunda mutabık değilse, kural olarak bunu açıkça beyan etmek zorundadır<sup>876</sup>.

Müşteri rızasını, ya genel işlem şartlarını okuyup anladıktan ve bu şartların içeriği hakkında tam bir bilgi sahibi olduktan sonra verebilir ki buna tam veya bilinçli kabul denilmekte, ya da genellikle görüldüğü üzere genel işlem şartlarını okumadan, içeriğini bilmeden verebilir ki buna da genel veya global kabul<sup>877</sup>

---

<sup>872</sup> Bkz. Havutçu, s. 120; Bunte, s. 11.

<sup>873</sup> Söz konusu madde 818 sayılı Borçlar Kanununun 6. maddesini karşılamaktadır. Madde metninde yapılan arılaştırma dışında herhangi bir hüküm değişikliği bulunmamaktadır (bkz. Başöz/Çakmakçı, s. 70).

<sup>874</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 93; Havutçu, s. 120.

<sup>875</sup> Bkz. Havutçu, s. 120 ve dn. 299'da anılan yazarlar; Tekinalp, s. 137, 138; ayrıca bkz. Erten, s. 112, 113.

<sup>876</sup> Locher, s. 44.

<sup>877</sup> Genel işlem şartlarını okumadan dolayısıyla şartların içeriği hakkında herhangi bir bilgiye sahip olmadan yapılan kabul, güven teorisi çerçevesinde değerlendirilmektedir (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Havutçu, s. 112 vd.). Kısaca belirtmek gerekirse, güven ilkesi gereğince, global kabulün varlığını kabul için, müşterinin varlığını bildiği, içeriği hakkında bilgi edinme imkânına sahip olmakla birlikte bu imkanı kullanmayarak söz konusu genel işlem şartlarını sözleşme ile ilişkilendirmek istemiş olmasıdır. Burada kullanıcının, dürüstlük kuralı çerçevesinde müşterinin genel işlem şartlarının mevcudiyetinden haberdar olması ve içeriğini öğrenme imkanına sahip olabilmesi için elverişli ortamı sağlamış –ki burada kullanıcının ortalama bir müşteriye dikkate alması yeterlidir- üzerine düşen özen ve yükümlülüğünü yerine getirmiş olması gerekir. (bkz. Havutçu, s. 115). Atamer, global kabulün, yani genel işlem şartlarının müşteri tarafından hiç okunmadan ya da üstünkörü okunarak kabul edilmesinin neredeyse kural olduğunu ifade etmektedir (bkz. Atamer, s. 109). Global kabul durumunda müşterinin



denilmektedir<sup>878</sup>. Genel işlem şartlarının geçerliliğine ilişkin rızası her bir somut-münferit şart için ortaya konmaya ihtiyaç duymaz.<sup>879</sup>

TMK.nun ispata ilişkin 6. maddesine göre, genel işlem şartlarının sözleşme ile geçerli bir şekilde ilişkilendirildiğini iddia eden, bu iddiasını ispat etmelidir. Genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirildiğini genellikle kullanıcı iddia ederek, genel işlem şartlarının geçerliliğine dayanacağından, söz konusu iddiasını da ispatlaması gerekecektir<sup>880</sup>.

## **B. SÖZLEŞMENİN AKDİ SIRASINDA KULLANICININ BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE KAPSAMI**

### **1. Müşterinin Genel İşlem Şartlarının Varlığı Hakkında Bilgilendirilmesi**

#### **a) Açık Bilgilendirme**

Genel işlem şartlarının geçerli olabilmesi için kullanıcının genel işlem şartları konusunda açıkça bilgi vermesi<sup>881</sup> zorunludur. Bu bilgilendirme açık ve anlaşılır (tek anlamlı) olmalıdır. Alman Medeni Kanunu § 305/II'de bu husus yani genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilebilmesi için, sözleşmenin yapılması sırasında bu şartlara dayanan tarafın diğer tarafı açıkça uyarması, dikkatini çekmesi gerekliliği

---

iradesinin hata, hile, ikrah gibi bir nedenle sakatlanmış olması ihtimali söz konusu olabilir ki bu durumda irade bozukluğu hallerine ilişkin genel kurallar çerçevesinde müşterinin ilgili sözleşmeyi iptal etmesi mümkün olabilir. Ancak burada hata durumunda şüphesiz hatanın bir beyan hatası mı yoksa saik hatası mı olup olmadığına dikkat edilmelidir. Beyan hatası söz konusu olduğu hallerde müşterinin sözleşmeyi iptal edebileceği kabul edilirken, saik hatasına kuşkuyla yaklaşmak gerekecektir. Nitekim, genel işlem şartlarının varlığını bilmesi, içeriğini hakkında bilgi sahibi olma olanağının bulunduğu durumlarda, global kabul beyanı ile genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasını sağlayan müşteri sonradan genel işlem şartlarının içeriği hususunda yanıldığı iddiası ile sözleşmeyi iptal edememelidir (bkz. Havutçu, s. 147).

<sup>878</sup> Bkz. Havutçu, s. 110; ayrıca bkz. Kocaman, s. 1099.

<sup>879</sup> Wolf-Horn-Lindacher, § 2 Rdnr 42, aktaran Locher, s. 44.

<sup>880</sup> Bkz. Locher, s. 44; Havutçu, s. 131; Erten, s. 113. Uygulamada sıklıkla, müşterinin söz konusu şartları okuyup, bu şartlar dahilinde sözleşmenin yapılmasını kabul ederek imzaladığına ilişkin bir kayıt, genel işlem şartlarının altına yerleştirilmektedir. Kullanıcı, bu şekilde bir kayda yer vererek, üzerine düşen ispat yükünden kolaylıkla kurtulabileceğinden, bu nitelikte bir kaydın ispatın gerçekleştirilmesinde bir etkisi olmamak gerektiği söylenebilir (bkz. Havutçu, s. 132 ve dn. 325'de anılan yazarlar).

<sup>881</sup> İnternette akdedilen tüketici sözleşmelerinde bilgi verme yükümlülüğü hakkında bilgi için bkz. Ümit Gezder: **Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet'te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, İstanbul Mart 2004, s. 171 vd.

düzenlenmiş, dolayısıyla bu hüküm ile kural olarak uyarının ve bilgi vermenin açıkça yapılması zorunluluk olarak kabul edilmiştir<sup>882</sup>. Kullanıcının bu yükümlülüğünün yerine gelmesi için müşterinin genel işlem şartlarının varlığını bilme zorunluluğu yeterli değildir. Bu bağlamda genel işlem şartlarının varlığına ilişkin zımni bir şekilde işaret etme veya ticari örf ve âdeta dayanma da yeterli olmaz<sup>883</sup>. Açıkça bilgi verme, yorum yoluyla belirlenebilen belirli sözleşme şartlarına ilişkin olmalıdır. Yalnızca münferiden bir formüler içerisinde yer alan şartlara yollamada bulunulmuşsa şartların geri kalan kısmı sözleşmenin bir parçası olmaz. Genel işlem şartlarına ilişkin olarak açıkça bilgilendirme, sözlü veya el yazısı ile olmak zorunda değildir. Aynı zamanda önceden vurgulanmak suretiyle yapılan bilgilendirme anlaşılabilir nitelikte değilse ve açıkça ortaya konulmuşsa bu da yeterlidir. Genel işlem şartlarının varlığına ilişkin yapılan bilgilendirmeden müşteri tereddütsüz bir şekilde ve açıkça genel işlem şartlarının sözleşmeyle ilişkilendirme iradesini anlıyorsa, bu takdirde söz konusu bilgilendirme açık bir şekilde yapılmış demektir<sup>884</sup>. Genel işlem şartları, kullanıcının yazılı bir teklifi içerisinde bulunuyorsa, bu takdirde açık şekilde yazılı bilgilendirme bu teklif metninde bulunuyor olmalıdır ya da teklif metninde genel işlem şartlarına yollamada bulunulduğu açıkça anlaşılmalıdır<sup>885</sup>.

Burada özellikle belirtmek gerekir ki, teklifin arka sayfasında genel işlem şartlarının yalnızca yer alması ve teklif metninde genel işlem şartlarının olduğuna ilişkin bir yollamanın bulunması yeterli değildir. Teklif metninde açık bir yollama yer almaksızın teklif metninden ayrı bir sayfada genel işlem şartlarının eklenmesi durumunda da aynı husus geçerlidir. Teklif metninin sonunda ve müşterinin imzasının altında yer alan basılı bir şekilde genel işlem şartlarının mevcudiyetine ilişkin bir bilgilendirme ancak açık bir şekilde vurgulanmış ve yine açıkça anlaşılabilir ise yeterlidir. Sözleşmelerin sözlü olarak akdedilmesi sırasında genel işlem şartlarına ilişkin açıkça beyanda bulunulması gerekmektedir. Bu bağlamda örneğin bir işyeri/mağaza içerisinde genel işlem şartlarının duvara asılı olması kural

---

<sup>882</sup> Bkz. Bunte, s. 9; Havuççu, s. 119; Rehbindler, Armağan, s. 795; Astrid Stadler, § 305 BGB, Rn. 13 vd. Genel işlem şartları içerisinde bulunan ve hukuken geçerli olan sorumsuzluk şartlarının da müşteri için geçerli olması, söz konusu şartları bilip bilmemesine bağlıdır. Bunun için de müşteriye sözleşmenin yapılmasından önce ya da en geç sözleşmenin yapılması sırasında açık olarak bildirilmiş olması gerektiği yönünde bkz. Erten, s. 120.

<sup>883</sup> Bkz. Locher, s. 36 vd.

<sup>884</sup> Locher, s. 36; Bunte, s. 9.

<sup>885</sup> Bunte, s. 9; Locher, s. 36.

olarak yeterli değildir<sup>886</sup>. Sözlü teklifler sırasında ise temel olarak sözlü olarak genel işlem şartlarının teklifin bir parçası olacağına işaret edilmelidir. Ancak bunun zımni davranışlarla da tamamlanması mümkündür.

Buna karşılık yabancılarla yapılan hukuki işlemler bağlamında ilişkilendirmenin şartları zorluk arz etmektedir. Bu çerçevede mesafeli işlemler bakımından genel işlem şartlarının yabancı tarafından anlaşılabilir bir hukuki dile çevrilmesi gerekmektedir<sup>887</sup>. Genel işlem şartlarının varlığına işaret etme yükümlülüğünün yerine getirilmesi için müşteriye genel işlem şartları metni anlaşılır ve okunabilir bir formda ulaşılabilir kılınmalıdır<sup>888</sup>.

## **b) İlan Yoluyla Bilgilendirme**

Tipik kitlesel işlemler için, bilgilendirme ancak aşırı güçlükler altında mümkünse ve sözleşmenin akdedileceği yere açıkça görülecek bir şekilde asılan ilanla bu yükümlülük yerine getirilmişse, açıkça bilgi verme yükümlülüğünün bir sınırlandırılması söz konusudur<sup>889</sup>. Bu husus sadece müşterinin işlemin akdedilmesi sırasında fiziken mevcut olduğu durumlarda, mağazalarda veya diğer kullanıcının tasarrufunda olduğu alanlarda yapılan işlemler için önem arz etmektedir. Buna karşılık yazılı veya sözlü olarak uzak mesafe ile yapılan sözleşmelerde bu durum geçerli değildir. Örneğin, sanat eserlerinin açık artırma ile satıldığı bir işyerinde genel işlem şartları açıkça görülebilen bir panoyla bilinebilir kılınabilir. Bu durum artırma salonunda fiziken bulunan teklif sahipleri için yeterli iken tekliflerini yazılı olarak sunmuş olan kişiler için yeterli değildir<sup>890</sup>.

Başka bir anlatımla ilan yoluyla yapılan genel işlem şartlarının mevcudiyetine ilişkin bilgilendirme daha ziyade kullanıcı ile müşteri arasında kişisel kontakt kurmanın imkânsız olduğu zımnen akdedilen kitlesel sözleşmelerde uygulama alanı bulmaktadır. Örnek olarak otomatik küçük dolapların (emanet dolapları vs.), park yerlerinin kullanılması, otomatlardan malların ya da giriş kartlarının alınması gibi.

<sup>886</sup> Bunte, s. 9; Locher, s. 37.

<sup>887</sup> Bkz. Locher, s. 37; karşı BGH, NJW-RR 1987, 113.

<sup>888</sup> Locher, s. 37; Bunte, s. 9.

<sup>889</sup> Bkz. Bunte, s. 9; Locher, s. 40; Akman, s. 88; Erten, s. 122, 123.

<sup>890</sup> Bkz. Locher, s. 40.

Müşteri ile kişisel kontakt kurulması olanağı olmasına rağmen yine de genel işlem şartlarının mevcudiyetinin sadece ilan yoluyla duyurulmasının yeterli olduğunun kabul edildiği durumlar vardır. Bu tür sözleşmelere örnek olarak, sinemaya, tiyatroya, spor müsabakalarına girmek gibi kitlesel ticaretin özel şekillerinde yapılan sözleşmeler gösterilebilir. Zira bu tür durumlarda her ne kadar fiilen müşteri ile kişisel kontakt kurmak mümkün olsa da, her bir müşteri ile münferit bir şekilde kontakt kurmak ticareti aşırı ve gereksiz bir şekilde zorlaştıracaktır<sup>891</sup>.

Bu şekilde genel işlem şartlarının bir ilan vb. araçlarla duyurulması durumunda, bu duyuru açık, net ve görülebilir olmalı, aksi takdirde dürüstlük kuralı gereğince müşterinin bulunduğu mağaza, dükkân vb. yerlerde genel işlem şartlarının bulunup bulunmadığını araştırması, varsa bunları inceleyerek, bu şartları kabul etmediğini açıkça bildirmesi kendisinden beklenemeyecektir<sup>892</sup>. Müşteriden mağazanın duvarlarında asılı olan genel işlem şartlarını araması beklenmemelidir. Aynı şekilde ilan, içeriği hakkında bilgi vermeksizin sadece genel işlem şartlarının mevcudiyetine işaret etmekle de sınırlı olabilir. Buna karşılık şu şekilde bir ilan da

---

<sup>891</sup> Bunte, s. 9, 10; ayrıca bkz. Astrid Stadler, § 305 BGB, Rn. 13 vd. Bu konuda Havutçu, özellikle tiyatroya, sinemaya gitmek, şehir içi taşımacılıkta toplu taşıt araçlarından yararlanmak gibi işlemlerin tüketici için günlük işlemler, girişimci için ise kitlesel nitelik taşıdığını, söz konusu işlemlerde, sözleşmenin kuruluşundan önce müşterileri başka şekilde bilgilendirmenin girişimci açısından aşırı güç olduğunu, dolayısıyla bu tür işlemlerde, genel işlem şartlarının bilet veya giriş kartının arkasına basılması yerine, müşterinin daha kolay farkedebileceği bir yere asılarak dikkatini çekmenin daha uygun olduğunu, bunun yapılmaması durumunda genel işlem şartlarının bağlayıcı olmadığını kabul etmenin yerinde olacağını ileri sürmüştür. Yazar, uçak veya şehirlerarası otobüs yolculuğunda ise farklı bir durumun söz konusu olduğunu nitekim bu işlemlerde müşteri ile girişimcinin çalışanlarının karşılıklı gelerek işlemleri yaptıklarını, bu gerekçeyle de biletlerde yer verilen genel işlem şartlarına müşterilerin açıkça dikkatlerinin çekilmesi gerektiğini, aksi takdirde ilgili genel işlem şartlarının bağlayıcı olduğunu kabul etmeyi gerektirecek haklı bir nedenin bulunmadığı görüşündedir (bkz. Havutçu, s. 127, 128; bu konuda ayrıca bkz. Çınar, s. 90, 91).

<sup>892</sup> Müşterinin dikkatinin genel işlem şartlarına çekilmesinin ilan yoluyla asılmak suretiyle yapılması istisnai bir durum olup, ancak özel bir ekonomik değeri olmayıp, günlük hayat ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik sözleşme taraflarının genellikle temasları olmaksızın kitlesel biçimde yapılan (örneğin; kitle ulaşım araçlarından, otopark hizmetlerinden, sinema, tiyatro gibi çeşitli etkinliklerden self servis hizmet veren çeşitli yerlerden yararlanma gibi) işlemlerde imkân dâhilindedir. Nitekim bu tür işlemlerde ya kullanıcı ile müşteri doğrudan doğruya temas etmemektedir ya da müşterinin genel işlem şartlarına dikkati çekmek kullanıcıdan beklenemeyecek derecede ekonomik açıdan zaman ve masraf kaybına neden olabilecek niteliktedir ve bu tür durumlarda ilan yoluyla genel işlem şartlarına dikkat çekmek mümkündür. Böyle bir durumda dahi, genellikle bir ya da birkaç cümleden oluşan genel işlem şartlarının, kullanıcının mağaza, dükkân vb. yere ilk girişinde, yani henüz sözleşmeyi yapmadan önce dikkatini çekebilecek bir yere asılmış olması gerekmektedir. Sözleşmenin yapılmasından sonra görülebilecek yerlere ilanının asılması durumunda söz konusu şartlar bağlayıcı olmayacaktır (bkz. Bunte, s. 9 ve 10; Erten, s. 113, 114; Havutçu, s. 124 ve dn. 309; ayrıca bkz. Locher, s. 41; Astrid Stadler, § 305 BGB, Rn. 13 vd). Yine sorumsuzluk şartlarının da bu şekilde bildiriminde dikkati davranılması, açık bir dille yazılması, yanlış anlamaya yol açmayacak biçimde yapılması gerektiği yönünde bkz. Erten, s. 124.

yeterli olabilir: “Bütün sözleşmeler için genel işlem şartlarımız geçerlidir. Bu genel işlem şartları kasada incelenmeye hazırdır”<sup>893</sup>.

## 2. Bilgilendirme Zamanı

Genel işlem şartlarının mevcudiyeti konusunda bilgi vermenin zamanına gelince, bu bilgilendirmenin en geç sözleşmenin akdedilmesi sırasında yapılması gerekmektedir<sup>894</sup>. Kullanıcının bir ticari ilişkinin devamı sırasında müşteri ile yaptığı daha önceki sözleşmelerin genel işlem şartlarına dayanması söz konusu değildir. Daha sonraki sözleşmelerde genel işlem şartlarının kullanılmış olması yenilenen bir sözleşmede genel işlem şartlarının mevcudiyetine kullanıcının işaret etme ve bu konuda bilgi edinilmesini sağlama yükümlülüğünden kurtulmasını sağlamaz. Ayrıca sözleşme yapıldıktan sonra müşteriye verilen, örneğin malın teslimine ilişkin belgede, gönderi belgelerinde, faturalarda genel işlem şartlarının varlığı konusunda bilgi verilmesi de yeterli değildir<sup>895</sup>. Şüphesiz ki genel işlem şartlarının ilişkilendirilmesi hususu sözleşmenin akdedilmesi anında gerçek duruma aykırı bir şekilde anlaşılmalıdır. Örnek olarak bir öğrenci iki spor kulübünün arasındaki müsabakaya önceden bilet almaktadır. Bu giriş kartında sorumluluk sınırlamaları bulunmaktadır. Burada genel işlem şartları söz konusudur. Öğrenci satıcıdan bir adet karşılaşmayı ayakta seyretmek için kart istemektedir. Bileti önceden satan yetkili ise maçı ayakta izlemenin 5 mark olduğunu, önceden satın alma ücretinin de 0.50 mark olduğunu ifade etmektedir ve sadece bir yer mevcuttur. Öğrenci şu cevabı vermektedir: “Bana kartı veriniz”. Kart satıcısı ise, “tamam” diyerek aşağıya gitmekte ve bir giriş kartını kopararak öğrenciye vermektedir. Giriş kartı üzerinde ise sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin ifadeler yer almaktadır. Bu somut olayda

<sup>893</sup> Bkz. Bunte, s. 9; Locher, s. 41.

<sup>894</sup> Bunte, s. 9; Locher, s. 38; Reh binder, Armağan, s. 795; Erten, s. 120; Havutçu, s. 131; Atamer, s. 90; Roloff, § 305 BGB, Rn. 51; internet üzerinden akdedilen sözleşmelerde bilgi verme zamanı konusunda bkz. Gezder, s. 174 vd.

<sup>895</sup> Atamer, s. 90; Astrid Stadler, § 305 BGB, Rn. 13 vd. Söz konusu vb. nitelikteki belgelerde ne yazıldığına müşterinin okuması ve genel işlem şartlarının varlığını göz önünde bulundurması kendisinden beklenemeyeceğinden; örneğin, araç otoparkta iken, teybinin çalınması durumunda, otopark işletenin “*alınan ücretin otopark için olduğu, otopark dâhilinde olabilecek hasarlardan otoparkı işleten kurumun sorumlu olmadığı*” şeklindeki bir kaydı içeren makbuzdaki şarta dayanarak sorumluluktan kurtulması söz konusu olamayacaktır. Nitekim böyle bir durumda sözleşme sorumsuzluk kaydı olmaksızın kurulmuş olup, ilişkilendirme anlaşmasıyla da sözleşmeye dâhil edilmediğinden, şartın geçerli olup olmadığını tartışmaya gerek yoktur. (bkz. Havutçu, s. 125, 126; Locher, s. 39; ayrıca bkz. Bunte, s. 9; Reh binder, Armağan, s. 795; s. 88).

öğrencinin sarf ettiği “bana kartı veriniz” sözü icabı, karşı tarafın “tamam” sözü ise kabulü ifade etmektedir. Olayda kartın kopartılarak öğrenciye verilmesinden yani sözleşmenin akdedilmesinden sonra öğrenci sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin ifadeleri görmektedir ve böylelikle genel işlem şartları etkili bir şekilde ilişkilendirilmemiş olmaktadır<sup>896</sup>.

Telefonla yapılan sözleşmeler sırasında ise kural olarak genel işlem şartlarının ilişkilendirilmesi için kullanıcının açıkça bilgi vermesi yeterlidir. Bu durumda telefonla genel işlem şartlarının önemli içeriği hakkında bilgi sahibi olmayı isteyip istememe hususu müşteriye kalmaktadır. Bu tür durumlarda genel işlem şartları hakkında bilgi sahibi olup olunmadığına ilişkin ispat yükü kullanıcıdadır<sup>897</sup>. Söz konusu durumlarda kullanıcı müşteriye prospektüs, fiyat listesi vb. şekillerde sipariş öncesinde genel işlem şartlarını bildirmişse, bu durum bilgi yaratma için yeterli sayılmalıdır<sup>898</sup>.

## **C. MÜŞTERİYE GENEL İŞLEM ŞARTLARINI ÖĞRENME OLANAĞI SAĞLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

### **1. Genel Olarak (Öğrenme Olanığı Sağlama-Müşterinin Tasarruf Alanına Sokma)**

Genel işlem şartlarının kullanıcısı sözleşmenin akdedilmesi sırasında sözleşmenin diğer tarafına makul bir şekilde genel işlem şartlarının içeriğini öğrenme olanağı sağlamakla yükümlüdür<sup>899</sup>. Bu bağlamda kullanıcı akdedilen sözleşmenin ilişkin olduğu ticari çevrenin ihtiyaçlarına ve sözleşmenin akdedilmesinin özel durumlarına göre hareket etmelidir. Sözlü yapılan sözleşmeler için açıkça görülebilir bir ilan yeterlidir. Buna karşılık sözleşme bir mağazada yapılmıyorsa veya mağazada yapılmakla birlikte böyle bir ilan eksikse bu takdirde kullanıcı kendi hazırladığı genel işlem şartlarını kendi müşterisinin tasarruf alanına sunmalıdır. Bu ise farklı şekillerde cereyan edebilir. Genel işlem şartları müşterinin eline verilebilir,

---

<sup>896</sup> Locher, s. 39.

<sup>897</sup> Kittner, s. 263.

<sup>898</sup> Locher, s. 39 vd.

<sup>899</sup> Reh binder, Armağan, s. 795; Astrid Stadler, § 305 BGB, Rn. 14.

okunabilir. Sözleşmenin kuruluş tarzı açısından, müşterinin genel işlem şartları hususunda dikkatinin çekilmesi, açık uyarının yapılması aşırı güçlük yaratacak nitelikte ise, böyle bir durumda işyeri veya mağazada yani sözleşmenin yapıldığı yerde, müşterinin açıkça görebileceği bir yere asılmak, ilan edilmek suretiyle kullanıcı, müşterinin genel işlem şartlarını öğrenmesine imkân yaratmak durumundadır<sup>900</sup>. Müşteri genel işlem şartları hakkında ayrıca sözleşmenin akdedilmiş olduğu bir mağaza içerisinde de bilgi sahibi olabilir. Şayet genel işlem şartlarına yeterli derecede ve zamanında işaret edilmişse, içerisinde sözleşmenin akdedildiği yerde de (işyeri veya mağaza gibi) müşteri bunları inceleyebilir. Müşteri genel işlem şartları hususunda bilgilendirilmişse, kullanıcı bu açık bilgilendirme haricinde müşteriye genel işlem şartları metnini o istemese dahi vermek yükümlülüğünde değildir. Aksi takdirde genel işlem şartlarıyla işlem yapılması gereksiz olarak zorlaştırılmış olacaktır<sup>901</sup>.

Genel işlem şartları hususunda makul bir şekilde bilgi sahibi olabilmek için söz konusu şartlar, ortalama bir müşteri tarafından anlaşılır ve okunabilir nitelikte olmalıdır<sup>902</sup> <sup>903</sup>. Nitekim bu durumun, Türk Hukuku bakımından da Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Yönetmeliği'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “Sözleşme şartlarının tüketicinin anlayabileceği şekilde açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olması gerekir.” hükmü dolayısıyla arandığı söylenebilir<sup>904</sup>. Genel işlem şartları çelişkili veya kendiliğinden anlaşılabilir nitelikte değilse genel işlem şartlarının anlaşılabilirliği eksiktir. Aynı şekilde önemli noktalarda yasal veya özel düzenlemelere sadece yollama yapan genel işlem şartları da ortalama müşteri açısından anlaşılır değildir. Örneğin “yasal olarak caiz olduğu takdirde” şartı bu

<sup>900</sup> Havutçu, s. 119; Bunte, s. 11; Uygulamada sorumsuzluk şartlarının genellikle , ilgili yerde görülecek şekilde asılmak suretiyle ilan şeklinde yapıldığı söylenebilir.( Bkz. Erten, s. 112). Ancak TBK.nun 578. maddesinin 2. fıkrasında konaklama yeri işletenler bakımından, bu şekilde ilan suretiyle sorumsuzluk şartı getirilmiş olsa bile, yine de sorumluluktan kurtulamayacakları açıkça düzenlemiştir (bu konuda ayrıntılı düzenleme için bkz. Haluk Tandoğan: “Otelcilerin Mesuliyeti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XII, S:3-4, Ankara 1955, s. 206 ve 226; ayrıca bkz. Erten, s. 114, 115).

<sup>901</sup> Locher, s. 42.

<sup>902</sup> Bkz. Soyer, s. 80; Havutçu, s. 114; Rehbinder, Armağan, s. 795; Atamer, s. 97; Serdar, s. 236; Bunte, s. 10; Kocaman, s. 1099.

<sup>903</sup> Fiziksel engelli insanlara ilişkin olarak soyut bilgi sahibi olmaya ilişkin gerekler genişletilebilir. Kullanıcı, fark edilebilir bir fiziksel engeli dikkate almak zorundadır. Bununla özellikle görme engelli insanlar kastedilmektedir. Bu noktada bu insanların bilgi sahibi olmasını olanaklı kılacak tarzda ve usulde örneğin genel işlem şartları akustik (işitsel) olarak veya görmeyenlerin alfabetinde sunulmalıdır. Böylelikle bedensel engelli insanların kullanıcının bilgi yaratma yükümlülüğü ile ilişkilendirilmesi, bu zamana kadar ki geçerli olan ortalama müşteri ölçütünün sınırlandırılması anlamına gelmektedir (bkz. Evermann, Die Anforderungen, s. 16).

<sup>904</sup> Uluşan, s. 41; Serdar, s. 236.

açından yeterli değildir ve hükümsüzdür. Çünkü burada şartın kalıp olarak somutlaştırılması mümkün değildir. Aynı şekilde başka genel işlem şartlarına yapılan tekrar atıfları da anlaşılabilirliği tehlikeye sokabilirler. Kendilerine tekrar atıfta bulunulan şartlar eklenmemiş ise bunların yeterli derecede bilinmesi de mümkün değildir<sup>905</sup>.

Genel işlem şartlarının, çok küçük puntuyla, sık aralıklarla ya da silik olarak basılması ve buna bağlı olarak da okunmasının güç olması sıklıkla karşılaşılan sorunlardandır<sup>906</sup>. Okunabilirlik için en az olması gereken yazı büyüklüğü konusunda, kural olarak bir zorunluluk yoktur<sup>907</sup>. Genel işlem şartlarının kaleme alındığı yazı tipi ancak bir zahmete katlanmak suretiyle okunacak, anlamı çözülecek şekilde ortaya konulmuşlarsa burada makul bir şekilde bilgi sahibi olma imkânı eksik olacaktır. Bu husus özellikle aşırı derecede küçük baskılar, alışılmış olmayan yazı stili veya son derece kötü kopyalar suretiyle okumanın zorlaştığı genel işlem şartları açısından söz konusudur<sup>908</sup>. Dolayısıyla genel işlem şartlarına yollama yapan kayıtların ortalama müşterinin normal bir dikkati ile gözden kaçırmayıp fark edebileceği bir yazı tipi, büyüklüğü ile kaleme alınmış olması gerekecektir<sup>909</sup>. Bu anlamda Türk Hukuku bakımından 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanununun 1425. maddesi belirtilmelidir. Söz konusu maddenin 1. fıkrasında açıkça sigorta genel şartlarının rahat ve kolay okunacak bir biçimde düzenlenmesi gereği belirtilmiştir. Bu düzenlemeden hareketle öğretilerde, tüm alanlarda kullanılan genel işlem şartlarının zahmetsizce okunabilmesinin sağlanması gerekliliği yönünde eğilim olduğu söylenebilir<sup>910</sup>.

Yine bilgi sahibi olmayı sağlama yükümlülüğünün yerine gelmiş sayılabilmesi için müşterinin genel işlem şartları hususunda bilgi sahibi olması için

---

<sup>905</sup> Locher, s. 43.

<sup>906</sup> Atamer, s. 97, 98; Havutçu, s. 115; Kocaman, s. 1099; Peter Präve: "Versicherungsbedingungen und Transparenzgebot", Versicherungsrecht 2000, s. 138 vd.

<sup>907</sup> Yazı tipi bakımından Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin 6. fıkrası belirtilebilir. Söz konusu hüküm gereğince; "6/A, 6/B, 6/C, 7, 9, 9/A, 10, 10/A ve 11/A maddelerinde yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen tüketici sözleşmeleri en az oniki punto ve koyu siyah harflerle ..." düzenlenmelidir.

<sup>908</sup> Bkz. BGH, BB 1983, 2077; BGH, NJW-RR 1986, 1311; OLG Sarbrücken, NJW-RR 1988, 858 (aktaran Locher, s. 43).

<sup>909</sup> Havutçu, s. 113; ayrıca bkz. Astrid Stadler, § 305 BGB, Rn. 14.

<sup>910</sup> Bu konuda bkz. Eren, s. 206; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 165; Tekinay, s. 127; Bahtiyar, s. 89; Havutçu, s. 66; İnal, s. 139; Kocaman, s. 1099; Serdar, s. 236.



makul bir bilgilenme süresine ihtiyacı vardır. Bu ise genel işlem şartlarının ilgili sözleşme türünün ticari ilişkideki mutad kapsamına göre belirlenmelidir<sup>911</sup>.

Kullanıcının bilgi sahibi olmayı sağlama yükümlülüğü kapsamında genel işlem şartları metninin hangi dilde yazılması gerektiği hususuna değinmek gerekebilir. Bu konuda açık bir kural, örneğin müşterinin dilinde yazım zorunluluğu olmamakla birlikte, müşterinin genel işlem şartlarının içeriği hakkında bilgi sahibi olabilmesi için, müşteri bakımından yabancı bir dilde yazılmaması gerektiği söylenebilecektir<sup>912</sup>.

## 2. Genel İşlem Şartları Metninin Bütünlüğü/Tamlığı

Genel işlem şartları karşı tarafın tasarruf alanına tam olarak sunulmalıdır<sup>913</sup>. Ancak başka bir genel işlem şartları metnine veya bir yasaya atıf yapılmasının bu bütünlük ilkesini ihlal edip etmediği sorunu incelenmelidir. Bütün temel düzenlemeler doğrudan veya dolaylı olarak genel işlem şartları metninde bulunduğu başka düzenlemelere yollama yapılmasına rağmen genel işlem şartları bütünlüğünü koruyabilir<sup>914</sup>. Buna karşılık yollama ile gönderme yapılan düzenlemenin anlaşılması mevcut genel işlem şartları metninden mümkün olmayabilir. Şayet kullanıcı, müşteriye birbirini tamamlayan iki genel işlem şartları metni arasındaki ilişkiyi bildirmiş ve bunlardan sadece bir tanesini karşı tarafa sunmuşsa, diğer genel işlem şartları metni, kullanıcının karşı tarafa genel işlem şartları metni hususunda yeterli bilgi sahibi olma olanağı sunmaması sebebiyle ilişkilendirilemez<sup>915</sup>. Dolayısıyla başka genel işlem şartlarına yapılan yollama bu genel işlem şartlarının da sözleşme ile ilişkilendirilmesi için uygun değildir. Zira bu durumda içeriksel tamlık ya da bütünlük ilkesi ihlal edilmiş olacaktır<sup>916</sup>.

---

<sup>911</sup> Bkz. Locher, s. 43.

<sup>912</sup> Bu konuda öğretide, genel işlem şartlarının müşterinin meskun bulunduğu yerde kullanılan bir dilde yazılması durumunda, onun söz konusu şartları öğrenme imkanı yaratılacağını ileri sürenlerin yanında, çoğunluk görüşü, genel işlem şartlarının taraflarca serbestçe seçilmiş olan sözleşme görüşmelerinde kullanılan dilde sunulması gerektiği yönündedir (bkz. Serdar, s. 244, 245 ve dn. 575 ve 576'da anılan yazarlar; Atamer, s. 98).

<sup>913</sup> Kreienbaum, s. 85.

<sup>914</sup> Krş. Kreienbaum, s. 85 vd.

<sup>915</sup> Kreienbaum, s. 86.

<sup>916</sup> Kreienbaum, s. 86.

Genel işlem şartlarında yasalara yapılan atıflarda aynı şekilde genel işlem şartlarının bütünlüğü ilkesini ihlal eder. Söz konusu yasalara kolayca ulaşılabilir olması, müşteriden, kendi sözleşmesi için yasalardaki ilgili düzenlemeleri bulup çıkarmasının beklenilmesi sonucunu doğuramaz.

Buna karşılık belirli istisnai durumlarda bütünlük ilkesinden ayrılabilir. Zira bütünlük ilkesinin anlam ve amacı genel işlem şartlarının bütün düzenleme içeriğini sunmaktır. Şayet kullanıcı ilgili sözleşmeyi akdedecek ortalama müşteri tarafından bilinen düzenlemelere yollama yaparsa söz konusu düzenlemelerin ayrı bir kopyasının talep edilmesi gereksiz bir formalite olacaktır. Ancak bu istisna, ilgili sözleşme türü açısından homojen bir müşteri çevresinin bulunması durumunda söz konusudur. Buna karşılık müşteri çevresi farklı sosyal gruplardan oluşuyorsa söz konusu istisna geçerli olmamalıdır. Burada özellikle dikkat edilmesi gereken bir diğer hususta ilgili müşteri çevresinin yalnızca yollama yapılan diğer düzenlemelerin mevcudiyetinden bilgi sahibi olma zorunluluğu değil aynı zamanda söz konusu ortalama müşterinin yollama yapılan ilgili düzenlemelerin içeriği konusunda bilgi sahibi olmasının da gerekliliğidir<sup>917</sup>.

### **3. Genel İşlem Şartları Metninin Okunabilirliği**

Genel işlem şartlarının bir bütün olarak sunulması yanında metnin okunabilirliği de onun idrak edilebilmesinin kaçınılmaz bir sonucudur. Müşteriye okunamayan genel işlem şartları metninin sunulması, bu şartın sunulmaması ile hemen hemen aynıdır<sup>918</sup>. Genel işlem şartlarının okunabilirliğinin gerekliliği bakımından sözleşmenin akdedilmesi için tipik durumlar rol oynar<sup>919</sup>.

---

<sup>917</sup> Kreienbaum, s. 87.

<sup>918</sup> Astrid Stadler, § 305 BGB, Rn. 14; Kreienbaum, s. 88. Genel işlem şartlarının sözleşmenin bir parçası olabilmesi için bu şartların, müşterinin okuyabileceği, anlayabileceği biçimde düzenlenmiş olması gerekir (bkz. Atamer, s. 97).

<sup>919</sup> Kreienbaum, s. 88.

#### 4. Genel İşlem Şartları Metninin Kapsamı

Genel işlem şartları metninin aşırı ya da ölçsüz bir kapsama sahip olmasının yalnızca içeriğinin anlaşılmasını zorlaştırıp zorlaştırmayacağı, aynı zamanda metnin idrak edilebilirliğini sınırlandırıp sınırlandırmayacağı ve bu nedenle de genel işlem şartları metninin içeriğinden bilgi sahibi olma olanağı yaratma yükümlülüğünü ihlal edip etmeyeceği hususu yakından incelenmelidir.

Bu bağlamda bir genel işlem şartları metninin içeriğinden bilgi sahibi olmak için gerekli olan zaman, sözleşmenin türüne göre uygun değilse bu takdirde ölçsüz bir kapsama sahiptir. Bu husus örneğin sözleşmenin ekonomik önemi, sözleşmesel ilişkilerin süresi, söz konusu olan sözleşme türünün düzenleme yoğunluğu gibi durumlara bağlıdır. Bunun yanı sıra karşı tarafın sözleşmenin içeriği hususunda bilgi sahibi olabilmek için kendisinden ayırması beklenilecek zamanın belirlenmesi, hangi zamanda bilgi sahibi olacağı hususuyla da ilişkilidir. Karşı tarafa genel işlem şartlarının içeriği hususunda bilgi sahibi olma olanağının yaratılması yükümlülüğü münferit genel işlem şartlarını tartışma, genel işlem şartlarını reddetme ve esas olarak genel işlem şartlarının geçerli olduğu hususunda bir beyanda bulunma imkânının da yaratılması ile gerçekleşebilir<sup>920</sup>.

Söz konusu yükümlülüklerin gerçek müşteri davranışına uymadığı hususunda bir itiraz ileri sürülmüştür. Buna göre genel işlem şartları metninin sözleşmenin akdedilmesinden önce okunması, nadir durumlardandır. Genel işlem şartları müşteriler için ancak sözleşmenin uygulanması sırasında hukuksal konumları hakkında bilgi sahibi olmak istedikleri anda ilgilerini çekmektedir<sup>921</sup>. Bu görüş, aynı zamanda bir normun koruma amacının belirlenmesi için müşterinin fiili davranışının temel ölçü olamayacağına da itiraz etmektedir<sup>922</sup>. Kullanıcının içerik konusunda bilgi sahibi olma olanağını yaratma yükümlülüğünün koruma amacı, bilgi sahibi olmaya istekli müşteriye sözleşmenin akdedilmesi kararı için gerekli bilgilere ulaşmasını amaçlamaktadır ve bilgi sahibi olma olanağı zamansal olarak sözleşmenin

---

<sup>920</sup> Kreienbaum, s. 88.

<sup>921</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 89, dn. 86, 87'de anılan yazarlar.

<sup>922</sup> Kreienbaum, s. 89 ve dn. 88.

akdedilmesinden önce olmalıdır. Bunun dışında süre, genel işlem şartlarının bütünü hakkında bilgi sahibi olunabilecek şekilde belirlenmelidir<sup>923</sup>.

Uzun olması sebebiyle sözleşmenin akdedilmesinden önce müşteri tarafından okunamayan bir metin kural olarak bir defaya mahsus olarak okunamaz değildir. Müşteri açısından şayet kendisine gerekli olan zaman verilseydi daha önceden okuyup bitireceğini düşündüğü okuma parçaları gereksiz görülmektedir. Böylelikle fiili olarak uzun bir metnin verilmesi bilgi sahibi olmayı engellemektedir. Bir genel işlem şartları metninin uzun olması onun anlaşılabilirliğini yani idrak edilmesini engellemektedir. Dolayısıyla genel işlem şartlarının kapsamı genel işlem şartlarının ilişkilendirilmesi anlamında kullanıcının karşı tarafa şartların içeriği hakkında bilgi sahibi olma olanağının yaratılıp yaratılmadığının denetlenmesinde göz önüne alınması gereken bir vakıdır<sup>924</sup>.

## 5. Bölümleme

Kullanıcının genel işlem şartlarının içeriği hususunda bilgi verme yükümlülüğü çerçevesinde; genel işlem şartlarının yapısının alt bölümler ile birlikte bölümlere ayrılmasının ve başlıklar ile sınıflandırılmasının metnin anlaşılmasını kolaylaştıran araçlar olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bir metnin anlaşılabilirliği için karşı taraftan beklenmeyecek bir zaman harcanması uygun bir şekilde bilgi sahibi olma sorunu bağlamında kapsamın önemi için temel bir kriterdir<sup>925</sup>. Bölümlere ayrılmamış bir metin, bölümlere ayrılmış bir metne nazaran daha kolay okunabilir. Fakat bunlar arasındaki farklar, içeriğin anlaşılmasına yönelik bilgi sahibi olma olanağının denetlenmesi sırasında ortaya çıkar. Bölümlere ayrılmamış bir metin okuyucu bakımından kombine etme, sonuç çıkarma ve düzenlemeleri bir araya getirme açısından önemli edimleri gerektirmektedir ve bu süreçte doğal olarak ciddi bir zamanı almaktadır. Oysa ilişkilendirme bağlamında, kullanıcının genel işlem şartlarının içeriğini öğrenme konusunda imkân yaratma yükümlülüğü sadece bilgi sahibi olmayı güvence altına alma ile sınırlıdır. Bu suretle bilgi sahibi olma

---

<sup>923</sup> Kreienbaum, s. 89 ve dn. 90.

<sup>924</sup> Kreienbaum, s. 89, 90.

<sup>925</sup> Kreienbaum, s. 90.

konusundaki zaman harcamanın bizzat kendisi de bunun karşı taraftan beklenebilirliğinin değerlendirilmesi açısından önemli olabilir. İçeriğin sıkı bir şekilde çalışarak anlaşılmasına yönelik zaman harcanması ise kullanıcının bilgi sahibi olma olanağı sağlama konusundaki yükümlülüğü açısından önemli değildir<sup>926</sup>.

Özetle bölümlenmeleri, başlıkları ve yapısı gibi hususlarla neden olunan şeffaf olmama durumları ilişkilendirme anlamında kullanıcının genel işlem şartları konusunda bilgi sahibi olma olanağını yaratma yükümlülüğü açısından değerlendirilecek konular değildir<sup>927</sup>.

## **6. Metinde Kullanılan Teknik Kavramlar, Dilsel Problemler ve Diğer Durumlar**

Genel işlem şartlarının içerisinde kullanılan dil vasıtasıyla ortaya çıkan şeffaf olmama durumları için de aynı hususlar geçerlidir. Teknik kavramlar, belirsiz ve çok anlamlı ifadeler ve yine gramatik açıdan zorluklar büyük olasılıkla metnin anlaşılmasını engellemekte veya içeriğin sadece ciddi bir zaman harcamak suretiyle anlaşılmasını mümkün kılacak şekilde zorlaştırmaktadır. Bu husus, içerisinde metnin ve hukuksal sonuçlarının anlaşılmasının zor olduğu durumlar için de geçerlidir<sup>928</sup>.

Özet olarak bir genel işlem şartının sözleşme ile ilişkilendirilebilmesi için gerekli bir unsur olan müşterinin içerik hakkında makul bir surette öğrenme olanağını sağlama yükümlülüğü incelendiği zaman, bu yükümlülüğün genel işlem şartlarının soyut olarak kavranabilmesinin eksikliğine dayanan şeffaf olmama durumlarını kapsadığı ifade edilebilir<sup>929</sup>. Genel işlem şartlarının soyut olarak idrak edilebilirliğinin eksikliği aynı zamanda metnin anlaşılabilirliğini de zorlaştıracaktır. Kısaca genel işlem şartlarının içeriği hususunda öğrenme olanağı sağlama

---

<sup>926</sup> Kreienbaum, s.90.

<sup>927</sup> Kreienbaum, s. 90.

<sup>928</sup> Kreienbaum, s. 91.

<sup>929</sup> Kreienbaum, s. 91.

yükümlülüğü, bağlayıcılık ilkesi, genel bir anlaşılabilirlik ve şeffaflık ilkesini içermemektedir<sup>930</sup>.

## D. ÇERÇEVE ANLAŞMALAR VE GENEL İŞLEM ŞARTLARINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER AÇISINDAN BİLGİLENDİRME VE ÖĞRENME OLANAĞI SAĞLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

### 1. Çerçeve Anlaşmalar Açısından

Genel işlem şartları hukukunda sözleşme taraflarının hukuki işlemlerinin belirli bir türü için belirli genel işlem şartlarının geçerli olacağını önceden kararlaştırmaları mümkündür<sup>931</sup>. Böyle bir durum, söz konusu işlemlerin yapılmasını kolaylaştırmaktadır. Ancak bu işlemler günlük yaşamda yapılan tipik kitlesel işlemler değildir. Özellikle bankalarla yapılan sözleşmesel ilişkiler bakımından ve devam eden ticari ilişkilere yönelik diğer durumlar söz konusu bu duruma dâhildir. Bu tür çerçeve anlaşma<sup>932</sup> için belirli şekil de zorunlu değildir. Çerçeve anlaşmaların kullanıcısı yukarıda da ifade edildiği gibi bu hususta açıkça karşı tarafı bilgilendirmeli ve bilgi sahibi olma imkânını yaratma yükümlülüğüne sahiptir. Bu çerçevede aynı müşteri ile kullanıcının çok sayıda münferit sözleşmeleri içerisinde genel işlem şartlarının basit ilişkilendirilmesi tek başına çerçeve anlaşmanın kabulü anlamına gelmez<sup>933</sup>. Şayet münferit bir sözleşme içerisinde bir şart kabul ediliyorsa ve bu şart aynı zamanda aynı taraflar arasındaki gelecekteki tüm sözleşmeler için geçerli

<sup>930</sup> Kreienbaum, s. 91; Atamer de, genel işlem şartlarının temel unsurlarından biri haline gelen şeffaflık ilkesinin, içerik denetiminin bir parçası olması gerektiğini; müşterinin sözleşmenin kuruluşu aşamasında genel işlem şartlarını okumamasının kural ve hatta ekonomik olarak kendisine tavsiye edilen bir davranış olması dolayısıyla bağlayıcılık aşamasında müşterinin zaten bunları anlamaya çalışmayacağı, bu nedenle genel işlem şartlarının ilişkilendirme aşamasında anlaşılır olmasının suni bir çözüm olduğu gerekçesiyle ileri sürmüştür. Yazara göre bağlayıcılık aşamasından sonra ortaya çıkan uyumsuzluklarda, genel işlem şartlarının anlaşılır olmasının önem kazandığını, bu nedenle genel işlem şartlarının anlaşılmaz olmasının aynı zamanda mağduriyeti de ortaya çıkarabileceği, bu anlaşılmaz şartların içerik denetimine tabi tutulabileceğini ifade etmektedir (bkz. Atamer, s. 99).

<sup>931</sup> Bkz. Locher, s. 44; Bunte, s. 11; Barlas, s. 812; Atamer, s. 95, 96; Rehbinder, Armağan, s. 796; Astrid Stadler, § 305 BGB, Rn. 16.

<sup>932</sup> Çerçeve anlaşmalar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Barlas, s. 807 vd; Hans Caspar von der Crone: **Rahmenverträge**, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1993, s. 235 vd. Gelecekte hangi tür sözleşme yapılırsa yapılsın genel işlem şartları geçerli olacaktır şeklindeki çerçeve anlaşmalar geçersizdir. Dolayısıyla çerçeve anlaşmalar sınırsız olarak geçerli değildir (bkz. Roloff, §305 BGB, Rn. 45).

<sup>933</sup> Locher, s. 44; bu konuda ayrıca bkz. Rehbinder, Armağan, s. 796.

olacaksa, bu durum sürpriz şart niteliğindedir. Çerçeve bir anlaşma belirli genel işlem şartlarının geçerliliğine yöneliktir. Yine çerçeve anlaşmanın, belirli olmak ve ilgili hukuki işlem için kullanılan türde yapılmak suretiyle hukuki işlemlerin birçok türü için yapılması mümkündür. Genel işlem şartları yeni kaleme alınması, örneğin bir bankanın, müşteriyle yaptığı sözleşmenin parçasını oluşturan genel işlem şartlarını yeniden kaleme alması durumunda eski çerçeve anlaşmanın feshedilmesi gerekmektedir<sup>934</sup>. Çerçeve anlaşmanın geçerli olabilmesi için kullanıcının, çerçeve anlaşmanın varlığına işaret etme ve içeriği hakkında bilgi sahibi olmayı sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>935</sup>.

## 2. Genel İşlem Şartlarındaki Değişiklikler Açısından

Genel işlem şartları esas olarak sözleşmenin parçası olduğundan ve yine sözleşmenin akdedilmesi sırasında mevcut bulunduğu için dolaylı olarak bunlarda sonradan yapılan değişiklikler esas olarak daha önce akdedilen sözleşmelerde uygulama alanı bulmazlar. Şayet bilgilendirme yükümlülüğü açıkça görülen bir ilanla yerine getirilmişse, bu takdirde değişiklikten önceki eski içerik, eski sözleşmeler sırasında gelişen hayat tecrübelerine göre belirli bir süre daha asılı kalmalıdır<sup>936</sup>.

Müşteriye genel işlem şartlarının yeni içeriği gönderilmişse bu durum değişiklik anlaşmasının kabulü için tek başına yeterli değildir. Müşteri değiştirilmiş genel işlem şartlarına rızasını açıkça ortaya koymak zorunda değildir. Onun fiili davranışlarıyla da bunu ortaya koyması mümkündür. Bu hususa örnek olarak bir bankanın müşterilerine yanlış anlaşılmaya sebebiyet vermeyecek şekilde genel işlem şartlarının değiştirildiği hususunda bilgi vermesi, müşterinin ise buna rağmen banka ile olan ticari ilişkilerini devam ettirmesi gösterilebilir. Aynı şekilde amacı yeterli derecede belirli kılınmak suretiyle, genel işlem şartları içerisinde yer alan münferit bazı şartların değiştirilmesine ilişkin genel işlem şartları içerisinde önceden kayıt

<sup>934</sup> Çerçeve sözleşmenin haklı sebeple feshi konusunda bkz. Barlas, s. 821.

<sup>935</sup> Locher, s. 45; Bunte, s. 12.

<sup>936</sup> Bkz. Locher, s. 45 ve dn. 36'da anılan yazarlar.

konulabilir. Böyle bir değişiklik yapıldığında da müşteriye açıkça bilgi verilmek zorundadır<sup>937</sup>.

## **E. BAĞLAYICILIK DENETİMİNİN AMACINA ULAŞMASI AÇISINDAN ŞARTLARIN ŞEFFAFLIĞININ SAĞLANMASININ ÖNEMİ**

### **1. Şeffaflığın Sağlanması Açısından Genel İşlem Şartlarının Anlaşılır Olması Gereği**

#### **a) Genel olarak**

Genel işlem şartlarının bir sözleşme ile ilişkilendirilebilmesi için esas olarak kullanıcının bu hususta bilgi vermesi, müşteriye genel işlem şartları konusunda bilgi sahibi olma olanağını tanıması ve müşterinin de genel işlem şartlarının geçerliliği noktasında mutabık kaldığını açıklaması gerekmektedir<sup>938</sup>. Şeffaflık ilkesi açısından konunun önem arz eden bağlantı noktası, kullanıcının uygun bir şekilde genel işlem şartları içeriğini öğrenme hususunda olanak yaratması yükümlülüğüdür<sup>939</sup>. Kullanıcı için bu yükümlülük esas olarak genel işlem şartları metnini müşterinin emrine amade tutma şeklindedir.

Uzun süreden beri yargı, bağlayıcılık denetimi esnasında şeffaflık ilkesini kullanmaktadır. Denetim ölçütü esas olarak Alman hukuku içerisindeki yasal düzenlemelerde bulunmaktadır. Bununla birlikte 93/13 No.lu AB Yönergesinin 5. maddesinin 1. fıkrasına göre de, yazılı sözleşme şartları “daima açık ve anlaşılır” bir şekilde yazıya dökülmelidir. Özellikle söz konusu Yönergenin önsözüne ilişkin 20 nolu açıklamaya göre, tüketici, bütün sözleşme şartları hususunda bilgi sahibi olma noktasında fiili olarak imkâna sahip olmak zorundadır<sup>940</sup>. Buna ilaveten Yönergenin 8. maddesine göre, etkili bir ilişkilendirme için üç husus gereklidir: (1)Şart

<sup>937</sup> Locher, s. 46.

<sup>938</sup> Locher, s. 35 vd; Havutçu, s. 107; Oğuzman/Öz, s. 21; Akipek, s. 231; Soyer, s. 78; Atamer, s. 84; Serdar, s. 231; Kreienbaum, s. 71.

<sup>939</sup> Kreienbaum, s. 71.

<sup>940</sup> Bkz. Gottschalk, s. 568.



kullanıcısının sözleşmenin akdedilmesi sırasında genel işlem şartlarına işaret etmesi; (2) genel işlem şartlarının içeriğinden beklenilebilir bir usulde bilgi sahibi olma imkânı ve (3) genel işlem şartlarının geçerliliği hususunda müşterinin rızası. Hâkim görüş, genel işlem şartlarınının 2. koşul içerisinde, beklenilebilir bilgiyi sunma bağlamında güvence altına alındığını kabul etmektedir<sup>941</sup>. Genel işlem şartları yalnızca kolayca okunabilir, bölümlere ayrılmış ve açık olmamalı aynı zamanda içerik olarak da anlaşılır olmalıdır.

Burada genel işlem şartları kullanıcısının bir sözleşmenin akdedilmesi sırasında somut olarak münferit şartlara değil genel işlem şartlarının bütününe işaret etmesinin yeterli olduğu ifade edilmektedir. Bu itibarla sözleşmenin diğer tarafının şeffaflık ilkesinin bir gereği olarak genel işlem şartları hususunda makul bir şekilde bilgi sahibi olma olanağı, ancak onun genel işlem şartlarının bütünü hakkında bilgi edinme olanağına sahip olduğunda gerçekleşmiş olur<sup>942</sup>. Münferit genel işlem şartlarının sınıflandırılması burada öngörülmemiştir; yani münferit genel işlem şartları hakkında da bilgi sahibi olunması aranmamaktadır. Münferit şartların bu açıdan değerlendirilmesi genel işlem şartlarının yorumuna ve içerik denetimine bırakılmıştır. Buradan çıkan sonuç ise, zikredilen şeffaflık koşullarının yani okunabilirliğin, anlaşılabilirliğin, açıklığın ve kapsam olarak uygunluğun sözleşme için belirlenen genel işlem şartların bütününe ilişkin olmasıdır<sup>943</sup>. Dolayısıyla genel işlem şartlarının şeffaf olmaması nedeniyle sözleşme ile ilişkilendirilememesi, bunların küçük harflerle, yeterli kontrast veya yapısal başlıklar ve paragraflar olmaksızın basılmış olmalarına da dayanabilir. Ancak şeffaf olmama nedeniyle ilişkilendirilme somut bir şart içerisinde ortalama bir müşterinin içerik olarak anlayamayacağı kelimelerin bulunması nedenine dayandırılmaz. Bu, şekli şeffaf olmama olarak betimlenebilir<sup>944</sup>. Şekli şeffaf olmama gerçekten nispeten daha kolay tespit edilebilir. Öte taraftan ayrıca girişimci tarafından uygun kâğıdın, uygun yazı tipinin seçilmesi, kapsamlı bir sınırlandırma ve genel işlem şartlarının açık bir

---

<sup>941</sup> Bkz. Gottschalk, s. 568 ve dn.60'da anılan yazarlar; Basedow, s. 1045 vd.

<sup>942</sup> Basedow, s. 1045 vd.; ayrıca krş. Kreinbaum, s. 91 vd.

<sup>943</sup> Basedow, s. 1045 vd.

<sup>944</sup> Basedow, s. 1045 vd.

şekilde düzene tabi tutulması vasıtasıyla büyük bir zorluğa katlanmaksızın şeffaf olmama durumunun giderilmesi mümkün olabilir<sup>945</sup>.

Buna karşılık, karşı tarafın bilgi sahibi olma imkânını sağlama yükümlülüğünün, anlaşılabilirlik ilkesini içerip içermediği hususu tartışmalıdır<sup>946</sup>. Bu konuda bir görüşe göre, genel işlem şartları hususunda karşı tarafın bilgi sahibi olmasını sağlama yükümlülüğü müşteriye, içerisinden haklarını ve yükümlülüklerini çıkartabileceği bir genel işlem şartları metni sunmak anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, kullanıcı bu yükümlülüğü yerine getirirken aynı zamanda şeffaflık ve anlaşılabilirlik ilkesine de riayet etmelidir<sup>947</sup>. Anlaşılabilirlik ilkesinin içeriği çerçevesinde, genel işlem şartları kolayca okunabilir, bölümlere ayrılmış, sarih olmalı, sözleşmenin anlamı ile ilişki içerisinde uygun bir kapsamda olmalı, belirsiz düzenlemeler içermemeli, başka genel işlem şartlarına ve yasal düzenlemelere yollamalarda bulunmamalı, gereksiz teknik dil kullanmamalı ve dilsel açıklık göstermelidir<sup>948</sup>. Bu hususta belirleyici olan ise ilgili sözleşmeyi bu şekilde akdedecek ortalama müşterinin anlayış ufku olmalıdır<sup>949</sup>. Buna karşılık diğer görüş<sup>950</sup> ise, bu yükümlülüğü metnin okunabilirliğine ilişkin gerekliliğe ek olarak metnin karşı tarafa verilmesi ya da ulaştırılması olarak anlamaktadır. Bu görüşe göre metnin müşteriye verilmesi yeterlidir. Müşterinin içerikten bilgi sahibi olmasının beklenebilirliği sadece metnin hazırlanmasının tür ve usulüne ilişkindir. Bu bağlamda metnin içeriğinin anlaşılması ve okunmasına ilişkin çabalar rol oynamazlar.

Anlaşılabilirlik ilkesi, genel işlem şartlarında şeffaflığın şekli, dilsel anlamına ek olarak bu zamana kadar her şeyden önce aşağıdaki olay grupları içerisinde önem kazanmıştır<sup>951</sup>.

---

<sup>945</sup> Basedow, s. 1045 vd.

<sup>946</sup> Kreienbaum, s. 71.

<sup>947</sup> Bkz. Schäfer, s. 44 vd.; Heinrichs, NJW 1995, 1395 (1396); ayrıca bkz. Kreienbaum, s. 72, dn. 4'deki yazarlar.

<sup>948</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 71, dn. 7'deki yazarlar.

<sup>949</sup> Bkz. Reich, NJW 1995, s. 1860; Kreienbaum, s. 71.

<sup>950</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 73, dn. 13'deki yazarlar

<sup>951</sup> Gottschalk, s. 568.

## **b) Hukuksal mesleki ifadeler ve yasal hükümlere yollama**

Her şeyden önce ifade etmek gerekir ki genel işlem şartlarının hukuksal bir dil içermesi zorunlu değildir. Bu nedenle şart kullanıcıları, şayet yasa hükümlerinin metnini, bire bir belirtmeden, başka kelimelerle açıklıyorsa zayıf bir yola gitmektedir ve böylelikle anlaşılamayan şeyleri yazmış olmakla itham edilebilir<sup>952</sup>.

Buna ilaveten şartlar şayet, amaçlanan sözleşme düzenlemesini pozitif olarak belirlemeksizin, pozitif hukukun hükümlerini ilgili hükümlere atfen yalnızca sınırlıyor veya hariç bırakıyorsa, şeffaflık ilkesine aykırı düşmemektedir<sup>953</sup>.

## **c) Sözleşmenin temeli olması istenilen başka şartlara yollama**

Şayet müşteriye tevdi edilen genel işlem şartları diğer kurallara yollamada bulunuyorsa, bu durumda kullanıcı müşteriye bu kurallar hakkında beklenilebilir bir şekilde bilgi sahibi yapmak zorundadır<sup>954</sup>. Örnek olarak, şayet sözleşmenin karşı tarafı inşaat alanında daha fazla bilgiye sahip değilse, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin<sup>955</sup> 2. bölümünün etkili bir şekilde ilişkilendirilmesi için sözleşmenin BİGŞ bölüm 2'ye tabi olduğu hususunda basit bir ifade yeterli değildir. Daha ziyade kullanıcı, müşteriye, sözleşmenin temelinde olmasını istediği ve bu nedenle de BİGŞ'nin 2. bölümüne tevdi edilen bütün şartlar hususunda bilgi vermelidir<sup>956</sup>.

<sup>952</sup> Gottschalk, s. 569.

<sup>953</sup> Bu bağlamda örneğin Schleswig OLG, BGB § 568'i önceden formüle edilmiş kira sözleşmesinde hariç kılma durumunu AGBG § 2 f.1 Nr.2'nin bir ihlali olarak kabul etmiştir (bkz. OLG Schleswig, Rechtsentscheid vom 27.3.1995- 4 RE-Miet 1/93, NJW 1995, 2858, 2859). Bu karar için belirleyici olan husus, pozitif olarak istenen hukuksal sonuçların sözleşmeye alınmamış olmasıdır. Yani BGB § 568 den farklı olarak olayda kira ilişkisi sükût ederek uzatılabilir olmamalıydı. Aynı şekilde BGB § 537.nin hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağına ilişkin bir şart kira sözleşmesinde etkili bir şekilde ilişkilendirilmiş olarak kabul edilmemiştir (bkz. OLG Nürnberg, Urt. vom 3.12.1976- 1 U 179/75, NJW 1977, 1402. Aynı husus örneğin BRAO § 51 e göre yedek taleplerin zamanaşımına uğradığı bir vekalet formüllerinde bulunan bir şart için de geçerlidir (Bkz. OLG Düsseldorf, Urt. vom 19.12.1996- 24 U 11/96, NJW-RR 1997, 1150, 1152). Yine şayet şart kullanıcıları seyahat sözleşmesi hukukundaki yasal hükümleri dikkate alırsa benzer hususlar bulunabilir Bkz. Andreas Kappus: "Inhaltskontrolle gesetzesrezitierender Klauseln –Beispiele aus dem Miet- und Reisevertragsrecht", **NJW 2003**, 322 vd.

<sup>954</sup> Bkz. BGH, Urt. vom 21.6.1990- VII ZR 308/89 (Stuttgart), NJW 1990, 3197; BGH, Urt. 19.1.2005- XII ZR 107/01, NJW 2005, 1183, 1184.

<sup>955</sup> 29.08.1984 tarih, 84/8520 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın eki olarak; 09.10.1984 tarih, 18540 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>956</sup> Alman Hukukunda benzer kararlar bakımından örnek için bkz. BGH, Urt. 19.1.2005, Az.: XII ZR 107/01, NJW 2005, 1183, 1184.

#### d) Salvator Şartları

Salvator şartları, sözleşme içerisinde münferit düzenlemelerin kısmen ya da tamamen hükümsüz olması durumunda, sözleşmenin bütün olarak geçerli olacağını belirleyen tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kararlaştırılan sözleşme şartları biçiminde ifade edilebilir. Salvator şartları genellikle sözleşmenin sonunda bulunmaktadır<sup>957</sup>.

Salvator şartları olarak (Latince vatorius), yargısal içtihatlarda; sözleşmenin esas olarak düzenlemek zorunda olduğu ancak düzenlemediği münferit sözleşme kısımlarının etkisiz veya uygulanamaz olarak kabul edilmesi veya anlaşılması hükmü kabul edilmektedir. Salvator şartlarının amacı, kısmen etkisiz veya uygulanamaz bir sözleşmeyi, özellikle sözleşmenin etki edeceği ekonomik amacı, mümkün olduğu ölçüde korumaktır<sup>958</sup>.

Esas olarak şayet bir hukuki işlem kısmen hükümsüz ise bu durumda ancak bu kısmi hükümsüz olan kısım olmasaydı bütün hukuksal işlemin yapılmayacağı kabul ediliyorsa, sözleşmenin tamamı hükümsüz kabul edilmektedir (TBK. md. 27/II). Yani esas olarak sözleşme içerisinde münferit bir şartın kısmi hükümsüzlüğü duruma göre sözleşmenin tamamının hükümsüzlüğüne yol açabilecektir. Sözleşmenin geri kalan kısmında tarafların menfaatlerini korumak için bu tür bir hukuksal sonuçtan salvator şartlarının sözleşme içerisine alınması vasıtasıyla kaçınılmaktadır. Buna ilaveten sıklıkla tamamlayıcı sözleşme yorumuna ilişkin geçerli olan temel ilkelere göre, geçersiz olan kısım yerine uygulanacak hukuk belirlenmektedir. Bu tür bir düzenleme gereksiz olarak ifade edilmektedir, ancak açıklık getirmek için sıklıkla sözleşmeye dâhil edilmektedir<sup>959</sup>.

Bir salvator şartı genellikle şu veya benzer şekilde formüle edilmektedir<sup>960</sup>: “*Bu sözleşmenin münferit düzenlemeleri şayet hükümsüz veya uygulanamaz olursa veya sözleşmenin akdedilmesinden sonra hükümsüz veya uygulanamaz olacak olursa,*

<sup>957</sup> [http://www.rechtslexikon-online.de/Salvatorische\\_Klausel.html](http://www.rechtslexikon-online.de/Salvatorische_Klausel.html)

<sup>958</sup> Bkz. Hermann Joseph Bunte: “Zur Teilunwirksamkeit von AGB-Klauseln”, **NJW 1982**, s. 2298, 2299; ayrıca bkz. Başpınar, s. 82, Yazar salvator şartlarını kısmi geçerlilik kayıtları olduğunu, bunun diğer adının da “kurtarıcı kayıtlar” olduğunu ifade etmektedir. Yine bu kısmi geçerlilik kayıtlarını da muhafaza ve ikame kayıtları olarak ikiye ayırmaktadır.

<sup>959</sup> [http://www.rechtslexikon-online.de/Salvatorische\\_Klausel.html](http://www.rechtslexikon-online.de/Salvatorische_Klausel.html)

<sup>960</sup> Bkz. Lutz Michalski-Volker Römermann: “Die Wirksamkeit der Salvatorischen Klausel”, **NJW 1994**, s. 886; benzer örnek için bkz. Başpınar, s. 83, 84.

*sözleşmenin geri kalan kısmı hüküm ifade eder. Hükümsüz ya da uygulanamaz olan hükümlerin yerine ise sözleşme taraflarının hükümsüz olan veya uygulanamaz olan düzenleme ile takip ettikleri ekonomik amaçlara en yakın etkiye sahip etkili ve uygulanabilir hükümler devreye girecektir. Mevcut düzenlemeler sözleşmenin boşluk arz etmesi durumunda da geçerlidir”.*

Bir hukuki işlemin kısmen hükümsüz olması durumunda, bu hükümsüz kısım olmaksızın sözleşme yapılmayacak idiyse sözleşmenin diğer kısmı da hükümsüz sayılmaktadır (TBK md. 27/2; BK md. 20/2). Yedek şartlar denildiğinde, yok ya da etkisiz olan bir sözleşme hükmünü, genel olarak bakıldığında istenilen tarz ve usulde geçerli en yakın olan başka bir şart ile yedekleyen hükümler anlaşılmaktadır<sup>961</sup>. Bu durumda yasa vasıtasıyla sözleşmenin geri kalan kısmının geçerliliği görülmektedir (BGB § 306 f.2). Geçersiz olan hükümlerin yerine yasal hükümler geçmektedir. Bu nedenle bir salvator şartına gereksinim hemen hemen yoktur. Genel işlem şartlarında sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin düzenlemeler sıklıkla şeffaflık ilkesinin ihlali sebebiyle etkisiz olmaktadır. Muhafaza edici şartlar, ki bunlar sözleşmenin geri kalan kısmının geçerli kalmasını belirlemektedirler, genel işlem şartları içerisinde etkili olarak kararlaştırılabilir<sup>962</sup>.

Burada şu hususu ifade etmek gerekir ki, münferit bir hükmün geçersizliği bütün sözleşmenin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz. Alman Medeni Yasasının 139. paragrafına ve Türk Borçlar Kanununun 27. maddesinin 2. fıkrasına göre (818 sayılı BK. md. 20/II), sözleşmenin kısmi hükümsüzlüğü, sözleşmenin tamamının hükümsüzlüğüne yol açmamaktadır, meğerki sözleşme tarafları kısmen hükümsüz olan hükümler olmaksızın sözleşmenin tamamını akdetmeyecek durumda olsunlar. İşte tam bu hüküm yani tarafların kısmen hükümsüz olan hüküm olmaksızın sözleşmeyi akdetmeme iradesi salvator hüküm kavramını ifade etmektedir. Bu durumda BGB § 139 ve Türk hukuku bakımından Türk Borçlar Kanununun 27. maddesinin 2. fıkrası hükmünün uygulanması açıkça olanaksızdır, zira burada sadece bunun hukuksal sonuçlarının etkisi engellenebilmektedir.

<sup>961</sup> Michalski- Römermann, s. 887 vd.

<sup>962</sup> Bkz. Basedow, §306 BGB, Rn. 29.

Salvator hükümleri genel işlem şartlarının etkililiğini güvence altına almak için amaca uygun değildir. Nitekim kural olarak bir şartın hükümsüzlüğü zaten geri kalan kısmın etkililiğine dokunmamaktadır, istenilen hukuksal sonuç zaten ortaya çıkmaktadır. Alman BGB § 306 I e göre, şayet genel işlem şartları tamamen veya kısmen sözleşmenin parçası olmamışsa veya etkisiz ise bu durumda sözleşmenin geri kalan kısmı geçerlidir. 2. fıkraya göre, şayet hükümler sözleşmenin parçası olmamışsa veya hükümsüz ise sözleşmenin içeriği yasal hükümlere göre düzenlenecektir. 3. fıkraya göre ise, 2. fıkraya riayet edilerek yapılan değişiklik bir sözleşme tarafı için katlanılamayacak bir zorluk oluşturuyorsa sözleşme hükümsüzdür<sup>963</sup>.

Alman BGB § 306/2 deki düzenleme yani geçerli bir düzenleme vasıtasıyla yedekleme açısından salvator şartları buna karşılık geçerliliği muhafaza eden redaksiyon şeklindeki temel yasakla çatışmaktadır ki bu yasak BGB § 307/I c. 2 içerisinde kodifiye edilmiş şeffaflık ilkesi ile bağlantı içerisinde etki etmektedir. Buna göre etkisiz bir hüküm mahkeme tarafından diğer bir hükümle hatta geçerli bir şartla değiştirilemez: ya şart geçerlidir ya da bu şart tamamen geçersizdir ve bu durumda BGB § 306 f. 2 geçerli olacaktır ki bu hükme göre geçersiz bir şart yerine yasal bir düzenleme ikame edilmektedir. Bu düzenlemeye aykırı bir salvator şartı BGB § 307 ye göre geçersizdir<sup>964</sup>.

Münferit şartların çıkartılmasıyla sözleşmenin devamı kendisinden daha fazla beklenemeyecek taraf için katlanılamaz bir derecede mağduriyete yol açıyorsa, BGB § 306 f.3 istisnai olarak bir sözleşmenin tamamen geçersiz olacağını öngörmektedir. Bu durumda şartın geçersizliği fiili olarak sözleşmenin geçersizliğine yol açmaktadır. BGB § 306 f.3'e aykırı olan bir salvator şartı bu durumda katlanılamayan bir dezavantaj olabilir ve bu nedenle BGB § 307'ye göre aynı şekilde geçersizdir<sup>965</sup>.

---

<sup>963</sup> Kittner, s. 271, 272.

<sup>964</sup> Bkz. Basedow, §306 BGB, Rn. 29 vd.

<sup>965</sup> Basedow, §306 BGB, Rn. 30.

Genel işlem şartları içerisinde tamamlayıcı sözleşme yorumuna ilişkin düzenlemeler sıklıkla şeffaflık ilkesine aykırılıktan dolayı (BGB §307 f.1 c.2) hükümsüzdür<sup>966</sup>.

Kullanıcı “yasal olarak caiz olduğu” takdirde ekini eklemek suretiyle salvator şartlarını kullanmışsa, BGB § 305 f. 2 c. 2 çerçevesinde de şeffaflık ilkesi önemlidir<sup>967</sup>. Şayet hukuksal durum objektif olarak belirsiz ise ve bu nedenle de özenli davranan kullanıcı, kendi anlaşılır şartlarını formüle edemiyorsa, salvator şartları aynı zamanda geçersiz olarak kabul edilmiştir<sup>968</sup>.

Genel olarak bir değerlendirme yapıldığında, şeffaflık ilkesinin bu anlamı bağlayıcılık denetiminde nasıl değerlendirilecektir? BGB § 305 f.2 c.2 nin lafzına göre, genel işlem şartları yalnızca haricen ulaşılabilir olmamalı bilakis aynı zamanda zahmetsiz bir şekilde okunabilir de olmalıdır. Bu itibarla şayet, genel işlem şartları örneğin küçük harflerle basılmışsa veya başka bir nedenle okunamaz durumda ise şeffaflık ilkesi bağlayıcılık denetimi sırasında ihlal edilmiş olur<sup>969</sup>. Aynı şekilde şayet genel işlem şartları sadece tam olarak basılmamışsa bağlayıcılık denetimine aykırı değildir. Yargının ve öğretinin bir kısmının ifade ettiği münferit olarak içeriksel açıdan anlaşılamayan şartların etkili şekilde ilişkilendirilmesi için şeffaflık ilkesini kullanmak istemeleri çok az inandırıcı gelmektedir. Mesleki kavramlar, dilsel problemler veya diğer özel belirsizlikler bağlayıcılık denetimi sırasında rol oynamazlar. Almanya’da BGB’deki reform öncesi mevcut Genel İşlem Şartları Yasası da bilgi yaratma yükümlülüğünü formel bir biçimde değerlendirmiştir<sup>970</sup>.

Gottschalk’a<sup>971</sup> göre, bundan başka anlaşılabilir şartlarla artık anlaşılamayan şartlar arasında yapılan ayırım her zaman makul değildir. Bu bağlamda örneğin bir kira sözleşmesinde işletme masraflarına katılma (katkı payı) Hesaplama Tüzüğü’nün § 27 II ye veya bir ödünç sözleşmesinde gecikme faizi için temel faiz oranına

<sup>966</sup> [http://www.rechtslexikon-online.de/Salvatorische\\_Klausel.html](http://www.rechtslexikon-online.de/Salvatorische_Klausel.html)

<sup>967</sup> Bkz. Gottschalk, s. 570 ve d. 72 de anılan yargı kararları.

<sup>968</sup> Bkz. Gottschalk, s. 570; ayrıca bkz. Basedow, Kommentar, § 305 BGB, Rn. 71.

<sup>969</sup> Bkz. Gottschalk, s. 570.

<sup>970</sup> Gottschalk, s. 571.

<sup>971</sup> Gottschalk, s. 571.

yollamada bulunulması caiz olarak kabul edilmiştir. Zaten geçerli olan, yasal hükümlere yapılan yollama, şeffaflık ilkesinin bir ihlali olamazlar<sup>972</sup>.

Önceden yapılan anlaşılabilirlik denetiminin aynı zamanda müşteri lehine şartlarla da ilgili olabileceği düşünülebilir. Münferit anlaşılabilir şartların içeriğini yorum yoluyla ortaya çıkartmak ve içerik denetimini BGB § 307-309 BGB ye tabi kılmak daha ikna edici gelmektedir. BGB § 305 f.2 c.2 çerçevesinde şeffaflık ilkesi bağlamında bu nedenle yalnızca soyut olarak genel işlem şartların “kavranabilirliği”ne ulaşılabilir. Hâkim görüş şayet BGB § 305 f.2 c.2 vasıtasıyla şartlara yapılan yollamalar ve salvator şartlarını kapsamı içerisine alırsa doğru görünmektedir. Bu durumlarda kullanılan genel işlem şartları fiili olarak tam değildir ve soyut olarak kavranılabilirlik ilkesi ihlal edilmektedir<sup>973</sup>. Nihayet şu noktaya da değinilmelidir ki, bağlayıcılık denetimi ve yine belirsizlik kuralına ilişkin normlar şeffaflık düşüncesinin gerçekleşmesi açısından sadece sınırlı bir işleve sahiptir. Zira bu tür normlar sadece şeffaflık ilkesinin sadece belirli görünüm şekillerini kapsamaktadır<sup>974</sup>.

## II. İÇERİK DENETİMİNDE ŞEFFAFLIK İLKESİNİN ROLÜ VE İŞLEVİ

### A. İÇERİK DENETİMİNİN AMACI, KONUSU VE ŞARTLARI

Genel işlem şartları denetiminin ikinci basamağını oluşturan içerik denetiminin amacının, sözleşme özgürlüğünün tek taraflı kullanılması suretiyle, düzenleyici hukuk kurallarının müşteri aleyhine bertaraf edilmesi ve böylelikle müşteriyi dürüstlük kuralına aykırı olarak ölçsüz bir şekilde mağdur eden şartlara karşı korumak olduğu söylenebilir<sup>975</sup>. Başka bir anlatımla içerik denetiminin koruma amacının temelinde genel olarak kullanıcının tek taraflı olarak kullandığı sözleşme düzenleme gücü karşısında ortaya çıkan makul olmayan sonuçlardan müşteriyi koruma düşüncesi bulunmaktadır. Bu koruma kullanıcının bir girişimci olarak

<sup>972</sup> Gottschalk, s. 571; ayrıca bkz. Kreienbaum, s. 87.

<sup>973</sup> Bkz. Gottschalk, s. 571, 572.

<sup>974</sup> Bkz. Evermann, s. 15; ayrıca bkz. Gottschalk, s. 572.

<sup>975</sup> Havutçu, s. 158; Serdar, s. 248; Präve, s. 138 vd; Astrid Stadler, Vorbemerkung §§ 307-309, Rn. 1.



faaliyet gösterip göstermemesinden bağımsız olarak geçerlidir. Tek taraflı sözleşmeyi düzenleme gücü tüketici sözleşmeleri dışında da mevcut olabileceğinden genel işlem şartlarında yapılan bu denetim vasıtasıyla tüketicinin korunmasını aşan bir koruma amacı ortaya çıkmaktadır<sup>976</sup>.

93/13 No.lu AB Yönergesi'nin 4. maddesinin 2. fıkrası, Alman Medeni Kanununun 307. paragrafının son fıkrası ve Avusturya Medeni Kanununun 879. maddesinin 3. fıkrasında da belirtildiği üzere ivaz ve asli edimlere ilişkin sözleşme şartları açık ve anlaşılır olarak düzenlenmiş olmak şartıyla içerik denetiminin kapsamına alınmamıştır.

İçerik denetiminin konusu, sözleşmeye dâhil olmakla birlikte içeriği hakkaniyete uygun olmayan genel işlem şartlarıdır<sup>977</sup>. Sözleşmede yer alan genel işlem şartlarının içeriği, kendisinden sapılan düzenleyici yasa hükümlerinin temel düşüncesiyle önemli ölçüde bağdaşmıyorsa veya sözleşmenin doğasından kaynaklanan hak ve yükümlülük paylaşımına önemli ölçüde aykırı ise, dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacak biçimde müşterinin çıkarlarına aykırı düşmekte ve haksız şart olarak değerlendirilmektedir<sup>978</sup>. İçerik denetiminin konusu sözleşmenin bütünü çerçevesinde kendisinden müşterinin haklarının ve yükümlülüklerinin çıkarıldığı münferit düzenlemedir<sup>979</sup>.

Genel işlem şartlarının içerik denetiminin şartları; bir şartın müşterinin çıkarlarını dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacak şekilde ihlal etmesi ve makul olmayan bir mağduriyete neden olmasıdır. Genel işlem şartlarında yer alan bir şartın, müşterinin çıkarlarını ihlal etmesi ve bu ihlalin makul olmayan düzeyde bulunması şartları, içerik denetiminin maddi şartları olarak belirtilebilir<sup>980</sup>. Genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır olmayan biçimde yani şeffaflık ilkesine aykırı olarak düzenlenmesi durumunda, bu şartın müşterinin çıkarlarını makul olmayan biçimde mağdur ettiği sonucu çıkarılabilecektir. Bu düzenleme ile şeffaflık ilkesinin genel

---

<sup>976</sup> Bkz. Hubert Schmidt: **Beck'scher Online Kommentar BGB (BeckOK)**, Herausgegeben von Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth, München 2010, BGB § 307, Rn. 27.

<sup>977</sup> Bkz. Havutçu, s. 159; Schmidt, BGB § 307 RN 20 vd.; Serdar, s. 250; Rehbinder, Armağan, s. 797.

<sup>978</sup> Havutçu, s. 160, 173 vd.; Atamer, s. 305; Serdar, s. 253.

<sup>979</sup> Schmidt, BGB § 307 RN 20.

<sup>980</sup> Bkz. Havutçu, s. 170.

işlem şartlarının içerik denetiminde başvurulabilecek şekli bir unsur olduğu söylenebilecektir<sup>981</sup>.

## B. İÇERİK DENETİMİNİN KAPSAMI DIŞINDA KALAN ŞARTLAR BAKIMINDAN ŞEFFAFLIK İLKESİNİN ANLAMI

İçerik denetimi yalnızca genel işlem şartları içerisinde yer alan, genellikle hukuksal düzenlemelerden sapan veya bunları tamamlamak üzere düzenlenen hükümler için geçerlidir<sup>982</sup>. Dolayısıyla ana edime ilişkin şartlar içerik denetiminin kapsamı dışındadır<sup>983</sup>. Burada belirtmek gerekir ki sözleşme şartlarındaki içerik denetimi dışında bulunan şartlar şeffaflık ilkesine uygun olarak düzenlenmelidir. Keza 93/13 No.lu AB Yönergesine göre de (md. 4, f. 2) sözleşme şartlarının açık ve anlaşılır olarak düzenlenmesi zorunluluğu getirilmiştir. Buna göre, denetim serbestliği, yani içerik denetiminden muaf olmak şartların “açık” ve “anlaşılır” olmasını gerekli kılmaktadır<sup>984</sup>. Buradaki açık ve anlaşılır olmanın sadece dilsel açıdan mı bir şeffaflığı öngördüğü yoksa maddi içerik açısından da şeffaflığı öngörüp öngörmediği Yönerge metninden çıkarılamamaktadır. Buna karşılık şeffaflık ilkesinin anlamı ve amacından hareket ederek, dilsel anlaşılabilirliğin yanında aynı zamanda şeffaf olmamanın diğer formlarının da kapsanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>985</sup>.

AB Yönergesinin AB içerisinde dil problemi bakımından hangi gerekleri ortaya koyduğu hususu aynı şekilde açıktır. Bu nedenle, şartların tüketici için dilsel olarak anlaşılır olmaması durumu şayet kullanıcı tarafından biliniyorsa veya bilinmesi gerekiyorsa kullanıcının şartların bir çevirisini hazır bulundurmakla

<sup>981</sup> Bk. Havutçu, s. 176, 177; Çınar, s. 173.

<sup>982</sup> Schmidt, BGB § 307, BeckOK RN 49 vd.

<sup>983</sup> Bkz. Rehbindler, Armağan, s. 797; Schmidt, BGB § 307, BeckOK RN 68 vd.; Gottschalk, s. 579, ayrıca bkz. Bkz. BGH Urt.v. 18.4.2002, Az.:III ZR 199/01, NJW 2002, 2386; Basedow, Kommentar, § 307 BGB, Rn 14.

<sup>984</sup> Şeffaf olmama dolayısıyla edimi tanımlayan hükümlerin denetime tabi olması ve bunun 93/13 No.lu AB Yönergesi ile ilişkisi açısından bkz. Theo Langheid: “§ 8 AGB-Gesetz im Lichte der EG-AGB-Richtlinie: Kontrollfähigkeit von Leistungsbeschreibungen durch Intransparenz”, **NversZ 2000**, s.63-68; ana edimi tanımlayan ve yasayı tekrar eden hükümlerin sadece şeffaflık ilkesine tabi olduğu konusunda bkz. Astrid Stadler, Vorbemerkung §§ 307-309, Rn. 3.

<sup>985</sup> Bkz. Gottschalk, s. 580; Basedow, s. 1045, 1048.

yükümlü tutulması önerilmiştir<sup>986</sup>. Bazı yazarlar ise, şayet mutad ikametgâhı başka bir dil alanında bulunan tüketiciler amaçlanıyorsa en azından bu durumda kullanıcının başka bir dildeki versiyonu elde hazır bulundurma yükümlülüğünde olmasını istemektedirler<sup>987</sup>. Yönerge dil rizikosunun çözümü için bir veri içermediğinden dil probleminin ulusal hukuklara bırakıldığı ifade edilebilir. Yönergenin sorun için uygulanabilir hukuktan bağımsız olarak AB çapında kendine özgü uygulanabilecek bir koruma düzeyi yaratmak isteyip istemediği anlaşılammaktadır<sup>988</sup>.

Şeffaf olmayan fiyat ve ana edim şartlarının hangi ölçütler vasıtasıyla içerik denetimine tabi tutulacağı sorusu önem arz etmektedir. Bu ölçütlerin 93/13 No.lu AB Yönergesinin 4. maddesinin 2. fıkrasında zikredilmediği görülmektedir. Bu kriterler dolaylı olarak sadece, “kötüye kullanılabilirliğin değerlendirilmesinin” dışında bulunan ve şartların kapsamını niteleyen hükümden çıkmaktadırlar<sup>989</sup>. Bu hukuksal sonuçlar şeffaf olmayan şartlar söz konusu olduğunda vuku bulmadıkları için, Yönergenin sistematığına göre 3. maddenin 1. fıkrası uyarınca sözleşme şartlarının kötüye kullanılmasına ilişkin genel yasağın uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir. Buna göre bir şart şayet; “...dürüstlük kuralına aykırı olarak tüketicinin zararına olacak şekilde, tarafların sözleşmeden doğan hak ve borçlarında önemli bir dengesizliğe sebep olmuşsa” kötüye kullanılır/haksız şart olarak görülebilir<sup>990</sup>.

Burada şu husus vurgulanmalıdır ki, bir şartın şeffaf olmaması şartın kötüye kullanılır/haksız olarak kabul edilmesi için bir ölçüt değildir. Yönergenin 4. maddesinin 1. fıkrasında ve yine başlangıç kısmına ilişkin 16 nolu açıklamada şartın kötüye kullanılabilirliğinin denetlenmesi sırasında dikkate alınması gereken durumlara daha ayrıntılı değinildiği ve aynı zamanda da burada sözleşme hükümlerinin şeffaf olmamasına ilişkin işaretin eksik olduğu görülmektedir<sup>991</sup>.

Şartın kötüye kullanılabilirliği bakımından belirleyici ölçüt, daha ziyade Yönergenin 3. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen sözleşme taraflarının sözleşmesel

<sup>986</sup> Norbert Reicht: “Kreditbürgschaft und Transparenz”, **NJW 1995**, 1857, 1860.

<sup>987</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 309; ayrıca bkz. Gottschalk, s. 580; genel işlem şartlarının yabancı dilde sunulması konusunda bkz. Serdar, s. 244 vd.

<sup>988</sup> Gottschalk, s. 580.

<sup>989</sup> Basedow, s. 1045 vd.

<sup>990</sup> Basedow, s. 1045 vd.

<sup>991</sup> Basedow, s. 1045 vd.

hakları ve yükümlülüklerinin oransızlığı ve bu suretle nihai olarak eş değerlilik prensibidir<sup>992</sup>. Bunun yanı sıra üye devletler Yönergenin 8. maddesine göre daha sıkı ölçütler belirleme konusunda engellenmemişlerdir. Ayrıca üye devletler şartın şeffaf olmamasını şartın etki doğurmasını engellemek için bir neden olarak kabul edebilirler.

93/13 No.lu AB Yönergesine bakıldığında 3. maddenin 1. fıkrasında, diğer sözleşme tarafını dürüstlük kuralına aykırı olarak mağdur eden şartların hükümsüz olduğu ifade edilmektedir. Bunun yanı sıra bir kimse, şartların şeffaf olmayan düzenlenmesi nedeniyle şartları hiç anlayamıyor veya zorlukla anlayabiliyorsa, ancak hakları pek fazla sınırlandırılmamışsa, bu durumda, makul olmayan surette mağdur edilmemiştir<sup>993</sup>.

Şayet kullanıcı genel işlem şartlarında müşteriye yasada bulunmayan yani onu aşan hakları şeffaf olmayan bir şekilde düzenlemişse bu durumda söz konusu bu şartlar açık düzenlenmelidir ve müşteri bu şekilde avantajlarını da açık bir şekilde anlamalıdır. Yasadaki haklara ilaveten genel işlem şartlarında müşteri lehine haklar tanınması ve fakat bunların şeffaf olmaması durumunun sonucunun ne olacağı belirsizdir. Müşteri lehine yoruma mı, yoksa bu ilave garantinin şeffaf olmaması sebebiyle hükümsüzlüğüne mi gidilecektir? Yani bu ilave garantilerin şeffaf olmamasının yaptırımı ne olmalıdır<sup>994</sup>? Esas olarak şeffaf olmayan şekilde düzenlenen şart nedeniyle hakların sınırlandırılması durumunda şeffaflık hükümsüzlüğe yol açabilmektedir. Bu durumda şeffaf olmamanın şartın hükümsüzlüğüne yol açması genel işlem şartları hukukunda şeffaflık ilkesinin koruma amacına aykırı olacaktır. Dolayısıyla yasal haklar genel işlem şartları ile genişletilmiyor bilakis sınırlandırılıyorsa şartın şeffaf olması ve maddi eşdeğerliliği arasındaki ilişki farklı değerlendirilmektedir. Bu durumda şeffaf olmayan şart düzenlemesi bakımından şeffaflık denetimi, müşteriler için dezavantajlı bir düzenlemeyi özellikle şeffaf bir düzenleme ile bilinebilir ve anlaşılabilir kılma anlamında kuvvetlendirici etki yapabilir<sup>995</sup>.

---

<sup>992</sup> Schmidt, BGB § 307, BeckOK RN 55c; Basedow, s. 1045 vd.

<sup>993</sup> Basedow, s. 1045 vd.

<sup>994</sup> Basedow, s. 1045 vd.

<sup>995</sup> Basedow, s. 1045 vd.

Sonuç olarak şeffaflık ilkesi aynı zamanda ana edimi, fiyatı daha yakından ve ayrıntılı tanımlayan şartlar açısından önem arz etmektedir. Her ne kadar bu tür şartlar içerik denetiminin kapsamı dışında olsa da, açık ve anlaşılır düzenlenmiş olmaları gerekir. Zaten 93/13 No.lu AB Yönergesindeki düzenleme de (md.4, c.1) bu yöndedir.

## **C. İÇERİK DENETİMİNE TABİ SÖZLEŞME KAPSAMI BAKIMINDAN ŞEFFAFLIK İLKESİNİN ANLAMI**

### **1. İçerik Denetimine Tabi Kapsamdaki Şartların Belirli Ölçütlere Kategorize Edilmesi**

#### **a) Açık olmayan şartlar**

Alman Federal Mahkemesinin içtihadına göre, genel işlem şartlarının kullanıcısı, dürüstlük kuralına göre sözleşme tarafının haklarını ve yükümlülüklerini mümkün olduğu ölçüde açık ve anlaşılabilir şekilde ortaya koymalıdır. Özellikle dezavantajlar ve mükellefiyetler ile hangi durumlarda talep edilebilecekleri geniş bir şekilde anlaşılır olmalıdır. Daha ziyade bunlar şartlar içerisinde farklı yerlere yerleştirilmişse ve bunları bir araya bir bağlantı içerisine getirmek çok zor ise bu durumda hükümsüz olarak kabul edilmektedir. Buradaki temel ölçü ortalama bir müşterinin anlayış imkânlarıdır<sup>996</sup>. Mahkemeye göre, genel işlem şartlarının daima mutlaka müşterinin kendine özgü olarak her türlü sonraki düşüncelerinden de kurtarılacak şekilde düzenlenmesi gerekmemektedir<sup>997</sup>. Şeffaflık ilkesinde aşırıya kaçma da nihayetinde şeffaf olmama durumunu beraberinde getirebilir<sup>998</sup>.

Özellikle sigorta alanında yakın zamanlarda anlaşılabilirlik ilkesi önem kazanmıştır<sup>999</sup>. Bu bağlamda örneğin 4. Sivil Daire yaşam sigortası alanı için, primi serbest bırakmayla, fesih ve yeniden satın alma değeriyle ilişkili olan şartları, ”yeteri

<sup>996</sup> Gottschalk, s. 581.

<sup>997</sup> Bkz. BGH Urt. vom 10.7.1990- XI ZR 275/89, BGHZ 112, 115, NJW 1990, 2383; BGH Urt. vom 23.2.2005- IV ZR 273/03, (OLG München), r+s 2005, s. 257 vd.

<sup>998</sup> Bkz. BGH Urt. vom 10.3.1993- VIII ZR 85/92 (Stuttgart), NJW 1993, s. 2052-2054.

<sup>999</sup> Gottschalk, s. 582; ayrıca bkz. Basedow, s. 1045 vd.

derecede şeffaf’ olarak değerlendirmemiştir. Mahkemenin görüşüne göre, sigortalı açıkça, sözleşmenin geçerlik tarihinden itibaren yüksek aracılık provizyonu da dâhil olmak üzere kendi hesabına yüklenen bütün sözleşme masraflarıyla ekonomik dezavantajlar konusunda bilgilendirilmek zorundadır<sup>1000</sup>.

## b) Belirsiz şartlar

Burada kullanıcıya oldukça geniş düzenleme olanaklarını açan şartlar söz konusudur. Bu durumda sözleşmenin tarafı, kullanıcının yetkilerinden istifade edip etmeyeceğini veya nasıl istifade edeceğini tahmin edememektedir. Tek taraflı düzenleme kaydı bu nedenle yargı tarafından sadece şayet, temel koşullar ve hukuksal sonuçlar tam olarak tanımlanmışlarsa kabul edilmektedir. Pratik açıdan önemli olan, belirlilik ilkesi ve bu arada da özellikle fiyatın uyumlaştırılması kayıtlarıdır<sup>1001</sup>. Bu bağlamda örneğin seyahat sözleşmesi hukukunda belirli bir uyum (intibak) şartının bir içerik denetimine tabi olup olmadığı tartışmalıdır<sup>1002</sup>. Şarta göre, seyahati düzenleyen; *“Yazılı olan ve rezervasyonla onaylanan fiyatların sevk (nakil) masraflarının yükselmesi durumunda veya belirli edimler için bilgiler (örneğin liman ya da havaalanı masrafları veya ilgili seyahat için geçerli olan döviz kurlarının değiştirilmesini, kişi başı ya da koltuk başı kapsamında seyahat ücretine yansıtmayı”*, kendisinde saklı tutmaktadır. Bu şartın sadece sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkan masrafların artışı nedeniyle fiyatın yükseltilmesi yanında aynı zamanda sözleşmenin akdedilmesi sırasında bilinen bu tür masraflar sebebiyle fiyat yükseltilmesini de olanaklı kılıp kılmadığı hususu açıktır. Burada hangi ücretin yükseltilmiş fiyatın temelini oluşturduğu yeteri derecede açık formüle edilmediği için, Alman Federal Mahkemesi’nin III. Sivil Dairesi § 651 f.4 c.1

<sup>1000</sup> bkz. BHG Urt. vom 9.5.2001 - IV ZR138/99, BHGZ 147, 373, 377 f, NJW 2001, 2012. Yine Alman Federal Mahkemesi’nin 4. Dairesi özel bir işsizlik sigortası için, genel sigorta şartları içerisinde bir şartı şeffaflık ilkesine aykırı olduğu için hükümsüz saymıştır. İlgili sigorta şartlarının 1. paragrafının 1. fıkrası kazancın kesilmesi durumunda “istek dışı işsizlik” durumu için sigorta koruması öngörüyordu. Genel sigorta şartları içerisinde bu kavram sadece işverenin sigortalının kişiliğiyle ilgili olmayan bir sebeple iş ilişkisini feshetme durumuyla sınırlandırılmıştı. Alman Federal Mahkemesi’nin ilgili dairesi, ortalama bir sigortalı “şahsıyla ilgili fesih”le neyin kastedildiğini bilemeyeceği için bu sınırlamayı şeffaflık ilkesinin bir ihlali olarak kabul etmiştir (bkz. BGH, Urt. vom 24.3.1999 - IV ZR 90-98, NJW 1999, 2279).

<sup>1001</sup> Bkz. BGH, Urt.vom 8.10.1997- IV ZR 220/96, NJW 1998,454 vd.; BGH, Urt.vom 19.10.1999 - XI ZR 8/99=NJW 2000, 651 vd.; BGH, Urt. vom 19.11.2002 - X ZR, 243/01, NJW 2003, 507 vd.

<sup>1002</sup> Bkz. Gottschalk, s. 583.

(fiyatın hesaplanmasının tam olarak bildirilmesi) vasıtasıyla somut belirlilik ilkesine bir aykırılık yani şartın belirsiz olduğunu kabul etmiştir<sup>1003</sup>.

Bununla beraber Alman Federal Mahkemesi yeni bir kararında belirlilik ilkesi ile belirsiz şartların sınırlarını da açıklığa kavuşturmuştur. Bu bağlamda Alman Federal Mahkemesi'nin III. Sivil Dairesi, hastalar için yataklı bakıma ilişkin örnek bir sözleşme içerisinde, § 75 SGB XI uyarınca her defasında geçerli bir çerçeve sözleşmenin düzenlemelerine yapılan yollamayı şeffaflık ilkesinin bir ihlali olarak görmemiştir<sup>1004</sup>. Çerçeve sözleşmenin değiştirilmesi ihtiyacı tek başına kullanıcının elinde olmadığı için bu yollamanın tek taraflı olarak kullanıcı lehine kullanılması tehlikesi bulunmamaktadır. Daha ziyade Alman Federal Mahkemesi'nin III. Dairesi, bakım sandığı ve diğer masrafları karşılamakla yükümlü olan diğer kişiler § 75 SGB XI anlamında çerçeve sözleşmenin yapılması sırasında bakıma ihtiyaç duyanın yararı için bir kayyum talep edeceklerinden hareket etmektedir. Şayet yollama yapan şart, kullanıcıya çerçeve sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirme konusunda takdir hakkı tanısaydı, bu şartın hukuksal değerlendirmesi mümkün olamazdı. Bu durumdan sonra, kullanıcıya sözleşmenin yapısı konusunda dolaylı olarak bir değiştirme yetkisi verileceği için, belirlilik ilkesinin bir ihlali söz konusu olabilecektir<sup>1005</sup>.

### c) Yanıltıcı şartlar

Bir diğer kategori hukuksal durumu doğru olmayan şekilde ortaya koyan şartlara ilişkindir<sup>1006</sup>. Normal olarak bir müşteri “üstü örtülü-gizlenmiş” haklarını kullanamaz ve kullanıcının “görünen haklarına” deyim yerindeyse teslim olur. Bu nedenle bu tür haklar şeffaflık ilkesini ihlal etmektedirler, zira bunlar müşteriye gerçek hakları konusunda yanıltmaya sevk etmekte ve onun bu haklarını kullanmasını engellemektedirler<sup>1007</sup>. Hatta burada kullanıcının yanıltma niyeti de gerekli değildir. Bu bağlamda Alman Federal Mahkemesi'nin III. Sivil Dairesi

<sup>1003</sup> Gottschalk, s. 583.

<sup>1004</sup> BGH Urt.vom 8.11.2001- III ZR 14/01, NJW 2002, 507 vd.

<sup>1005</sup> Bkz. Hartmut Oetker: “Dynamische Verweisungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsproblem”, **JZ 2002**, s. 337 vd.; Gottschalk, s. 584.

<sup>1006</sup> Bkz. BGH, Urt. vom 23.3.1988 - VIII ZR 58/87, NJW 1988, 1726; BGH, Urt. vom 23.11.1994 - IV ZR 124/93, NJW 1995, 589; BGH, Urt. vom 27.9.2000 - VIII ZR 155/99, NJW 2001, 292.

<sup>1007</sup> Gottschalk, s. 584; Heinrichs, FS Trinker 1995.

örneğin imalatçının garanti koşullarının düzenlenmesi vasıtasıyla satıcının mevcut teminat yükümlülüğünün yanında hataya sevk edici bir sınırlama izleniminin uyandırılması durumunda şeffaflık ilkesinin bir ihlalini kabul etmiştir<sup>1008</sup>. Bundan başka yanıltıcı bir şart aynı zamanda kullanıcının, örneğin bir seyahat sözleşmesi yerine bir aracılık sözleşmesi düzenlemek suretiyle, temel olan sözleşmeyi sözleşme tipolojisi bakımından yanlış düzenlemesi durumunda da söz konusudur<sup>1009</sup>. Aynı şekilde müşteriyi sözleşmenin akdedilmesi sırasında sözlü olarak sözleşmeyle mutabık kalmasından alıkoymak için yazılı olarak bir şartın kullanılması durumunda da ihlal edilmiş olur<sup>1010</sup>. Buna ilaveten yanıltma yasağı anlaşılabilirlik ilkesiyle kesişebilir. Yine örneğin sözleşme şartlarında sigortalıya erken yapılan feshin dezavantajları yeteri derecede açıklanmazsa hukuksal durum açık bir şekilde ortaya konmadığı için esas olarak bir ihlal bulunmaktadır<sup>1011</sup>.

## **2. İçerik Olarak Şartın Kötüye Kullanılabilir/Haksız Olup Olmaması Ölçütü Olarak Şeffaflık İlkesi**

Genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır olmaması dolayısıyla müşterinin kötüye kullanılabilir/haksız bir mağduriyete uğratılabileceği anlayışı çerçevesinde şeffaflık ilkesi içerik denetiminin bir ölçütü olarak görülebilir<sup>1012</sup>. Şeffaflık ilkesinin ihlalini içerik denetimi çerçevesinde kötüye kullanılabilir/haksız bir mağduriyetin ortaya çıkabileceği ilave bir durum olarak gören bu anlayışına göre, şeffaflık denetimi, yalnızca maddi açıdan dezavantajlı düzenleme içeriğine sahip şartlar için söz konusu olabilir<sup>1013</sup>.

Şeffaf olmama durumu kötüye kullanılabilirliğin/haksızlığın kriteri olarak nitelendirilirse, şeffaf olmayan şartları hükümsüzlük sonucuna tabi tutmamak için iki

<sup>1008</sup> Bkz. BGH, Urt. vom 23.10.1988 - VIII ZR 58/87, NJW 1988, 1726.

<sup>1009</sup> Bkz. BGH, Urt. vom 9.7.1992 - VII ZR 7/92, NJW 1992, 3158. 148 BVerwG, Urt. vom 25.6.1998 - 1 A 6-96, NJW 1998, 3216.

<sup>1010</sup> Bkz. BVerwG, Urt. vom 25.6.1998 - 1 A 6/96, NJW 1998, 3216 vd.

<sup>1011</sup> Bkz. BGH, Urt. vom 22.3.2000 - IV ZR 23/99, NJW 2000, 2103.

<sup>1012</sup> Heinrichs (FS. Trinkner), s. 161; Rehbinder, Armağan, s. 806.

<sup>1013</sup> Şeffaflık ilkesi ve içeriksel haksız olma konusunda bkz. Harm Peter Westermann: "Das Transparenzgebot – ein neuer Oberbegriff der AGB-Inhaltskontrolle?", **Festschrift Steindorf**, 1990, s. 817-832.



olasılık ortaya çıkmaktadır<sup>1014</sup>. Birinci olarak maddi açıdan mağdur edici olmayan şartlar, genel olarak hiçbir şeffaflık denetimine tabi tutulmayacaktır. İkinci olarak, haksız bir mağduriyetin mevcut olup olmadığına, kapsamlı bir değerlendirme sürecinden sonra karar verilebilecektir. Bu bağlamda şeffaf olmamanın kullanıcı lehine olan durumlarda şartı bütün olarak hükümsüz kılmaya yeterli olamayacağı düşünülebilir. Bu suretle, bu dayanak noktasının açık ve anlaşılır olmayan şartlardan haksız bir mağduriyetin kaynaklanabileceği anlayışıyla bağdaştığı ifade edilebilir<sup>1015</sup>.

Bir şartın düzenleme içeriğinin haksızlığının bir kriteri olarak onun şekli düzenlemesini esas alma hususunda kuşku da bulunmaktadır. Burada şeffaf olmama durumunun, sonuçta haksız bir nitelikte değerlendirilerek düzenlemenin maddi açıdan dezavantajlı olduğunu kuvvetlendirmesi için inandırıcı kanıtlara gereksinim bulunmaktadır. Bu anlayışa göre, şayet maddi mağduriyet haksız mağduriyet eşiğinin altında bulunuyorsa, şeffaf olmama haksız olmanın temel faktörü olabileceğinden bu kanıt gereklidir. Zira aksi takdirde şeffaf olmama kriterine müracaat etmeye gerek kalmayacaktır<sup>1016</sup>.

Bu arada bu şekildeki bir dâhili etkisel bağlantıyı göstermek zordur. Maddi şartın içeriği bakımından menfaatlerin değerlendirilmesi, esas olarak sözleşmesel riziko dağılımına, hakların ve yükümlülüklerin dengelenmesine ve dengenin doğruluğuna yoğunlaşmaktadır<sup>1017</sup>. Saf olarak sadece değişim adaletine yönelmiş olan menfaatlerin dengelenmesi içerisinde şekli açıdan şartın düzenlenmesi doğal olarak rol oynamamaktadır, zira şekli olarak şartın düzenlenmesi doğrudan doğruya hakları ve yükümlülükleri gerekçelendirmemektedir. Bu çerçevede şartın şeffaf olarak düzenlenmesi ilkesi bağlamında daha ziyade kullanıcının tek taraflı bir yükümlülüğü söz konusudur<sup>1018</sup>.

Tartışmasız olarak, içerik bakımından birbiriyle bağlantılı olan iki veya daha fazla şartın bir araya gelmek suretiyle oluşturdukları ortak etki, müşteri için aşırı bir yük ve böylelikle haksız bir mağduriyete yol açıyorsa, bu durum, sonuçta her iki

---

<sup>1014</sup> Joppich, s. 24.

<sup>1015</sup> Joppich, s. 24.

<sup>1016</sup> Bkz. Joppich, s. 24.

<sup>1017</sup> Joppich, s. 24 vd.

<sup>1018</sup> Joppich, s. 25.

şartın birlikte hükümsüz olması sonucunu doğurur<sup>1019</sup>. Söz konusu durum aynı zamanda, şartlardan birisinin şeffaflık ilkesine aykırılıktan dolayı hükümsüzlüğünde de söz konusudur. Bunun gerekçesi de, böyle bir durumda şartlardan sadece birisinin etkili kalacağı ve ortada diğer şart da kalmadığından toplama etkisini ortaya çıkamayacağıdır<sup>1020</sup>.

İçerik denetimi ile şekillenen haksız mağduriyet kavramının şeffaflık denetiminin belirlenmesi ve somutlaştırılması için tamamen önemsiz olup olmadığı ve şeffaf olmayan şartlara hukuksal tanıma sağlamamak için yalnızca kendisine yollama yapılan bir husus olarak hizmet edip etmediği konusu bir sorun teşkil etmektedir. Bu soruya nihai bir cevap verebilmek için bir kez daha “sözleşme mekanizmasının doğruluk garantisi” ilkesine ve bu ilkeyi gerçekleştiren ve sınırlandıran özel hukuk düzenine daha yakından değinmek gerekecektir. Bilindiği üzere içerik denetimi vasıtasıyla irade özerkliğine müdahale özel bir meşru temeli gerektirmektedir<sup>1021</sup>. Buna karşılık usulü düzenleyici hükümlerin gerekçesi, ağırlıklı olarak sözleşme özgürlüğünün gerçekleşmesi için, sözleşme taraflarının kararlarının hukuksal ve aynı zamanda geniş ölçüde de fiili açıdan özgürce verilmesini güvence altına alan işlevsel bir sözleşme düzenine ihtiyaç duyduğu düşüncesinden kaynaklanmaktadır<sup>1022</sup>. Usulü karaktere sahip olan düzenlemeler aynı zamanda, bunların sözleşme mekanizmasının ihlallerini tamamen engellemeleri veya en azından kabul edilebilir bir ölçüde sınırlamaları ve böylelikle de sözleşme sonuçlarının doğruluk garantilerini güvence altına almaları yani yükseltmeleri suretiyle de tanımlanmaktadır. Genel işlem şartlarının şeffaflık denetimine tabi tutulması, münferit şartların şeffaf olmaması neticesinde ortaya çıkan enformasyon asimetrisinin ortadan kaldırılması ve nihayetinde genel işlem şartlarının ilişkilendirilmesi suretiyle haksız mağduriyet rizikosunu azaltması anlamına gelmektedir. Bu açıdan şeffaflık denetimi, özel bir meşru temele dayandırılma baskısı altındadır. Bu husus, bir taraftan bu alanda sözleşme mekanizmasının

<sup>1019</sup> Kieninger, § 307 BGB, Rn. 34.

<sup>1020</sup> Bkz. Dietrich Beyer: “Schönheitsreparaturen: Was ist den Vermietern nach den “BGH-Tornados” noch gebillien?, **NJW 2008**, s. 2069; bu konuda Alman Federal Mahkemesi kararları için bkz. NJW 1993, s. 532; BGH, 14.5.2003, 387/02, NJW 2003, s. 2234; NZM 2006, s. 623 vd.; NJW 2006, s. 2116 toplama etkisi konusunda ayrıca bkz. Dominik Klimke: “Summierungseffekt von Formular- und Individualvereinbarung”, JR 2007, s. 353 vd.; Hans-Georg Eckert: “Abwälzung von Schönheitsreparaturen auf den gewerblichen Mieter”, ZfIR 2005, s. 673 vd.; Joppich s. 25 vd.

<sup>1021</sup> Joppich, s. 38.

<sup>1022</sup> Bkz. Canaris, AcB, 200 (2000), s.273 (286 f), Joppich, s. 38'den naklen.

doğruluk garantisinin sürekli olarak ihlal edilmesinden ve içerik denetimi ile tamamlanmasından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda sözleşme mekanizmasının bu ihlali ve sözleşme tarafları arasında bundan kaynaklanan dengesizlik durumu, esas olarak sözleşme şartlarının şeffaf olarak düzenlenip düzenlenmediğinden bağımsız olarak ortaya çıkmaktadır. İşte bu nedenle sözleşme şartlarının şeffaflığı vasıtasıyla müşterinin kendi sorumluluğunun güçlendirilmesinin genel işlem şartları hukuku alanında sözleşme adaletinin gerçekleştirilmesine esas olarak ne dereceye kadar katkı sağlayabileceği kanıtlanmaya muhtaçtır<sup>1023</sup>.

Öte taraftan şeffaflık denetimi, usulî karakterine rağmen, etkili olarak ilişkilendirilen şarta sonradan hukuki tanıma sağlamadığı için sözleşme özgürlüğüne bir müdahale oluşturur. Şeffaflık denetimi böylelikle müşterinin ihlal edilen sözleşme şartlarını -örneğin tek taraflı fesih hakkı olanağı vasıtasıyla- belirleme imkânını yeniden tesis etmez, bilakis bu ihlal sonucunda ortaya çıkan sözleşmesel sonucu ortadan kaldırır<sup>1024</sup>. Buna göre sözleşmenin akdedilmesi sürecine ilişkin doğrudan bir düzenleme söz konusu olmayıp aksine bu süreç içerisinde ortaya çıkan olumsuz durumun giderilmesine yönelik sonradan bir yaptırım söz konusudur. Bu husus yalnızca ilgili şartın ayakta tutulmasının sözleşme adaleti için ciddi bir tehlike anlamına gelmesi gerekçesiyle haklı gösterilmektedir<sup>1025</sup>.

Bu arka plan çerçevesinde şeffaf olmama dolayısıyla haksız bir mağduriyet düşüncesi tamamen yeni bir değer kazanmaktadır. Şeffaf olmama sonucunda müşterinin ciddi bir dezavantajla tehdit edildiği durumda sadece içerik denetimine güvenmeme bilakis bu dezavantajları şeffaflık denetimi yoluyla bertaraf etme düşüncesi gerekçelendirilecektir<sup>1026</sup>. Bu, mutlak olarak somut olayda fiili açıdan bir mağduriyetin ortaya çıkıp çıkmamasına bağlı değildir. Zira usulî denetimler bu tür mağduriyetlerden tipikleştirerek kaçınmaya yöneliktir. Şayet bunun sonucunda şeffaf olmayan şartın kullanılması sırasında sonuç olarak müşterinin haksız bir mağduriyetine yol açabilen spesifik bir riziko tespit edilebiliyorsa, bu durum içerisinde böyle bir şartı sadece şeffaf olmamasından dolayı hükümsüz kılmak için meşru bir temel bulunmaktadır. Alman hukukunda da haksız bir mağduriyetin,

---

<sup>1023</sup> Joppich, s. 39.

<sup>1024</sup> Joppich, s. 39; Kreinbaum, s.223.

<sup>1025</sup> Joppich, s. 39.

<sup>1026</sup> Joppich, s. 39.

düzenlemenin açık ve anlaşılır olmamasından da kaynaklanabileceğine ilişkin yasal düzenlemenin (BGB § 307, f.1 c. 2) bu anlamda anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>1027</sup>.

### **3. Şeffaflık İlkesine Aykırılığın Başlı Başına Şartın “Haksız Şart” Sayılmasına Yol Açması**

Genel işlem şartları içerisinde yer alan şeffaf olmayan bir düzenlemenin bizatihi kendisi bir dezavantaj oluşturmaktadır<sup>1028</sup>. Şeffaf olmamanın kendisinin müşteri açısından başlı başına bir dezavantaj oluşturması temelini her şeyden önce müşterinin bu durum nedeniyle piyasa şansını kaybetmesinde, açık ve anlaşılmaz olan şartlar nedeniyle mevcut haklarını idrak edememesinde ve kullanıcının mevcut –varsayılan- hakları karşısında teslim olma tehlikesine maruz kalmasında bulmaktadır<sup>1029</sup>. Sözleşme şartlarının şeffaf olmaması, bu anlayış çerçevesinde sırf bu nedenle bir dezavantaj oluşturmaktadır. Dolayısıyla şeffaf olmama haksız bir mağduriyete indirgenmektedir<sup>1030</sup>.

Burada haksız mağduriyet özel olarak ele alınmamakta, bilakis şeffaf olmamanın mantıksal sonucu olarak varsayılmaktadır. Bir şeffaf olmama durumunun zorunlu olarak aynı zamanda haksız bir mağduriyeti de oluşturduğunun kabulü temelinde, şeffaf olmama hükümsüzlükle eşit bir sonuca gelmektedir<sup>1031</sup>.

İlk etapta belirsiz bir hukuksal kavram olan haksız bir mağduriyet ile sözleşmesel düzenlemenin kullanıcı ile onun müşterisinin menfaatleri arasındaki dengenin ciddi bir şekilde ihlal edildiği ifade edilebilir. Bu çerçevede şeffaf olmayan önceden formüle edilmiş düzenleme mevcutsa, açık ve anlaşılır düzenlemeden söz edilemez. Hak ve yükümlülüklerini yerine getirememesi ve piyasa karşılaştırması yapmaktan engellenmesi sebebiyle, menfaat dengeleri şeffaf olmamadan kaynaklanan

<sup>1027</sup> Joppich, s. 39. Alman Medeni Kanununun bu hükmü ile (307, f. 1, c.2) istenilenin, şeffaf olmayan şartların kendiliğinden, yani müşterinin içeriksel haksız bir mağduriyetinin ortaya çıkmasına gerek olmaksızın, hükümsüz olarak kabul edilmesi olduğu yönünde bkz. Kutlu, s. 59.

<sup>1028</sup> Bkz. Köndgen, NJW 1989, s. 943 (950); Heinrichs, FS Trinker (1995) s. 157 (162), Joppich, s. 21; Schmidt, BGB § 307 RN 40 vd.

<sup>1029</sup> Bkz. Joppich, s.22.

<sup>1030</sup> Joppich, s. 22 ayrıca bkz. Römer, NVersZ 1999, s. 93 (104).

<sup>1031</sup> Joppich, s. 27.

nedenlerle ihlal edilecektir. Bu ise şeffaf olmayan düzenleme dolayısıyla bir mağduriyet durumudur. Dolayısıyla müşteri açısından dezavantajlı bir duruma yol açan, kullanıcının şekli düzenleme gücüyle neden olduğu haklı bir menfaate dayanmayan bu tür düzenlemeler haksız olarak değerlendirilmelidir<sup>1032</sup>. Özetlemek gerekirse bu anlayış çerçevesinde şeffaf olmama durumu genel işlem şartlarının şeffaflığı ilkesi anlamında bizzat bir mağduriyet oluşturmaktadır.<sup>1033</sup>.

## §2. BAĞIMSIZ BİR DENETİM TÜRÜ OLARAK ŞEFFAFLIK DENETİMİ

### I. GENEL OLARAK

Sözleşme şartlarının açık ve anlaşılır olmamasının içerik denetimi çerçevesinde mağduriyete yol açabileceğine ilişkin anlayış yanında şeffaflık denetiminin tamamen bağımsız bir kategori olması gerektiği de ifade edilmektedir<sup>1034</sup>. Bunun sonucu olarak genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesinin gerçekleşmesi yani şeffaflık denetimi için ister düzenleme içeriğinden kaynaklanan bir mağduriyet, ister şeffaf olmama nedeniyle ortaya çıkan bir mağduriyet olsun, artık bir mağduriyet gerekçelendirilmesine ihtiyaç duyulmamaktadır<sup>1035</sup>.

Şeffaflık ilkesi ve haksız mağduriyet ilişkisi çerçevesinde, haksız bir mağduriyete yol açmasa dahi tek başına genel işlem şartlarının şeffaf olmamasının bağımsız bir denetim kategorisi olduğunu kabul eden anlayış, esas olarak şu gerekçelere dayanmaktadır: Genel işlem şartlarının şeffaflık denetiminin yöneldiği amaç, içerik denetiminden tamamen farklıdır ve şeffaflık ilkesince güvence altına alınmak istenen enformasyon imkânı vasıtasıyla, genel işlem şartlarından kaynaklanan haklar ve yükümlülükler açısından müşterinin karar verme gücünü ve böylelikle de esas olarak rekabet imkânını güçlendirmektedir<sup>1036</sup>. Hatta buna ilaveten Avrupa Birliği'nin 93/13 No.lu Yönergesinde (md. 4, f. 2; md. 5, c.1) norm olarak

<sup>1032</sup> Bu konuda bkz. Joppich, s. 28; Kreienbaum, s. 258 vd.; von Westphalen, NJW 2002, s. 12 vd., 17.

<sup>1033</sup> Bkz. Joppich, s. 29.

<sup>1034</sup> Bkz. Evermann, s. 59 vd.; Kreienbaum, s. 253 vd.; Joppich, s. 23.

<sup>1035</sup> Bkz. Evermann, s. 67 vd.; Joppich, s. 23.

<sup>1036</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 257 vd.; Joppich, s. 23 vd.

düzenlenen şeffaflık ilkesi kendine özgü bir denetim aracı olarak ele alınmıştır ve her durumda şeffaf olmama hali zorunlu olarak bir yaptırım gerektirmektedir. Bu durumda şeffaflık denetimini bağımsız bir denetim kategorisi olarak kabul eden anlayışın destekleri arasındadır<sup>1037</sup>.

Şeffaflık denetimiyle amaçlanan esas husus sözleşmesel ilişki içerisinde tarafların eş değerliliğinin ihlalinin sonradan düzenlenmesi değil bilakis sözleşmenin içeriği olan şartlar hakkında sözleşme tarafının bilgi sahibi olma imkânı vasıtasıyla genel olarak kullanıcı karşısında müşterinin konumunun güçlendirilmesidir<sup>1038</sup>.

Bir şartın şeffaf olmadığına ilişkin karar, sözleşme taraflarının bir şartın açık ve anlaşılır olma hususundaki menfaatlerinin tartımının bir sonucu olmalıdır<sup>1039</sup>. Böylelikle şeffaflık denetimi esnasında bir şartın şeffaf olmadığı belirlenmesi, sözleşme tarafının hakkı olan bilgilendirme ihtiyacının karşılanmasının şartın düzenlenmesi vasıtasıyla ihlal edilip edilmediği hususunda bir değerlendirmeyi de içermelidir. Bu şekilde tespit edilen bir şeffaf olmama durumu, zorunlu olarak başka bir değerlendirmeye gerek olmaksızın problemlı şartın hükümsüzlüğüne yol açmaktadır<sup>1040</sup>.

Özetle bu anlayışa göre genel işlem şartının şeffaf olmaması dolayısıyla ortaya çıkan bilgilendirme asimetrisi içerisinde müşterinin bir mağduriyeti bulunmaktadır. Genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır düzenlenmesi suretiyle müşterinin mağduriyete uğramaması şeklinde ortaya konulan şeffaflık ilkesi dolayısıyla müşterinin bilgilendirme menfaati korunduğu için, şeffaf olmama durumu gerçekleştiğinde artık potansiyel açıdan şeffaf olmamanın maddi ölçülerine müracaat etmeye ihtiyaç kalmamaktadır. Dolayısıyla genel işlem şartları içerisinde yer alan şeffaf olmayan düzenleme, genel işlem şartlarının gerektirdiği şartın açıklığı ve anlaşılabilirliği açısından zaten menfaatlerin bir tartımını da içermektedir<sup>1041</sup>.

---

<sup>1037</sup> Joppich, s. 23; bu konuda ayrıca bkz. Armbrüster, s. 439 vd.

<sup>1038</sup> Joppich, s.30; şeffaflık ilkesi ile amacın müşterinin hukuksal durumu ve sözleşmenin kendisine yüklediği maddi külfetler konusunda gereği gibi aydınlatılması olduğu yönünde bkz. Nihat Yavuz: **Sözleşmedeki Haksız Şartlar**, Seçkin yayınevi, Ankara 2009, s. 243.

<sup>1039</sup> Joppich, s. 30; ayrıca bkz. Kreienbaum, s.259.

<sup>1040</sup> Joppich, s. 30; bu konuda ayrıca bkz. Schmidt, BGB § 307, BeckOK Rn. 30 vd.

<sup>1041</sup> Bkz. Joppich, s. 30.

## II. ŞEFFAFLIK GEREĞİNİN BAĞLAYICILIK VEYA İÇERİK DENETİMİNİN İÇİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Genel işlem şartlarının denetlenmesi sırasında geleneksel olarak bağlayıcılık denetimi ile içerik denetimi ayırımı yapılmaktadır. İçerik denetimi sırasında şart içeriğinin maddi olarak caiz olup olmadığı denetlenirken, bağlayıcılık denetimi ise düzenlemenin sözleşmenin bir parçası haline gelip gelmediğine ilişkindir<sup>1042</sup>.

Genel işlem şartlarının geçerlilik temeli taraflar arasında yapılan kararlaştırmada bulunmaktadır. Bu bağlamda prensip olarak, beyanı kabul edenin fiili olarak genel işlem şartının içeriğinden bilgi sahibi olup olmadığı önem arz etmemektedir. Beyanın muhatabının genel işlem şartlarına tabi olması ve genel işlem şartları kullanıcısının koşulları çerçevesinde sözleşmeyi akdetmeye hazır olduğunun anlaşılması yeterlidir. Genel işlem şartları içerisindeki gizli münferit düzenlemeler, müşteri açısından dezavantajlı oldukları takdirde ve özellikle belgenin dış görünüşü itibarıyla bu dezavantajı hesaplamak zorunda değilse ve müşteri de bu konuda bilgilendirilmemişse bağlayıcılık denetimi uyarınca sözleşmenin içeriği haline gelmezler<sup>1043</sup>. Bu çerçevede bağlayıcılık denetimi, müşteriyi aynı zamanda sürpriz genel işlem şartları karşısında da korumaktadır ve imzalanan metnin beyanın içeriği olacağı ilkesinin bir istisnasını ifade etmektedir<sup>1044</sup>.

Bağlayıcılık denetiminin temel noktası, bir şartın içeriksel olarak ağır surette dezavantaja sebebiyet vermesi değil, şaşırtıcı etkisi nedeniyle –gerçi dezavantajlı ve fakat içeriksel olarak izin verilen- bir şartın sözleşmenin bir parçası olmamasıdır<sup>1045</sup>.

Genel işlem şartları bağlayıcılık denetimi yanında içeriksel uygunlukları bakımından da denetlenmek zorundadır. Bu çerçevede her iki tarafın ana edimleri dışında kalan ve ağır surette mağduriyete yol açan şartların hükümsüzlüğü içerik denetiminin özünü oluşturmaktadır. Müşterinin, kullanıcının hazırladığı önceden

---

<sup>1042</sup> Atamer, Genel işlem şartlarının müşteri için açık ve anlaşılır bir içerikte düzenlenmemesi durumunda, bağlayıcılık denetimi gereğince bu hükmün hiç sözleşme içeriği olamayacağı, bu engeli aşması durumunda ise içerik denetimine tabi tutulabileceğini ifade etmektedir. Yine Atamer, şeffaflık ilkesini alman öğretisinin, bağlayıcılık denetiminde de, içerik denetiminde de başvurulabilecek genel bir ilke olarak benimsendiğini belirtmektedir (bu konuda bkz. Atamer, s. 209 ve özellikle dn. 353).

<sup>1043</sup> Leitner, s. 103.

<sup>1044</sup> Leitner, s. 103; ayrıca bkz. Korinek, JBL 1999, 166.

<sup>1045</sup> Leitner, s. 103.

formüle edilmiş sözleşme şartlarına tabi olması ile bağlantılı olarak içeriksel dengesizlikle karşı karşıya kalması içerik denetiminin temel bağlantı noktasıdır<sup>1046</sup>.

## **A. 93/13 NO.LU AB YÖNERGESİNDEKİ DURUM**

93/13 No.lu AB yönergesi genel işlem şartlarının şeffaf bir şekilde düzenlenmesini istemektedir. Ancak bu amaca nasıl ulaşılacağı ve Yönergenin iç hukuka aktarılmasının yönetsel usulü hususunda bilgi vermemektedir. Bu itibarla Avrupa Birliği hukuku anlamında şeffaflık ilkesi iç hukuka gerek içerik denetimi yoluyla gerekse de bağlayıcılık denetimi yoluyla aktarılabilir. Zira sistematik davranış tarzı öngörülmüş değildir<sup>1047</sup>. Şeffaflık ilkesinin bağlayıcılık denetiminin mi yoksa içerik denetiminin mi bir normu olduğu sorusunun cevabı yönergeden değil, yasa koyucunun yönergeyi iç hukuka aktarırken seçtiği yapılanmanın bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>1048</sup>. Dolayısıyla 93/13 no.lu AB Yönergesi iç hukuka aktarılırken üye Devlet şeffaflık denetiminin düzenleneceği sistematik konumu belirleyebilecektir.

## **B. BAZI AVRUPA ÜLKELERİNİN YASAL DÜZENLEMELERİNDEKİ GÖRÜNÜM**

### **1. Almanya'daki Görünüm**

Yukarıda da belirtildiği üzere Almanya'da şeffaflık ilkesi daha Avrupa Birliği 93/13 AB yönergesi kabul edilmeden önce –ve yine Borçlar Hukuku Modernizasyon Yasası çıkarılmadan önce- genel işlem şartları yasasında özel bir maddede düzenlenmişti (ABGB § 9). Bu düzenleme, makul olmayan bir şekilde mağduriyete sebep olan genel işlem şartlarının hükümsüzlüğünü öngörüyordu. Genel işlem şartlarının şeffaf olmayan bir şekilde düzenlenmesi durumunda da bu tür bir makul olmayan mağduriyet görünmekteydi. Dolayısıyla alman hukukunda şeffaflık ilkesinin hukuksal temeli, başlangıçtan itibaren genel işlem şartlarının içerik

---

<sup>1046</sup> Leitner, s. 103, 104.

<sup>1047</sup> Leitner, s. 104; ayrıca bkz. Korinek, JBL 1999, 156 vd.

<sup>1048</sup> Leitner, s. 104.



denetimi olarak öngörülen bir norm (AGBG § 9) idi. Almanya'daki Genel İşlem Şartları Yasasında şeffaflığı öngören hüküm, borçlar hukuku modernizasyondan sonra Alman Medeni Yasası'nın 307. paragrafı içerisine alındı. Böylelikle alman yargısal içtihatları tarafından geliştirilen şeffaflık ilkesi açıkça yasada kabul edilmiş oldu. Bu çerçevede Alman Medeni Yasası § 307, f. 1, c. 2'de şu şekilde bir düzenleme getirdi: *“Makul olmayan bir mağduriyet düzenlemenin açık ve anlaşılır olmamasından da kaynaklanabilir.”*. Bu değişiklik ile içeriksel olarak söz konusu anlamda hukuksal bir değişim olmadığı, Alman Federal Mahkemesinin yargısal içtihatlarının sadece açık bir şekilde yasanın metnine dâhil edildiği ifade edilmektedir<sup>1049</sup>. Özetle Almanya'da şeffaflık ilkesi genel işlem şartlarının genel içerik denetiminin bir kısmı, şeffaf olmama da makul olmayan mağduriyetin özel bir durumudur<sup>1050</sup>. Bu durum Almanya'da borçlar hukuku modernizasyonu vasıtasıyla değiştirilmemiş, sadece yasa metninde açıkça teminat altına alınmıştır<sup>1051</sup>.

## 2. Avusturya'daki Görünüm

Avusturya'da da tıpkı Almanya'da olduğu gibi aynı gelişim tarzının olduğu belirtilebilir. Genel işlem şartları kullanıcısının sunduğu ve müşterinin hukuksal durumunu kötüleştiren şeffaf olmayan bir şart, şeffaflık ilkesini öngören Avusturya Tüketicinin Korunması Yasası § 6, f. 3'den önce de Almanya'daki gibi Avusturya Medeni Yasası § 879, f. 3 anlamında ağır bir mağduriyet olarak nitelendirilebilmekteydi<sup>1052</sup>. Söz konusu düzenlemede, genel işlem şartları veya önceden hazırlanmış sözleşme formları içerisinde yer alan ve her iki tarafın ana edimlerinden birisini belirlemeyen bir sözleşme hükmünün, olayın durumları dikkate alınmak suretiyle bir tarafı ağır bir şekilde mağdur etmesi durumunda hükümsüz

<sup>1049</sup> Leitner, s. 104.

<sup>1050</sup> Leitner, s. 105. Bununla birlikte genel işlem şartlarının şeffaf bir şekilde düzenlenmesi gereğinin Alman Medeni Yasasının § 305, f. 2'ye (Eski Genel İşlem Şartları Yasası § 2) dayandığı da ifade edilmektedir. Alman Medeni Yasası'nın 305. paragrafının başlığı genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesi şeklindedir. 305. paragrafın 2. fıkrasında ise genel işlem şartlarının ancak şu durumda sözleşmenin bir parçası haline geleceği ifade edilmektedir. Yani maddeye göre şayet kullanıcı sözleşmenin akdedilmesi sırasında; 1- diğer sözleşme tarafını açıkça genel işlem şartlarının varlığı hususunda bilgi verirse veya açıkça görülebilen bir şekilde sözleşmenin akdedildiği yerde bu konuda bir ilan ya da duyuru suretiyle genel işlem şartlarına işaret etmişse, 2- diğer sözleşme tarafına, genel işlem şartlarının varlığı konusunda bilgi sahibi olma olanağı yaratılırsa ve şayet diğer sözleşme tarafı onun geçerliliği konusunda mutabık kalırsa ancak bu takdirde sözleşmenin bir parçası haline gelir.

<sup>1051</sup> Leitner, s. 105.

<sup>1052</sup> Leitner, s. 105.

olduğu ifade edilmektedir. Bu anlamda ağır mağduriyet müşterinin kendisini tamamlayıcı hukuka kıyasen mağdur eden ve fakat içeriksel olarak belki de caiz olan bir şartın içeriği hususunda uygun bir çaba ile bilgi sahibi olma olanağının eksikliğinde bulunabilirdi. Fakat Avusturya yargısal içtihatları bu yola gitmemiştir<sup>1053</sup>.

93/13 No.lu AB Yönergesi'nin Avusturya'da iç hukuka aktarılmasının, tıpkı Almanya'da olduğu gibi Avusturya Medeni Yasasının yukarıda zikredilen hükmünün (§ 879, f. 3 ABGB) bir modifikasyonu suretiyle mümkün olabileceği ifade edilmekle birlikte, Avusturya'da Yönergenin gereklerini yerine getirmek için Tüketicinin Korunması Yasasına özel bir hüküm eklenmiştir ( KschG § 6, f. 3). Avusturya hukukunda şeffaflık denetimi kendine özgü bir kategori olup, Tüketicinin Korunması Yasasında özel bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla Avusturya'da Alman Medeni Yasası § 307 ile çözülebilecek hususlar hem Avusturya Medeni Yasası (§ 879, f. 3) hem de Tüketicinin Korunması Yasası § 6, f. 3 arasında bölüştürülmüştür<sup>1054</sup>.

---

<sup>1053</sup> Leitner, s. 105.

<sup>1054</sup> Avusturya'da şeffaflık ilkesi, ilkenin kökeni olan Almanya'dakinden farklı olarak başka bir sistematik temele sahiptir. Dolayısıyla şeffaflık ilkesinin içerik denetimine ait olduğuna ilişkin Almanya'daki görüş Avusturya'da henüz söz konusu değildir. Avusturya'da hâkim görüş (bkz. Leitner, s. 106, dn. 562'deki yazarlar) Tüketicinin Korunması Yasasında yer alan şartların açık ve anlaşılır olmasına ilişkin düzenlemeyi içerik denetiminin bir normu olarak kabul etmektedir. St. Korinek, şeffaflık ilkesinin içerik denetimine bağlanmasını teleolojik düşüncelerle gerekçelendirmektedir. Yazara göre şeffaflık ilkesinin temelinde bireysel koruma değil, hukuk düzeninin genel olarak bir şartın açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmesini uygun görmemesi bulunmaktadır. Hükümsüzlük, şeffaf olmayan bir düzenlemenin, mağduriyetin kendisinin denetlenmesinden veya beyanı kabul eden muhatabın muhtemel irade beyanından bağımsız olarak sadece bir sonucudur. İçerik denetimine dâhil edilme sadece bundan kaynaklanan hükümsüzlük şeklindeki hukuksal sonuca bağlıdır. Dolayısıyla somut mağduriyet ve müşterinin şartın içeriği hakkında bilgi sahibi olması da münferit olayda gerekmediği için ve yine hukuk düzeninin şartın açık ve anlaşılır olmamasını istememesi sebebiyle içerik denetimi çerçevesinde şeffaflık denetimi ele alınmalıdır. Bu yüzden şartın içeriği hakkında müşterinin bilgi sahibi olması önemli değildir. Leitner ise Tüketicinin Korunması Yasası § 6, f. 3 bağlamında bağlayıcılık denetiminin bir normunun olduğunu ifade etmektedir. Dayanak noktası olarak ise içeriksel olarak ağır bir mağduriyeti değil bilakis ortalama bir müşterinin şartın içeriğini anlamasını göstermektedir. Zira aynı şart içeriğinin daha açık bir formülasyonu durumunda belki de şart tamamen caiz olabilecektir. Buna karşılık bir şart maddi (içeriksel) olarak makul değilse bu durum onun ortalama bir müşteri için anlaşılabilirliğinden bağımsız olarak içerisinde bulunan ağır mağduriyet sebebiyle geçersizliğine yol açacaktır. Tüketicinin Korunması Yasası § 6, f. 3'e göre caiz olmayan bir durum ortaya çıkardığı uygunsuz durum, onun içeriğinde değil takdiminin tarzındadır. Görüldüğü üzere Leitner, şeffaflık ilkesini bağlayıcılık denetimi içerisinde bir yere oturtmaktadır. Hatta yazara göre içerik denetimi ile bağlayıcılık denetimi arasında kesin bir ayırım yapmakta zordur. Gerçekten de konu daha yakından incelendiğinde görülecektir ki içerik ve bağlayıcılık denetimi arasındaki fark zannedildiği gibi açık değildir. Bu bağlamda içerik denetimi bir anlaşmanın ortaya çıkmasından tamamen bağımsız değildir. Yasanın düzeltici müdahalesi ancak dengesizlik durumu sebebiyle subjektif doğruluk garantisi, irade özerkliğine sahip anlaşmaya tam bir etki edemiyorsa gündeme gelmektedir. Öte taraftan bağlayıcılık denetimi sırasında aynı zamanda içeriksel bileşeler de rol oynamaktadır. Bağlayıcılık denetimi nedeniyle sözleşme dışı bırakılan hükümler, sadece sözleşmenin diğer tarafını dezavantajlı hale getiren şartlar için uygulanabilir. Ayrıca bir şartın içeriği dikkate alınmaksızın onun şaşırtıcı sürpriz olup olmadığı da belirlenemez. Bunun dışında genel işlem şartlarının kötüye kullanılmasını engellemeyi amaçlayan

### C. TÜRK HUKUKU

93/13 no.lu AB Yönergesinin 3. maddesine uygun bir şekilde 4822 sayılı Kanunla değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda sözleşmedeki haksız şartlara<sup>1055</sup> ilişkin 6. maddenin 6. fıkrasında şekli şeffaflık olarak değerlendirilebilecek bir hükme yer verilmiştir. Söz konusu fıkra, 6/A, 6/B, 6/C, 7, 9, 9/A, 10, 10/A ve 11/A maddelerinde yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen tüketici sözleşmelerinin en az 12 punto ve koyu siyah harflerle düzenlenmesi<sup>1056</sup> gerektiği, ancak bu husustaki eksikliğin sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği<sup>1057</sup>, eksikliğin satıcı veya sağlayıcı tarafından derhal giderileceği düzenlenmiştir. Maddede belirtilen sözleşme türleri bakımından öngörülen şekli şeffaflık ilkesine aykırı olarak düzenlenecek şartlar bakımından herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu durumda sorunun çözümünde 93/13 no.lu AB Yönergesi'nin 5. ve 6. maddelerinden yararlanmak yerinde olacaktır. Yönerge'nin 5. maddesi ile tüketiciye sunulan belirli koşulların veya tüm sözleşmenin yazılı olması durumunda, bu koşulların daima açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olması gerektiği düzenlenmiştir. 6. maddesinde ise, üye Devletlerin, bir satıcı veya sağlayıcı tarafından bir tüketici ile akdettikleri sözleşmede kullandıkları haksız şartların, tüketiciyi bağlamayacağını ve haksız şartların varlığı durumunda geriye kalan şartlar

---

normlar daima en azından dezavantajlı olarak kabul edilen sözleşme içerikleri şeklindeki mağduriyetler karşısında müşterinin korunmasını amaçlamaktadır. İlgili unsurlar iç içe geçmiş olduğundan dolayı Leitner'e göre içerik ve bağlayıcılık denetimi arasında kesin bir ayırım yapmak mümkün değildir. Buna karşılık içerik denetimi anlamında ağırlık noktasının düzenlemenin maddi olarak makul olmamasında bulunduğu, bağlayıcılık denetiminde ise göze çarpan temel noktanın şartın ortaya çıkmış olup olmamasında bulunduğu söylenebilir (bkz. Leitner, s. 105 vd.).

<sup>1055</sup> Sözleşmedeki haksız şartlar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz, s. 68 vd.; Çınar: s.15 vd.; Aydın Zevkliler-Murat Aydoğdu: **Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun**, 3. Baskı, Ankara 2004, Seçkin Yayıncılık, s. 156 vd.; İ.Yılmaz Aslan: **Tüketici Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul 2004, Ekin Kitapevi, s. 273 vd.

<sup>1056</sup> 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun 24. Maddesinin 1. fıkrası hükmü şu şekildedir: "*Kart çıkaran kuruluşlar ile kart hamilleri arasındaki ilişkiler, bu kanun ve diğer mevzuat çerçevesinde en az oniki punto ve koyu siyah harflerle hazırlanacak yazılı sözleşme ile düzenlenir. Sözleşmenin bir örneği, kart hamiline ve varsa kefile verilir. Sözleşme hükümleri ve kartın kullanımı hakkında kart hamiline ayrıntılı bilgi verilmesi zorunludur.*" Yine 24. maddenin 4. fıkrasının son cümlesi "*Sözleşmede kart hamilinin haklarını zedeleyici ve kart çıkaran kuruluş lehine tek taraflı haksız şartlar sağlayan hükümlere yer verilemez.*" biçimindedir.

<sup>1057</sup> Maddede yer alan "...eksikliğin sözleşmenin geçerliliğini etkilemez..." biçimindeki ifade, Türk Borçlar Kanununun 12. maddesinin 2. fıkrasında (BK m. 11/II) yer verilen, kanunda öngörülen şekilde yapılmayan sözleşmelerin, kanunda aksine bir hüküm yoksa geçerli olmayacaktır, düzenlemesindeki kanunda aksine hüküm bulunmamasının uygulanması oluşturacak ve öngörülen şekilde yapılmayan, yani 12 punto ve koyu siyah harflerle yazılmayan sözleşme şartlarının geçerliliğini etkilemeyecektir (bkz. Çınar, s. 175, 176).

bakımından sözleşmelerin tarafları bağlayacağını kabul eden düzenlemeleri yapmaları gereğine yer verilmiştir. Söz konusu Yönerge maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, açık ve anlaşılır düzenlenmeyen sözleşme şartının kötüye kullanılabilir olması durumunda geçersizlik yaptırımına bağlandığı söylenebilir<sup>1058</sup>. Dolayısıyla Tüketicinin Korunması hakkında Kanununun 6. maddesinin 6. fıkrası hükmünün bağlayıcılık denetimi sırasında değil, içerik denetimi sırasında şekli şeffaflık kriteri olarak göz önünde bulundurulması gereken bir kıstas olduğu değerlendirilmesi yapılabilecektir<sup>1059</sup>.

93/13 no.lu AB Yönergesinin iç hukuka aktarılması bakımından Haksız Şartlar Yönetmeliğinin değerlendirilmesi gerekecektir. Yönetmeliğin “Sözleşme Şartlarının Haksızlığının Değerlendirilmesi” başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasında, sözleşme şartlarının, tüketicinin anlayabileceği şekilde açık ve anlaşılır dille yazılmış olması gereği düzenlenmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise, şartların haksızlığın takdirinde, şartlar açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmış olmak şartıyla, gerek sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki, gerekse mal veya hizmetin gerçek değeri ile sözleşmede belirlenen fiyatı arasındaki denge hususunda bir değerlendirme yapılamayacağı, hükmüne yer verilmiştir. Her ne kadar Yönergenin iç hukuka aktarılması sırasında, Yönerge'nin 5. maddesindeki gibi bir hükme yer verilmemekle birlikte, yukarıda belirtilen Yönetmeliğin 6. maddesinin 3. fıkrası gereğince, şeffaf düzenlenmeyen, yani açık ve anlaşılır olmayan edim-karşı edim dengesine ilişkin şartlar denetlenebilecektir<sup>1060</sup>.

Şeffaflık ilkesi Türk Borçlar Kanununun 23. maddesinde yorum sorunu olarak ele alınmıştır<sup>1061</sup>. “Yorumlanması” başlığı altında ilgili hüküm şu şekilde

<sup>1058</sup> Bkz. Çınar, s. 173; sözleşme koşullarının haksız olmasının yaptırımı konusunda ayrıca bkz. Yavuz, s.83 vd.

<sup>1059</sup> TKHK.nun 6. maddesinin 6. fıkrasında belirtilen sözleşmelerin şartları öngörülen , yani 12 punto ve koyu siyah şekilde yazılmamışsa, içerik denetimine tabi tutulabilecek ve şayet denetim neticesinde bu şartların, tüketici aleyhine dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde makul olmayan bir dezavantaj yaratıyorsa, haksız şart olarak kabul edilerek, geçersiz sayılabilecektir. (bkz. Çınar, s. 173 ve 174).

<sup>1060</sup> Bkz. Çınar, s. 171. Yazar, bir şartın ivaz veya karşı edim ile ilgili olup olmadığı hususunun bağlayıcılık denetimi sırasında değil, içerik denetimi sırasında göz önünde bulundurulacağını ve içerik denetiminin sınırlarını belirleyeceğini ifade etmiştir (Çınar, s. 172).

<sup>1061</sup> Bkz. Havutçu, “Değerlendirme”, s. 3622. ATAMER, ilgili hükmün yoruma ilişkin olduğunu, içerik olarak hem Avrupa ülkelerindeki düzenlemelerle hem de Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinin 4. fıkrası ile örtüştüğünü belirtmiş, bununla birlikte bu düzenlemenin, sözleşmelerin yorumuna ilişkin TBK Tasarısı'nın 19. maddesine eklenmesinin kanun sistematigi açısından daha isabetli olacağını ifade etmiştir. Kuntalp ve diğerleri maddeye ilişkin olarak yaptıkları değerlendirmede, genel bir yorum kuralının genel işlem kurallarına ilişkin bir kanun maddesi

düzenlenmiştir: “Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.” Genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır olması şeffaflık ilkesinin bir gereği olup, bu ilke esas olarak genel işlem şartlarının açık, belirli ve anlaşılır şekilde düzenlenmesini, müşterinin genel işlem şartlarını kolayca okuyabilmesini, içeriğini özellikle de hak ve yükümlülüklerini doğru bir şekilde anlayabilmesini gerektirmektedir. Bu açıdan bakıldığında, şeffaflık ilkesinin doğrudan bir yorum sorunu olmadığı anlaşılacaktır<sup>1062</sup>.

Esasen yorum, bir irade beyanının hukuksal değerlendirilmesi için ilgili anlamının ortaya çıkarılmasını amaçlamakta ve bu çerçevede, açık olmayan, çok anlamlı ve anlaşılmaz beyanlarla uğraşmakta olup, şartın hükümsüzlüğüne neden olmamaktadır. Şeffaflık ilkesinin ihlali ise şartın hükümsüzlüğüne yol açabilir<sup>1063</sup>.

Bununla birlikte yorum suretiyle elde edilen sonucun genel işlem şartları hukukuna ilişkin şeffaflık ilkesi anlamında anlaşılabilirliğin denetlenebilmesi için ilk dayanak noktalarını sağlayabileceği de belirtilmelidir<sup>1064</sup>.

Dolayısıyla, yeni Türk Borçlar Kanununda şeffaflık ilkesinin salt bir yorum sorunu olarak ele alınmasının isabetli olduğu söylenemez. Oysa, özellikle Alman<sup>1065</sup> ve İsviçre Hukuku’ndaki<sup>1066</sup> yasal düzenlemelerde, şeffaflık ilkesi daha çok içerik denetimi ile bağlantı içerisinde. Yine 93/13 No.lu AB Yönergesinin 4. maddesi ile de şeffaflık ilkesi içerik denetiminde bir kıstas olarak düzenlenmiştir<sup>1067</sup>. Bu gerekçeyle de öğretide Havutçu<sup>1068</sup>, şeffaf olmama yani genel işlem şartlarının açık

---

haline getirmenin gerekliliğinin tartışmaya açık olduğunu ve yine maddenin başlığının müphem ve uygunsuz olduğunu belirtmekle yetinmişlerdir (bkz. Kuntalp/Barlas/Ayanoğlu Moralı/Çavuşoğlu İşiltan/İpek/Yaşar/Koç: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler”, **Galatasaray Üniversitesi Yayınları**, İstanbul Mayıs 2005, s. 29. Türkiye Bankalar Birliği ise, 23. maddenin sözleşme serbestisine aykırı olup, sübjektif yorumlara yol açıp, sözleşmeyi düzenleyenlerin haksız mağduriyetlerine neden olabileceği gerekçesiyle Tasarı’dan tamamen çıkarılması gerektiği görüşündedir (bkz. Türkiye Bankalar Birliği/ **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Görüş ve Öneriler** / 27 Mayıs 2005, s. 3).

<sup>1062</sup> Bkz. Havutçu, “Değerlendirme”, s. 3622.

<sup>1063</sup> Kreienbaum, s. 50.

<sup>1064</sup> Joppich, s. 55.

<sup>1065</sup> Bu konuda bkz. BGB § 307/1 ve bu konuda yukarıda yapılan açıklamalarımız.

<sup>1066</sup> Bkz. İsviçre Haksız Rekabet Yasası m. 8.

<sup>1067</sup> Ayrıca bkz. Havutçu, “Değerlendirme”, s. 3623.

<sup>1068</sup> Bkz. Havutçu, “Değerlendirme”, s. 3623. Yazar, TBK Tasarısı’nın 23. maddesindeki “açık ve anlaşılır olmama” kısmının çıkarılarak, şeffaflık ilkesine Tasarı’nın içerik denetimine ilişkin 25. maddesinde yer verilmesini ve geçersizlik nedeni sayılmasını ifade etmiştir. Tasarı’nın 23. maddesinin ise ya sadece “genel işlem şartları içinde yer alan bir kuralın anlamının belirlenmesinde tereddüt

ve anlaşılır olmamasının, içerik denetimi kapsamında değerlendirilmesi ve şartın şeffaf olmaması nedeniyle hükümsüz sayılabilmesi gerektiği görüşünü ileri sürmüştür. Her ne kadar Türk Borçlar Kanununda şeffaflık ilkesine yer verilmiş olması olumlu olarak değerlendirilebilirse de yeterli olduğu söylenemez. Nitekim Kanunun gerekçelerinde 93/13 nolu AB Yönergesi ve Alman Medeni Kanunu hükümlerine değinilmişse de şeffaflık ilkesi bakımından neden Yönergedeki ve Alman Medeni Kanunundaki düzenlemelerin esas alınmadığı anlaşılamamaktadır. Söz konusu yasal düzenlemelerden yıllar sonra yapılan bir yasal düzenlemede, Avrupa Birliği ve genel işlem şartlarına ilişkin temel düzenlemelerin neredeyse ilk defa yapıldığı Alman hukukundaki konuya ilişkin gelişmeler çerçevesinde hükümler konulması yerinde olurdu. Kanaatimizce şeffaflık denetimi ayrı bir denetim aracı olarak Türk Borçlar Kanununda düzenlenmelidir.

### **III.BAĞIMSIZ BİR DENETİM TÜRÜ OLARAK ŞEFFAFLIK GEREĞİ**

#### **A. BAĞIMSIZ BİR DENETİM TÜRÜ OLMASININ NEDENLERİ**

##### **1. İçerik Denetimi ve Şeffaflık İlkesinin İşlevleri**

Genel işlem şartlarının içerik denetimi ile şeffaflık denetimi çıkış noktaları ve fonksiyonları açısından karşılaştırıldığında aralarında önemli farkların ortaya çıktığı görülecektir<sup>1069</sup>. Her şeyden önce, şeffaf olmama durumunun bilgi asimetrisi şeklinde kendine özgü bir dengesizlik durumunu oluşturduğu belirtilmelidir. Ayrıca baştan itibaren bütün genel işlem şartlarının müşteri için tipik olarak açık ve anlaşılabilir olmayan bir nitelikte olduğundan hareket edilemez.

Bu şekilde ortaya çıkan dengesizlik durumu gerçi şeffaflık düşüncesi bağlamında kendine özgü bir ilke değil bilakis ilgili somut olaylar içerisinde içerik denetiminin ilave bir gerekçesi olabilir. Fakat genel işlem şartlarının içerik denetimi

---

halinde, kullanan aleyhine olan anlam esas alınır" biçiminde düzenlenmesi, ya da bu hükmün tamamen bu bölümden çıkarılarak sözleşmelerin yorumuna ilişkin düzenleme içine alınması önerisinde bulunmuştur (bkz. Aynı eser, s. 3623). Çınar ise, TBK Tasarısı'nın içerik denetimine ilişkin 25. maddesinde şeffaflık ilkesine yer verilmemiş olmasından dolayı, şeffaf olmayan bir hükmün sözleşmenin içeriğine dâhil olmadığını kabul etmek gerektiği görüşündedir (bkz. Çınar, s. 172).

<sup>1069</sup> Joppich, s. 37.

somut dengesizlik durumundan bağımsız olarak vuku bulduğu için özellikle böyle bir duruma da ihtiyaç duyulmayabilecektir<sup>1070</sup>.

Şeffaflık denetimi, sözleşmenin akdedilmesinin sözleşmesel doğruluk garantisine aykırı sonuçlarını denetleme anlamında değil, daha ziyade sözleşme mekanizmasının ihlalini yaptırma tabi tutma anlamında yorumlanmaktadır. Böylelikle şeffaflık denetimi içerik denetiminin aksine kuvvetli bir usulî karaktere sahiptir<sup>1071</sup>. Şeffaflık denetiminin temelinde, “bilgi modeli” olarak betimlenen, yeterli bilgi ve aydınlatmanın müşteriyi gerek sözleşmenin akdedilmesi sırasında şartlar üzerindeki müzakereler yoluyla gerek alternatif önerileri kabul etme yoluyla rekabet piyasalarında pazar şansını bizzat ve yeterli derecede idrak edebilmesi şeklindeki kabul bulunmaktadır<sup>1072</sup>. Bu bağlamda sözleşme adaleti bireyin kendi kararlarından sorumlu olması ilkesine de hizmet etmektedir.

Böylelikle şeffaflık denetimi ile içerik denetiminin esas olarak farklı doğalara sahip oldukları görülmektedir<sup>1073</sup>. Bu denetimlerden birisi bireyin kendi kararını vermesi şeklindeki değeri vurgularken diğeri irade özerkliğine -gerekli olduğu takdirde- sınırlar koymaktadır<sup>1074</sup>. Her iki denetim için de sözleşmesel doğruluk garantisini prensibine yönelme ortak nokta olarak tespit edilebilirse de her iki denetim sisteminin çıkış noktası ve işlev tarzı, bir denetim sürecinde yöntemsel olarak birlikte uygulanması tamamen imkânsız olacak derecede, farklıdır. Bu itibarla içerik denetimi hakkında gerçekleştirilen bir şeffaflık denetiminin kabulü reddedilmelidir<sup>1075</sup>.

## 2. Genel İşlem Şartlarının Şeffaf Olmaması ve Haksız Mağduriyet

Genel işlem şartlarındaki düzenlemelerin şeffaf olmaması ile bu düzenlemelerin yol açtığı haksız mağduriyet arasındaki ilişkinin aşağıdaki çerçevede ele alınması ve gerekçelendirilmesi mümkündür.

---

<sup>1070</sup> Bkz. Joppich, s. 37.

<sup>1071</sup> Joppich, s. 37.

<sup>1072</sup> Joppich, s. 37; Kreinbaum, s. 215.

<sup>1073</sup> Joppich, s. 37.

<sup>1074</sup> Joppich, s. 37.

<sup>1075</sup> Joppich, s.37, 38.

**a) Sözleşme taraflarının menfaatlerinin tartımında bir ölçü olarak şeffaf olmama**

İlk etapta şeffaflık ilkesinin tarafların menfaatlerinin bir tartıma tabi tutulması sebebiyle aynı zamanda sözleşmenin karşı tarafı açısından haksız bir mağduriyete yol açıp açmadığı hususundan hareket edilebilir. Bu çerçevede şartla getirilen bir düzenleme ile örneğin bu düzenlemenin fiyatı düzeltici etkisi, sözleşmenin karşı tarafı için yeteri derecede açık olarak ortaya konulmuyor ve gizleniyorsa bu durum müşterinin haksız bir şekilde mağduriyeti olarak değerlendirilebilir<sup>1076</sup>.

Bu çerçevede öncelikle şartın mağduriyete yol açan içeriği belirlenmekte ve buna bağlı olarak menfaatlerin tartımı yoluna gidilmek suretiyle bu dezavantaj ile şartın şeffaf olarak takdim edilmesi halinde müşterinin olası menfaati ilişkilendirilmektedir<sup>1077</sup>. Bu davranış tarzı ile genel anlayış olan dürüstlük kuralına aykırı olarak müşterinin haksız surette mağduriyete yol açan genel işlem şartları düzenlemelerinin hükümsüz olduğu sonucuna ulaşılmaktadır<sup>1078</sup>. Bu anlayışa tipik bir örnek olarak Alman Medeni Kanununda (BGB § 307, f. 1, c. 1) yer alan dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanıcının, müşterinin haksız bir şekilde mağduriyetine yol açan genel işlem şartlarının hükümsüz olduğuna ilişkin düzenleme gösterilebilir. Görüldüğü üzere menfaatlerin tartımının ölçütü olarak genel işlem şartlarının şeffaf olmaması, genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmesi durumunda, müşterinin menfaati bulunduğunu ve şeffaflık ilkesine riayet edilmesi ile bu tür mağdur edici etkilerin sınırlanabileceğini göstermektedir<sup>1079</sup>.

**b) Haksız mağduriyet olarak genel işlem şartlarının şeffaf olmaması**

aa. Genel işlem şartlarının şeffaf olmamasının yanında ayrıca haksız mağduriyetin gerekli olup olmadığı sorunu

Bir genel işlem şartının şeffaf olmaması durumunda hükümsüzlüğü için ayrıca maddi olarak haksız bir mağduriyetin de mevcut olmasının zorunlu olup

<sup>1076</sup> Bkz. BGH 24.11.1988, BGHZ 1065, s. 42 (49) (Joppich, s. 12 den naklen).

<sup>1077</sup> Bkz. Joppich, s. 12; Kreinbaum, s. 251.

<sup>1078</sup> Joppich, s. 12.

<sup>1079</sup> Bkz. Joppich, s. 13.



olmadığı hususu tartışmalı bulunmaktadır. Alman Federal Mahkemesi tarafından verilen bazı kararlarda genel işlem şartlarının hükümsüzlüğünün değerlendirilmesi sırasında bu hükümsüzlüğün sadece şartların haksız mağduriyetine yol açan şeffaf olmama durumuna dayandırıldığı görülmektedir<sup>1080</sup>. Bu anlayış başka bir gerekçelendirmeye başvurulmaksızın haksız mağduriyetin bizzat genel işlem şartlarının şeffaf olmamasına dayandırmakta ve bu durum da şartın hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaktadır<sup>1081</sup>. Bu çerçevede şeffaflık dışında yer alan diğer menfaatler bu değerlendirmede dikkate alınmamaktadır.

Bununla birlikte genel işlem şartlarının şeffaf olmaması durumunda, bu şeffaf olmama durumu yanında ayrıca maddi bir mağduriyet bulunması gerektiğini savunanlar bu surette şeffaflık ilkesinin daha da kuvvetlendirileceğinden hareket etmektedirler<sup>1082</sup>. Hatta “haksız mağduriyetin şartın açık ve anlaşılır olmamasından kaynaklanabileceği” yönünde yasal düzenlemelere de rastlanmaktadır. Alman Medeni Kanununda yer alan bu düzenlemedeki “kaynaklanabilir” ifadesinden, genel işlem şartlarında yer alan düzenlemeler bakımından her şeffaf olmama durumunun hükümsüzlüğe yol açmayabileceği yorumu da yapılmaktadır<sup>1083</sup>.

Şeffaf olmayan bir şartın mevcudiyeti halinde ayrıca haksız mağduriyetin gerekli olmadığı görüşü esas olarak şu gerekçelerle dayanmaktadır; Buna göre şeffaflık denetiminin temel hareket noktası, içerik denetiminin temel dayanağından farklı olarak, sonuçların denetiminde bulunmamakta, bilakis ihlal edilen yani zedelenen sözleşme dengesinin (paritesinin) köklerinde bulunmaktadır<sup>1084</sup>. Müşteri, genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesine riayet edilmesiyle yeterli derecede bilgilenmek ve aydınlanmak suretiyle, menfaatlerini ve pazar şansını takip edebilecek bir konuma kavuşmalıdır. Bu çerçevede şeffaf olmama durumu, haksız bir mağduriyetin sonucu değil, bilakis zedelenen sözleşme dengesinin temel sebebidir<sup>1085</sup>. Bu itibarla genel işlem şartlarında yer alan ve anlaşılır olmayan sözleşme şartları tek başına müşteri için bir mağduriyet teşkil ederler. Zira

---

<sup>1080</sup> Bkz. BGH 22.11.1995, NJW 1996, s. 456; BGH 08.10.1997, BGHZ 136, s. 394 (402); BGH 24.3.1999, VersR 1999, s. 710; BGH 12.06.2001, NJW 2001, s. 2636 (Joppich, s. 13 den naklen).

<sup>1081</sup> Bkz. Joppich, s. 13.

<sup>1082</sup> Bkz. Westphalen, NJW 2002, 12 (17) ve Stadler, s. 31 dpn.100 de anılan yazarlar.

<sup>1083</sup> Bkz. Westphalen, NJW 2002, 12 (17); Stadler, s. 31.

<sup>1084</sup> Bkz. Stadler, s. 32 vd.

<sup>1085</sup> Bkz. Leitner, s.27 vd.; Stadler, s. 32.

müşterinin şeffaf olmayan ve anlaşılamayan düzenlemelerle hukuksal konumunun ihlal edilmemesine ilişkin menfaatleri zedelenmektedir<sup>1086</sup>. Kısaca bizim de katıldığımız bu görüş çerçevesinde içeriksel olarak maddi bir mağduriyetin ortaya çıkmasına gerek olmaksızın bizzat şeffaf olmama durumunun şartın hükümsüzlüğü için yeterli olduğu ifade edilebilir.

bb. Genel işlem şartlarının şeffaf olmaması nedeniyle müşterinin haklarını icra etmesinin zorlaşması

Genel işlem şartlarının şeffaf olmaması dolayısıyla ortaya çıkan bir dezavantaj her şeyden önce müşterinin hataya sevk edilmesi yasağından ortaya çıkmaktadır<sup>1087</sup>. Bu çerçevede şeffaf olmayan formülasyonları nedeniyle müşterinin hukuksal konumunu haksız bir şekilde ortaya koyan ve müşterinin haklarını uygulamaktan alıkoyma tehlikesini ortaya çıkartan şartlar geçersiz bulunmaktadır<sup>1088</sup>. Hataya sevk etme yasağı, şeffaflık ilkesinin kendine özgü bir görünümü olarak değil, ancak bir yansıma etkisi olarak anlaşılmalıdır. Hataya sevk etme yasağının dogmatik sınıflandırılmasından farklı olarak müşterinin şeffaf olmayan düzenlemeler vasıtasıyla haklarını icra etmesinin zorlaştırılması, genel işlem şartları hukuku ve inceleme konumuz olan şeffaflık ilkesi çerçevesinde bir dezavantaj olarak değerlendirilebilir. Gerçekten de genel işlem şartlarının şeffaf olmaması sonucunda birçok durumda müşterinin hakları o derecede ihlal edilmektedir ki, şeffaf olmama nedeniyle müşteri hukuksal bir talebini veya hukuksal bir savunmasını gerçekleştirmek imkânından yoksun kalmaktadır<sup>1089</sup>.

cc. Genel işlem şartlarının şeffaf olmamasının müşterinin piyasada serbestçe karar verebilmesine etkisi

Sözleşmenin akdedilmesi sırasında genel işlem şartlarının şeffaf olmayan düzenlemeler içermesi müşterinin piyasada serbestçe karar vermesini etkilemektedir.

---

<sup>1086</sup> Bkz. Stadler, s. 32.

<sup>1087</sup> BGH 24.11.1988, BGHZ 106, S. 42 ff , Alman Federal Mahkemesi de bu anlayışı esas alarak Almanyada Borçlar hukuku modernizasyonundan önce yürürlükte olan AGBG Par. 9.f. 1 deki hataya sevk etme yasağından, şeffaf olmama nedeniyle bir dezavantajın ortaya çıkabileceğini ifade etmiştir.(Joppich, s. 14).

<sup>1088</sup> Bu konuda bkz. BGH 26.11.1984 BGHZ 93, S.29 ff; BGH 23.3.1988, BGHZ 104, S. 82 ff; BGH 5.11.1998, BGHZ 140 S. 25 ff (Joppich, s. 14 den naklen).

<sup>1089</sup> Bkz. BGH 17.3.1999, VersR 1999, S. 679 ff ; OLG Stuttgart 28.05.1999, VersR 1999, 832 ff. (Joppich, s. 15 den naklen).

Bu çerçevede sözleşme yapılırken şeffaflık ilkesine riayet edilmesi, müşterinin farklı mal/hizmet sunucularını karşılaştırma imkânını sağlayacaktır. Buna karşılık müşteriye sözleşme akdedilirken bu bilgilerin sunulmaması müşterinin şeffaf olmama dolayısıyla mağdur edilmesine neden olan diğer bir dezavantaj olarak kabul edilmiştir<sup>1090</sup>. Bu husus yalnızca şeffaf olmama nedeniyle de müşteri için pazar şansının kaybedilmesi şeklinde bir dezavantajın ortaya çıkabileceği anlamına gelmektedir.

### 3. Sözleşmenin Uygulanması Sırasında Şeffaflık Gereği

Şeffaf olmama dolayısıyla bir mağduriyet, sadece sözleşmenin akdedilmesi durumunda ortaya çıkmaz, aynı zamanda sözleşmenin uygulanması sırasında da ortaya çıkabilir<sup>1091</sup>. Şayet bir sözleşme tarafı şeffaf olmama nedeniyle sözleşmenin içeriğini tam olarak kavrayamazsa bu durumda mevcut haklarını idrak edememe, doğru olarak tahmin edememe ve onları uygulamaya koyamama tehlikesi ortaya çıkacaktır. Yine müşteri, kullanıcının varsayılan mevcut hakları karşısında teslim olursa aynı ölçüde riziko bulunmaktadır<sup>1092</sup>. Müşterinin kendisinin özgürce karar vermesi, sadece sözleşmenin akdedilmesi düzeyinde etkisini göstermemekte, sözleşmenin adil bir şekilde uygulanması için de önemli bir koşul olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>1093</sup>. Dolayısıyla sözleşme akdedildikten sonra da sözleşmeden kaynaklanan hak ve yükümlülükler, makul bir şekilde tahmin edilebilmeli, yani bu süreçteki hukuksal durum da şeffaf olmalıdır<sup>1094</sup>. Müzakerenin sonucu fiilen de hayata geçerse ancak bu durumda sözleşme özgürlüğü tam olarak gerçekleşebilir. Burada farazi olarak mevcut hak ve yükümlülüklerin uygulamaya sokulması suretiyle sözleşme kurumunun tek taraflı olarak kötüye kullanılması dolayısıyla makul ya da uygun menfaat dengesinin bozulmaması bakımından bir denetim ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu noktada öncelikle sözleşme tarafları vasıtasıyla iç denetime güvenilmelidir. Aynı zamanda kendi kararlarından sorumlu olarak kendi

<sup>1090</sup> Bkz. BGH 09.05.2001 (IV ZR 138/99), NJW 2001 S. 2013 und BGH 09.05.2001 (IV ZR 121/00), NJW 2001 S. 2010 (Joppich, s. 15'den naklen).

<sup>1091</sup> Ingo Koller: "Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen", in: Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag, Berlin 1990 (Hrsg. Von: Jürgen F. Bauer u.a.), s. 667-686, s.670.

<sup>1092</sup> Joppich, s. 43; Schäfer, s. 168.

<sup>1093</sup> Joppich, s. 43; Schäfer, s. 168; Koller, s. 670.

<sup>1094</sup> Lindacher, s. 351; Hans-Bernd Schäfer, s. 27.

sözleşmesel haklarını talep eden ve öteki sözleşme tarafınca hakların kullanılmasını haklılığı açısından denetleyen sözleşme taraflarınca yapılan iç denetime güvenilmelidir. Bu denetim mekanizması ancak her iki tarafın sözleşmesel hakları ve yükümlülükleri açık ve anlaşılır ise işlev görebilir<sup>1095</sup>.

Şartların şeffaf olmayan bir şekilde düzenlenmesinde, sözleşmenin uygulanması sırasında genel işlem şartları kullanıcısının karşısındaki müşterinin ciddi mağduriyetlerinin ortaya çıkması tehlikesi bulunmaktadır. Bu durum, şartların içerik denetimi yanında aynı zamanda bir şeffaflık denetimine de tabi tutulmasını ve gerektiğinde bu şartların içerik denetiminden bağımsız olarak geçersiz kılınmasını haklı çıkarmaktadır<sup>1096</sup>.

#### **4. Değerlendirme**

Genel işlem şartlarındaki şeffaflık ilkesi sözleşme şartlarının açık ve anlaşılır bir şekilde ortaya konulmasını ve müşterinin hukuksal konumu, haklarını ve yükümlülüklerini idrak edebilmesini sağlayacaktır. Yine genel işlem şartlarının şeffaf şekilde düzenlenmesi suretiyle müşteri piyasada rasyonel karar verebilecek ve rekabet çerçevesinde başka bir mal/hizmet sunucularına yönelebileme imkânına kavuşabilecektir. Bu itibarla genel işlem şartlarının şeffaf olmaması, bize göre de müşterinin bu imkânları kullanmasını engelleyebileceği için, tek başına şeffaf olmama durumu ayrı bir mağduriyet olarak kabul edilmeli ve şeffaflık denetimi kendine özgü hukuksal bir denetim aracı olarak değerlendirilmelidir.

### **B. BAĞIMSIZ BİR DENETİM TÜRÜ SAYILDIĞINDA ŞEFFAFLIK DENETİMİNİN SIRASI**

Şeffaflık denetimi ve içerik denetimi genel işlem şartları hukukunun birbirinden ayrı ya da bağımsız denetim araçlarını oluşturuyorlarsa burada kaçınılmaz olarak bunların birbirleri ile hangi denetim ilişkisi içerisinde buldukları

---

<sup>1095</sup> Joppich, s. 43.

<sup>1096</sup> Joppich, s. 43.

sorusu ortaya çıkmaktadır<sup>1097</sup>. Haksız içeriksel bir mağduriyetin bulunması bir şartın şeffaflık ilkesi açısından denetlenmesi için tek başına bir koşul değil ise bu takdirde önceden formüle edilmiş sözleşme hükümlerinin maddi bir mağduriyet incelemesine tabi tutulmaksızın daima haksız bir şekilde şeffaf olup olmadıkları hususunda denetime tabi tutulmaları gerektiği söylenebilir. Bunun mantıksal sonucu olarak da mahkemeler, şart içeriğinin buna ilaveten aynı zamanda maddi bir denetimden geçip geçmediğine ilişkin açıklamalara girmeksizin bir şartı sadece şeffaflık ihlali sebebiyle hükümsüz sayabilirler<sup>1098</sup>. Bu tür bir hareket tarzının özellikle hukuk güvenliği açısından problem arz edebileceği ifade edilmiştir<sup>1099</sup>. Şayet kullanıcı içerik aynı kalırken şeffaflık eksikliğini düzeltirse, düzenlemenin müteakip yargısal denetim sırasında yalnızca içeriksel açıdan haksız mağduriyet dolayısıyla hükümsüz kılınması tehlikesi devam etmektedir. Böyle bir sonuç usul ekonomisi açısından da istenen bir sonuç değildir<sup>1100</sup>.

Bu nedenle şeffaflık denetiminin denetim sırası bakımından maddi içerik denetiminden sonra yapılması gerektiğini ifade edenler vardır<sup>1101</sup>. Alman hukuku açısından bu durum Alman Medeni Yasasının haksız bir mağduriyetin aynı zamanda düzenlemenin açık ve anlaşılır olmamasından da kaynaklanabileceğini öngören hükmünün (BGB 307, f.1, c.2) sistematığına de uygun olduğu ifade edilmiştir. Bu durum ise yasa koyucunun maddi eşdeğerliliği sözleşmenin denetiminin ağırlık noktası olarak telakki ettiğini açıklığa kavuşturmaktadır. İçeriksel makullüğe ilişkin sorun yalnızca taraflarca istenen ve kararlaştırılan hususlar temelinde ortaya konurken, şeffaflık denetimi bunun yanı sıra sözleşmenin akdedilmesi formunu karara bağlayacak unsurları da içermektedir. Şeffaflık ilkesi somut olarak neyin adil olduğuna cevap vermeksizin tıpkı içerik denetimi gibi sözleşme adaletinin korunmasını amaçlar. Bu nedenle içerik denetimi ile şeffaflık denetiminin uygulama alanı eşit olarak mevcutsa daima bunlardan birincisi denetim bakımından önceliğe

---

<sup>1097</sup> Joppich, s. 46.

<sup>1098</sup> Joppich, s. 46. Karş. örnek olarak BGH 26.10.2005 – VIII ZR 48/05, Wertpapier- Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 2006, s. 585 vd.

<sup>1099</sup> Billing, **WM 2007**, s. 245 (247), Joppich, s. 46'dan naklen.

<sup>1100</sup> Joppich, s. 46.

<sup>1101</sup> Bkz. Billing, **WM 2007**, s. 245 (247), Joppich, s. 47'den naklen.

sahip olacaktır. Böylelikle şeffaflık denetimi temel önemini içerik denetiminin şartın hükümsüzlüğüne yol açmaması durumunda kazanacaktır<sup>1102</sup>.

Buna karşılık maddi olarak hükümsüz bir şartın ayrıca şeffaflık ilkesine uygunluğu açısından da denetime tabi tutmanın çok anlamı yoktur. Zira bu durumda kullanıcının şartı içeriksel olarak yeniden düzenleme zorunluluğu söz konusu olacaktır<sup>1103</sup>.

---

<sup>1102</sup> Joppich, s. 47.

<sup>1103</sup> Joppich, s. 47.

## **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**

### **ŞEFFAFLIK GEREĞİ VE GENEL İŞLEM ŞARTLARININ YORUMU, GENEL İŞLEM ŞARTLARININ ŞEFFAF OLMAMASININ SONUÇLARI**

#### **Ş1. ŞEFFAFLIK GEREĞİ VE GENEL İŞLEM ŞARTLARININ YORUMU**

##### **I. GENEL OLARAK**

Daha öncede ifade edildiği üzere şeffaflık ilkesi, genel işlem şartlarının açık, belirli ve anlaşılır şekilde düzenlenmesini gerektirmektedir ve genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesinin ihlali, şartın hükümsüzlüğüne yol açabilir. Buna karşılık yorum, bir irade beyanının hukuksal değerlendirilmesi için ilgili anlamının ortaya çıkarılmasını amaçlamaktadır. Bu bağlamda yorum, açık olmayan, çok anlamlı ve anlaşılmaz beyanlarla uğraşmaktadır<sup>1104</sup>. Yorum ve şeffaflık ilkesi arasında sistematik bir çelişki mevcutmuş gibi görünebilir. Bu yüzden yorum ve şeffaflık ilkesi arasındaki ilişkiyi tam olarak incelemek zorunluluğu bulunmaktadır.

##### **II. GENEL İŞLEM ŞARTLARINA ÖZGÜ YORUM KURALLARI**

Şeffaflık denetiminin birinci ve en önemli bağlantı noktası genel işlem şartları içerisinde bulunan önceden formüle edilmiş düzenlemelerdir. Başka bir anlatımla ilgili sözleşme şartlarının içerikleridir. Genel işlem şartlarının esas içeriğinin belirlenmesinin aracı yorumdur. Bu yorum sonucunda genel işlem şartlarının anlamının anlaşılabilmesi için öncelikle genel işlem şartlarının yorumunun<sup>1105</sup> ilkelerinin ortaya konması gerekecektir.

---

<sup>1104</sup> Kreienbaum, s. 50.

<sup>1105</sup> Genel işlem şartlarının yorumu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Sambuch, s. 313 vd.

## A. OBJEKTİF YORUM –BİREYSEL SÖZLEŞMEYE UYGUN YORUM SINIRLANDIRMASI

### 1. Objektif Yorum

Genel işlem şartları sözleşmenin hükümleridir ve bu nitelikleri çerçevesinde esas olarak sözleşmelerin ve irade açıklamalarının yorumuna ilişkin özel hukukun genel hükümlerine tabidirler<sup>1106</sup>. Bu bağlamda öğretideki çoğunluk görüşün objektif yorum ilkesini benimsediği söylenebilir<sup>1107</sup>. Buna göre genel işlem şartları hukuksal olarak önceden bir eğitim almamış ortalama müşterinin algılama imkânından hareket ederek, genel işlem şartlarını dürüst ve algılama yeteneğine sahip sözleşme taraflarının normal olarak katıldıkları işlem çerçevesinde menfaatlerini tartmak suretiyle anlayacakları gibi yorumlanmalıdır<sup>1108</sup>. Bu çerçevede şartların somut muhatabının bireysel özellikleri, özellikle kişisel idrak yetenekleri veya somut anlayışları yorum sırasında dikkate alınmamaktadır<sup>1109</sup>. Yine bu yorumda, somut olayda bireysel menfaat durumundan ziyade daima kullanıcının ve onun sözleşme tarafının tipleştirilmiş menfaatleri esas alınmalıdır. Alman Hukukunda bireysel sözleşmeye uygun yorum adı altında öğretilde savunulan azınlık görüşü, yorum esnasında sözleşmenin akdedilmesi sırasında müşteri tarafından idrak edilebilen bütün durumları da dikkate almaktadır<sup>1110</sup>. Bu iki görüş değerlendirildiğinde hakim olan görüşe, özellikle hukuk güvenliğini ve hukuksal belirliliği gerçekleştirmesi sebebiyle öncelik verilebileceği ifade edilmektedir<sup>1111</sup>. Bu durum çerçevesinde bir şartın makullüğünün genel geçerli olarak değerlendirilmesi ancak ona temel olarak aynı anlamın verilmesi ile söz konusu olacaktır<sup>1112</sup>. Buna karşılık şayet kullanıcı, hazırladığı sözleşme koşullarının kendisinin müşteri karşısında bir bütün olarak

<sup>1106</sup> Bkz. Palandt/Heinrichs, § 305 c BGB, Rn. 15; Joppich, s. 50, dn.160.

<sup>1107</sup> Özellikle Alman öğretisinde bu ilkenin benimsendiğine ilişkin olarak bkz. . Kreinbaum, s. 51, dn. 3; Hans Schulte-Nölke, § 305 b BGB, Rn. 1; Joppich, s. 50, dn. 162'deki yazarlar.; Basedow, Kommentar, §305c, Rn. 22; Havutçu, s. 149 ve dn. 370'deki yazarlar. Türk hukuk bakımından bkz. Soyer, s. 130 vd.; Havutçu, s. 149-151. Buna karşılık İsviçre hukukunda ise objektif yorum ilkesinin benimsendiği söylenemez. Nitekim İsviçre Hukukunda genel işlem şartlarının yorumunda, bireysel sözleşmelerin yorumu ilkelerinden ayrılmadan, somut olayın özellikleri dikkate alınarak, güven ilkesi çerçevesinde yorum yapılabilmektedir (bu konuda bkz. Havutçu, s. 149, 150 ve dn. 371'de anılan yazarlar; Atamer, s. 130, dn. 31'de anılan yazarlar; Çınar, s. 109,110).

<sup>1108</sup> Bkz. Palandt/Heinrichs, § 305 c BGB, Rn. 16; Joppich, s. 50 ve özellikle dn. 163'deki yargı kararları.

<sup>1109</sup> Kreinbaum, s. 51; Joppich, s. 50; ayrıca bkz. Basedow, Kommentar, § 305c BGB, Rn. 22.

<sup>1110</sup> Joppich, s. 50, dn. 166.

<sup>1111</sup> Joppich, s. 50.

<sup>1112</sup> Kreinbaum, s. 53; Joppich, s. 50.



uygulanmayacağından endişe ederse bu takdirde bu durum genel işlem şartları dolayısıyla (kitlese) ticaretin rasyonalizasyonuna yönelik kabul edilen meşru amaçla daha fazla bağdaşabilir olmayacaktır<sup>1113</sup>.

Objektif yorum münferit sözleşmenin akdedilmesi sırasındaki bütün bireysel özelliklerin yorum esnasında dikkate alınmamasını öngörmektedir. Buna göre bir düzenlemenin anlaşılabilirliği muhatabın kişisel anlayış yeteneğine göre değil bilakis normal olarak ilgili işlem türüne katılan çevrenin menfaatlerinin tartımı çerçevesinde dürüst müşterinin anlayışına yöneliktir<sup>1114</sup>. Bireysel özellikler ya da özel durumlar yalnızca bireysel müzakere derecesine ulaştıkları takdirde dikkate alınır<sup>1115</sup>.

Objektif yorumun savunucuları her durumda ortak bir yorumu esas almak suretiyle kitlese düzenlemeler olarak genel işlem şartlarının özelliklerini göz önüne almaktadırlar. Ortak yorum, aynı zamanda genel işlem şartları ile bütün sözleşmeler açısından aynı düzenlemeyi amaçlayan kullanıcının menfaatlerine de uygundur. Bu amacı aynı zamanda müşteri de bilebilir<sup>1116</sup>.

Alman Hukukunda sözleşmenin akdedilmesine eşlik eden durumlar da genel işlem şartları hukukunda makul olmayan mağduriyetin değerlendirilmesinde dikkate alınacağı için, objektif yorum ilkesinin tüketici sözleşmelerinde de sınırsız olarak uygulanacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla içerik denetiminde uygulanan yorum burada geçerli değildir<sup>1117</sup>.

Objektif yorum daha fazla hukuk güvenliğine ve hukuksal açıklığa yol açtığından genel işlem şartlarında objektif yorumun esas alındığı görüş bizce de yerindedir. Genel işlem şartlarındaki düzenlemelerin objektif yorumu için yukarıda zikredilen argümanlar yanında bir genel işlem şartı hükmünün içeriksel uygunluğunun genel geçer bir değerlendirmesinin ancak onun temel olarak aynı anlamı taşıdığı sürece mümkün olabileceği argümanını da belirtmek gerekir.<sup>1118</sup>

---

<sup>1113</sup> Bkz. Joppich, s. 51; ve dn. 168.

<sup>1114</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 51; Heinrichs, NJW 1994, 1380 (1382).

<sup>1115</sup> Kreienbaum, s. 51.

<sup>1116</sup> Kreienbaum, s. 52.

<sup>1117</sup> Joppich, s. 51.

<sup>1118</sup> Kreienbaum, s. 53; Joppich, s. 50 vd.

## 2. Bireysel Sözleşmeye Uygun Yorum

Bu görüşü savunanlar ise<sup>1119</sup>, genel işlem şartlarının yorumu için sözleşmenin akdedilmesi sırasında muhatap tarafından bilinebilen bütün durumları dikkate almaktadırlar. Bu görüş, genel işlem şartlarının hukuki işlem karakteri ile teyit edilmektedir. Bu yorum anlayışı genel işlem şartlarının tipik olarak uygulanması sırasında bazen objektif yorum ilkesinden ayrılan bir yorumun haklı gösterebileceğini ifade etmektedir<sup>1120</sup>.

## B. DİĞER YORUM İLKELERİ

### 1. Genel Olarak

Yukarıdakilere ilave olarak yorum esnasında şartların lafzı yanında şartın sistematik konumu ve genel işlem şartlarıyla varılmak istenen amaç ve anlam da dikkate alınmalıdır. Temel ölçü olarak ise ilgili ortalama müşterinin anlayışı esas alınmalıdır<sup>1121</sup>. Buna karşılık Ulmer, genel işlem şartlarının yorumu sırasında sadece somut şartın metninin dikkate alınmasını istemektedir<sup>1122</sup>. Yorumlanacak düzenlemenin gerek sistematik konumu gerekse anlam ve amacı dikkate alınmamalıdır. Sadece metin ile sınırlı olan yorum, şart içeriğinin ancak anlam ve amaç dikkate alınarak sistematik yorumla ortaya çıkarılabildiği durumlarda şartın sözleşmeyle ilişkilendirilememesi sonucuna yol açacaktır<sup>1123</sup>.

Yorumun sadece bir şartın metnine indirgenmesi metnin doğal bir şekilde kavranmasına aykırıdır. Zira müşteri şartı, öncesinde ve sonrasında bulunan düzenlemelerle bağlantı içerisinde görmektedir<sup>1124</sup>. Aynı şekilde müşteri içeriğinin ortaya çıkarılması sırasında şartın anlamını da göz önüne alabilmektedir. Doğal olarak anlaşılacağı üzere, amaç ve anlama göre yapılan yorum ve sistematik yorum olaydan olaya farklı ve zordur. Bu konudaki uygulanabilir ölçütlerin bulunmasındaki

<sup>1119</sup>Bkz. Kreienbaum, s. 52, dn. 9'daki yazarlar.

<sup>1120</sup>Kreienbaum, s. 52.

<sup>1121</sup>Bkz. Kreienbaum, s. 53 ve dn. 14-17.

<sup>1122</sup>Bkz. Ulmer, in Ulmer/Brandner/Hensen § 5 Rn. 21 (Kreienbaum, s. 54).

<sup>1123</sup>Bkz. Ulmer, in Ulmer/Brandner/Hensen § 5 Rn. 21, 23 (Kreienbaum, s. 54).

<sup>1124</sup>Bkz. Kreienbaum, s. 55.

zorluk sistematik ve teleolojik yorumun esas olarak caiz olmadığı sonucuna bizi götürmemelidir<sup>1125</sup>.

## 2. Ortalama Müşterinin Anlayışına Göre Yorum

Bu anlayış yasal bir düzenlemede mevcut olmamakla birlikte yargısal içtihatlarda görülmektedir. Alman Federal Mahkemesine göre, sigorta sözleşmesindeki sigorta koşulları, ortalama bir müşterinin sigorta hukukuna ilişkin özel bilgiye sahip olmaksızın anlayabileceği şekilde yorumlanmalıdır<sup>1126</sup>. O halde genel işlem şartları objektif olarak yorumlanmalıdır. Objektif yorumun temeli ise, genel işlem şartlarının çok sayıda sözleşmede uygulanmak üzere hazırlanmış olmasında ve genel işlem şartlarının rasyonelleştirme etkisine ancak bütün bu sözleşmeler için ortak bir yorumun kabulü ile ulaşılabileceğinde bulunmaktadır<sup>1127</sup>. Burada söz konusu olan yorumda da alışılmış olan dil kullanımı geçerlidir. Müşterinin hukuksal ön bilgiye sahip olması da şart değildir. Yine ilgili sözleşme şartının ortaya çıkış geçmişi ve düzenleme amacı da, müşteri tarafından bilinmediği sürece, dikkate alınmaz<sup>1128</sup>.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, şeffaflık ilkesinin görünümü sadece içerik denetimi değil aynı zamanda bağlayıcılık denetimi, sürpriz şart denetimi ve belirsizlik kuralında da ortaya çıkmaktadır. Fakat şeffaflık ilkesinin bu münferit görünümünün sınırlarını birbirinden kesin olarak ayırmak daima mümkün değildir. Esas olarak şeffaflık ilkesinin farklı uygulama alanlarının birlikte bulunması da söz konusu olabilmektedir. Şeffaf olmayan genel işlem şartları nedeniyle yukarıdaki farklı durumlardan ikisi söz konusu ise, ilgili hükümlerden hangisinin uygulanacağı hususunda hakim serbesttir<sup>1129</sup>.

Bu husus özellikle şeffaflık denetimi ile sürpriz şart denetimi arasındaki ilişkide genel işlem şartlarının sürpriz edici etkisi için geçerlidir. Sürpriz şart etkisi esas olarak genel işlem şartlarının şart içeriğinin dış/şekli düzenlenmesine

<sup>1125</sup> Kreienbaum, s. 55.

<sup>1126</sup> Bkz. BGH VersR 2006, 1066 (1067) (Stadler, s. 42 den naklen).

<sup>1127</sup> Bkz. Stadler, s. 41 vd.

<sup>1128</sup> Stadler, s. 41.

<sup>1129</sup> Bkz. Stadler, s. 42.

dayanmaktadır. Bu bağlamda genel işlem şartlarının içerisinde beklenmeyen bir yerde ifadesini bulan şartlar, bu konuları nedeniyle hem sürpriz şart denetimine hem de şeffaflık denetimine aykırı olabilirler. Şaşırtıcı/alışılmamış bir şart aynı zamanda, şayet müşterinin haklı beklentilerinden sapma gösteriyorsa şeffaf da değildir. Şartın anlaşılabilir olmakla birlikte alışılmış olması durumunda sürpriz şart denetiminin getirdiği koruma sınırlanmaktadır. Yine belirsizlikler kuralı ile şeffaflık ilkesinin kesişmesi de mümkün olabilir. Çok anlamlı şartlar bakımından şeffaflık ilkesi ancak şartın çok anlamlılığı onu anlaşılabilir kılıyorsa gündeme gelebilir<sup>1130</sup>. Bunun yanında bağlayıcılık denetimi ile şeffaflık ilkesinin birlikte uygulama alanı bulması da söz konusu olabilir. Buna göre, zor anlaşılır olmaları nedeniyle müşteri tarafından anlaşılması mümkün olmayan şartlar, hem şeffaflık ilkesini hem de belirsizlikler kuralını ihlal ederler<sup>1131</sup>.

### C. YORUMUN ŞEFFAFLIĞA ETKİLERİ

Yorum ve şeffaflık denetimi arasında esaslı ve sıkı bir ilişkinin varlığı görülmektedir. Şayet irade açıklamaları yani sözleşme şartları belirsiz, çok anlamlı ve anlaşılabilir iseler, bu durum da bir yorumu ve muhtemelen şeffaflık denetimini gerektirebilecektir<sup>1132</sup>. Buna ilaveten yorum sırasında belirli objektif anlaşılabilirlik mülahazaları yani tipik ortalama müşterinin anlayış kabiliyeti belirleyici ölçüt olarak ele alınabilir<sup>1133</sup>. Ancak bu durum yalnızca anlayışlı belirli bir ortalama müşteri örneğini şart kılmaz, bilakis kullanıcı tarafından neden olunan ve yorum sırasında şartın kendisi tarafından istenilen düzenleme içeriğinden farklı bir şekilde anlaşılması tehlikesinden korkulan mevcut bir takım formülasyon noksanlıklarını da yaptırıma tabi tutar<sup>1134</sup>.

Objektif yorumun şeffaflık ilkesinin gereklerini gerçekleştirip gerçekleştirmediği sorunu teknik terimlerin yorumu problematiği açısından da incelenmelidir. Kullanılan teknik terimler, hitap edilen müşteri çevresi gerekli maddi

---

<sup>1130</sup> Bkz. Stadler, s. 42.

<sup>1131</sup> Bkz. Stadler, s.43.

<sup>1132</sup> Joppich, s. 53.

<sup>1133</sup> Joppich, s. 53, ayrıca karşı ve.dn. 182'deki yargı kararları.

<sup>1134</sup> Joppich, s. 53, 54.

bilgiye sahip olduğu için kavramın içeriğini anlayabiliyorsa, mesleğe ilişkin özel anlamları içerisinde sözleşmenin içeriği olurlar<sup>1135</sup>. Buna karşılık genel işlem şartlarının kullanıcısı özel bir müşteri çevresine hitap etmiyorsa bu takdirde ortalama bir müşteri çevresinden ve ortalama anlayış yeteneğinden hareket edilmelidir. Kural olarak bu müşteriler özel bir deneyime sahip olmaksızın kavramı mesleki alana özgü anlamı içerisinde anlamamaktadırlar. Bu müşteri çevresinden ilgili teknik terimleri kavraması, bunlara kendileri tarafından bilinmeyen özel teknik anlamını vermeleri beklenmemelidir<sup>1136</sup>.

### 1. Şeffaf Olmamanın Belirtisi Olarak Yorum Gerekliliği

Genel işlem şartlarının yoruma gereksinim duymasının genel olarak şartın şeffaf olmadığına ilişkin önemli bir belirti teşkil edip etmediği sorunu ortaya konulmalıdır<sup>1137</sup>.

Yukarıda ortaya konulan bu sorun yine genel işlem şartlarına özgü yorumun koşulları ve fonksiyonu açısından cevaplanmalıdır. Objektif yorum, ilgili ticari işlem çevresinde tipik müşterinin tasarrufu altında bulunan izin verilen yorum araçlarının alanını sınırlamaktadır. Bunun amacı tek taraflı olarak kullanıcının anlamı belirlemesinden kaçınmaktır. Yine yorum çerçevesinde özellikle beyanın karşı tarafının kendiliğinden gerçek anlamını bulamayacağı anlam çeşitliliklerine yer verilmemelidir<sup>1138</sup>. Sözleşme tarafının başlangıçtan beri anlamını çıkaramadığı bir husus şartın içeriğini anlamasına uygun değildir. Fakat objektif yorumun bu noktada henüz daha sınırını bulmadığı bilakis bundan başka sözleşme tarafına yönelik olası anlam çeşitliliklerini de içerdiği söylenmelidir. Bu açıdan yorumun her iki sözleşme tarafının da menfaatlerini koruması gerektiği bir kez daha vurgulanmalıdır<sup>1139</sup>. Bu noktada yorum, düşünülebilen bütün anlam çeşitliliklerini göz önüne almaz aksine sadece beyanda bulunanın iradesinin beyanı ile kabul edenin idrak kabiliyetini ortak ve her iki tarafın menfaatlerini dengeleyen bir paydaya getirmeye yöneliktir. Bu

---

<sup>1135</sup> Kreienbaum, s. 55.

<sup>1136</sup> Kreienbaum, s. 55.

<sup>1137</sup> Joppich, s. 54.

<sup>1138</sup> Karş. Joppich, s. 54.

<sup>1139</sup> Joppich, s. 54.

bağlamda amaç, yorum suretiyle ortak olarak kararlaştırılanların objektif tespitini elde edebilmektir. Bu bakımdan yorum anlaşılabilirliğin ve açıklığın denetiminde bizi tamamen farklı bir düşünceye götürmektedir. Yorumun amacı müşteri için şartın nasıl anlaşıldığıdır. Şeffaflık denetimi ise sözleşme tarafının şartı bu anlamda yeterli derecede anlayabilip anlayamadığını açıklığa kavuşturmak zorundadır. Bunun sonucu olarak da genel işlem şartları içerisindeki bir şartın yoruma gereksinim duyması, genel işlem şartları hukuku anlamında şartın şeffaf olmadığına ilişkin önceden bir karar oluşturmak için yeterli bir emare teşkil etmez<sup>1140</sup>.

Bununla birlikte yorum, yorum suretiyle elde edilen sonucun genel işlem şartları hukukuna ilişkin şeffaflık ilkesi anlamında anlaşılabilirliğin denetlenebilmesi için ilk dayanak noktalarını sağlayabilir. Yalnızca yorumun ve etkililik denetiminin farklı fonksiyonlara sahip olması, tek başına bunların kesiştiği hiçbir nokta olmadığı anlamına gelmez. Ortalama müşteri açısından anlamın ortaya çıkarılmasındaki olası zorluklar, bir şart açısından ortalama ölçüyü aşacak şekilde anlama rizikosunu bulunup bulunmadığı konusunda ilk ölçüğü oluşturmaktadır. Bir şartın içeriğinin yorum yoluyla ortaya çıkarılması ne kadar zorsa kural olarak sözleşme tarafının bu içeriği hiç anlamama veya yanlış anlama rizikosunu da o kadar yüksek olacaktır. Yorumlama zorluğunun derecesi tek başına anlama rizikosunun belirlenmesi için belirleyici parametre olmayacaktır ve aynı zamanda sadece bu durumdan henüz onun makul olmadığına ilişkin bir hüküm çıkartılamaz. Yorumun, şeffaflık denetiminin konusunun belirlenmesini aşan bir öneme sahip olduğu da görülmektedir<sup>1141</sup>.

## **2. Yorum Suretiyle Şeffaflığın Gereklilerin Yerine Getirilmesi**

Genel işlem şartlarına ilişkin objektif yorumun şeffaflık ilkesinin genel gereklilerini ne dereceye kadar karşılayabileceği ve böylelikle şeffaflık denetiminin ön aşamasında genel işlem şartlarının anlaşılabilirliğinin yükseltilmesine katkı sağlayacağı hususu başka bir sorun teşkil etmektedir<sup>1142</sup>. Yorum, bir genel işlem şartı düzenlemesinin anlamını ortaya çıkartır ve objektif olarak ortalama müşteri

---

<sup>1140</sup> Joppich, s. 54, 55.

<sup>1141</sup> Bkz. Joppich, s. 55.

<sup>1142</sup> Joppich, s. 55.

çevresinin idrak kabiliyetinden hareketle yapılır<sup>1143</sup>. Bu suretle yorum ilk olarak belirli bir kullanıcı rizikosunu içerir. Çünkü kullanıcı tarafından kastedilen bir şartın içeriğinin yorum yoluyla değiştirilmesinden kaçınmak için şartların formülasyonları sırasında kendi müşteri çevresinin ortalama anlayış ufkunu oluşturması rizikosu söz konusu olmaktadır. Bu suretle müşteri tarafından genel işlem şartlarının anlaşılabilir bir şekilde formülasyonu hususunda kullanıcı üzerinde yapılan baskı, yorumun kural olarak şartın hükümsüzlüğüne değil bilakis olsa olsa anlam değişikliğine yol açabileceği için önemsiz sayılabilir<sup>1144</sup>.

### 3. Teknik Terimlerin Yorumu

Genel olarak teknik terimlerin muhatapın anlayış ufkuna göre yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. Teknik kavram günlük dil kullanımında bir anlama sahipse bu takdirde bu anlamı sözleşmenin içeriği olacaktır. Buna karşılık kavram, genel dil kullanımında bulunmayan bir kavram ise bu tür durumlarda kavramın teknik dil anlamı ile geçerli olacağı savunulabilir<sup>1145</sup>. Genel teknik terimler, bunların sadece ilgili muhatap müşteri çevresine uygun uzmanlık bilgisi ile içeriği kolaylıkla anlaşılıyorsa alana özgü anlamı içerisinde sözleşmenin içeriği haline gelirler<sup>1146</sup>. Buna karşılık teknik terim günlük dilde de anlama sahipse ve hitap ettiği müşteri çevresi özel bir uzmanlık bilgisine sahip değilse bu takdirde yorum sırasında kavramın bu genel anlamı temel alınmalıdır. Bu noktada muhatapın anlayışı bakımından objektif yorumun genel ilkeleri karşısında karakteristik bir özellik ortaya çıkmamaktadır. Buna karşılık teknik terim genel dil kullanımında büyük ölçüde bilinmiyorsa bu takdirde bu terimin onun ilgili alanındaki teknik anlamı verilmelidir<sup>1147</sup>. Müşterinin sahip olduğu araçlar dikkate alınarak yorum kabiliyetini reddetmek ve bu nedenle de ilgili şartı hükümsüz saymak da bir alternatif olarak ifade edilmektedir<sup>1148</sup>. Bu noktada genel işlem şartları özelindeki düzenlemelere

---

<sup>1143</sup> Bkz. Joppich, s. 55.

<sup>1144</sup> Joppich, s. 56.

<sup>1145</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 56, dn. 26'da anılan yazarlar; teknik terimlerin yorumu için bkz. Basedow, Kommentar, § 305 c BGB, Rn.25 .

<sup>1146</sup> Joppich, s. 56.

<sup>1147</sup> Joppich, s. 56, dn. 191'deki yazarlar.

<sup>1148</sup> Joppich, s. 56, 57.

müracaat etmek ihtiyacı yoktur<sup>1149</sup>. Teknik terimin ilgili olduğu bilim dallarında da terimin anlamı ve sınırlarını çizmek pek kolay değilse ya da tartışmalı ise bu durumda yorumun ortalama müşterinin anlayışından hareketle yapılmasında avantajlar bulunmaktadır. Örnek olarak bir sözleşme şartında “psychisch (psişik)” kavramının kullanılması ve yine bu kavramın “physische (fiziksel)” kavramı ile olan sınırının yorum yoluyla çizilmesinin oldukça zor olması gösterilebilir<sup>1150</sup>.

İlgili teknik terimler arasında hukuksal kavramlar söz konusu ise uygulanacak yorum ilkeleri esasında tartışmalıdır. Ancak hukuki teknik kavramlar genel işlem şartlarında kullanıldığında da yukarıdaki hareket tarzı esas alınabilir. Şayet hukuki teknik kavram günlük dilde de bir anlam ifade ediyorsa bu anlam esas alınmalı<sup>1151</sup>, fakat söz konusu kavram genel dil kullanımında özel bir anlam içeriğine sahip değilse bunun teknik anlamı ile yoruma esas alınması gerektiği ifade edilmektedir<sup>1152</sup>. Buna göre müşterinin ilk etapta kullanılan kavrama günlük dil kullanımı çerçevesinde yüklediği anlam dayanak olmaktadır ve böylelikle de bu anlayış müşteri lehine olmakta ve kullanıcıya formülasyon sırasında büyük bir sorumluluk yüklemektedir<sup>1153</sup>. Teknik anlam, şayet farklı bir anlam verilmesinin istendiğine ilişkin özel durumlar söz konusu değilse esas alınmalıdır<sup>1154</sup>. Bu anlayış öğretide kısmen kabul edilmiştir. Bunu kabul eden görüş, yorum çerçevesindeki hukuksal kavramlara daima onların hukuksal içeriğinin verilmesini istemektedir<sup>1155</sup>. Buna karşılık diğer bir kısım yazarlar ise<sup>1156</sup>, kullanılan teknik kavramın sözleşmenin içeriği haline gelmesini, söz konusu bu teknik kavramın günlük dildeki bir anlama değil bilakis teknik bir anlama sahip olması gerektiğinin ortalama müşteri tarafından genel olarak bilinebilir olup olmadığına bağlamaktadır. Buna göre ortalama müşteri

<sup>1149</sup> Joppich, s. 57.

<sup>1150</sup> Örnek için bkz. Joppich, s. 57.

<sup>1151</sup> Başka dayanak noktası olmayan durumlar için, tarafların kullanmış oldukları terimlerin sözleşmenin kurulduğu sıradaki günlük konuşma dilindeki anlamda kullanıldığını kabulü yönünde bkz. Kaplan, *Sözleşme Müdahale*, s. 45. Yazar tarafların hukuki-teknik kavramlar kullanmaları durumunda tarafların bu kavramı hukuki anlamına uygun olarak kullandıkları yönünde fiili bir karinenin olduğunu ifade etmektedir (bkz. Kaplan, s. 46).

<sup>1152</sup> Karş. Kreienbaum, s. 56 vd; Bu konuda herhangi bir ayırım yapmaksızın, hukuki teknik kavramların yorumu için esas olarak bu kavramların hukuki kavramının ölçü alınması gerektiği görüşü için bkz. Bernreuter, s. 1824.

<sup>1153</sup> Bu görüş savunucuları için bkz. Kreienbaum, s. 56, dn. 30 (Ulmer, in Ulmer/Brandner/Hensen § 5 Rn. 23; Helmut Heinrichs, *Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1993*, NJW 1994, 1380 (1382) .

<sup>1154</sup> Joppich, s. 58, dn. 198'deki yargı kararları.

<sup>1155</sup> Paland/Heinrichs, § 305c, Rn. 16; Joppich, s. 58; Dreher, AcP 189 (1989), s. 342 (371 vd.).

<sup>1156</sup> Joppich, s. 58, dn. 200'deki yazarlar.



karşısında somut teknik anlamın bilinip bilinmediğinin önemi yoktur. Nihayet öğretilerdeki başka bir kısım yazarlar ise, hukuksal teknik kavramları diğer özel teknik kavramlardan ayrı bir işleme tabi tutmamaktadırlar<sup>1157</sup>. Buna göre sadece teknik anlamdan başka bir anlam taşımayan bir terim olmadığı için esas olarak terimin genel dil kullanımındaki içeriği dikkate alınmalıdır.

Esas olarak hukuksal ve diğer teknik terimler ancak yöneldikleri muhatap çevresi bu terimlerin içeriğini idrak edebildikleri takdirde alana özgü teknik anlamlarına sahip olmalıdırlar<sup>1158</sup>. Eğer muhatap çevre bunları anlamıyorsa, hukuksal kavramın günlük dilde teknik anlamından da farklı bir anlamı mevcutsa, bu takdirde anlam yorum yoluyla günlük dilde kullanılan ve böylelikle muhatap tarafından günlük dilde kavranabilen anlama tahvil edilir<sup>1159</sup>. Kreinbaum, hukuksal kavramın hukuki anlamından başka günlük dilde alternatif farklı bir anlam içeriğine sahip olmaması durumunda, ilgili şartın genel yorum ilkelerine göre hükümsüz kılınamayacağını ifade etmiştir<sup>1160</sup>.

İlgili muhatap müşteri çevresinin anlama imkânına dikkat etmeksizin başından itibaren yalnızca hukuksal terimlerin teknik anlamlarına oturtulmuş bir yorum karşısında muhatapın anlayışından hareketle objektif yorumun temel ilkeleri konulabilir. Yasaların yorumu için geçerli olan temel ilkelerin irade özerkliğine dayanan sözleşme hukukunda da uygulanmasına izin verilmelidir<sup>1161</sup>. Hukuksal terimlerin somutlaştırılması ve içeriksel farklılaştırılması kural olarak belirli bir sözleşme tipi veya ilgili özel bir ticari çevre dikkate alınmaksızın yapılmaktadır. Bundan başka düzenleyici hukuk önemli ölçüde hukuksal terimlerin yorumunu belirlemektedir. Genel işlem şartları içerisindeki hukuksal kavramların yorumunun hukuksal açıdan eğitim sahibi olmayan ortalama müşterinin anlayış yeteneğinden hareketle yapılmak zorunda olduğu çıkarımını bu aşamada yapmak mümkün olmadığı gibi henüz zorunlu da değildir<sup>1162</sup>.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki hukuk dilinden veya yasa dilinden alınan terimler ile kullanıcı tarafından ortaya konulan özel formülasyonlar arasındaki

<sup>1157</sup> Joppich, s. 58, dn. 201'deki yazarlar.

<sup>1158</sup> Kreinbaum, s. 59; Joppich, s. 58; Basedow, Kommentar, § 305c BGB, Rn. 25.

<sup>1159</sup> Kreinbaum, s. 59; Joppich, s. 58.

<sup>1160</sup> Kreinbaum, s. 70; Joppich, s. 58.

<sup>1161</sup> Joppich, s. 59; benzer yönde ayrıca bkz. Kreinbaum, s. 58 vd.

<sup>1162</sup> Joppich, s. 59.

önemli bir fark, birincisinin içeriğinin uzman üçüncü kişiler tarafından yapılsa dahi objektif bir şekilde tespit edilebilmesinde bulunmaktadır<sup>1163</sup>. Muhatabın anlayışı açısından objektif yorum, kullanıcı tarafından içeriğin tek taraflı ve sübjektif olarak belirlenmesinden kaçınılmaktadır. Kullanıcı tarafından tek taraflı ve sübjektif olarak içeriğin belirlenmesi durumu esas olarak hukuksal teknik terimlerin kullanılması sırasında başlangıçtan itibaren mümkün değildir. Burada kullanıcı sadece müşteri karşısında bir enformasyon asimetrisi bulunmasından ve daha önceden belirlenmiş kavramlar üzerinden bir fayda sağlayabilir. Fakat buna karşı koymak genel işlem şartlarının yorumunun birincil ödevi değildir. Buna karşılık hukuksal terimlerin anlamını çıkarma, müşteri açısından ya kısmen mümkün olabilmekte yani zorlaşmakta ya da bu anlamın çıkarılması müşterinin ulaşabileceği yorum araçları ile hiç mümkün olamayabilmektedir. Hatta bu sorunun yorumun araçları ile isabetli olarak çözümlenip çözülemeyeceği hususu tereddütlüdür<sup>1164</sup>. Yorum araçları ile bu sorunun çözülememesinin iki nedeni vardır.

İlk olarak örneğin uzman olmayan bir çevre içerisinde hukuksal kavramların yorumu, kavramsal anlamını kaybedebilir veya bu çevrede kavramın kapsamlı bir biçimde anlaşılması beklenemez<sup>1165</sup>. Hukuksal bir kavram kullanıldığında ve bu kavramın yorumu söz konusu olduğunda hukuk bilgisine sahip bir kişi ile hukuk çevresi dışındaki bir kişinin bu kavrama verdiği anlamlar farklı olabilir<sup>1166</sup>. Ancak bu durum genel işlem şartlarının özel yorumunun nihai bir amacı değildir. Özel sözleşme yorumundan farklı olarak burada mesleki-teknik ve meslek dışı anlayış arasındaki olası bir sapmanın müşteriyi makul olmayan bir şekilde mağdur edip etmediğine göre içeriğin belirlenmesine göre değerlendirecek bir denetim söz konusu olacaktır<sup>1167</sup>. Diğer taraftan ilgili sözleşme tipinin ilişkin olduğu piyasanın da şekillendirdiği gibi ilgili değerlendirme ve yorum ölçütlerine müracaat etmeden sözleşmenin düzenlenmesi mümkün görünmemektedir<sup>1168</sup>. Kitleli ticarete etkili ve rasyonel bir sözleşmenin düzenlenmesinin arka planında sözleşme ortaklarının karşılıklı hak ve yükümlülüklerinin düzenlenmeleri sırasında özel hukuksal

---

<sup>1163</sup> Joppich, s. 59.

<sup>1164</sup> Joppich, s. 59.

<sup>1165</sup> Karş. Joppich, s. 59.

<sup>1166</sup> Joppich, s. 60.

<sup>1167</sup> Bkz. Joppich, s. 60.

<sup>1168</sup> Joppich, s. 60.

kavramlara müracaat etmekten kaçınmak mümkün olmayacaktır. Buradaki temel sorun bu bağlamda müşterinin korunması için hangi sınırların çizileceğidir. Fakat bu ikisi arasında bir tartım yapmak yorumun bir ödevi değil bilakis şeffaflık denetiminin ödevidir ve bu şekilde de kalmalıdır. Sonuç olarak Joppich, Kreinbaum'un<sup>1169</sup> analizini onaylamaktadır. Yorum somut olayda bu tür kavramların anlamsal içeriğinin objektif bir şekilde tespiti ile sınırlandırılmalıdır. Müşterinin anlayış kabiliyetinden fazlasını bekleme karşısında korunma şeffaflık denetimi ile gerçekleştirilecektir<sup>1170</sup>.

Bütün bu açıklamalar neticesinde yorum ile buna bağlı olan şeffaflık denetimi birbirinden kesin olarak ayrılmalıdır. Yorum, şeffaflık denetimi çerçevesinde anlaşılabilirlik denetiminin nesnel ilişkisini tespit edebilmek için, ilgili şartın içeriğinin ortaya çıkarılmasına hizmet eder. Esas olarak bu bağlamda yorum, muhatabın anlayış ufku çerçevesinde objektif yorumun prensiplerini takip eder. İstisnai olarak yorum, hukuksal-teknik kavramlar açısından saf objektif anlam içeriğinin tespiti ile sınırlıdır<sup>1171</sup>.

#### **4. Yasa Metinlerinin Genel İşlem Şartlarına Alınması**

Teknik terimlerin yorumuna ilişkin yukarıda ifade edilen hususlar burada da geçerlidir. Somut hukuksal kavramlara teknik dildeki anlamın verilmesi gerektiğini ifade edenler yasa metinlerinin de hukuksal anlayış çerçevesinde yorumlanmasını istemektedir<sup>1172</sup>. Bunun dayanak noktası olarak da bir yasa metninin aynen veya aynısına yakın bir şekilde genel işlem şartlarına aktarılması sırasında kullanıcının bir formülasyon sorumluluğu taşımadığı hususu gösterilmektedir. Bu tür hükümler sadece müşterinin bilgilendirilmesine hizmet etmektedirler. Yine şartın yasa metni ile eşitliğine ilişkin bir bilgilendirmeye de gerek yoktur. Kreienbaum da yasal hükümlerin genel işlem şartlarında kullanılması durumunda bunların hukuki anlamları ile anlaşılması gerektiği görüşüne katılmaktadır. Gerçekten de bu durumda sadece yasa metni hususunda bir bilgilendirme söz konusudur<sup>1173</sup>.

---

<sup>1169</sup> Bkz. Kreinbaum, s. 70.

<sup>1170</sup> Joppich, s. 60.

<sup>1171</sup> Joppich, s. 60.

<sup>1172</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 60, dn. 49.

<sup>1173</sup> Kreienbaum, s. 60 vd.

Sonuç olarak yorum, genel işlem şartlarının getirdiği bir düzenlemenin anlamının ortaya çıkarılmasını amaçlamaktadır ve yorum objektif olarak ortalama ve ilgili genel işlem şartları ile karşı karşıya olan müşteri çevresinin anlayış kabiliyetinden hareketle yapılmalıdır. Bu ortalama müşteri çevresinin anlayış yeteneğinden hareketle yapılan yorumun sonucu olarak, kullanıcı genel işlem şartlarını formüle ederken bu anlayış ufkunu esas almalıdır. Aksi takdirde kendisi tarafından istenilen içerikten yorum yoluyla başka bir içeriğin ortaya çıkması rizikosuz söz konusu olacaktır. Böylelikle objektif yorum dolaylı bir surette genel işlem şartlarının anlaşılabilirliğine de etki etmektedir. Kural olarak yorum, şartın hükümsüzlüğüne yol açmayıp bilakis anlamın farklılaşmasına sebep olduğu için kullanıcıya bu suretle anlaşılır şekilde formülasyon yapmaya ilişkin baskı fazla büyütülmemelidir<sup>1174</sup>.

#### **D. BELİRSİZLİK KURALI VE ŞEFFAFLIK**

Belirsizlik kuralı, yorum sırasında tereddüt olması durumunda kullanıcı aleyhine hareket edilmesi gerekliliğini ifade etmektedir<sup>1175</sup>. Belirsizlik kuralına göre bir şartın çok anlamlılığı söz konusu olduğunda, bu anlamlardan müşterinin daha lehine olan alternatif geçerlidir<sup>1176</sup>. Bu suretle genel işlem şartları içerisinde kullanılan bir şartın içeriğinin tek anlamlı olarak tespit edilememesi rizikosuz tek taraflı olarak kullanıcıya yüklenmektedir<sup>1177</sup>. Bu şekilde kullanıcı aleyhine rizikonun dağıtılması, kullanıcı açısından sözleşmeyi düzenleme özgürlüğünü hayata geçirirken bu özgürlüğüne uygun olarak kendisinin formülasyon sorumluluğu ile gerekçelendirilmektedir<sup>1178</sup>. Belirsizlik kuralı bağlamında, genel işlem şartlarına özgü yorumun genel temel ilkelerinin ikinci derecede uygulama alanı bulduğu özel

<sup>1174</sup> Kreienbaum, s. 61.

<sup>1175</sup> Yorum kuralı olarak belirsizlik kuralı Roma hukuku kaynaklarına kadar gitmektedir “ambiguitas contra stipulatorum, quia clarius loqui esset”, bkz. Kreienbaum, s. 61, dn. 55; ayrıca bkz. Präve, 138 vd; Heinrichs (FS. Trinkner), s. 160; ayrıca bkz. Kocaman, s. 1102.

<sup>1176</sup> Thomas, Sambuc: “Unklarheitenregel und enge Auslegung von AGB”, **NJW 1981**, s. 313 vd; Präve, s. 138 vd.; Joppich, s. 61.

<sup>1177</sup> Bkz. Joppich, s. 60 ve dn. 208'deki hukuk komisyonu raporu (BT-Drucks. 7/5422, s. 5); Basedow, Kommentar, § 305c BGB, Rn. 28. Sözleşmenin açık olmayan, birden fazla anlama gelen şartlarının neden olduğu olumsuzluğa bu şartları kaleme alan, şartları kullanan taraf katlanmak durumundadır (bkz. Akyol, s. 71).

<sup>1178</sup> Bkz. BGH, 17.03.1999, NJW 99, s. 1865, (1866); Joppich s. 61; Basedow, Kommentar, § 305c BGB, Rn. 28.

bir yorum kuralı söz konusu olur<sup>1179</sup>. Yani belirsizlik kuralı yorumdan sonra gelir. Başka bir anlatımla, ancak bütün diğer yorum kuralları uygulanmasına rağmen şartın tek bir anlamı tespit edilemedikten sonra belirsizlik kuralına müracaat edilebilir. Bu belirsizlik kuralı, ilk olarak ancak söz konusu olan bütün yorum metotları tüketildikten sonra hala ortadan kaldırılamayan tereddüt bulunmaya devam ederse ve en az iki yorum yöntemi hukuksal olarak savunulabilirse uygulanabilir. Bu anlamda hukuksal savunulabilirlik, geriye kalan anlam seçeneklerini sadece ortalama müşteri için anlaşılabilir olmamasını, bilakis müşterinin kendisinden beklenebilir bütün yorum çabalarını sarf etmesine rağmen bir seçeneği temel ölçü olarak belirleyememesi anlamına gelmektedir<sup>1180</sup>. Buna karşılık Schlechtriem<sup>1181</sup> yorumda tereddüt halinde kullanıcı aleyhine yorumun, ancak bir şartın lafzı ortalama müşterinin objektif anlayış kabiliyetine yönelik okuma tarzı bakımından belirsiz ve birden çok yoruma ulaşmanın mümkün olabileceği durumlarda uygulama alanı bulabileceği görüşündedir. Söz konusu görüşün, yorum araçlarını sadece saf lafzi yorumla sınırlandırdığı hususu ortaya konulabilir<sup>1182</sup>. Belirsizlik kuralının uygulanabilmesi için temel neden ise, aksi takdirde açık içerik denetiminin uygulanmasının ve gelişiminin engelleneceğidir<sup>1183</sup>. Belirsizlik kuralının yoğun bir şekilde kullanılması, müşteri için problem arz eden şartların yorum yoluyla daha keskinleşmesine yol açacaktır. Bu durum yalnızca ilgili şartın haksız mağduriyetinin açıkça dile getirilmesini değil, özellikle ve isabetsiz bir şekilde makullük düşüncelerinin sadece içeriğin ortaya çıkarılmasına yönelmiş yorum çerçevesinde ele alınmasına yol açacaktır<sup>1184</sup>.

Bununla birlikte çok anlamlılığın belirlenmesi sırasında ne şart kullanıcısının düşündüğü ne de müşteri tarafından anlaşılması mümkün olabilecek istisnai durumlar dikkate alınmalıdır<sup>1185</sup>.

Belirsizlik kuralı şeffaflık ilkesini, çok anlamlı şartları müşterinin en lehine olan içeriği geçerli kılarak yaptırıma tabi tutmak suretiyle gerçekleştirmektedir<sup>1186</sup>.

<sup>1179</sup> Bkz. Thomas Sambuc: "Unklarheitenregel und enge Auslegung von AGB, **NJW 1981**, s. 316 (s. 313 vd.); Joppich, s. 61.

<sup>1180</sup> Bkz. Präve; s. 138 vd.; Joppich, s. 61; ayrıca bkz. Sambuc, s. 314.

<sup>1181</sup> Joppich, s. 61, dn. 212, Schlechtriem, **FS für HEINRICHS 1998**, s. 503 vd.

<sup>1182</sup> Joppich, s. 61.

<sup>1183</sup> Joppich, s. 61 ve dn. 214'deki gerekçelendirme (BT-Drucks. 7/3919, s. 15).

<sup>1184</sup> Joppich, s. 62.

<sup>1185</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 62.

Başka bir anlatımla belirsizlik kuralı, çok anlamlı şartlara karşı bir reaksiyon göstermekte ve şeffaflık ilkesini gerçekleştirmektedir. Buna göre belirsizlik kuralı ile şeffaflık ilkesinin hukuksal sonuçları farklıdır<sup>1187</sup>. Şeffaflık ilkesi ve şeffaflık denetiminin uygulanmasında şartın hükümsüzlüğü ve yedek hukuk uygulanması sonucu ortaya çıkarken, belirsizlik kuralının uygulanmasında müşteri lehine içerik geçerli olmaktadır<sup>1188</sup>.

Belirsizlik kuralı ortalama müşteri için farklı anlam alternatiflerinin bilinebilir olduğu durum da uygulama alanı bulur. Buna karşılık genel işlem şartları içerisinde bir şartın anlamını tamamen gizlemesi ya da anlamın ortaya çıkarılması müşteriden beklenemeyecek zorlukta ise şeffaf olmama durumu söz konusudur<sup>1189</sup>. Zira bu durumlarda müşterinin arasında seçim yapabileceği anlam alternatifleri bulunmamaktadır. Daha ziyade burada, müşteri için anlaşılamayan şartın geçerliliği ve yokluğu arasında bir seçim söz konusudur. Böylelikle belirsizlik kuralı belirli bir şeffaf olmama durumu için özel bir düzenlemedir. Belirsizlik kuralı aynı zamanda kullanıcının formülasyon sorumluluğu için yasal bir kanıttır<sup>1190</sup>.

## **E. YORUMA ELVERİŞSİZ GENEL İŞLEM ŞARTLARININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜ**

Bir irade beyanının yoruma elverişsiz olması onun yokluğuna yol açmaktadır. İçerisinde mevcut olan çelişkiler, çok anlamlılık veya anlaşılmazlık nedeniyle anlamları ortaya çıkartılamayan şartlar yoruma elverişsiz bulunmaktadır<sup>1191</sup>.

---

<sup>1186</sup> Schäfer, s.111; Kreienbaum, s. 63.

<sup>1187</sup> Kreienbaum, s. 63.

<sup>1188</sup> Bkz. Schäfer, s. 63.

<sup>1189</sup> Kreienbaum, s. 64.

<sup>1190</sup> Bkz. Kreienbam, s. 64 ve dn. 70.

<sup>1191</sup> Kreienbaum, s. 65, 66.

## 1. Özel Hukukta Muhatap İçin Aranılan Gereklere

Kabule ihtiyaç duyan irade beyanlarının yorumu sırasında beyanın muhatabının konumunda olan anlayışlı bir üçüncü kişinin anlayışı temel alınmaktadır<sup>1192</sup>.

Bir görüşe göre<sup>1193</sup>, muhatabın anlayış ufku ile anlama çabası birbirinden ayrılmalıdır. Muhatabın anlayış ufku ile yorum yapanın tasarrufunda bulunan materyallerin bütünü anlaşılır. Önceden yapılan müzakerelerin ve buna eşlik eden durumun bilinmesi, dil ve ticari örf adet bilgisi de bunlara dahildir<sup>1194</sup>.

Muhatabın anlayış ufkundan hareketle yorum, somut sözleşme tarafının neyi anlamadığını ortaya çıkartmaz; bilakis somut sözleşme tarafının, sözleşmenin somut olayda ilgili anlama olanaklarının kullanılması sırasında neyi anlayabildiğini ortaya çıkarır<sup>1195</sup>. Genellikle sözleşme tarafından, kendisine yöneltilen irade beyanını anlaması için çaba göstermesi beklenmektedir. Bu çerçevede genel olarak dile hakim olmak ve mantıksal düşünme yeteneği şart olarak öngörülmektedir. Kendisinden beklenen dile hakimiyet ve mantıksal düşünme yeteneğinin derecesi gerek anlamın ortaya çıkarılmasına ilişkin sarf edilen çaba, gerekse durumun ölçüsü birbirinden farklı olabilir<sup>1196</sup>.

Muhatabın anlamı ortaya çıkarmaya ilişkin çabasının gerekleri ile kullanıcının beyanda bulunma sorumluluğu arasında karşılıklı ilişki bulunmaktadır. Açıkladığı hususu, karşı tarafın anlayabileceği şekilde açık bir surette beyan etmek beyan edenin işidir. Kullanıcının karşısındaki muhatabın beyanı anlamasına yönelik gerekleri/talepleri ne kadar yüksek tutarsak, yani anlama konusunda çabayı esas olarak muhataptan beklersek beyanda bulunan o kadar çok karmaşık ve anlaşılmaz formülasyonlar yapabilir. Buna karşılık kullanıcı karşısındaki beyanı kabul edici olan muhataba yönelik – anlamaya ilişkin- beklenti ve talepler azalır, bu takdirde beyanda bulunanın basit, açık ve anlaşılır şekilde ifadede bulunma hususundaki gerekler yükselecektir. Şayet kullanıcı basit, açık ve anlaşılır bir şekilde düzenleme

---

<sup>1192</sup> Kreienbaum, s. 66.

<sup>1193</sup> Bkz. Heck, AcP 112 (1914), 1 (43) (aktaran Kreienbaum, s.66).

<sup>1194</sup> Kreienbaum, s. 66, 67.

<sup>1195</sup> Kreienbaum, s.67.

<sup>1196</sup> Kreienbaum, s. 67.

yapmaz ise bu takdirde muhatabın düzenlemeye istenilenden farklı bir anlam izafe etmesi veya bazı ekstrem durumlarda yorum yeteneğine sahip olmayan bir özellik arz etmesi tehlikesi de söz konusu olabilir<sup>1197</sup>.

## 2. Genel İşlem Şartları Açısından Özellikler

Kullanıcının genel işlem şartlarının düzenlenmesindeki sorumluluğu esastır. Genel işlem şartlarının kullanılması, kullanıcının daha şeffaf düzenleme yapması konusunda düzenleme sorumluluğunun kuvvetlendirilmesi ve müşteriye anlama kabiliyetine ilişkin daha az yük yüklenmesi hususunda bir neden oluşturabilir.<sup>1198</sup>

Genel işlem şartları ve yorum açısından şu tespitleri yapmak mümkündür: Objektif yorum esnasında ortalama bir müşterinin anlayış ufkundan hareket edilmektedir. Buradan sadece somut sözleşme tarafınca bilinen veya genel işlem şartlarının yorumu sırasında dikkate alınamayan özel durumlar ortaya çıkmaktadır. Diğer taraftan objektif yorum, sadece somut ilgili hukuki işlem çerçevesinde tipik müşterinin ulaşabileceği yorum araçlarına izin vermektedir<sup>1199</sup>. Şayet tipik olarak hitap edilen çevrenin hukuk bilgisi varsa bu da dikkate alınmalıdır. Anlamın ortaya çıkartılması çabası bakımından varması gereken irade beyanları ile genel işlem şartlarının yorumu arasında bir fark olmadığı hususu ifade edilmelidir<sup>1200</sup>.

## 3. Şeffaflık İle İlişkisi

Kullanılan teknik ifadeler genel dil kullanımında bir anlama sahip değilse bu takdirde genel işlem şartlarının ortalama müşteri için tamamen anlaşılmaz olması durumu ortaya çıkacaktır. Bu durumda uzman bir kişi veya bu konuda görevli mahkeme bu tür şartlar için tek anlamlı ve teknik dil içerisinde açık ve anlaşılır içeriği ortaya çıkartabilirler<sup>1201</sup>.

---

<sup>1197</sup> Kreienbaum, s. 67-68.

<sup>1198</sup> Krş. Kreienbaum, s. 68 vd.

<sup>1199</sup> Schâfer, s. 115; Kreienbaum, s. 68.

<sup>1200</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 69.

<sup>1201</sup> Kreienbaum, s. 69.



Genel yorum ilkelerinin temel kurallarına riayet edilirse, bu durumda muhatabın anlama kabiliyetinden hareketle yapılan yorum, bir çok durumda genel işlem şartlarının yorum yeteneğine sahip olmaması ve böylelikle hükümsüz olması sonucunu doğuracaktır. Bunun dışında genel işlem şartlarına özgü bir nedenle hükümsüzlük için gereksinim duyulmayacaktır<sup>1202</sup>.

Yorum ile ilk etapta anlamın ortaya çıkarılmasına yönelme söz konusudur ve fakat yorum ile genel işlem şartlarının etkili olduğu hususunda karar verilemez. Şeffaflık ilkesiyle ise, genel işlem şartlarının etkililiği hususunda anlaşılabilirliğin ölçüsüne göre karar verilmelidir<sup>1203</sup>.

Hukuk mantığı açısından öncelikli olarak yorum, kendisini takip edecek maddi denetimin ilişkin olduğu konuyu ortaya çıkarmalıdır. Bu ise karşı çıkarım içerisinde maddi mülahazaların yorum içerisinde rol oynamaması gerektiğini ifade etmektedir. Normatif değerlendirme açısından bu seçkin anlayış maddi içerik denetimi bakımından geliştirilmiştir. Yorumun amaca yabancı olarak araç haline getirilmesi ne gereklidir ne de caizdir<sup>1204</sup>. Buna uygun olarak genel işlem şartlarının yorumunda içerik denetiminin normatif değerlendirmeleri esas alınmamalıdır<sup>1205</sup>.

Yorum aracının belirlenmesi sırasında şeffaflık denetiminin hangi kapsamda ele alınacağı önem arz etmektedir<sup>1206</sup>. Genel işlem şartlarının objektif yorumu sırasında sözleşmenin akdedilmesine eşlik eden bireysel durumların dikkate alınabilmesi olanağının eksikliği, yorumun yapılmasında metnin gerekçesinin ağırlık kazanmasına yol açmaktadır<sup>1207</sup>. Buna ilaveten sistematik konumun ve yine genel işlem şartları ile takip edilen amacın uygun yorum araçları olup olmadıkları ise tartışmalıdır. Bu bağlamda Ulmer<sup>1208</sup> bir şartın lafzının yorum esnasında dikkate alınması gerektiğini zira aksi takdirde kullanıcı tarafından istenilen ve fakat yeterli derecede ifade edilemeyen şartın düzenleme içeriğinin anlaşılabilirlik ilkesine karşı olarak muhafaza edilmesi gerekeceğini ifade etmektedir. Şartın kendine özgü düzenleme içeriği ilk olarak sistematik veya teleolojik (amaçsal) yorum araçları

---

<sup>1202</sup> Kreienbaum, s. 70.

<sup>1203</sup> Kreienbaum, s. 70.

<sup>1204</sup> bkz. Stoffes, AGB-Recht 2003, Rn.358; Joppich, s.51'den naklen.

<sup>1205</sup> Joppich, s. 51.

<sup>1206</sup> Karş. Joppich, s. 51.

<sup>1207</sup> bkz. Stoffes, AGB-Recht 2003, Rn.360; Joppich, s. 52.

<sup>1208</sup> Joppich, s. 51, dn. 173.

yardımla ortaya çıkarılabiliyorsa bu durum genel olarak ilgili şartın ilişkilendirilmemesi sonucuna yol açabilecektir. Aynı zamanda yargı kararları da yorum araçları konusunda yeknesak değildir. Bu bağlamda örneğin diğer alanlarda lafza yönelik objektif yorum vurgulanırken<sup>1209</sup> genel sigorta şartlarının anlaşılabilir anlamsal bütünlüğü dikkate alınarak yorumlanması ifade edilmektedir<sup>1210</sup>. Alman Federal Mahkemesi daha yeni olan kararlarında münferit kapsamlı düzenlemelerin “anamlı bütün olarak” yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır<sup>1211</sup>. Bu ilke formel olarak münferit şartlarla sınırlandırılmamalıdır. Zira içeriksel olarak birbiri ile ilişkili düzenlemelerin kapsamlı bir şartta veya birden çok şart içerisinde yerleşmiş veya yerleştirilmiş olması bir fark yaratmamaktadır<sup>1212</sup>. Aynı zamanda genel işlem şartlarının içerik denetiminin konusu olarak daima yalnızca belirli bir şartın dikkate alınması ve hiçbir zaman sözleşmenin bütününe dikkate alınmaması ilkesi<sup>1213</sup>, genel anlam bütünlüğüne dikkat ederek yorum yapılmasına aykırı değildir. Zira genel işlem şartları karakteristiğinde yorum sırasında henüz daha etkililik denetimine ilişkin bir işlem söz konusu değildir.

Kreinbaum haklı olarak özellikle sistematik yorumun kabul edileceğini ve yorumun sadece şartın lafzına indirgenmesinin bir metnin doğal olarak anlaşılmasına engel olacağını; daha ziyade müşterinin şartı önünde ve arkasında bulunan düzenlemelerle bağlantı içerisinde göreceğini ifade etmektedir<sup>1214</sup>.

Öncelikli (tercih edilen) yorumun yegane ödevi formüller sözleşmeler şeklindeki düzenlemelerin içeriğinin gerçek bir şekilde tespit edilmesidir. Buna karşılık bu hükümlerin hukuksal değerlendirilmesi daha sonra gelen bir aşamada özel denetim kurumlarına bırakılmaktadır<sup>1215</sup>. Hal böyle olunca yorum maddi-normatif değerlendirmelerden bağımsız olarak yapılmalıdır<sup>1216</sup>. Gerektiği takdirde sistematik yorum yöntemine müracaat edilmesinin somut şartın anlaşılmasında bir işareti olup olmadığı sorunu şeffaflık denetimi açısından önem arz etmektedir<sup>1217</sup>.

<sup>1209</sup> Joppich, s. 52, dn. 176'daki mahkeme kararları.

<sup>1210</sup> Joppich, s. 52, dn. 175'deki yargı kararları.

<sup>1211</sup> Joppich, s. 52, dn. 177'deki yargı kararları.

<sup>1212</sup> Joppich, s. 52.

<sup>1213</sup> Stoffes., AGB-Recht 2003, Rn.485; Staudinger/Coester, § 307 BGB, Rn. 56; Joppich, s.52.

<sup>1214</sup> Kreinbaum, s. 55, ayrıca bkz. Joppich, s. 52, 53.

<sup>1215</sup> Bkz. Joppich, s. 53, ve dn. 180

<sup>1216</sup> Joppich, s. 53.

<sup>1217</sup> Joppich, s. 53, dn. 182.

## §2. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ ŞEFFAF OLMAMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

### I. BAĞLAYICILIK DENETİMİNİN UNSURU OLARAK ŞEFFAF OLMAMANIN DOĞURACAĞI HUKUKİ SONUÇLAR

Genel işlem şartlarının bağlayıcılık kazanabilmesi için taraflar bu konuda anlaşmalıdırlar. Bu bağlamda genel işlem şartları kullanıcının, sözleşmenin akdedilmesi sırasında genel işlem şartları hususunda müşteriye açıkça bilgilendirmesi, müşteriye bilgi sahibi olma olanağı sağlaması gerekir. Genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriği haline gelmesinde de şeffaflık sağlanmak istendiği söylenebilir<sup>1218</sup>. Esasen bağlayıcılık denetimi, kullanıcının, müşteri ile görüşmeksizin önceden tek taraflı olarak düzenleyerek sözleşmenin içeriği haline getirmek istediği genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriği olup olmadığı, yani bağlayıcılık kazanıp kazanmadığı hususuna ilişkindir<sup>1219</sup>. Bağlayıcılık denetimi neticesinde genel işlem şartlarının tamamının veya bir kısmının sözleşmeyle ilişkilendirilmemesi, müşteriye bağlamaması sonucu ortaya çıkacaktır.

Türk Borçlar Kanununun “Yazılmamış sayılma” başlıklı 21.maddesi, “*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.*”

*Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.*” biçiminde kaleme alınmıştır.

---

<sup>1218</sup> Bkz. Havutçu, s. 107.

<sup>1219</sup> Bkz. Havutçu, s. 105 vd. ve 144 vd.; Atamer, s. 120 vd.; Çınar, s. 99. Burada müşterinin genel işlem şartları ile sözleşmenin ilişkilendirilmemesini kabul etmemesi ihtimaline değinmek gerekebilir. Zira böyle bir ihtimalde, yani müşterinin genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasını istememesi durumunda sözleşme kurulmamış da olabilir. Şayet kullanıcı bakımından genel işlem şartları üzerinde anlaşma sözleşmenin asli unsuru ise bu durumda asli unsur üzerinde tarafların anlaşması söz konusu olmadığından ilgili sözleşme kurulmuş sayılmayacaktır (bkz. Havutçu, s. 146-147).

Bu maddede esasen genel işlem şartlarının, sözleşmenin içeriği haline gelebilmesi için gerekli koşullar, yani bağlayıcılık denetimi ve bunun sonucu düzenlenmiştir. Maddeye göre, düzenleyen, sözleşmenin karşı tarafına, genel işlem şartları hakkında açıkça bilgi vermez, şartlarının içeriğini öğrenme imkânı tanımazsa, bu genel işlem koşulları yazılmamış sayılacak<sup>1220</sup>, yani sözleşmenin içeriği haline gelmeyecektir. Yine genel işlem şartları içerisinde yer alan alışılmamış bir şart niteliğindeki şart da sözleşmenin içeriği olamayabilecektir. Bu şekilde genel işlem şartlarının tamamının veya bir kısmının sözleşmenin içeriği haline gelmemesi ihtimalinde sözleşmenin akıbeti ne olacaktır? Konuya ilişkin olarak Alman Medeni Kanununun 306. maddesinde bir düzenleme bulunmaktadır. Türk hukuku bakımından ise her ne kadar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda ve ilgili yönetmelikte bir hüküm yoksa da Türk Borçlar Kanununun 22. maddesinde “yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi” başlığı ile konu düzenlenmiştir. İlgili hüküm;

*“Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.”* şeklindedir. Hüküm gereğince bağlayıcılık denetimini aşamayan, yani sözleşmenin içeriği haline gelemeyen genel işlem şartları dışında kalan sözleşme muhtevası geçerliliğini koruyacak, sözleşmede meydana gelen boşluk düzenleyici hukuk kuralları ile tamamlanacaktır<sup>1221</sup>. Maddeye göre, düzenleyen, yazılmamış sayılan genel işlem şartları olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacağı iddiasında bulunamayacaktır<sup>1222</sup>.

Alman hukuku bakımından da hukuki işlemin bir kısmının hükümsüz olması durumunda, tamamının hükümsüz olması kuralı genel işlem şartlarına uymamaktadır. Böyle bir durumda, sözleşme ile ilişkilendirilemeyen şartların yerine düzenleyici yasal hükümler devreye girecektir<sup>1223</sup>. Ancak BGB § 306 gereğince, genel işlem şartlarının hükümsüz olması durumunda sözleşmenin geri kalan kısmının

<sup>1220</sup> TBK.nunda kullanılan “Yazılmamış sayılma” teriminin eleştirisi için bkz. aşağı dn. 1252.

<sup>1221</sup> Bkz. Havutçu, s. 144; Çınar, s. 100; banka standart sözleşmeleri bakımından bkz. Kaplan, Banka, s. 66; Alman hukuku bakımından bkz. Astrid Stadler, § 305 BGB, Rn. 17.

<sup>1222</sup> Havutçu, TBK.nun ilgili düzenlemesi ile Alman Medeni Kanununun 306. Maddesinden daha sert bir sonuç öngörüldüğünü, burada Alman Hukukuna benzer biçimde, kalan sözleşme muhtevası ile sözleşmenin geçerli olmasına karşı âkidin katlanmasının dürüstlük kuralı gereğince beklenemeyeceği durumlarda, sözleşmenin tamamının geçersiz olduğunu kabul edilebileceğini, bu suretle hükmün esnekleştirilebileceğini ileri sürmektedir (bkz. Havutçu, s. 146; Havutçu, değerlendirme, s. 3621).

<sup>1223</sup> Palandt/Heinrichs, § 306 BGB, Rn. 6.

muhafaza edilmesi diğer sözleşme tarafı için katlanılamayacak şekilde zorluk arz ediyorsa sözleşmenin tamamı hükümsüz olur<sup>1224</sup>.

Burada ayrıca 93/13 nolu AB Yönergesinin 5. maddesinin 2. cümlesindeki belirsizlikler kuralına değinilebilir. Bu kurala göre bir şartın anlamı hususunda tereddüt durumunda tüketici için daha uygun olan şart geçerlidir ve muhtemelen şeffaflık ilkesinin ihlalinin tek başına belirsizlik kuralının uygulanmasını beraberinde getirdiği sonucu da çıkartılabilir. Yönergenin 5. maddesinin 2. cümlesindeki “belirsizlik kuralı” 1. cümle tarafından öngörülen –tüketici için açık ve anlaşılır olma- amacını garanti etmeye muktedir değildir. Nitekim müşteri için daha uygun olan yorum varyasyonu müşteri için anlaşılabilir olabilir. Yönergenin 5. maddesinin 1. cümlesi ile 2. cümlesi kesin olarak birbirinden ayrı telakki edilmelidir; şeffaf olmamanın hukuksal sonucu olarak belirsizlik kuralının basit olarak uygulanması söz konusu olmamaktadır<sup>1225</sup>.

## II. İÇERİK DENETİMİNİN UNSURU OLARAK ŞEFFAF OLMAMANIN DOĞURACAĞI HUKUKİ SONUÇLAR

Genel olarak genel işlem şartlarının içerik denetiminin hukuki sonucu, sözleşme taraflarının çıkarları arasındaki dengeyi, dürüstlük kurallarına aykırı olarak müşteri aleyhine bozan genel işlem şartlarının geçersizliği ve bu şartların başlangıçtan itibaren sonuç doğurmamasıdır<sup>1226</sup>.

93/13 nolu AB Yönergesinin 6. maddesi uyarınca tüketici için kötüye kullanılabilir şartlar bağlayıcı değildir. Yönerge anlamında “kötüye kullanılabilir” şartlar 3. madde uyarınca, sadece, tüketicinin aleyhine müşterinin sözleşmesel

<sup>1224</sup> Bkz. Kaplan, Banka, s. 67. Kullanıcı bakımından bu anlamda katlanılamayacak zorluk, genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmemesinin hukuki konumunun kötüleşmesine neden olmasıdır. Fakat bu kullanıcının rizikosudur ve sırf bu nedenle sözleşmenin geri kalan kısmının geçerliliğinin katlanılamaz zorluk oluşturduğu sebebiyle sözleşmenin tamamının hükümsüzlüğü kuralının uygulanmasını isteyememlidir. Buna karşılık kullanıcı bakımından katlanılamayacak zorluk, genel işlem şartlarının hükümsüzlüğü sebebiyle sözleşme dengesi esas olarak ihlal ediliyorsa söz konusu olabilecektir. Müşteri açısından ise, aslında genel işlem şartlarının uygulanamazlığı pratikte genellikle kendi hukuksal konumunu güçlendirmektedir. Ancak müşteri bakımından makul olmayan bir zorluk, genel işlem şartlarının devre dışı kalmasıyla her iki sözleşme tarafının hakları ve yükümlülükleri bakımından bir belirsizlik söz konusu olursa, özellikle de yasada düzenlenmeyen bir sözleşme tipi için, genel işlem şartlarının tamamı ya da bir çoğu hükümsüz kalmışsa ortaya çıkabilir (bkz. Palandt/Heinrichs, § 306 BGB, Rn. 11, 12).

<sup>1225</sup> Leitner, s. 37.

<sup>1226</sup> Bkz. Havatçu, s. 178 vd.; ayrıca bkz. Astrid Stadler, Vorbemerkung §§ 307-309, Rn. 6.

hakları ve yükümlülükleri bakımından büyük ölçüde ve haksız bir şekilde oransızlık öngören münferit olarak müzakere edilen şartlar değildir. Bunun yanı sıra aynı zamanda salt 5. maddedeki şeffaflık ilkesini ihlal eden şartlar da, sözleşmesel haklar ve yükümlülükler bakımından büyük ve haksız bir oransızlık öngörmeksizin de -bu bakımdan Yönergenin 3. maddesi anlamında “kötüye kullanılır” şartlardır. Bu tür durumlar için 6. maddenin bağlayıcı olmama hukuksal sonucu zorunlu olarak öngörülmemektir. Bu çerçevede Yönerge açıklık ve anlaşılabilirlik ilkelerine uyulmamasının hukuksal sonucunu açık bırakmaktadır<sup>1227</sup>. Her ne kadar Yönergenin 5. maddesi, bir şartın şeffaf olmamasının doğrudan doğruya onun bağlayıcı olmamasını doğuracağını öngörmese de bununla birlikte bu hüküm uygun hukuksal sonuçları da sunmaktadır. Yönerge, hangi usulde, örneğin içerik veya bağlayıcılık denetimi çerçevesinde şeffaflık ilkesinin uygulanacağını beyan etmemektedir. Bu itibarla üye devletler içerik denetimi yoluna gitmek veya bağlayıcılık denetimi yoluna müracaat etmek hususunda tamamen serbesttirler<sup>1228</sup>.

Alman Medeni Kanununun 307. maddesinin 1. fıkrasına göre ise, genel işlem şartları, şeffaf yani açık ve anlaşılır bir biçimde düzenlenmediği takdirde, sözleşme tarafları arasındaki menfaat dengesi dürüstlük kuralına aykırı biçimde müşteri aleyhine bozulabilecektir. Bu durumda da ilgili şart ya da şartlar geçersiz olacaktır<sup>1229</sup>.

Türk Borçlar Kanununun 25. maddesinde, “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*” hükmü ile içerik denetimine yer verilmiştir. Ancak söz konusu düzenlemede içerik denetiminin yaptırımına yer verilmemiştir. Ancak Kanunun gerekçesinde, bu hükümlerin yaptırımının, Kanunun 27. maddesinin<sup>1230</sup>

<sup>1227</sup> Kreienbaum, s. 301; Leitner, s. 38; von Wesphalen, NJW 2002, s. 17.

<sup>1228</sup> Leitner, s. 38.

<sup>1229</sup> Havutçu, s. 178.

<sup>1230</sup> Türk Borçlar Kanununun 27. Maddesi; “(1) Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. (2) Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.” şeklindedir.

ikinci fıkrasının birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük olduğu belirtilmiştir<sup>1231</sup>.

### **III. BAŞLIBAŞINA ŞEFFAF OLMAMANIN DOĞURACAĞI HUKUKİ SONUÇLAR**

#### **A. ŞEFFAF OLMAYAN ŞARTIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ VE SÖZLEŞMENİN GERİ KALAN KISMINA ETKİLERİ**

##### **1. Şeffaf Olmayan Şartın Geçersizliği**

Genel işlem şartları hukukunda şeffaf olmayan şartların hükümsüz olduğu kabul edilmektedir<sup>1232</sup>. Bununla birlikte bir taraftan bir şartın hükümsüzlüğün sözleşmenin geri kalan kısmına etkisi sorusu ve öte taraftan da şartın devre dışı (hükümsüz) kalmasının kapsamı sorusu ortaya konulmalıdır.

Genel işlem şartları içerisinde bir şartın şeffaflık ilkesine aykırılığı nedeniyle hükümsüzlüğü sözleşmeyi şeffaf olmayan bir duruma sokmaz. Sözleşme içeriği bu durumda ilk defa genel işlem şartlarının metninden ortaya çıkmamaktadır. Şeffaf olmayan şartların yerine sözleşmeden çıkartılmayan ve ortalama bir müşteri için çoğunlukla bilinmeyen düzenleyici hukuk devreye girmektedir<sup>1233</sup>.

Bununla birlikte hükümsüz olan şartın yerine uygulanacak olan düzenleyici hukuk bakımından hukuksal durumun sözleşmeden açıkça anlaşılmadığı hususu, genel işlem şartlarının şeffaf olmaması ile ilgili ve bununla mukayese edilecek bir problem oluşturmamaktadır. Şeffaf olmayan şartların hükümsüz olması şeffaf olmamayı ortadan kaldırmamakta bilakis müşterinin aleyhine şeffaf olmayan usulde tamamlayıcı hukuktan uzaklaşılmasını engellemektedir. Tıpkı şeffaf olmayan bir şart sebebiyle sözleşmenin kendisinin bozulmamış kalması gibi, genel işlem şartlarının

<sup>1231</sup> Bu konuda ayrıca bkz. Çınar, s. 123.

<sup>1232</sup> Genel işlem şartlarının hükümsüzlüğünün sonuçları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Larenz, s. 523 vd; Grüneberg, Christian: Vorb §307 BGB Rn 1 vd., in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 67 Auflage, Verlag C.H.. München2008 (kis: Palandt/Grüneberg).

<sup>1233</sup> Palandt/Grüneberg, Vorb § 307 Rn 7 vd.; Leitner, s. 69.

şeffaflığı ilkesine uygun olan diğer şartlar da geçerliliğini korumaktadır. Ancak şeffaf olmayan hükümlerin etkisiz olacağı hükmü anlamında “sözleşme hükmünden” ne anlaşılacağı sorusu hususunda güçlükler ortaya çıkmaktadır<sup>1234</sup>.

Bağımsız bir sözleşme hükmünün mevcut olup olmadığı sorunu çerçevesinde genel işlem şartlarının bölümlenmesi bir rol oynamamaktadır. Bu bağlamda iki bağımsız düzenleme tamamen bir nokta içerisinde genel işlem şartlarında yer almış olabilir. “Sözleşme hükmü” ile maddi olarak bağımsız düzenleme alanı kastedilmektedir<sup>1235</sup>. Sözleşmedeki hükümler, şayet birbirine hiç dokunmuyor bilakis birbirinden izole olmuş şekilde ancak dikkate alınabiliyorsa maddi anlamda bağımsız bir düzenleme alanına sahiptirler. Bağımsız bir maddi düzenleme alanının bulunup bulunmadığı sorununun çözülmesinde İngiliz hukukundan kaynaklanan ve Türkçeye mavi kalem testi olarak çevrilebilecek “blue-pencil-tests” kullanılabilir bir ölçüt olabilir<sup>1236</sup>. Bu bağlamda şeffaf olmayan sözleşme hükümleri bir kurşun kalemle – İngiltere’de bu amaçla aşikar surette mavi renkli kurşun kalem tercih edilmektedir- genel işlem şartlarından çizilmekte; genel işlem şartları içerisinde ilgili olmayan diğer hükümler ortalama müşteri için anlaşılır olduğu derecede ve ilgili hükümlerin çizilmesi vasıtasıyla geriye kalan kısımlarda bir anlam sapması olmadığı sürece geçerli kalmaktadır<sup>1237</sup>. Bununla birlikte bir genel işlem şartı aynı maddi konuyu ilgilendiren dilsel ve içeriksel olarak anlaşılabilen tereddütsüz bir şekilde bölünebilir kısımlar içeriyorsa şeffaf olmayan kısmın hükümsüzlüğü karşısında diğer kısımların geçerli kalması gerektiği ifade edilmektedir. Bu tür şartlar bölünebilir şartlar olarak da nitelendirilmektedir<sup>1238</sup>. Fakat bölünebilir şartların bu çerçevede kısmen muhafaza edilebilmesi için temel şart, şeffaf olmayan kısmi düzenlemenin atılmasından sonra geriye kendiliğinden anlaşılabilir şart artığının kalmasıdır. Buna karşılık şartın kısmi hükümsüzlüğünden sonra geri kalan diğer kısımların da hükümsüzlüğü toplama etkisinden kaynaklanabilir<sup>1239</sup>.

<sup>1234</sup> Bkz. Leitner, s. 68.

<sup>1235</sup> Leitner, s. 69.

<sup>1236</sup> Bkz. Gregor Thüsing: “Unwirksamkeit und Teilbarkeit unangemessener AGB”, **BB 2006**, Heft 12, s. 661 vd.; Leitner, s. 69; Palandt/Grüneberg, Vorb § 307 Rn 11.

<sup>1237</sup> Rolf Schmidt, s.411; Palandt/Grüneberg, Vorb § 307 Rn 11; Leitner, s. 69.

<sup>1238</sup> Bu konuda bkz. BGH, NJW 1984, 2816; NJW 2006, 1059-1060 (Palandt/Grüneberg, Vorb § 307 Rn 11).

<sup>1239</sup> Palandt/Grüneberg, Vorb § 307 Rn 11.



## 2. Hükümsüzlüğün Sözleşmenin Geri Kalan Kısımına Etkileri

Sözleşmenin bir kısmının imkânsız veya geçersiz olması durumunda, hukuki açıdan daima sözleşmenin geri kalan kısmının geçerli olup olmadığı sorusu ortaya konmaktadır. Türk Borçlar Kanununun 27. maddesinin I. fıkrasına göre, konusu imkânsız olan veya hukuka yahut ahlaka aykırı olan sözleşmeler kesin olarak geçersizdir (818 sayılı BK, md. 20/I). Kesin geçersiz bir sözleşme de başlangıçtan itibaren geçersiz olup, hiçbir zaman geçerlilik kazanamaz<sup>1240</sup>. Acaba sözleşmenin bir kısmının imkânsız veya hukuka ya da ahlaka aykırı olması durumunda hukuki sonuç ne olacaktır? Bu durum kısmi butlan<sup>1241</sup> olarak nitelendirilmektedir ve Borçlar Kanunumuzun 27. maddesinin II. fıkrasında<sup>1242</sup> düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre, noksanlık, sözleşmenin yalnızca bazı bölümlerine ilişkin ise, bu bölümler olmaksızın sözleşmenin hiç yapılmayacağını kabul edilmesi gerekmedikçe, yalnızca bu bölümler batıl olur<sup>1243</sup>. Kısmi butlan durumunda, sözleşmenin tamamı değil, bazı bölümleri geçersiz bazı bölümleri ise geçerli olacaktır. Ancak bu sonucun doğabilmesi için, tarafların farazi iradelerinin de bu yönde olması gerekir yani, taraflar bu bölümler olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak idilerse, bu takdirde sözleşmenin tamamı batıl olacaktır<sup>1244</sup>.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik yapılmasına Dair 4822 sayılı Kanunun 6. maddesinin 1. fıkrasında sözleşmedeki haksız şartlar düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, “*satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerini iyi niyet kurallarına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden sözleşme koşulları haksız şarttır*”. Bu düzenleme 93/13 No.lu AB Yönergesinin 3. maddesi ile uyumludur. Nitekim Yönergenin 3. maddesi gereğince,

<sup>1240</sup> Bkz. Eren, s. 309, 310.

<sup>1241</sup> Kısmi butlan konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Başpınar, s. 28 vd.

<sup>1242</sup> Bu husus önceki Borçlar Kanununun 20. Maddesinin II. Fıkrasında düzenlenmekteydi.

<sup>1243</sup> Bir sözleşmeye kısmi butlan yaptırımının uygulanabilmesi için sözleşmenin bölünebilir olması gerekir. Yani geçersiz kısım olmadan da sözleşme, kalan kısımları ile geçerli bir sözleşme olarak kabule elverişli olmalıdır (bkz. Başpınar, s. 33 ve 57 vd.).

<sup>1244</sup> Bkz. Eren, s. 312; Oğuzman/Öz, s. 135; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 38; Kılıçoğlu, s. 70; Reisoğlu, s. 135; Başpınar, s... Ancak bazı durumlarda, ihlal edilen emredici hukuk kuralının amacı tarafların varsayımsal iradelerinin göz önünde bulundurulmamasını gerektirebilir. Örneğin TTK.nun 1466. Maddesine göre, bir sözleşme hükmünce yerine getirilmesi gereken edalar hakkında kanun veya yetkili makamların kabul etmiş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler, en yüksek had üzerinden yapılmış sayılacaktır ve böyle bir durumda BK.nun 20. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesi uygulanmayacaktır.

münferiden tartışılmamış olan bir sözleşme koşulu iyi niyet kuralına aykırı olarak tüketicinin zararına olacak biçimde, tarafların sözleşmeden doğan hak ve borçlarında önemli bir dengesizliğe neden olmuşsa haksız olarak kabul edilecektir.

Tüketicinin taraf olduğu bir sözleşmede yer alan genel işlem şartlarının haksız şart olarak kabul edilmesinin yaptırımını ise Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Bu fıkra, taraflardan birinin tüketici olduğu bütün sözleşmelerde bulunan haksız şartların tüketici için bağlayıcı olmadığı düzenlenmiştir. Hüküm gereğince, haksız sözleşme şartlarını içeren bir sözleşme geçersiz olmayacak, haksız şartlar tüketici bakımından bağlayıcı olmayacaktır<sup>1245</sup>. Dolayısıyla burada sözleşmenin diğer hükümleri taraflar için bağlayıcı kalmaya devam edecektir<sup>1246</sup>. 93/13 No.lu AB Yönergesinin 6. maddesinde de, satıcı veya sağlayıcı tarafından tüketici ile yapılan sözleşmede kullanılan haksız şartların tüketici için bağlayıcı olmayacağı düzenlenmiştir.

Burada Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddenin 6. fıkrasından da kısaca söz etmek yerinde olacaktır. Nitekim bu düzenleme genel işlem şartlarının şekli açıdan şeffaf olması gerekliliği olarak değerlendirilebilecek bir düzenlemedir. Bu fıkra, yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen, taksitle satış, devre tatil, paket tur, kampanyalı satış, mesafeli sözleşmeler, tüketici kredisi, kredi kartları ve abonelik sözleşmeleri gibi tüketici sözleşmeleri en az 12 punto ve koyu siyah harflerle düzenlenir ve sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir. Burada eksikliğin satıcı veya sağlayıcı tarafından derhal giderilmesi gerekmektedir. Kapıdan satış sözleşmeleri<sup>1247</sup> bakımından benzer düzenleme de Kanunun 9. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeler, bazı sözleşme türlerinde bulunması gereken bilgilerde eksiklik bulunması durumunda bu eksikliklerin nasıl giderileceğine ilişkindir. Eksikliğin söz konusu olması durumunda da, satıcı ve sağlayıcının bu eksikliği gidermesi beklenmektedir. Ancak burada da yine satıcı veya sağlayıcının, tek taraflı olarak, tüketici ile müzakere etmeden sözleşmedeki eksikliğini gidermesi gündeme gelecek ve bu

<sup>1245</sup> Burada tek taraflı bağlamazlık yaptırımının söz konusu olduğu söylenebilir (bkz. Aslan, s. 294).

<sup>1246</sup> Yavuz, s. 83; Aslan, s. 295.

<sup>1247</sup> Kapıdan satışlar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Aydoğdu, s. 15 vd.

durumda da yine tüketicinin haksız şartlarla karşılaşması tehlikesi söz konusu olabilecektir<sup>1248</sup>.

Alman Hukuku bakımından da bu konuda açık yasal düzenleme bulunmaktadır. Alman Medeni Kanunu § 306'ya göre (önceki Genel İşlem Şartları Kanunu -AGBG § 6), genel işlem şartlarının veya bunlardan bazı kısımların hükümsüzlüğü durumunda sözleşme geçerli kalmaktadır<sup>1249</sup>. Bu bağlamda örneğin hazırladığı genel işlem şartlarında bütün tazminat taleplerinden kendisini hariç tutmuş olan bir genel işlem şartları kullanıcısı, sorumluluk muafiyeti olmasaydı kendisinin sözleşmeyi akdetmeyeceği itirazında bulunamayacaktır<sup>1250</sup>.

Avusturya Genel İşlem Şartları hukuku bakımından da bu konuda açık bir düzenleme bulunmaktadır. Avusturya Medeni Kanunu § 878'e göre, "*açıkça imkânsız olan şey*" sözleşmenin konusu değildir, şayet kararlaştırılan edim kısmen açıkça imkânsız ise, bu durumda geriye kalan kısmın geçerliliği sorununu yasa koyucu tarafların farazi iradesine bırakmıştır. Sözleşmenin tarafları, bu sözleşmeyi geçersiz olan kısma rağmen kabul ediyorlarsa, bu durumda geriye kalan kısım geçerlidir, aksi takdirde ise geçersizdir<sup>1251</sup>.

<sup>1248</sup> ASLAN, burada kanunun dengesizliği gidermek üzere, satıcı veya sağlayıcıya eksiklikleri giderirken tüketici ile müzakere etme zorunluluğu veya tek taraflı bir yetki verecekse de bunun karşılığında tüketiciye de dengeleyici bir hak tanımasının yerinde olacağını ileri sürmektedir (bkz. Aslan, s. 295).

<sup>1249</sup> Bkz. Leitner, s. 68; Rehbindler, Armağan, s. 806; ancak yasanın ilgili maddesinin 3. fıkrasında bu konuda istisna bulunmaktadır (Leitner, s. 68 dn 368, ayrıca bkz. <http://dejure.org/gesetze/BGB/306.html> (29.11.2009)). Alman Medeni Yasası'nın 306. maddesinin kenar başlığı; "ilişkilendirilmeme ve hükümsüzlüğün hukuksal sonuçları"dır. Söz konusu maddenin 1. fıkrasına göre; "*Şayet genel işlem şartları tamamen veya kısmen sözleşmenin bir parçası olmamışsa veya hükümsüz ise sözleşmenin geri kalan kısmı geçerli kalır*". Yine 306. paragrafın 2. fıkrasına göre; "*Düzenlemeler sözleşmenin parçası olmadıkları ve hükümsüz oldukları takdirde sözleşmenin içeriği yasal hükümlere tabidir*". 3. fıkraya göre ise, "*Şayet sözleşmenin ayakta tutulması veya 2. fıkraya göre öngörülen değişiklik bir sözleşme tarafı için makul olmayan (katlanılamayan-fahiş-unzumutbar) bir zorluk oluşturuyorsa bu durumda sözleşme hükümsüzdür*". Görüldüğü üzere alman hukukunda genel işlem şartlarının kısmi hükümsüzlüğü durumunda sözleşmenin geri kalan kısmı yasal olarak (BGB § 306) geçerli kabul edilmektedir. Ancak § 306, 3. fıkra söz konusu ise bu kuralın istisnası söz konusu olmaktadır ve sözleşmenin geri kalan kısmı da hükümsüz kabul edilmektedir (bu konuda bkz. Rehbindler, s. 806-807).

<sup>1250</sup> Bkz. Leitner, s. 68.

<sup>1251</sup> Bu kural kısmen kıyasen başka alanlara da uygulanmaktadır. Bu bağlamda içerisinde bir işlemin eksik olan fiil ehliyeti, tarafların iradelerinin uyuşmaması veya irade eksikliği nedeniyle kısmen hükümsüz olan sözleşmelerin geri kalan kısımlarının geçerliliği hakkında da tarafların varsayımsal iradesi karar verecektir. Dolayısıyla sözleşmenin bir kısmını sözleşmenin diğer normları karşısında korunmasına hizmet eden normların ihlal edilmesi durumunda (Örneğin ABGB § 879; KschG § 6 f. 1 ve 2) diğer taraf (kısım) sözleşmenin geçersiz sayılan kısmı olmaksızın akdedilmeyeceğine dayanamaz, zira aksi takdirde ekseriyetle ilgili normun koruma amacı akamete uğrayacaktır, dolayısıyla bu tür durumlarda diğerlerinden farklı olarak kısmi geçersizlik başka türlü değerlendirilmelidir. Böylelikle Avusturya hukuku da alman hukukuyla aynı sonuca ulaşmaktadır (bkz. Leitner, s. 67).

Türk Borçlar Kanununda bu konu “Yazılmamış sayılmanın<sup>1252</sup> sözleşmeye etkisi” başlıklı 22. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme; “Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.” şeklindedir. Söz konusu hükmün birinci cümlesi, Alman Medeni Kanununun 306. paragrafının 1. ve 2. fıkraları ile uyumlu olmakla birlikte, Kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere ikinci cümle ile Alman Medeni Kanununun 306. paragrafının 3. fıkrasındaki düzenlemeden ayrılmıştır<sup>1253</sup>. Her ne kadar düzenlemede sözleşme ile ilişkilendirilmeyen, yani yazılmamış sayılan genel işlem şartlarının yerine, boşluğun nasıl doldurulacağına ilişkin bir kural konulmamış olmakla birlikte, ortaya çıkan boşluğun, sözleşmenin tamamlanması kapsamında düzenleyici kurallardan yararlanmak suretiyle yargıç tarafından doldurulabileceği söylenebilir<sup>1254</sup>. Ancak sorun bu noktadan sonra ortaya çıkabilir. Nitekim Kanundaki düzenlemede sözleşmenin tümüyle batıl olmasına neden olan subjektif unsur göz önünde bulundurulmamıştır. Gerekçeden, Alman Medeni Kanunu § 306, f. III’deki düzenlemeden neden ayrıldığı konusu da anlaşılammaktadır. Dolayısıyla, sözleşmenin düzenleyici kurallarla tamamlanması sonucunda meydana gelen değişikliğin taraflardan birisinin durumunu beklenilmeyecek şekilde ağırlaştırması, sözleşmenin tamamına yapacağı olası etkinin farklı olması ihtimalleri göz önünde bulundurulduğunda, düzenlemedeki kabulün katı olduğu öğretide ileri sürülmüştür<sup>1255</sup>.

<sup>1252</sup> Atamer, Tasarı’nın 21. ve 22. maddelerinde kullanılan “yazılmamış sayılma” ifadesinin, Türk hukukunda mevcut olmayan bir yaptırım şekli olduğunu, yazılmış olan yazılmamış sayılmanın bir mantık hatası olduğunu, yine Tasarı’nın 20. maddesi ile genel işlem şartlarının yazılı olması şartını aramamakla birlikte, bu şartların “yazılmamış sayılması”ndan söz edilmesinin doğru gözükmeyeceğini ifade etmiştir. Yazara göre burada kastedilen, genel işlem şartları ister yazılmış, ister yazılmamış olsun, bu şartların sözleşmenin içeriği olamayacakları hususudur (bkz. Atamer, Tasarı, s. 112).

<sup>1253</sup> Tasarıda Alman Medeni Kanunu § 306’ya atıf yapılmasının söz konusu düzenleme genel işlem şartlarının hükümsüzlüğü durumunda uygulanmakta olduğu için yanlıtıdır görüşü için bkz. Atamer, Tasarı, s. 113. Alman Medeni Kanununun 306. Paragrafının 1. fıkrasında, genel işlem şartlarının tamamen veya kısmen sözleşmenin parçası olmamaları veya hükümsüz olmaları halinde sözleşmenin geri kalan kısmının geçerli kalacağı ifade edilmektedir. Maddenin 2. fıkrasına göre ise, düzenlemeler sözleşmenin parçası olmazlar veya hükümsüz olurlarsa sözleşmenin içeriğinin yasal hükümlere tabi olacağı öngörülmektedir. Yine Alman medeni Kanununun 306. Paragrafının 3. fıkrasında ise, ikinci fıkraya göre öngörülen değişiklikten sonra sözleşmenin geri kalan kısmının muhafaza edilmesinin diğer müşteri için katlanılmaz bir zorluk arz etmesi durumunda ise sözleşmenin (tamamının) hükümsüz olacağı ifade edilmektedir (ayrıca bkz. [http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/\\_306.html](http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_306.html)).

<sup>1254</sup> Bkz. Havutçu, değerlendirme, s. 3621.

<sup>1255</sup> Bkz. Havutçu, değerlendirme, s. 3623; Reisoğlu, s. 73. Reisoğlu, Tasarı’nın bu düzenlemesinin uygulanmasında yargıcın, Alman Medeni Kanunu § 306/3 ve yine Tasarı’nın 27/2’de düzenlenen çözümden yararlanmasının daha doğru bir çözüm olduğu görüşündedir (bkz. S. 73).

Genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır olmasını öngören şeffaflık ilkesi müşteriye şeffaf olmayan şartlar karşısında korumayı amaçlamaktadır<sup>1256</sup>. Şeffaflık ilkesinin bu koruma amacına gerçek olarak sözleşmenin şeffaf olmaması nedeniyle hükümsüz olan şartlara rağmen mevcut olmaya devam etmesi ancak daha sonra anlamlı bir sözleşme hala geriye kalıyorsa söz konusu olur. Şartların kullanıcılarının sözleşmenin şeffaf olmaması sebebiyle hükümsüz olan şartları olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağı itirazı da önemsizdir. Bu durumda şeffaf olmaması sebebiyle hükümsüz olan şartlar sanki sözleşmenin başından beri mevcut değilmiş gibi muamele görür. Geçerli olmayan bu hükümler nedeniyle ortaya çıkacak olan boşluklar ise tamamlayıcı hukuk kurallarına göre doldurulacaktır<sup>1257</sup>.

Sonuç olarak sözleşmenin geri kalan kısmının hüküm ifade etmesini 93/13 No.lu AB Yönergesi öngörmektedir (md. 6 f.1). Yönergenin bu düzenlemesine göre, *şayet sözleşme kötüye kullanılır şartlar olmaksızın mevcut olabiliyorsa sözleşme her iki sözleşme tarafı için de aynı temelde bağlayıcı olarak kalacaktır*<sup>1258</sup>.

### **3. Şeffaf Olmayan Şartın Makul İçeriğe İndirgenerek Geçerliliğinin Muhafaza Edilmesi Yasağı**

Genel işlem şartları içerisinde hükümsüz şartlar bulunursa bu takdirde sözleşmenin geri kalan kısmı geçerli kalmaktadır<sup>1259</sup>; ortaya çıkan boşluğu ise tamamlayıcı hukuk doldurmaktadır. Burada sözleşmenin geri kalan kısmının geçerliliği sorunuyla ilgili şartın kaderi sorununu birbirinden ayırmak gerekecektir. Şeffaf olmayan şartın makul içeriğe indirgenerek geçerliliğinin muhafaza edilmesi, şartın tamamen bertaraf edilmesini ve şartın yerine tamamlayıcı hukukun ikâme edilmesini engellemek istemektedir. Yani makul içeriğe indirgeyerek geçerliliği muhafaza, sadece caiz olmayan aşırı kısmı ortadan kaldırmakta ve şartı kanuna uygun olan içerik kısmı ile ayakta tutmayı sağlamaktadır. Bu bağlamda örneğin

<sup>1256</sup> Leitner, s. 68.

<sup>1257</sup> Schulte-Nölke, § 306 BGB, Rn. 6; Leitner, s. 68; ayrıca bkz. Aslan, s. 295.

<sup>1258</sup> Yönergenin 3. maddesi anlamında sadece basit olarak şeffaf olmayan şartlar aynı zamanda kötüye kullanılır şartlar değildir. Buna karşılık Yönergenin 6. maddesi, 5.madde uyarınca kıyas yoluyla şeffaf olmayan şartlara da uygulanabilecektir (bkz. Leitner, s. 68 ve dn 373).

<sup>1259</sup> Bu sonuç Almanya'da doğrudan doğruya Alman Medeni Yasası § 306'nın lafzından çıkmaktadır. Avusturya'da ise aynı sonuca sistematik teleolojik yorumla ulaşılmaktadır (Leitner, s. 109, dn. 582; Palandt/Grüneberg, Vorb § 307 Rn 8; Rehbinder, Armağan, s. 806).

tazminat hukukuna ilişkin sorumluluk devre dışı bırakılmışsa sorumluluktan muafiyet tamamen ortadan kalkmamakta bilakis caiz olan ölçüye indirgenmektedir. Basit ihmali zararlar için –kişisel zarar olmadıkları sürece- sorumluluğun bertaraf edilmesi ise geçerli kalmaktadır. Bunun yanı sıra makul içeriğe indirgeyerek geçerliliği muhafaza sorunu ile örneğin “yasal olarak caiz olduğu takdirde” eki gibi yasak şart içeriklerinin geriye kalan kısmına yönelik olan şartların değerlendirilmesi sorunu sıkı bir şekilde bağlıdır<sup>1260</sup>.

Öğretide ve yargıda esas olarak şeffaf olmayan şartın makul içeriğe indirgenerek geçerliliğini muhafazanın mümkün olmayacağı ifade edilmiştir<sup>1261</sup>. Bu husus genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesinin koruma amacından çıkmaktadır<sup>1262</sup>. Genel işlem şartlarında getirilen hukuksal düzenlemelerin amacı uygulamada kullanılan ya da uygulaması tavsiye edilen genel işlem şartlarının içeriğine etki etmek ve müşterinin önceden formüle edilmiş sözleşmeden kaynaklanan hakları ve yükümlülükleri hususunda makul bir şekilde bilgi edinmesi olanağını yaratmaktır. İşte bu amaçla kullanıcı açısından makul olmayan genel işlem şartlarına bağlı rizikoları hükümsüz kılmak suretiyle genel işlem şartlarının bütünüünün hükümsüzlüğünü engellemek yani şartı makul içeriğe indirgeyerek geçerliliğini muhafaza etmek bağdaşmayacaktır<sup>1263</sup>. Zira genel işlem şartlarının hitap ettiği ortalama müşteri haklarının ve yükümlülüklerinin kapsamını anlamayacak, idrak edemeyecektir<sup>1264</sup>. Bundan başka şartın makul içeriğe indirgenerek geçerliliğinin muhafaza edilmesi kabul edildiği takdirde kullanıcı adına kesin karar verecek kişi ise yargıç olacaktır. Zira bu durumda yargıç, şartın yasal olarak halen uygun olan kısmını bulup çıkaracak ve böylelikle kullanıcıya yüklenen formülasyon sorumluluğunu üstlenmiş olacaktır<sup>1265</sup>. Bunun yanı sıra şartın makul içeriğe indirgenerek geçerliliğinin muhafaza edilmesini kabul edenler ise<sup>1266</sup>, yukarıda

<sup>1260</sup> Leitner, s. 109.

<sup>1261</sup> Bkz. Rehbinder, Armağan, s. 807; Schulte-Nölke, § 306 BGB, Rn.4 vd.; Palandt/Heinrichs, Vorb § 307 BGB, Rn. 8; Ulmer, Peter: “**Teilunwirksamekeit von Teilweiseunangemessenen AGB-Klauseln?-zum Verhältnis von Geltungserhaltender Reduktion und Ergänzender Vertragsauslegung**”, NJW 1981, 2025 (2028 vd.); Bunte, Hermann-Joseph, “Zur Teilunwirksamekeit von AGB-Klauseln”, NJW 1982, 1298 vd.; ayrıca Kreienbaum, s. 172, dn. 1 ve 2; Sambuch, s. 314.; Palandt/Grüneberg, Vorb § 307 BGB, Rn 8 vd.; Leitner, s. 110, dn. 590, 591; Thalmair, s. 74 vd.

<sup>1262</sup> Bkz. Palandt/Grüneberg, Vorb § 307 Rn 8; Thalmair, s. 74.

<sup>1263</sup> Krş. Kreienbaum, s. 173 vd.

<sup>1264</sup> Bkz. Thalmair, s. 74.

<sup>1265</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 173 ve dn. 7.

<sup>1266</sup> Bkz. Hein Kötz: “zur Teilunwirksamekeit von AGB-Klauseln”, NJW 1979, s. 785 vd.; Bunte, Hermann-Joseph: “Zehn Jahre ABG- Gesetz-Rückblick und ausbilick”, NJW 1987, 921-927; Ayrıca

belirtilen gerekçeleri, bunların da metin olarak bölümlere ayrılmış şartların kısmi hükümsüzlüğü ve tamamlayıcı sözleşme yorumu yöntemlerini uyguladıklarını belirterek karşı çıkmaktadırlar. Zira söz konusu yöntemler de aynı amacı yani bir genel işlem şartının içeriğinin kısmen muhafaza edilmesi sonucunu doğuracaktır. Çoğunluk görüşünün kabul ettiği ilave şeffaflık, kullanıcının şartın hükümsüzlüğüne yönelik bilgi verme yükümlülüğüne yol açacaktır. Bu tür bilgi verme yükümlülüğünün mevcudiyeti de tıpkı bundan kaynaklanan şartın bütün olarak hükümsüzlüğü gibi tartışmalıdır<sup>1267</sup>.

Şeffaf olmayan şartın makul içeriğe indirgenerek geçerliliğinin muhafaza edilmesi yasağı temelini bu suretle ulaşılabilen hukuksal sonuçların şeffaflığında bulmaktadır. Başka bir anlatımla şayet müşteriler hukuksal konumları ve böylelikle de bir düzenlemenin hukuksal sonuçları hakkında bilgi sahibi olurlarsa bu takdirde hükümsüz olan şartlar bakımından da, müşterinin hükümsüz bir şartın sonuçlarını da bilme zorunluluğu ortaya çıkmaktadır<sup>1268</sup>. Müşteri genel işlem şartlarını düzenleyici hukukun değiştirilmesi olarak anlamaktadır. Bu yüzden müşteri genel işlem şartlarının hükümsüzlüğü durumunda bertaraf edilen düzenlemelerin tekrar hayata geçirilmesini isteyebilir. Şartın makul içeriğe indirgenerek geçerliliğinin muhafaza edilmesi bu nedenle hukuksal sonuçların açıklığına ilişkindir<sup>1269</sup>.

Burada tamamlayıcı sözleşme yorumunu da konu açısından ele almak gerekmektedir. Şeffaflık ilkesi karşısında şeffaf olmayan şartın makul içeriğe indirgenerek geçerliliğinin muhafaza edilmesinin kabul edilmediğini yukarıda belirtmiştik. Ancak şartın makul içeriğe indirgenerek geçerliliğinin muhafaza edilmesi, tamamlayıcı sözleşme yorumu adı altında farklı bir etiketle tekrardan tartışma konusu yapılmamalıdır. Şeffaf olmayan şartın makul içeriğe indirgenerek geçerliliğinin muhafaza edilmesi daima caiz olmayan şartın bertaraf edilmesiyle ortaya çıkan boşluğu doldurmak amacını taşıyan tamamlayıcı sözleşme yorumu

---

bkz. Kreienbaum, s. 174, dn. 8 ve 9; bu konudaki görüşler için bkz. Thalmer, s. 74, dn. 345'de anılan yazarlar.

<sup>1267</sup> Aktaran Kreienbaum, s. 174.

<sup>1268</sup> Kreienbaum, s. 175.

<sup>1269</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 175 ve dn. 18.

olarak da görülebilir. Bu durum şeffaflık düşünceleri dolayısıyla kabul edilmemelidir<sup>1270</sup>.

Genel işlem şartları temelinde tamamlayıcı sözleşme yorumu, genel olarak problem arz etmektedir. Dürüst ve mantıklı sözleşme taraflarının şayet sözleşmenin akdedilmesi sırasında tartışmalı durumu bilselerdi neyi kararlaştırırlardı sorusunun cevabı bakımından genel işlem şartları güvenilir bir dayanak noktası değildir. Zira sözleşmenin akdedilmesi sırasında genel işlem şartlarının içeriği, kural olarak yalnızca kullanıcı tarafından bilinmekte ve fakat müşteri tarafından bilinmemektedir. İşte bu nedenle genel işlem şartlarını bir tarafın hipotetik iradesini ortaya çıkarma işleminin temeline oturtmak, sözleşmenin akdedilmesi sırasında müşteri tarafından değil sadece kullanıcı tarafından şekillendirilmiş olan bir taraf iradesi üzerine inşa edilmesi anlamına gelmektedir<sup>1271</sup>.

Şimdiye kadar yapılan açıklamalar, geçerliliği muhafaza edici bir düzeye indirgemenin, şeffaflık ilkesinin uygulama alanında mümkün olmadığını göstermiştir<sup>1272</sup>.

Genel işlem şartlarının kullanımı sırasında yasalara ve yargısal kararlara uygun olan bir şart düzenlemesi, daha sonra yasal düzenlemenin değişmesi sebebiyle yasal hükümlere aykırı hale gelirse, bu kısımların hükümsüzlüğü söz konusudur. Ancak geriye kalan makul olan kısımlar güvenin korunması ilkesi nedeniyle ve tamamlayıcı sözleşme yorumu yoluyla muhafaza edilebilir<sup>1273</sup>.

Şekli şeffaflık yalnızca münferit şartın anlaşılabilirliğine ilişkindir. Buna karşılık bir şart müşteri ile kullanıcı arasında geçerli olan düzenlemeyi gerçekten ortaya

---

<sup>1270</sup> Leitner, s. 115.

<sup>1271</sup> Bkz. Leitner, s. 115.

<sup>1272</sup> Acaba Genel işlem şartları kullanıcısı bu sonuçtan özel bir şart düzenlemesi ile kaçınabilir mi? Burada bir şartın kademe şeklinde bölümlere ayrılması gündeme gelmektedir. Bu çerçevede tek bir düzenleme öyle bir usulde bölümlere ayrılmaktadır ki müşterinin hakları geniş olarak sınırlandırılmaktadır. Örneğin tam sorumsuzluk kaydı yanında buna ek olarak ağır ihmal veya hafif ihmal durumu da devre dışı bırakılabilmektedir. Ancak tam sorumsuzluk kaydı ve ağır ihmal durumunda sorumluluğun kaldırılması ağır bir mağduriyete neden verici nitelikte olduğundan caiz olmamalıdır. Ancak hafif ihmal durumunda sorumluluğun bertaraf edilmesi ise prensip olarak mümkün olabilmelidir. Bu durum ise dogmatik olarak geçerliliği muhafaza edici bir indirgeme değildir. Yani bir düzenlemeden bir parça çıkarılabiliyor ve şartın geri kalan kısmı caiz olmayan kısımdan bağımsız olarak anlaşılabiliriyorsa bu tür bir indirgemenin söz edilemez. Bir düzenlemenin çok sayıda farklı münferit bölümlere dağıtılması gerçi geçerliliği muhafaza edici indirgemenin kaçınılmasını sağlayabilir. Fakat bu durum, sözleşme içeriğinin gizlenmesi olarak şeffaflık ilkesine aykırıdır ve bu nedenle de hükümsüzdür (bkz. Leitner, s. 115).

<sup>1273</sup> Bkz. Palandt/Grüneberg, Vorb § 307 Rn 10.



koyuyorsa maddi açıdan şeffaftır. Haksız olan ve bu nedenle de hükümsüz olan genel işlem şartları, şekli ölçütlere göre kolayca anlaşılabilir olsalar bile müşterinin kendi hukuksal konumunu tam olarak görmesini sağlayamazlar. Şeffaf olmayan şartın makul içeriğe indirgenerek geçerliliğinin muhafaza edilmesi yasağı, genel işlem şartlarının şekli şeffaflığına olumlu etkiler yapabilir. Genel işlem şartlarının şekli düzenlemesine yönelik bu olumlu etki kısmi hükümsüzlük ve şartın makul içeriğe indirgenerek geçerliliğinin muhafaza edilmesi yasağının karşılıklı etkisi içerisinde bulunabilir<sup>1274</sup>.

Genel işlem şartlarının bir kısmı hükümsüz olduğunda diğer kısımdaki düzenlemelerin mevcudiyetini koruyup koruyamayacağı hususunda düzenlemenin görsel görünümü temel ölçü olamaz. Öğretide geride kalan kısmın hükümsüz olan kısım karşısında içeriksel ve dilsel açıdan anlaşılabilir ve anlamlı bir şekilde kavranabilir olup olmadığına değinilmiştir. Aynı zamanda farklı kısımlar tek bir müşterek düzenleme içeriğine ait iseler, izole edilebilir düzenlemeler şayet makul iseler geçerliliğini korumalıdır<sup>1275</sup>. Alman Federal Mahkemesi de bazı kararlarında, bir şart içerisinde bazı kelimelerin çıkartılması sebebiyle geriye kalan kısma asıl şarttan ayırt edilebilir bağımsız ve makul düzenleme karakterini tanımıştır<sup>1276</sup>. Bu durumlar da arada fark olmasına rağmen şartın makul içeriğe indirgenerek geçerliliğinin muhafaza edilmesi ile şekli şeffaflık arasında sıkı bir ilişki olduğunu göstermektedir.

Kullanıcının farklı olay gruplarını birbirinden ayırdığı veya en azından metin olarak makul olmayan bir düzenlemeye ilişkin kısmın makul olan kısımlardan ayrılabilirdiği durumlarda kısmi hükümsüzlük mümkündür. Bu durumlarda kullanıcı yargıca ikincil bir çözüm imkânı vermektedir. Yargıç düzenlemenin muhtemel makul olan kısmını bulup çıkartmak ve yeni makul bir düzenleme formüle etmek zorunda kalmayacaktır. Kullanıcının bu şekilde davranması durumunda yargıcın ödevi şart içerisinde sınırlanabilir düzenlemeleri araştırmak ve bu tür düzenlemeleri de makullük denetimine tabi tutmaktır. Hukuksal sonuç olarak kısmi hükümsüzlüğün

---

<sup>1274</sup> Kreienbaum, s. 176, 177.

<sup>1275</sup> Bkz. Kreienbaum, s. 178.

<sup>1276</sup> Bkz. BGHZ 95, 362 (374); BGH, NJW 1984, 2816 (2817) (aktaran, Kreienbaum, s. 178, dn. 31).

söz konusu olup olmayacağı yalnızca kullanıcının formülasyon sanatına bağlı bulunmaktadır<sup>1277</sup>.

Buna karşılık genel işlem şartlarında birbirinden ayrılabilir bu tür düzenlemelerin bulunmadığı ve böylelikle de kısmi hükümsüzlük halinde düzenlemenin makul kısmının kurtarılmasının söz konusu olmadığı durumlar da olabilir<sup>1278</sup>. Bu durumlar arasında yaklaşık tazminat, süreler, faiz gibi niceliksel olarak belirlenen düzenlemeler sayılabilir. Diğer alanlar ise yaklaşık olarak veya farklı bir şekilde düzenlenebilir. Makul olmayan yaklaşık düzenlemeler söz konusu olduğunda şartın makul içeriğe indirgenerek geçerliliğinin muhafaza edilmesi sorunu ortaya çıkar. Birbirinden ayrılabilen düzenlemeler bakımından makul kısımlar geçerli olarak muhafaza edilebilir<sup>1279</sup>.

Şartın makul içeriğe indirgenerek geçerliliğinin muhafaza edilmesi açısından şu tespitleri yapmak mümkündür. Bu karşılaştırma şartın makul içeriğe indirgenerek geçerliliğinin muhafaza edilmesi yasağının gerekçesi olarak şeffaflık ilkesine yeni bir ışık tutmaktadır. Bağımsız ele alındığında şartın makul içeriğe indirgenerek geçerliliğinin muhafaza edilmesi yasağı, genel işlem şartlarının şeffaf bir şekilde düzenlenmesini zorunlu kılmamaktadır. Kısmi hükümsüzlük olanağı ile bağlantılı olarak kullanıcı genel işlem şartlarının etkili olmasını düşünebilir ve farklı durumlar için makul düzenlemeler hazırlayabilir. Birbirinden ayırma olanağı bir düzenlemenin vazgeçilmez kısmının istenilen diğer kısımlardan ayrılmasına yönelik denemelere yol açabilir. Dürüst bir kullanıcı da genel işlem şartlarını düzenlerken bu şartları birbirinden ayırarak geçerliliği mutlak olan kısımlar yanında diğer kısımlara da yer verebilir. Kısmi bir düzenlemenin hükümsüzlüğü, bir düzenlemenin ayrı ayrı değerlendirilmesi, kendisini makul bir denge kurmaya zorlamayacağı için yargıcı kullanıcının bir yardımcısı konumuna sokmamaktadır<sup>1280</sup>. Kısmi hükümsüzlük halinde kullanıcının elinde kendi menfaatlerini gerçekleştirebilecek en azından temel

---

<sup>1277</sup> Kreienbaum, s. 178.

<sup>1278</sup> Ulmer, NJW 1981, 2025 (2032); Kreienbaum, s. 179.

<sup>1279</sup> Kreienbaum, s. 179.

<sup>1280</sup> Ulmer, NJW 1981, 2025 (2032); Kreienbaum, s. 179.

bir düzenleme bulunmaktadır. Buna karşılık kısmi hükümsüzlük dolayısıyla müşteri makul olmayan bir avantaja da sahip olmayacaktır<sup>1281</sup>.

Genel işlem şartları içerisinde yapılan bir düzenleme sadece iki tarafı da memnun eden bir çözüme yol açmamakta aynı zamanda arka planda pozitif etkilere de sahiptir. Farklı genel işlem şartları hukuksal konumu tam olarak ve genellikle de anlaşılır bir şekilde ortaya koyarlar. Genel işlem şartlarının farklı olarak düzenlenmesi durumunda karşılaşılan zorluklar da azalacaktır. Zira şartlar yaklaşık olarak bütün düzenleme alanına bütün olaylarda uygulanmayacak bilakis genel olarak şartın uygun olan makul kısmı uygulama alanı bulacaktır<sup>1282</sup>. Bölünebilir şartların kısmi hükümsüzlüğüne itiraz edilerek bu durumda kullanıcının somut olaylara ilişkin düzenlemeleri karmaşık bir örgüye tabi tutabileceği ve bu örgünün kapsamında tekrardan genel işlem şartlarının bütününe şeffaf olmaması sonucuna yol açma tehlikesinin bulunabileceği ifade edilmiş ve bu tür durumların bağlayıcılık denetimi çerçevesinde ele alınması gerektiği belirtilmiştir<sup>1283</sup>. Bir düzenleme bütününe münferit kısımlarının içeriğinin kısmi hükümsüzlüğünün kullanıcının arzusuna bırakıldığı şeklinde itirazlar da yapılmıştır<sup>1284</sup>. Bu itiraza karşı ise genel işlem şartlarının formülasyonunun kullanıcının en birincil ödevi olduğu ifade edilerek, kullanıcının bu şekilde düzenleme yapma olanağını kullanması durumunda bir kötüye kullanma olmadığı bilakis sorumluluk içeren bir uygulama olduğu hususları sürülmüştür<sup>1285</sup>.

Özet olarak şunları söylemek mümkündür. Gerek şartın makul içeriğe indirgenerek geçerliliğinin muhafaza edilmesi gerekse bu hukuksal sonuca yönelmiş salvator şartları, ister redüksiyon şartı isterse ikame şartı olarak kabul edilmiş olsun, şeffaflık ilkesine aykırıdır. Zira ortalama müşteri bu durumlarda genel işlem şartlarında bunların gerçek içeriğini çıkaracak durumda değildir. Caiz olmayan şartın bertaraf edilmesi suretiyle ortaya çıkan boşluk ise tamamlayıcı hukuk vasıtasıyla

---

<sup>1281</sup> Kreienbaum, s. 180.

<sup>1282</sup> Kreienbaum, s. 180.

<sup>1283</sup> Eike Schmidt: "Teil-Totalnichtigkeit Angreifbarer AGB-Klauseln", **Jura** 1980, s. 401 vd. (404); (aktaran, Kreienbaum, s. 180). Ulmer, NJW 1981, 2028 (2032); Kreienbaum, s.180.

<sup>1284</sup> Bkz. Kötz, NJW 1979, 785 (788); Kreienbaum, s. 180.

<sup>1285</sup> Schmidt, s. 401 vd. (404); (aktaran, Kreienbaum, s. 180). Ulmer, NJW 1981, 2028 (2032); Kreienbaum, s.180.

doldurulacaktır<sup>1286</sup>. Şartın makul içeriğe indirgenerek geçerliliğinin muhafaza edilmesi hakkında kesin bir karar vermek bu çalışmanın amacı içinde değildir ve şeffaflığı ilgilendirmeyen gerekçeler çalışmada ele alınmadığı için böyle bir kararı inceleme alanımız kapsamında vermek zordur. Zira şartın makul içeriğe indirgenerek geçerliliğinin muhafazası çalışmamızda sadece şeffaflık ilkesi bakımından ve özellikle de şeffaflık ilkesine aykırılığın hukuksal sonuçları kapsamında değerlendirilmiştir.

#### 4. Salvator Şartları

Genel işlem şartlarında sıklıkla “yasal olarak caiz olduğu takdirde”, “yasa çerçevesinde” veya “hükümsüzlük halinde geçersiz olan düzenlemeye mümkün olduğunca en yakın düzenleme geçerlidir” gibi bazı şart eklerine rastlanmaktadır. Burada caiz olmayan sözleşme hükümlerinin tamamen bertaraf edilmesini engellemek isteyen salvator şartları söz konusudur<sup>1287</sup>. Bu salvator şartları redüksiyon şartları olarak da ortaya çıkabilir ki bunlar caiz olmayan bir şartın caiz olan bir ölçüye indirgenmesini öngörmektedir. Bunlar hükümsüzlük halinde geçersiz olan hükme en yakın şartın geçerli olacağına yönelik düzenlemede olduğu gibi hükümsüz olan sözleşme düzenlemesinin yerine buna mümkün olduğunca en yakın yedek düzenlemeyi öngören ikame şartlar olarak da ortaya çıkabilir. Gerek redüksiyon gerekse ikame şartları olarak formüle edilmiş olsun salvator şartları, geçerliliği muhafaza edici indirgemenin açık bir düzenlemesinden başka bir şey değildir ve bu itibarla da bu indirgemedede olduğu gibi benzer sorunları ortaya çıkarmaktadır. Şayet geçerliliği muhafaza edici indirgemenin caiz olduğu kabul

<sup>1286</sup> Leitner, s. 121.

<sup>1287</sup> Palandt/Grüneberg, Vorb § 307 Rn 13; Leitner, s. 111 Alman hukukunda kısmi geçerlilik anlaşması “salvatorische klauseln” olarak ifade edilmiştir. Nitekim Alman Medeni Kanununa göre, kısmi hükümsüzlük halinde sözleşmenin tamamı geçersiz sayılmakta ve böyle bir durumda taraflar sözleşmenin geçerli kalması doğrultusunda anlaşma yapabilmektedirler (BGB § 139). İşte taraflar arasındaki bu düzenleme salvator şartları olarak anılmaktadır. GÜRZUMAR, “salvatorische Klauseln” kavramını; “sözleşmenin geri kalan kısmını ayakta tutan kayıtlar” biçiminde ifade etmiş ve çalışmasında “kurtarıcı kayıtlar” ifadesini kullanmıştır (bkz. GÜRZUMAR, Osman B.: “**4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi**”, Rekabet Dergisi, s. 17 ve dn. 56, 57, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/dergi/dergi12.pdf>); ayrıca bkz. Başpınar, s. 83 vd. Salvator şartlarına örnek olarak d.a.g.i.-medico medininische Geräte-online shop-01.October 2007 tarihli genel mukavele şartlarında şöyle bir düzenlemeye yer verilmiştir: “*§ 10 Salvatorische Klausel: Eğer bu mukaveledeki şartlardan herhangi birisi herhangi bir sebepten dolayı geçerliliğini kaybetse bile, diğer şartlar geçerliliğini korur*”. (şöz konusu şart metni için bkz. <http://www.dagi-medico.de/Seiten/AGB.htm>, erişim tarihi: 12.08.2010).

edilirse bu takdirde salvator şartları esas olarak gereksizdir. Zira kendisi ile ulaşılmak istenen sonuç zaten açıkça zikredilmesine gerek kalmaksızın bu indirgeme ile ortaya çıkacaktır. Buna karşılık geçerliliği muhafaza edici indirgemenin farklı olarak bir salvator şartı, müşteriye bir sözleşme hükmünün geçersiz olabileceği hususunda sinyal vermekte ve indirgemeye dikkat çekilmektedir<sup>1288</sup>. Bu bağlamda örneğin kullanıcının genel işlem şartlarına dahil ettiği salvator şartlarında “tazminat hakkı yoktur”, “bu husus yasal olarak caiz olduğu takdirde” gibi ifadeler yer vermektedir ve bu tür salvator şartları şeffaflık ilkesi ile bağdaşmamaktadır ve şartların hükümsüzlüğünü değiştirmemektedirler<sup>1289</sup>.

Şartı geçerli kılacak indirgemenin şeffaflık ilkesinin açık düzenlemesi karşısında reddedildiği görülmektedir. Gerçekten de ağır bir şekilde mağduriyete sebep verse de önceki asıl şart tamamen şeffaf bir şekilde düzenlenebilirdi ve müşteri reduksiyon suretiyle ortaya çıkacak makul olmayan fakat şeffaf şartı onaylamış olabilirdi. Yani şeffaflık ilkesi şartın ortalama bir müşteri için gerçek içeriğinin anlaşılabilirliğini istemektedir. Yine şeffaflık ilkesi ışığında indirgeme hususunda başka bir düşünce de tereddüt uyandırır görünmektedir. İndirgeme tarafların farazi iradelerini ortaya çıkartmayı sağlamaya çabalamaktadır. Yapılmak istenen hükümsüz düzenleme, bu düzenleme ile istenilen ilk sonuca mümkün olduğunca en yakın olan ve caiz olan bir düzenleme ile ikame edilmektedir. Fakat bununla beraber genel işlem şartları kullanılmak suretiyle yapılan işlemlerde, tipik olarak sözleşme taraflarının konumları arasında bir dengesizlik bulunmaktadır. Kural olarak genel işlem şartları her iki sözleşme tarafının özgür iradesi ile ortaya çıkmamaktadır. Bu itibarla genel işlem şartları hukukunda, genel işlem şartları hususunda tarafların anlaşmış olmasına ek olarak, bunların içeriksel olarak da uygun olması ve şeffaf bir şekilde düzenlenmiş olması istenmektedir<sup>1290</sup>.

“Yasal olarak caiz olduğu takdirde” gibi vb. diğer salvator şartlar, şeffaflık ilkesinin uygulanması açısından şeffaflığın eksik olması nedeniyle esas olarak kabul edilmemektedir<sup>1291</sup>. Gerçi bu şartlar dilsel olarak anlaşılır niteliktedir, ancak genel işlem şartlarının içeriğini gizlemektedir. Şeffaflık ilkesine riayet etmemesi

<sup>1288</sup> Leitner, s. 111.

<sup>1289</sup> Palandt/Grüneberg, Vorb § 307 Rn 13; bu konuda ayrıca bkz. Rehbinder, s. 807.

<sup>1290</sup> Leitner, 113.

<sup>1291</sup> Bkz. Leitner, s. 114; St. Korinek, s. 162.

dolayısıyla hükümsüz olan bir şart başka bir şartla açık bir şekilde caiz olan bir içerikle sınırlandırılmak suretiyle geçerli kılınmaz. Zira düzenlemenin içeriğinin karmaşık bir şekilde tespit edilmesi, müşteriden beklenemez ve müşteri bu yüzden uygun araçlarla kendi hakları hakkında bilgi sahibi olamaz. Aynı husus ikame şartı denilen caiz olmayan şart yerine, kendisinden sonra gelen imkân dâhilindeki düzenlemenin geçerli olması durumunda da geçerlidir. “Yasal olarak geçerli olduğu takdirde” örneğinde olduğu gibi müşterinin belirli haklarını bir dereceye kadar sınırlandıran bir şart –indirme şartı veya ikame şartı şeklinde formüle edilmiş de olsa sözleşmenin içeriğini makul bir şeffaflıkta ortaya koymak için uygun değildir<sup>1292</sup>.

Sonuç olarak, geçerliliği muhafaza edici indirgeme bu durumda genel işlem şartlarında özel bir ilke olan şeffaflık ilkesi dikkate alınmaksızın, temelinde sadece bir sözleşme tarafınca bütünüyle şekillendirilmiş olan bir taraf iradesinin, mümkün olduğunca geniş bir şekilde muhafaza edilmesi sonucunu doğurmaktadır<sup>1293</sup>.

## **B. ŞEFFAF OLMAYAN BİR ŞARTIN İÇERİĞİNİN MÜŞTERİ TARAFINDAN BİLİNMESİ**

Burada, genel işlem şartlarının şeffaf olarak düzenlenmesi gereği ilkesinin uygulanması açısından ilgili şartın genel ölçüye göre şeffaf olmaması ve fakat özel entelektüel yeteneklere sahip ilgili müşterinin şartın içeriğini idrak edebilmesini olanaklı kılması durumunda şeffaflık ilkesinin gereğinin yerine getirilmiş olup olmadığı sorusu akla gelebilir<sup>1294</sup>. Başka bir anlatımla yalnızca somut duruma ve ortama bağlı kalınmazsa, şartın muhatabının yüksek anlama yeteneği de rol oynayacak mıdır sorusuna prensip olarak evet demek gerekir. Zira genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesinin koruma amacı dikkate alındığında şartın somut muhatap için şeffaf olması durumunda onun hükümsüzlüğünü istememektedir. Gerçekten de böyle durumlarda ilgili şart somut müşteri için hiçbir şekilde gizleyici etkiye sahip değildir. Bu çerçevede örneğin bir yabancı dilin kullanılması veya genel olarak anlaşılmayan teknik terimlerin kullanılması ya da kısaltmaların kullanılması ve yine

---

<sup>1292</sup> Leitner, s. 114.

<sup>1293</sup> Leitner, s. 114.

<sup>1294</sup> Leitner, s. 78.

genel olarak bilinmeyen olguların esas alınması genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesi anlamında bir şeffaf olmama durumunu ifade eder<sup>1295</sup>. Fakat bu durum elbette ki bu yabancı dile mükemmel bir şekilde hakim olan kişiler ve söz konusu teknik terime ve kısaltmalarla içli dışlı olan kişiler için ve yine genel olarak bilinir olmayan olguları tanıyan kişiler bakımından geçerli değildir. Dolayısıyla söz konusu durumların bulunduğu ilgili genel işlem şartlarının anlaşılması bu tür kişiler açısından hükümsüzlüğü doğuracak şekilde zorlaşmamaktadır. Şartın somut muhatabının ortalamanın üstündeki yetenekleri bu açıdan yalnızca ilgili şartın somut müşteri için gizleyici etki geliştirmediği durumlarda rol oynamaktadır. Genel işlem şartlarının şeffaflığının denetlenmesi sırasında, bir müşteri kendisinin eğitimi veya özel entelektüel yetenekleri sebebiyle şartın anlamını ortaya çıkaracak özel bir çaba sarf etmek zorunda bırakılmamalıdır<sup>1296</sup>. İçeriklerinin anlaşılmasını zorlaştıran şartlar aynı zamanda ortalama üstü yetenekli insanlar bakımından da gizleyici etkilerini geliştirirler. Kısaca, yalnızca şartın ilgili için gizleyici etki geliştirmediği durumlarda genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesine uyulmadığı gerekçesiyle hükümsüzlüğün söz konusu olmayacağı belirtilmelidir. İlgili müşteri için gizleyici etkiyi ortadan kaldıran, müşterinin ortalama üstü entelektüel yeteneklerini ispat yükü, genel ilkeye göre kendisi için uygun hukuksal sonucu doğuracak vakıayı ispatla yükümlü olan tarafa yani burada genel işlem şartları kullanıcısına aittir<sup>1297</sup>.

Yukarıda ifade edildiği gibi şeffaflık ilkesinin yeteri derecede gerçekleştirildiğinin denetlenmesinde ilgili sözleşme türü için tipik ortalama müşterinin beklentileri ve anlama kabiliyeti temel alınmalıdır. Fakat bu ölçüt dikkate alındığında şayet şart, somut müşteri tarafından örneğin ortalama üstü yeteneklere sahip olması veya sözleşmenin akdedilmesinden önce kendisi şeffaf olmayan şartın içeriği hakkında aydınlatıldığı için sözleşmenin akdedilmesi sırasında anlaşılıyorsa, bu durumda yukarıdaki ortalama ölçüt çerçevesinde açık ve anlaşılır olmayan şartın hükümsüz olup olmayacağı problem arz eder<sup>1298</sup>. Yukarıda tartıştığımız müşterinin ortalama üstü anlama kabiliyeti sorunundan farklı olarak burada müşterinin şartı anlamak için salt olarak yüksek bir yeteneğe sahip olması değil, şartın içeriğini fiili

---

<sup>1295</sup> Leitner, s. 78, 79.

<sup>1296</sup> Leitner, s. 79.

<sup>1297</sup> Leitner, s. 79, dn. 425.

<sup>1298</sup> Leitner, s.79.

olarak bilmesi söz konusudur. Yani burada ortalama bir müşteri de aslında açık ve anlaşılır olmayan bir şartı, her ne kadar ortalamanın üstünde bir anlama yeteneğine sahip olmasa da sözleşmenin akdedilmesinden önce veya sırasında herhangi bir şekilde –örneğin aydınlatılma suretiyle- biliyorsa, burada şartın ortalama müşteri için açık ve anlaşılır olmaması şartın şeffaflık ilkesini ihlali nedeniyle hükümsüzlüğe yol açacak mıdır?

Almanya’da öğreti ve yargısal içtihatlar<sup>1299</sup> kabul edildiğine göre basit genel işlem şartı metni nedeniyle ortaya çıkan şeffaf olmama durumu sözleşmenin akdedilmesinden önce veya sırasında lafzi aydınlatma ile ortadan kaldırılabilir. Buna karşılık şeffaflığın değerlendirilmesi sırasında somut sözleşme ortağının özel bilgi durumunun ne derecede önemli olduğu hususu tartışmalıdır. Bazı yazarlar<sup>1300</sup> genel işlem şartları kullanıcısının sözleşme ortağını kendi öz bilgileri veya aydınlatma nedeni ile bilgilendirilmelerine rağmen şeffaf olmama durumuna dayanmasını hakkın kötüye kullanılması olduğu görüşünü temsil etmektedirler. Başka bir görüş ise<sup>1301</sup>, bireysel ilişkiler içerisinde şeffaflığın yalnızca ortalama sözleşme tarafı ölçütüne göre ölçüleceğini savunmaktadır.

Avusturya’da somut müşterinin esasında şeffaf olmayan şartın içeriğinden bilgi sahibi olması konusunda geniş tartışmaların yapılmadığı söylenebilir. St. Korinek’in<sup>1302</sup> anlayışına göre somut olayda müşterinin şartı anlayıp anlamadığının önemi yoktur. Lafzi bir açıklama sadece görünürde bir şeffaflığı temin edebilecek ve bu nedenle de yeterli olmayacaktır. St. Korinek, aynı zamanda, tüketici şayet sözleşmenin akdedilmesi sırasında şartın içeriğini biliyorsa, yine de şeffaf olmayan bir şartın hükümsüzlüğünü ileri sürebileceği sonucuna varmaktadır. Bununla birlikte hakkın kötüye kullanılması ilkesi bir sınır olacaktır<sup>1303</sup>.

Leitner ise içerik kontrolü sırasında birincil olarak müşterinin bilgisinin değil bilakis zayıflatılmış irade özgürlüğü ile bağlantılı olarak mağduriyetin esas alınmasını doğru bulmaktadır<sup>1304</sup>. Yazara göre genel işlem şartlarında yer alan ve ana

<sup>1299</sup> Bkz. Leitner, s. 79, dn. 428, 429.

<sup>1300</sup> Leitner, s. 80, dn. 430.

<sup>1301</sup> Leitner, s. 80, dn. 432, 433.

<sup>1302</sup> Korinek, s. 168 ( aktaran Leitner, s. 80).

<sup>1303</sup> Leitner, s. 81 naklen.

<sup>1304</sup> Leitner, s. 81.



edimi düzenlemeyen bir sözleşme hükmünün sözleşme taraflarından birisini ciddi bir şekilde mağdur etmesi durumunda hükümsüz olacağına ilişkin kural (ABGB § 879, f.3) bakımından beyanın muhatabının şartın içeriği hususunda bilgi sahibi olmasının önem arz etmemektedir. Zira buradaki temel nokta ciddi mağduriyetin yanı sıra genel işlem şartlarının kullanılmasındaki tipik dengesizlik durumudur<sup>1305</sup>. Şeffaflık ilkesinin özel denetim konusunun belirlenmesi –burada içeriğin ortaya çıkarılması<sup>1306</sup> söz konusu olup içerik olarak makullük söz konusu değildir- ABGB § 879, f.3'deki düzenlemeden farklı olarak başka durumların da esas alınmasını gerektirir<sup>1307</sup>. Şayet bir şartın belirlenmesi tam olarak onun anlaşılabilirliği esasına oturtulursa onun içeriğinin bilinmesi önemsiz olmayabilir. Şeffaflık ilkesinin içerik denetimi içerisindeki sınıflandırılması somut genel işlem şartları kabul edicisinin şartın içeriğini biliyor olmasının dikkate alınmamasını her halükarda gerekçelendirmeyebilir. Hatta St.Korinek'in<sup>1308</sup> hakkın kötüye kullanılması hususunda öngördüğü düzeltme de sonucunu değiştirmeyecektir: Şayet tüketici sözleşmenin akdedilmesi esnasında içeriği biliyorsa daha sonra şartın şeffaf olmaması nedeniyle hükümsüzlüğü talep etmesi tam olarak çelişkili davranma yasağı (venire contra factum probrium) tanımına uygundur. Somut tüketici, dürüstlük kuralına göre bir şartın hükümsüzlüğünü, her ne kadar sözleşmenin akdedilmesi anında kendisi ilgili hükmün içeriğini biliyor olsa da şartın ortalama tüketici için anlaşılabilir olduğu gerekçesi ile talep edemez<sup>1309</sup>. Şeffaflığa karar verilmesi sırasında tüketicinin subjektif bilgisinin bir tarafa bırakılması bu bağlamda hakkın kötüye kullanılmasının istisna değil kural olmasına yol açabilecektir. Leitner'e göre lafzi aydınlatmanın sadece o an için bir şeffaflığı temin edeceği hususunun bir zararı yoktur. Yazar bu nedenle genel işlem şartları hukukundaki şeffaflık ilkesi gereğince şeffaflığın sadece sözleşmenin akdedilmesi sırasında bulunması zorunluluğunu söylemektedir<sup>1310</sup>.

Bu konuda Leitner şöyle bir çözüm tarzı geliştirmiştir: Müşterinin subjektif bilgisinin dikkate alınması gerekmektedir. Her şeyden önce genel işlem şartlarının

---

<sup>1305</sup> Leitner, s. 81.

<sup>1306</sup> Bkz. Leitner, s. 81, St.Korinek, s. 160.

<sup>1307</sup> Leitner, s. 81.

<sup>1308</sup> St.Korinek, JBL, s.168.

<sup>1309</sup> Leitner, s. 81.

<sup>1310</sup> Leitner, s. 81 ve 95.

şeffaf bir şekilde takdim edilmesinin estetiksel bir amacı yoktur. Genel işlem şartlarının şeffaf olarak düzenlenmesi ilkesinin kendisi bizatihi amaç değildir, bilakis bu ilke müşterinin içeriğini anlayamadığı şartlar vasıtasıyla mağdur edilmemesine hizmet etmektedir<sup>1311</sup>. Başka bir anlatımla müşteri, genel işlem şartlarının içeriği hakkında kendi menfaatlerini ve piyasa şansını kendi kararlarından sorumlu bir karar verici olarak rekabet esasına dayalı bir piyasa içerisinde bizzat koruyabilme olanağına sahip olmalıdır. Böylelikle şeffaflık ilkesi tüketicinin kötüye kullanılabilir şartlar karşısında korunmasını tamamlamaktadır. Dolayısıyla somut olayda sözleşme tarafı belirsiz olan şart ile ne kastedildiğini anlamışsa ortada bir koruma ihtiyacı bulunmamaktadır<sup>1312</sup>.

Dolayısıyla tüketici ister ortalamanın üstündeki yeteneklere sahip olması nedeniyle ister sözleşmenin akdedilmesi sırasında kendisine açıklamada bulunulması suretiyle olsun esasında şeffaf olmayan bir düzenlemenin içeriğini anlamışsa genel işlem şartlarındaki şeffaflık ilkesinin ihlali nedeniyle bir hükümsüzlük söz konusu olmamalıdır. Zira somut müşteri için ilgili şart “belirsiz ve anlaşılmaz” değildir. Sonuç olarak Leitner, bu konuda çifte bir ölçüt ortaya konulabileceğini söylemektedir. Bir şartın genel işlem şartlarındaki şeffaflık ilkesine aykırı olması “açık ve anlaşılır olmaması” nedeniyle hükümsüzlüğü için düzenlemenin ortalama bir tüketici bakımından anlaşılmaz olması gerekir. Bunun dışında da somut muhatap şartın gerçek içeriğini bilmemelidir. Tüketicinin ilgili şartın gerçek içeriğinden bilgi sahibi olması vakıasını şüphesiz ki genel işlem şartlarının kullanıcısı kanıtlamak zorundadır, bu da kural olarak pek kolay değildir<sup>1313</sup>.

Somut tüketicinin ilgili şartın içeriğinden bilgi sahibi olduğu iki durum arasında bir ayırım yapılmalıdır<sup>1314</sup>. Bunlardan birincisi içerik hakkında sözleşmenin akdedilmesinden önce veya sırasında bilgilendirme/aydınlatmadır. İkincisi ise kişinin sahip olduğu yüksek bilgi sebebiyle içeriğin bilinmesidir. Şayet genel işlem şartları kullanıcısı sözleşmenin akdedilmesi sırasında veya öncesinde müşteriyi esas olarak şeffaf olmayan bir şartın içeriği hakkında aydınlatırsa yani bilgilendirirse, söz

<sup>1311</sup> Bkz. St. Korinek, s. 168; Leitner, s. 81.

<sup>1312</sup> Leitner, s. 82.

<sup>1313</sup> Bu kendisi için uygun hukuksal sonuçlar doğuran olguları ilgili tarafın kanıtlamak zorunda olması genel ilkesine de uygundur. (Leitner, s. 82 vd dn. 448).

<sup>1314</sup> Leitner, s. 83, Borges, Inhaltskontrolle, s.129 vd.

konusu şart şeffaflığın değerlendirilmesi sırasında ilgili somut durumun dikkate alınması gerekliliği ve somut olayın bütün özelliklerinin rol oynaması nedeniyle şeffaf olmama özelliğini kaybedecektir. Yani şeffaflık ilkesinin gereklerine uyulup uyulmadığı sorusunun cevaplanması için sözleşme belgesi soyut bir şekilde dikkate alınmaz, bilakis bu sorunun cevaplanması somut durumda tipik müşterinin şartın içeriğini anlayıp anlayamadığına bağlıdır. Müşterinin sözlü olarak aydınlatılması durumunda ise onun şartın içeriğini anladığı kabul edilmelidir<sup>1315</sup>.

Buna karşılık yüksek bilgi seviyesi nedeniyle müşterinin şartın içeriğini anlaması bağlamında ise müşterinin saf iç ilişkileri rol oynar. Bu durum da şartın içeriğinin anlaşılabilirliği, eşlik eden durumlardan ortaya çıkmaz. İçerik hakkında bilgi sahibi olma sebebiyle burada esas olarak bir koruma ihtiyacı yoktur. Genel işlem şartlarındaki şeffaflık ilkesi somut tüketicinin korunmasına hizmet ettiğinden dolayı tüketici nezdindeki subjektif unsurları göz ardı etmek için bir neden bulunmamaktadır<sup>1316</sup>.

Tabii ki ister kullanıcı tarafından aydınlatma suretiyle ister tüketicinin yüksek bilgisi nedeniyle olsun esasında şeffaf olmayan bir şartın içeriği hakkında bilgi sahibi olma durumunun şartın şeffaf olmama özelliğini somut müşteri açısından kaldıracağı görüşü, genel işlem şartları kullanıcının somut müşteri ile giriştiği hukuki işlem çerçevesinde söz konusu olacaktır. Somut müşterinin esasında şeffaf olmayan şartın içeriği hakkında bilgi sahibi olması doğal olarak sadece bireysel ilişkiler düzeyinde rol oynar<sup>1317</sup>.

## C. TAZMİNAT

### 1. Genel İşlem Şartlarının Kullanımı İle Ortaya Çıkan Zarar Rizikoları

Genel işlem şartları nedeniyle müşterinin korunması ilk etapta ilgili şartların bağlayıcılık, içerik ve şeffaflık denetimi sistemi çerçevesinde olmaktadır. Geçerli

---

<sup>1315</sup> Leitner, s. 83.

<sup>1316</sup> Leitner, s. 83.

<sup>1317</sup> Karş. Leitner, s. 82, 83.

olmayan bir genel işlem şartları düzenlemesinin hükümsüzlüğünün öngörülen hukuksal sonucu, müşteriye şartın kullanımı ile ortaya çıkan bütün dezavantajlar karşısında korumamaktadır. Bir şartın hükümsüzlüğüne ilişkin hukuksal sonuca rağmen müşteri için bir zarar da ortaya çıkabilir. Örneğin müşteri kendisinin yükümlü olmadığı bir edimi ifa ederse, aslında sahip olduğu fakat şeffaf olmayan şart nedeniyle sahip olmuyor görüldüğü bir hakkını zamanaşımına uğratırsa veya malvarlığına ilişkin dezavantajlı bir davranışta bulunursa böyle bir zarar hükümsüz bir şartın geçerli olduğuna güvenerek meydana gelmiş olabilir<sup>1318</sup>. Yine bir şartın geçerli olduğuna güvenden bağımsız olarak da zararın söz konusu olabileceği belirtilmelidir. Şayet müşteri bir şartın hükümsüzlüğünü anlarsa veya şartın geçerliliği konusunda tereddüde düşerse, müşteri bakımından haklarını icra etmesi sırasında bir zarar, hukuki olarak danışma masrafları ve yine haklarını takip etme masrafları biçiminde de ortaya çıkabilir. Aynı zamanda şeffaf olmama veya hataya sevk eden bir şart düzenlemesi de müşteriye zarara uğratabilir. Bu zarar müşterinin sözleşme içeriğini belirlemek için yapmak zorunda olacağı yüksek masraflarda da bulunabilir veya hataya sevk eden bir etkenin sonucu olarak da ortaya çıkabilir<sup>1319</sup>.

## 2. Şeffaf Olmayan Şartların Sonucu Olarak Zarar

Genel işlem şartlarının kullanımı ile birlikte ortaya çıkan zarar rizikolarının arka planında, şeffaf olmayan genel işlem şartlarının müşteri için iki farklı tehlike gizlediği görülmektedir. İlk olarak genel işlem şartları kullanıcısının ortalama bir müşteri bakımından zor anlaşılacak bir şekilde tamamlayıcı hukukun dengeleyici düzenlemelerinden sapma tehlikesi ortaya çıkmaktadır. İşte bu durumda genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesi etkisini göstermekte ve şeffaf olmayan şartın hükümsüzlüğü şeklindeki hukuksal sonuç ile şeffaf olmayan şartın geçerliliği karşısında müşteriye korumaktadır. Bunun yanı sıra şeffaf olmayan bir şart müşteriye aynı zamanda şartın geçerli olmasından bağımsız olarak bir zarara da maruz

<sup>1318</sup> Leitner, s. 97, 98. Şeffaflık ilkesinin ihlalinin bir sonucu olarak müşterinin tazminat talebi için bkz. Palandt/Grüneberg, Vorb § 307 Rn 14.

<sup>1319</sup> Leitner, s. 98.

bırakabilir. Bu bağlamda şeffaf olmayan bir şart sözleşmenin devamı sürecinde esas olarak genel işlem şartlarının müşteri lehine bir usulde düzenlenmesi durumunda zorunluluk arz etmeyen ilave bir hukuksal danışmayı gerekli kılabilir. Aynı şekilde şeffaf olmayan bir şart, müşteriyi sözleşme ve objektif hukuk sebebiyle sahip olduğu haklar hususunda hataya sevk ederse ve böylelikle haklarını uygulamaya koymaktan alıkoysa bu durum da bir zarara sebep olabilir. Dolayısıyla şeffaflık ilkesi hükümsüzlük şeklindeki hukuksal sonucuyla bu problemin çözümünde yeterli değildir. Zira genel işlem şartlarının şeffaf biçimde düzenlenmesi ilkesi, yalnızca şeffaf olmayan bir şartın geçerliliği durumunda ortaya çıkan dezavantaj karşısında müşteriyi korumaya muktedirdir. Bunu aşan dezavantajlar ancak bir tazminat talebiyle giderilebilir<sup>1320</sup>.

### **3. Genel İşlem Şartlarının Uygulanmasının Sonucu Olarak Tazminat**

Şeffaf olmama nedeniyle mağduriyet, sözleşmenin akdedilmesi sırasında ortaya çıkabileceği gibi sözleşmenin uygulanması sırasında da ortaya çıkabilir. Acaba, şeffaf olmayan genel işlem şartlarının kullanılması nedeniyle ortaya bir zarar çıkarsa bu zararın tazmini talep edilecek midir?

Esasında Avusturya'da tazminat hukukuna ilişkin davranış yükümlülükleri genel işlem şartlarının kullanımı sırasında sadece tali olarak ve nadiren desteklenmekteydi. İlk defa faize ilişkin bir sorunda genel işlem şartlarının kullanımının sonucu olarak tazminat büyük bir önem arz etti. Avusturya Yüksek Mahkemesi bir kararında<sup>1321</sup> faizi değiştirme şartını, Tüketicinin Korunması Yasasını (§ 6, f. 1, c.5) ihlal ettiği gerekçesiyle geçersiz addetmiş ve bankayı söz konusu şart nedeniyle fazladan ödenen faizlerin iadesi ile yükümlü kılmıştır. Bu karar o zamana kadar üzerinde pek düşünülmemeyen tazminat hukukuna ilişkin boyuta dikkatleri çekmiştir. Zira Avusturya hukukuna göre tazminat hukukuna ilişkin zamanaşımı süresi –sebepsiz zenginleşmeden farklı olarak- zararın öğrenilmesinden itibaren başlamaktadır (AGBG § 1489). Böylelikle tazminat kural olarak Avusturya Yüksek Mahkemesi tarafından da kabul edilen 3 yıllık sebepsiz zenginleşme zamanaşımına

<sup>1320</sup> Leitner, s. 99; BGB § 306/III'e göre sözleşmenin hükümsüz olması durumunda, müşteri için tazminat hakkı doğacağı konusunda bkz. Palandt/Heinrich, § 306 BGB, RN. 13.

<sup>1321</sup> 4 Ob 73/03b in JBL 2004, s. 50 (Leitner, s. 96, dn. 518).

tabi tutulmuştur. Avusturya’da öğreti ve yargı hükümsüz olan faizin uyumlaştırılması şartlarının kullanımından kaynaklanan tazminat hukukuna ilişkin yükümlülüğe aykırılıktan hareket etmekte ve kusurlu olmak şartıyla hükümsüz olan şart sebebiyle yapılan edimler için tazminat hukukuna ilişkin iade talebini onaylamaktadırlar<sup>1322</sup>.

Almanya’da ise Alman Federal Mahkemesinin 1984 tarihli kararıyla<sup>1323</sup> bağlantılı ve öğretide Brandner’in görüşleriyle paralel olarak, genel işlem şartlarının kullanıcısının genel işlem şartlarının kullanımına eşlik eden zarar rizikolarını kapsayan kusurlu olarak ihlali durumunda, ortaya çıkan zararı tazmin etmesini gerektiren sözleşme öncesi davranış yükümlülükleri genel olarak kabul edilmektedir<sup>1324</sup>.

Esasen borç ilişkileri hukuki bir işlemde meydana gelmekle birlikte, bazı fiili ilişkilerden de özellikle henüz sözleşme ilişkisi kurulmadan, müzakereye girişmeden önce de borç ilişkisi doğabileceği söylenebilir. Sözleşme müzakerelerine başlamak ile birlikte taraflar arasında özel bir hukuki ilişki ve buna bağlı olarak da özel davranış veya koruma yükümleri<sup>1325</sup> denilebilecek borçlar gündeme gelecektir. Bu tür borçlar, yükümler genel olarak Türk Medeni Kanununun 2. maddesi anlamında dürüstlük kuralından, dolayısıyla güven ilişkisinden doğmaktadır<sup>1326</sup>. Sözleşme müzakerelerine başlama ile ortaya çıkan bu ilişki dolayısıyla taraflardan her biri, karşı tarafın çıkarlarını gözeterek özen gösterme yükümlülüğü altına girecekler ve söz konusu yükümlülüğün ihlali durumunda tazminat borcu gündeme gelecektir. Yani koruma yükümleri olarak değerlendirilebilecek bu tür yükümlülüklerin ihlali durumunda, ihlal eden kişiye karşı bir tazminat davası gündeme gelebilecektir<sup>1327</sup>.

<sup>1322</sup> Leitner, s. 97.

<sup>1323</sup> BGH, NJW 1984, 2816.

<sup>1324</sup> İn Oppenhof-FS 11; ayrıca bkz. Diederichsen, ZHR 132, 250 (Diederichsen, bununla birlikte hükümsüz olan bir şarta güvenilerek yerine getirilen edimleri tartışmamakta bilakis sözleşmenin muhafazası çerçevesinde ahlaka aykırı şartların yokluğunu genel işlem şartları yasasının kabul edilmesinden önce culpa in contrahendo ile gerekçelendirmektedir (bkz. Leitner, s. 97, dn. 524’dan naklen).

<sup>1325</sup> Koruma yükümleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Demircioğlu, s. 120 vd.; ayrıca bkz. Eren, s. 35 vd. Nitekim Almanya’da Borçlar Hukuku Modernizasyonu Yasası ile “borç ilişkisi ve edim yükümlülüğü” başlıklı § 241 başlığı “borç ilişkisinden doğan yükümlülükler” olarak değiştirilmiş ve söz konusu maddeye “..borç ilişkisi, içeriğine göre taraflardan her birini, diğer tarafın haklarını, hukuki değer ve menfaatlerini gözetmekle yükümlü kılabilir” biçiminde bir fıkra eklenmiştir (bkz. Demircioğlu, s. 125).

<sup>1326</sup> Bkz. Eren, s. 37.

<sup>1327</sup> Bkz. Tunçomağ, s. 211, 212; Eren, s. 40; hükümsüzlüğün sonuçları hakkında ayrıca bkz. Larenz, s. 523 vd.

Müzakereye girişmeden doğan borç ilişkisinden özellikle, açıklama yapma, bildirme, özen gösterme, koruma borçları gibi borçların ortaya çıktığı ifade edilebilir. Bu kapsamda, taraflar birbirlerinin çıkarlarına özen göstermeli, öngörülen sözleşmenin yapılmasını engelleyen ya da karşı tarafın sözleşme amacını zarara uğratabilecek hususları bildirmeli, yine karşı tarafın müzakereye girişmeden doğabilecek olası zararlarını önlemelidir<sup>1328</sup>.

#### 4. Şart Denetimi ve Tazminat Arasındaki İlişki

Her ne kadar yukarıda şeffaf olmayan şartın hüküm ifade edip etmemesi ile bundan doğan zararların tazmini birbirinden ayrı ele alınsa da ikisi arasında ilişkinin olduğu da ortadadır. Genel işlem şartlarının kullanılması esnasında müşterinin korunması ilk etapta şart denetimi ile yapılmakta ve tazminat ile de tamamlanmaktadır. Özel hukuktaki bağlayıcılık, içerik ve şeffaflık denetimine ilişkin düzenlemeler müşteriye ağır surette mağdur eden şaşırtıcı ve şeffaf olmayan şartların geçerliliği karşısında korurken, sözleşmesel ve sözleşme öncesi davranış yükümlülükleri, müşteriye genel işlem şartları kullanımından kaynaklanan zararlar karşısında korumaktadır<sup>1329</sup>. Şeffaf olmayan şart düzenlemesi şart denetiminin bir kategorisidir ve şeffaf olmayan şart düzenlemesi bununla birlikte sözleşme öncesi koruma ve özen yükümlülüklerinin de bir ihlalini ifade etmektedir.

Genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesi çerçevesinde yapılacak şeffaflık denetimi, müşteriye şeffaf olmayan şartların yürürlüğe girmesi karşısında korumaktadır. Şeffaflık, sözleşmenin akdedilmesi anında var olmak zorundadır. Bunu aşan bir şeffaflık, sözleşmenin akdedilmesi ile tarafların irade oluşumu tamamlandığından ve yine tarafların hakları ve yükümlülükleri bağlayıcı bir şekilde kararlaştırılmış olduğundan dolayı gerekli değildir. Yukarıda ifade edildiği üzere genel işlem şartları hukukundaki şeffaflık ilkesi müşteriye yalnızca şeffaf olmayan

<sup>1328</sup> Nitekim Alman Federal Mahkemesinin müzakere tarafının diğer sözleşme tarafı karşısındaki bildirme borcunu genişletecek doğrultuda kararlar verdiği söylenebilir. Bu nitelikli borçlar önceleri, irade beyanları arasındaki uyumsuzluk dışında, sözleşme beyanı dışında kalan hususlara ilişkin olmakla birlikte, sözleşme önerisinin konusu, sözleşmenin ekonomik ve hukuki niteliği konusunda sözleşmenin karşı tarafını bilgilendirme gibi giderek genişlemiştir. (bu konuda bkz. Tunçomağ, s. 213, 214).

<sup>1329</sup> Leitner, s. 101.

şartların yürürlüğe girmesi karşısında koruduğu için bu husus yalnızca en azından müşteri tarafından dezavantajlı olarak kabul edilen şartlar açısından önem arz etmektedir<sup>1330</sup>.

Şartların şeffaf olmayan bir şekilde düzenlenmesi durumunda aynı zamanda sözleşme öncesi davranış yükümlülüklerinin bir ihlali de bulunmaktadır. Sözleşmenin devamı süresinde şeffaf olmayan bir şart düzenlemesi dolayısıyla bir zarar ortaya çıkarsa bu zarar, kusur koşulu ile tazmin edilmelidir. Aynı zamanda içeriksel olarak müşterinin lehine olan bir şart da zarara sebebiyet verebilir<sup>1331</sup>.

### **5. Genel İşlem Şartlarının Kullanımı Sırasında Tazminat Hukukuna İlişkin Davranış Yükümlülüklerinin Değerlendirilmesi**

Yukarıda ifade edilen zarar rizikoları bakımından kullanıcının kapsamlı şekilde (ön) sözleşmesel koruma ve özen yükümlülükleri bulunmaktadır. Kullanıcı genel işlem şartlarını, müşteri bakımından bir zarar meydana gelmeyecek surette düzenlemelidir. Özellikle genel işlem şartları bir bütün olarak hükümsüz şartlar içermemelidir. Zira hükümsüz şartlar sözleşmenin içeriği hususunda yanlış bir etki doğurmaktadır ve bu yüzden de özellikle zarar ortaya çıkartmaya uygundur. Müşteriye zarar vermeyecek şekilde genel işlem şartlarının düzenlenmesi yükümlülüğünün göz önünde tutulması müşteriye zarara uğratmaya uygun genel işlem şartlarının kullanımını da genel olarak yasaklamaktadır<sup>1332</sup>.

Zarar rizikolarının ortaya çıkmasından kaçınmaya yönelik koruma yükümlülüklerinin ve yine zarar rizikosunun gerçekleşmesi bakımından sorumluluğun müşteriye değil de genel işlem şartları kullanıcıya yüklenilmesinin gerekçesi bir takım ekonomik mülahazalara dayanmaktadır. İktisadi etkililik ve hukuki işlemlerin pahalılaştırılmasından kaçınma anlamında zorunlu olan özeni, bunu daha kolay yapabilecek kişi göstermelidir. Gerçekten de genel işlem şartlarının planlanan çok sayıda kullanımı sebebiyle kullanıcı, yaptığı bu fazla masrafları çok

---

<sup>1330</sup> Leitner, s. 102.

<sup>1331</sup> Leitner, s. 102.

<sup>1332</sup> Leitner, s. 98.



sayıdaki sözleşmeye dağıtma imkânına sahiptir. Dolayısıyla kullanıcı genel işlem şartlarının kullanımına eşlik eden zarar potansiyeline kendi müşterisine nazaran daha uygun bir şekilde hâkim olabilir ya da bunu yönetebilir. Bu zarar potansiyeli nedeniyle kendisi genel işlem şartlarını, bir zarar ortaya çıkarmayacak şekilde düzenleme yükümlülüğü altında bulunmaktadır<sup>1333</sup>.

---

<sup>1333</sup> Leitner, s. 99.

## SONUÇ

Birey için sözleşme özgürlüğünün önemi, diğer kişilerle olan hukuki ilişkilerini kural olarak kamusal müdahaleden bağımsız olarak özgür bir biçimde düzenleyebilmesidir. Bireyin bu şekilde özgür addedilmesinden ve kendi menfaatlerini gerçekleştirme ve takip etme olanaklarından ekonomik refah durumunun da yükseleceği beklenmektedir. Sözleşme özgürlüğü, amaçlanan hukuksal sonuçların doğruluğunu da güvence altına alacaktır. Nitekim bir sözleşme, esas olarak karşılıklı menfaatlerini düzenleyen sözleşme taraflarının iradelerinin uyuşmasını şart kılmaktadır. Sözleşmenin akdedilmesi sırasında karşılıklı menfaatlerin denkleştirilmesi suretiyle makul bir anlaşma yalnızca kuvvet bakımından eşit iki müzakere gücünün varlığı durumunda beklenebilir. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tarafların hak ve yükümlülüklerinin makul bir dengede olması önemlidir. Ancak kullanıcı tarafından önceden formüle edilmiş sözleşme şartlarını içeren sözleşmeleri akdeden müşterilerle bu şartların kullanıcıları arasında her zaman böyle bir dengenin olduğunu söylemek güçtür. İşte bu dengesizlik ve tarafların ekonomik ve sosyal açıdan birbirlerine eşit olmamaları gibi gerekçelerle aslanan ve korunması gereken sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması da bir ihtiyaçtır. Kullanıcı tarafından önceden formüle edilmiş ve çok sayıda sözleşmede kullanma amacıyla hazırlanmış genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır olması suretiyle kullanıcının tek taraflı sözleşme düzenleme gücü yani sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılması engellenmiş olacak bu da sözleşme adaletine hizmet edecektir.

Genel işlem şartları tarihsel açıdan sanayi devriminden bu yana büyük bir gelişme göstermiştir. Günümüzde ise genel işlem şartlarına ekonominin hemen tüm alanlarında rastlanılmakta, hatta bazı branşlarda genel işlem şartları sözleşme şablonlarının temelinde dahi bulunmaktadır. Tüketici sözleşmeleri alanında ise, günümüzde münferit olarak müzakere edilmek suretiyle yapılan sözleşmelerin istisnai oldukları söylenebilecektir. Adeta modern ekonomik yaşam genel işlem şartları olmadan işleyememektedir. Çünkü ancak genel işlem şartları vasıtasıyla kitlesel işlemlerin tipikleştirilmesi ve rasyonelleştirilmesi mümkün olmaktadır. Söz

konusu rasyonalizasyon etkisi ile girişimcinin edim kabiliyeti yükselmektedir ve girişimci tam bir hesaplama yapabilmektedir. Bu suretle müşterilerin içeriksel olarak eşit konuma getirilmesi ve yine hukuk güvenliğinin kuvvetlendirilmesi ile müşterinin rizikosunun hesaplanabilirliği mümkün olabilmektedir. Ayrıca genel işlem şartlarıyla hukuki ilişkinin kapsamlı bir şekilde düzenlenmesi mümkündür. Bunun yanı sıra genel işlem şartları vasıtasıyla sözleşme içeriğinin delil gücü açıklığa kavuşmakta ve müşterin kanıtlamadaki güçlükleri azalmaktadır. Bu şekilde genel işlem şartları vasıtasıyla hukukun da öngörülebilir olduğu söylenebilir.

Genel işlem şartlarının belirtilen bu olumlu yönlerinin yanında pek çok olumsuz yönleri de bulunmaktadır. Genel işlem şartlarının kullanımına, müşterinin karar verme özgürlüğü bakımından bir takım rizikolar eşlik etmektedir. Bu rizikolar ağırlıklı olarak kullanıcının kurumsal ve entelektüel üstünlüğü ile gerekçelendirilmektedir. Kullanıcı sözleşmenin koşullarını daha önceki bir ön aşamada tamamen sükunet içerisinde ve kural olarak da uzman yardımı alarak düzenleyebilmekte iken, müşteri bu sözleşme şartları ile ilk defa somut olarak sözleşmenin akdedilmesi sırasında karşılaşmaktadır. Müşteri bu sözleşme şartlarını bir bütün olarak anlamak ve kendi yararlarını denkleştirmek yine gerekirse değişiklik önerileri ileri sürmek isteyebilecektir. Ancak öncelikle kullanıcı açısından münferit bir hukuki işlem için böyle bir çabaya girmeye değmeyebilir. Diğer yandan müşterinin somut sözleşmenin akdedilmesi durumuna olan dikkati genellikle sözleşmenin kural olarak müzakere edilebilen ana edim yükümlülükleri noktasına yoğunlaşacaktır. Yine genel işlem şartları kullanıcısı söz konusu bu genel işlem şartları üzerinde münferit olarak müzakere etmek de istemeyecektir. Nitekim sonuçta bu durum genel işlem şartlarında kullanıcının ulaşmak istediği toplam menfaatlerine aykırı olabilecektir. Kısacası genel işlem şartlarının, sözleşmenin akdedilmesini kapsamlı bir müzakere olmaksızın gerçekleştirme ve aynı zamanda kullanıcı tarafından istenilmiş olan içeriksel düzenlemenin ortaya çıkması esası üzerine kurulduğu söylenebilir.

Sözleşme tarafları arasındaki eşitsizlik durumu genel işlem şartlarının kullanımı sırasında rekabet düşüncesinin yerine getirilmemesi ile daha da belirginleşmektedir. Tipik olarak genel işlem şartları içerisinde düzenlenen yan ve ek koşullar sıklıkla müşteri tarafından dikkate alınmamakta başka bir ifade ile ihmal edilmektedir. Müşterinin dikkati psikolojik ve ekonomik açıdan koşullu bir şekilde ağırlıklı olarak fiyata yani sözleşmesel ana edime yönelmektedir. Bunun yanında müşteri genellikle görüldüğü üzere yan şartların önemli olacağını da hesaba katmamaktadır. Bu suretle müşteri kendisinin karşısına konulan bu koşullara dikkat etmezse bu suretle kendisi için en uygun öneriyi bulabilmek için söz konusu şartları pazardaki öteki hizmet sunucularının sözleşme şartları ile de karşılaştıramayacaktır. Yine bu şartlar bütün olarak sözleşmenin akdedilmesinden vazgeçmek için aynı derecede daha az bir nedeni oluşturmaktadır. Bunun sonucu olarak da etkili bir işlevsel rekabet eksik olmaktadır.

Böylelikle genel işlem şartları ile ilişki içerisinde bir sözleşmenin akdedilmesi sırasında sözleşme mekanizmasının doğruluk garantisi aksamaktadır. Zira müşteri düzenleme bakımından sözleşme içeriğine etki etme noktasında gerçekçi bir şansa sahip bulunmamaktadır ve ayrıca da etkili bir işlevsel rekabet dolayısıyla telafi durumu da eksik bulunmaktadır. Bu nedenle söz konusu bu eşitsizlik durumu tek taraflı olarak düzenlenen sözleşme koşullarının, sözleşme özgürlüğünün doğruluk garantisini ihlal eden düzenlemeler vasıtasıyla istismar edilmesini engellemek amacıyla denetimini zorunlu kılmaktadır. Gerçekten de genel işlem şartları alanındaki temel nokta müşterinin kendi aleyhine olarak sözleşme özgürlüğünün tek taraflı olarak kötüye kullanılması karşısında korunmasıdır.

Bu konuda 1993 yılında Avrupa Birliği 93/13 no.lu “Tüketici Sözleşmelerindeki Kötüye Kullanılabilir Hükümler Hakkında Yönergeyi” kabul etmiştir. Bu Yönergede içerik denetimine ilişkin düzenlemeler yanında açıkça şeffaflık ilkesi de düzenlenmiştir. Bu Yönerge şeffaflık denetiminin ayrı bir denetim kategorisi olarak değerlendirilmesinde önemli bir adım olmuştur. 93/13 no.lu AB Yönergesinin 5. maddesinin 1.cümlesi bütün yazılı genel işlem şartlarının açıklığını

ve anlaşılabilirliğini gerekli kılmaktadır. Avrupa hukukundaki bu şeffaflık ilkesi Avrupa Toplulukları Adalet Divanı tarafından tercih edilen ve Avrupa Birliği Hukukunda da özel olarak güvence altına alınan bilgilendirme modelinin bir görünüm şekli olarak anlaşılabilir.

Genel işlem şartlarının denetiminin birinci basamağını bağlayıcılık denetiminin oluşturduğu ifade edilebilir. Bağlayıcılık denetimi açısından kural olarak üç hususun varlığı aranmaktadır. Birincisi, sözleşmenin akdedilmesi sırasında şart kullanıcısı tarafından genel işlem şartlarına işaret edilmesi, yani müşterinin genel işlem şartlarının varlığı hakkında bilgilendirilmesidir. İkinci olarak diğer sözleşme tarafınca makul bir şekilde bilgi sahibi olma olanağının bulunması ve üçüncü olarak da genel işlem şartlarının yürürlüğü hususunda anlaşma gereklidir. Söz konusu koşullardan ikincisi bakımından şeffaflık ilkesinin gereklerinin garanti edildiği söylenebilir. Buna göre şayet genel işlem şartları ortalama bir müşteri için zahmetsiz bir şekilde okunabilir ve anlaşılır iseler ve yine genel işlem şartları açık ve kapsamlı olarak işlemin içeriğine uygunsuzsa, sözleşme tarafının yalnızca genel işlem şartlarının içeriği hakkında makul şekilde bilgi edinme olanağına sahip olması yeterlidir. Şeffaflık ilkesinin sonuçlarının görüldüğü bağlayıcılık denetiminin gereği olarak müşterinin genel işlem şartlarının varlığı hakkında bilgi edinme olanağına sahip olması gerekir. Genel işlem şartlarının açık olmaması durumunda bu olanak ortadan kalkacaktır.

Bağlayıcılık denetimi ve yine belirsizlik kuralına ilişkin normlar şeffaflık ilkesinin sadece belirli görünüm şekillerini kapsadıklarından, şeffaflık düşüncesinin gerçekleşmesi açısından sadece sınırlı bir işleve sahiptirler.

Şeffaflık ilkesi genel olarak kullanıcının, sözleşme taraflarının haklarının ve yükümlülüklerinin mümkün olan en fazla şekilde anlaşılabilir, doğru, belirli ve açık şekilde ortaya koyma konusundaki yükümlülüğü biçiminde ifade edilebilir. Kullanıcı müşterinin haklarını ve yükümlülüklerini mümkün olduğunca açık ve anlaşılır

şekilde tasvir etmelidir. Ancak bu suretledir ki, açık ve anlaşılır olan genel işlem şartları müşterinin sözleşmeden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerini yani hukuksal konumunu idrak etmesini sağlayabilir. Bu şekilde hak ve yükümlülüklerini anlayan müşteri isterse bu şartlar altında sözleşmeyi kabul edebilir ya da rekabet ilkesi çerçevesinde kendisine mal ve hizmet sunan başka sunuculara yönelebilir. Genel işlem şartlarının şeffaf şekilde düzenlenmemesinin ekonomik sonuçları da bulunmaktadır. Şeffaf ve anlaşılır şekilde düzenlenmeyen genel işlem şartları sadece girişimci için hukuksal bir riziko oluşturmamakta aynı zamanda ekonomik zararlara da yol açabilmektedir. Yine anlaşılır ve şeffaf olmayan sözleşme şartları söz konusu olduğunda ilgili sözleşmeye yönelik talepler de azalabilmektedir.

Şeffaflık ilkesi, anlaşılabilirlik, belirlilik ve tamlık gibi asgari ilkeleri kapsamaktadır. Anlaşılabilirlik ilkesinin gereği olarak genel işlem şartlarının aynı zamanda sistematik düzene sahip olması gerekir. Genel işlem şartları düzenlenirken içerik bakımından birbiri ile ilişkili olanlar birbirinden ayrılmamalıdır. Belirlilik ilkesi, genel işlem şartlarında yer alan düzenlemelerin belirli olmasını zorunlu kılmaktadır. Yine tamlık ilkesi de genel işlem şartları metninin eksiksiz bir şekilde bütün halinde sunulmasını gerektirmektedir.

Genel işlem şartlarının şeffaflığı ve anlaşılabilirliğini nispeten basit araçlarla yükseltmek mümkündür. Her şeyden önce sözleşme yapmak isteyen müşteri açısından sözleşme şartlarının şeffaf ve anlaşılır olmaması kabul edilemez. Ancak şeffaf şekilde düzenlenen genel işlem şartları iledir ki, müşteri bir bütün olarak sözleşme içerisinde nelerin olduğunu görebilir ve anlayabilir. Buna göre genel sözleşme şartları açık, tek anlamlı bir şekilde formüle edilmeli, açık düzenlemeye sahip olmalı ve anlaşılır bir şekilde kaleme alınmalıdır.

Genel işlem şartlarının anlaşılabilirliğini ve bu suretle şeffaflığını yükseltmek üzere birçok bilimsel çalışmadan yararlanılmıştır. Bunların başında Hamburg anlaşılabilirlik testi, Flesch test ve Groeben tarafından geliştirilen anlayış zikredilebilir. Bütün bunların metnin anlaşılabilirliğini yükseltici yönleri ele alınmalı ve genel işlem

şartlarında şeffaflığın yükseltilmesi için bu tür araştırmalardan ve sonuçlarından yararlanılmalıdır.

93/13 No.lu AB Yönergesinin 5. maddesi anlamında, şeffaf olmayan şartların kendiliğinden, sözleşme tarafının içeriksel olarak makul olmayan bir zararının meydana gelmesine gerek olmaksızın, hükümsüz olarak nitelendirileceği açıklığa kavuşturulmuştur.

İçerik denetimi ve şeffaflık denetimi, fonksiyonları ve şartları bakımından esas olarak her birisi kendine özgü bir denetim kurumlarıdır. Bu kapsamda şeffaflık denetimi, bir şartın şeffaf olmamasının sözleşme tarafının bizzat karar alma olanağını azaltması dolayısıyla özel bir mağduriyetin ortaya çıkmasını karakterize eder. Müşteri bakımından şeffaf olmayan şartların varlığı durumunda hak ve yükümlülüklerini anlayabilme rizikosunu, kendi içerisinde maddi bir mağduriyet tehlikesini gizlemektedir. Bu çerçevede şeffaf olmayan genel işlem şartlarının kullanılmasının tek başına kendine özgü bir mağduriyet şeklini betimlediği söylenebilecektir. Şeffaf olmamadan kaynaklanan söz konusu bu anlayabilme rizikosunu makul olmayan bir şekilde sözleşme tarafına yüklenmişse, bu durum şartın hükümsüzlüğüne yol açar.

Şeffaflık ilkesi içerik denetimine tabi olmayan asli edim yükümlülüklerini ifade eden şartları dahi kapsamaktadır. Böylelikle şeffaflık ilkesi sözleşmenin akdedilmesinden önce özellikle fiyata ve edime ilişkin şeffaflığın sağlanması suretiyle müşterinin iradesinin oluşumunda da önemli rol oynamaktadır.

Genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesine uyulup uyulmadığı, uyulmamışsa buna bağlanan hukuksal sonucun gerçekleşmesi yapılacak şeffaflık denetimi ile mümkün olacaktır. Şeffaflık denetiminin uygulanabilmesi için ilk önce ortada bir genel işlem şartının bulunması ve yine bu genel işlem şartının sözleşmenin bir parçası haline gelmesi gerekmektedir. Yapılacak şeffaflık denetiminde ise genel

işlem şartları içerisinde kullanıcı tarafından müşterinin hak ve yükümlülükleri açık ve anlaşılır bir şekilde ortaya konulup konulmadığı incelenmektedir. Genel işlem şartlarının şeffaflığı bağlamında açık ve anlaşılır olmanın belirlenmesinde temel ölçü kural olarak ortalama müşterinin anlayış ufkudur. Ortalama müşteri genel işlem şartları içerisinde hukuksal konumunu esas olarak hukuki bir yardıma müracaat etmeksizin bizzat genel işlem şartları içerisindeki bilgilerden çıkartabilmelidir. Şeffaflık ilkesi bu hususu öncelikli sağlamak durumundadır.

Genel işlem şartlarında kullanılan dil, yazı tipi, yazı büyüklüğü gibi araçların da genel işlem şartlarının şeffaflığının sağlanmasında önemi bulunmaktadır. Buradaki temel hareket noktası, ortalama müşterinin hak ve yükümlülüklerini açık bir şekilde idrak edebilmesini daha kolay sağlaması için en uygun olan yazı ve dil araçlarının kullanılmasıdır. Kullanılan yazı araçları ve dil ile genel işlem şartlarında gizli şartlar yaratılmamalıdır.

Genel işlem şartlarının şeffaf bir şekilde düzenlenmesi her şeyden önce dürüstlük ilkesinin bir gereğidir. Dürüstlük ilkesi gereğince kullanıcının genel işlem şartlarında müşterinin hak ve yükümlülüklerini açık ve anlaşılır bir şekilde ortaya koyması gerekmektedir.

Genel işlem şartlarının şeffaflık denetimi sırasında şartın açık ve anlaşılır olup olmadığı esas alınmalıdır. Şayet şartın anlamı iki seçeneğe indirgenebiliyorsa bu durumda kullanıcı aleyhine yoruma gidilmeli yani belirsizlik kuralı uygulanmalıdır. Zira kullanıcının ekonomik güç ve entelektüel açıdan üstünlüğü bulunmakta ve yine genel işlem şartlarının içeriğine sözleşmenin akdedilmesi sırasında müşteri müdahale edememekte yani genel işlem şartları kullanıcı tarafından tek taraflı olarak önceden formüle edilmektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır olmaması müşterinin haklarını ve yükümlülüklerini idrak edememesi dolayısıyla rasyonel karar verme imkânını etkileyecek, yine müşterinin rekabet çerçevesinde başka hizmet sunuculara yönelmesini engelleyecek ve piyasa şansının azalmasına yol



açacaktır. Bu husus başlı başına bir mağduriyete neden olup bu nedenle de şeffaflık denetiminin bağımsız bir denetim kategorisi olarak kabulünü gerektirmektedir. Bu çerçevede 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda şeffaflık ilkesinin ayrı bir denetim modeli olarak düzenlenmesi yerinde olurdu.

Genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesine uyulmaması ilgili şartın hükümsüzlüğüne yol açacaktır. Fakat kural olarak sözleşmenin geri kalan kısmının geçerli kalması söz konusudur. Şeffaflık ilkesinin ihlalinin bir diğer sonucu ise, bu ihlal nedeniyle makul olmayan mağduriyete uğrayan müşterinin tazminat hakkının bulunmasıdır.

Genel işlem şartlarında şeffaflık ilkesi ekonomik güç ve bilgi açısından kullanıcı ile müşteri arasındaki enformasyon asimetrisinden dolayı müşteri lehine hizmet etmek durumundadır. Dolayısıyla kullanıcı genel işlem şartlarının şeffaf olmamasından avantaj sağlamamalıdır. Şeffaf olmayan genel işlem şartlarının hükümsüz olması bu anlamda söz konusu asimetrideki kullanıcının üstünlüğü karşısında müşteri lehine bir denge olarak görülmelidir.

Önemle vurgulamak gerekir ki genel işlem şartlarındaki şeffaflık ilkesi sözleşme şartlarının açık ve anlaşılır bir şekilde ortaya konulmasını ve müşterinin hukuksal konumu, haklarını ve yükümlülüklerini anlayabilmesini sağlayacaktır. Yine genel işlem şartlarının şeffaf şekilde düzenlenmesi suretiyle müşteri piyasada rasyonel karar verebilecek ve rekabet çerçevesinde başka bir mal/hizmet sunucusuna yönelebileme imkânına kavuşabilecektir. Bu nedenle genel işlem şartlarının şeffaf olmaması, müşterinin bu imkânları kullanmasını engelleyebileceği için tek başına bu durum ayrı bir mağduriyet olarak kabul edilmeli ve şeffaflık denetimi kendine özgü hukuksal bir denetim aracı olarak değerlendirilmelidir.

## KAYNAKLAR

- AKMAN, Galip Sermet: **Sorumsuzluk Anlaşması**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976.
- AKYOL ,Şener: **Sözleşmelerin Yorumu**, İstanbul 2010, Vedat Kitapçılık.
- ALTUNKAYA Mehmet: “Sözleşmenin Kuruluşundan Önce Tüketicinin Korunması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:VIII, S:1-2, Haziran-Aralık 2004, s. 95-118.
- ARAL, Vecdi: “Hukukta İrade Özgürlüğü”, **İÜHF**, C.XLVIII-XLIX, S.1-4, İstanbul 1983, s.249-282.
- ARMBRÜSTER, Christian: “Transparenzgebot für Allgemeines Geschäftsbedingungen nach der Schuldrechtsmodernisierung”, **DNotz** 2004, s. 437 vd.
- ASLAN, İ. Yılmaz: **Tüketici Hukuku**, Bursa 1997.
- ATAMER, Yeşim: **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, İstanbul, Şubat 2001.
- ATAMER Yeşim: “Türk Borçlar Kanunu Tasarı’sında Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S:4, Ağustos 2005 (Tasarı).
- ATAMER Yeşim: “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”, Prof.Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 291-331 (Yeni Açılımlar).
- AYDOĞDU Murat: **4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar**, İzmir 1998.
- BARLAS Nami: “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı**, 2. Tıpkı bası, İstanbul 2001.

- BARTSCH Michael: “Der Begriff des „Stellens“ Allgemeiner Geschäftsbedingungen - Dargestellt an der AGB-Kontrolle im Bauherrenmodell”, **NJW 1986**.
- BASEDOW, Jürgen: “Transparenz als Prinzip des (Versicherungs-) Vertragsrecht”, **VersR 1999**, 1045 vd.
- BASEDOW, Jürgen: **in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil**, Redakteur Wolfgang Krüger, 5. Auflage München 2007, §305-310 BGB.
- BAŞÖZ, Lütfü / ÇAKMAKÇI, Ramazan: **Gerekçeli Karşılaştırma Tablosu, Eski ve Yeni Kanun Maddeleri İle Birlikte Türk Borçlar Kanunu**, s. İstanbul Ocak 2011, Legal Yayıncılık.
- BAŞPINAR, Veysel: **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Adalet Matbaacılık, Ankara 1998.
- BERNREUTER Friedrich: “Zum Maßstab der Auslegung von AGB und dem Transparenzgebot”, **BB 1993**, s. 1823- 1827.
- BUNTE, Hermann Joseff: **Handbuch der Allgemeinen Geschäftsbedingungen**, München 1982.
- ÇAĞIL, Orhan Münir: “Bugünkü Teknik Terakki Karşısında Hürriyet Kategorisi Olarak Hukuk Felsefesi”, **İÜHFİM**, C.XXXIII, S.1-2, 189-253.
- ÇINAR, Ömer: **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, İstanbul, Ekim 2009, XII Levha Yayıncılık.
- DEMİR Mehmet: “4822 Sayılı Kanun İle Tüketici Sözleşmeleri Alanında Getirilen Yenilikler”, **BATİDER**, Haziran 2003, C:XXII, S:1, s. 213 (s. 203-236).
- DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk**, Ankara 2009, Yetkin Yayınları.

- DERYAL, Yahya: **Tüketici Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- DI FABIO, Udo: **Grundgesetz Kommentar (Theodor Maunz/Günter Dürig)**, Band I, München 2010 (Hrsg. Von Romen Herzog vd.).
- DREXL, Josef: **Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers**, Tübingen, Mohr Siebek, 1998.
- DYLLA-KREBS, Corinna: **Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen**, Baden-Baden 1990.
- EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstanbul Ekim 2001.
- ERMAN, Hasan: “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, **İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C: XXXVIII, S:1-4, İstanbul 1973.
- ERTEN, Ali: **Sorumsuzluk Şartları**, Olgaç Matbaası, 1977.
- ESENER, Turhan: **Borçlar Hukuku, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği**, C:1, Ankara 1969.
- EVERMANN, Manja: **Die Anforderungen des Transparenzgebots an die Gestaltung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen Unter besonderer Berücksichtigung der Richtlinie 93/13/EWG**, Karlsruhe 2002.
- FAHR, Peter: **Inhaltskontrolle, Transparenzgebot und §8 AGBG**, München 1999.
- GEZDER, Ümit: **Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet’te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004 (İnternet).
- GEZDER, Ümit: **Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in contrahendo Sorumluluğu**, İstanbul Şubat 2009, Beta Yayıncılık (Sorumluluk).
- GOTTSCHALK, Eckhart: “Das Transparenzgebot und allgemeine Geschäftsbedingungen”, in: **Archiv für die civilistische Praxis (AcP)**, Bd. 206 (2006), S. 555-597.

- GRAF VON WESTPHALEN Freidrich: “Die Entwicklung des AGB-Rechts im Jahr 2001”, **NJW 2002, Heft 23**.
- GÜRİZ, Adnan: İrade Hürriyeti (1), **AÜHFD**, 1965-1966, C.XII-XIII, S.1-2.
- GÜRİZ, Adnan: İrade Hürriyeti (2), **AÜHFM**, 1967, C.XXIV, S.1-4.
- GÜRPINAR Damla: **Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk**, İzmir 2006, Güncel Yayınevi.
- HAVUTÇU, Ayşe: **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, İzmir 2003.
- HAVUTÇU, Ayşe: “Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetimi-Bir Yargıtay Kararı Hakkında Düşünceler”, **İzmir Barosu Dergisi**, Y: 63, Ekim 1998.
- HAVUTÇU Ayşe: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, “Sözleşmenin Kurulması, Haksız Fiil, Sebepsiz Zenginleşme” konulu 1. oturumda sunulan tebliğ, **Legal Hukuk Dergisi**, Y:2005, C:3, S:34 (Değerlendirme).
- HEINRİCHS, Von Helmut: “Das Transgebot und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen”, in: **Lebendiges Recht – Von den Sumerern bis zur Gegenwart, festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag**, Heidelberg 1995 (Hrsg. Von Friedrich Graf von Westphalen und Otto Sandrock), s. 157-177.
- HEINRİCHS, Helmut: “Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen”, **NJW 1993**, s. 1817 vd.
- HEINRİCHS, Helmut: **in: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch**, 67. Auflage, Verlag C.H. München, München 2008 (Palandt/Heinrichs).
- HIRSCH, Ernst: **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, İstanbul 1996.
- İNAN, Ali Naim,: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ders Kitabı**, Ankara 1979.

- İPEK, Mehtap: **Sözleşme Serbestisi ve Günümüzdeki Sınırlamaları**, Yayınlanmamış YL Tezi, Ekim 2002.
- JOPPICH, Tim Gero: **Die Kodifikation des Transparenzgebots in § 307 BGB**, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main 2009.
- KAPLAN, İbrahim: **Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007(Sözleşmeye Müdahale).
- KAPLAN, İbrahim: “Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C:XVI, S:2, Aralık 1991, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, s. 49-89, (Banka).
- KAPPUS, Andreas: “Inhaltskontrolle gesetzesrezitierender Klauseln – Beispiele aus dem Miet- und Reisevertragsrecht”, **NJW 2003**, s. 322-324.
- KITTNER, Michael: **Schuldrecht, Rechtliche Grundlagen-Wirtschaftliche Zusammenhänge**, 3. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2003.
- KOCAMAN, Arif B.: “Bankaların Tacir ve Sanayiciler İle Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri”, **Ünal Tekinalp’e Armağan**, C:1 Ticaret Hukuku, İstanbul 2003, (s. 1085-1127).
- KOÇ Nevzat: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hükümlere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilikler ve Değişiklikler”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Dergisi**, Y:6, S:12, Güz 2007/2.
- KOLLER, Ingo: “Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen”, **In: Festschrift für ERNS STEINDORF zum 70.Geburtstag**, Berlin-Newyork 1990, s. 667 vd.
- KÖNDGEN, Johannes: “Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht-Bemerkungen zum “Hypothekenzins-“ und zum “Wertstellungs-Urteil” des BGH”, **NJW 1989**, s. 943 vd.

- KÖTZ, Hein: “Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle-Eine rechtsökonomische Skizze”, **JuS 2003**, s. 209-214.
- KÖTZ, Hein: “zur Teilunwirksamkeit von AGB-Klauseln”, **NJW 1979**, s. 785 vd.
- KREIENBAUM, Birgit: **Transparenz und AGB-Gesetz**, Berlin 1998.
- KUNTALP, Erden/BARLAS, Nami/: **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi**,  
AYANOĞLU MORALI, Ahu/ **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin**  
ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, Pelin/ **Değerlendirmeler**, İstanbul 2005.  
İPEK, Mehtap/YAŞAR, Mert/KOÇ, Sedef  
KOÇ, Sedef
- KUTLU, Aygün: **AGB-Kontrolle bei stationärer Krenkenhausaufnahme**, Heidelberg 2006.
- KUZU Burhan: **Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat**, İstanbul 1997.
- KÜÇÜKYALÇIN, Arzu: “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y: 2004.
- LANGHEIT, Theo: “§8 AGB-Gesetz im Lichte der EG-AGB-Richtlinie: Kontrollfähigkeit von Leistungsbeschreibungen durch in Transparenz”, **NversZ 2000**, s. 63-68.
- LARENZ, Karl: **Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts**, 5. Auflage, München 1980.
- LEITNER, Max: **Das Transparenzgebot**, Wien 2005.
- LINDACHER Walter F.: “Der topos der Transparenz im Rahmen der Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen”, **in: Vorträge zur Rechtsentwicklung der achtziger Jahre**, (Hrsg.

- Juristischen Gesellschaft Osnabrück-Emsland), Carl Heymanns Verlag KG, München 1991.
- LOCHER, Hans: **Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen**, 2. Auflage, München 1990.
  - MARKWARDT, Karsten: **Die Rolle des EuGH bei der Inhaltskontrolle vorformulierter Verbraucherverträge**, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999 Baden Baden.
  - METZ, Reiner: “Tilgungsverrechnung: Transparenz durch AGB-Recht und Preisangebenverordnung”, **NJW 1991**, s. 668-675.
  - MORİN, Ariane: “Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleri” (Çeviren: Ruzin Dağlı), **Türk İsviçre Hukuk Günleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu**, XII Levha Yayıncılık, I. Baskı, İstanbul Nisan 2010.
  - OĞUZ, Cemal: **Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları**, Ankara 1993.
  - OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3.Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2000.
  - ÖZDAMAR, Mehmet: **Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü**, Ankara 2009, Yetkin Yayınları.
  - ÖKTEM, Niyazi: **Özgürlük Sorunu ve Hukuk**, İstanbul 1977.
  - ÖZTEK, Selçuk: “Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri”, **Prof.Dr.Jale G. Akipek’e Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, Konya 1991, s. 417-429.
  - PRÄVE, Peter: Versicherungsbedingungen und Transparenzgebot, **VersR 200**, s. 138 vd.
  - REHBİNDER, Manfred: “Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach der Deutschen Schuldrechtsreform”, **Prof.Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan**, Ankara 2003, s. 791-807.



- REICH, Norbert: **Kreditbürgschaft und Transparenz**, NJW 1995, s. 1857 vd.
- REİSOĞLU, Safa: **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 21. Bası, Beta, İstanbul 2010.
- REUL, Adolf: “Grundrecht und Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht”, **DnotZ 2007**, s. 185- 186.
- RIEHM Thomas: **JuS Lern-CD Zivilrecht I**, Edition 3, Verlag C.H.Beck, München 2002 (Hrsg. Stephan Lorenz/Thomas Riehm).
- ROTH Günther: **in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil**, Redakteur Wolfgang Krüger, 5. Auflage München 2007. Ahmet M Kılıçoğlu: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 10. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2008.
- SAMBUC, Thomas: “Unklarheitenregel und enge Auslegung von AGB”, **NJW 1981**, s. 313 vd.
- SCHÄFER, Hans-Bernd: “Theorie der AGB-Kontrolle”, **German Working Papers in Law and Economics**, Volume 2002, s.1-30.
- SCHÄFER, Jürgen: **Das Tarbsparenzgebot im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen**, Peter Lang, Frankfurt am Main 1992.
- SCHMIDT, Hubert: **Beck’scher online Kommentar BGB**, Herausgegeben von Heinz Georg Bamberger-Herbert Roth, München 2010.
- SCHMIDT, Rolf: **BGB Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Grosberg Bremen 2006.
- SCHULTE-NÖLKE Hans: **Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar**, 6. Auflage, 2009 (Hrsg. Reiner Schulze ve diğerleri).
- SCHWİNSTOWSKI, Hans-Peter, “Die Bedeutung interdisziplinären Arbeitens von Rechts- und Sprachwissenschaft”, **NJW 2003**, s. 632-638.

- SİRMEN, Lale:, “Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku”, **Cahit Oğuzoğlu’na Armağan**, Ankara 1972.
- SOYER Polat: **Genel İş Koşulları**, İzmir 1987.
- ST KORINEK: “Das Transparenzgebot des § 6, Abs.3 KSchG”, **JBl 1999**.
- STADLER, Astrid: **Bürgerliches Gesetzbuch**, 13. Auflage, München 2009 (Hrsg. Othmar Jauernig).
- STADLER, Martin: **Verständliche Gestaltung Allgemeiner Versicherungsbedingungen am Beispiel der AKB**, Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe 2009.
- TANDOĞAN, Haluk: **Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması**, Sevinç Matbaası, Ankara 1977.
- TANDOĞAN Haluk: “Otelcilerin Mesuliyeti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XII, S:3-4, Ankara 1955
- TAUPITZ, Jochen: “Zinsberechnungsklauseln-dritter Akt”, **NJW 1989**, 2242 vd.
- TEIGELER, Peter: **Verständlichkeit und Wirksamkeit vob Sprache und Text**, Stuttgart 1968.
- TEKİNALP, Gülgören/TEKİNALP: **Avrupa Birliği Hukuku**, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Beta, İstanbul, Mayıs 2000.
- TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 1988.
- THALMAIR, Peter: **Vom Postulat der Überraschungsfreiheit von AGB-Klauseln zu ihrer Transparenzkontrolle**, München 1999.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku Cilt I Genel Hükümler**, 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1976.

- ULAŞ KISA Seda: “Avrupa Topluluk Hukukunda Tüketici Hakları ve Tüketicinin Korunması”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul 2000, s. 1162-1183.
- ULUSAN, İlhan: “Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:3, S:1-2, Aralık 2004, s. 27-47.
- WESTERMANN, Harm Peter: “Das Transparenzgebot – ein neuer Oberbegriff der AGB-Inhaltskontrolle?”, **Festschrift Steindorf**, 1990, s. 817-832.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Sosyal Adalet Doğru, **SHİM**, Ağustos-Eylül 1949, S.12.
- VON DER CRONE, Hans Caspar: **Rahmenverträge**, Zurich 1993.
- VON HOYNİNGEN-HUENE, VonGerrick: “Wirksamkeit von AGB bei bloßer Intransparenz?”, **Lebendiges Recht-Von den Sumerein bis zur Gegenwart, festschrift für Reinhold Terinkner zum 65. Geburtstag**, Herausgegeben von Freidrich Graf von Westphalen und Otto Sandrock, Heidelberg 1995.
- VON TUHR, Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı** (Çeviren: Cevay EDEGE), Ankara 1983.
- YALÇIN, Onur: **Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Geçerliliği**, Ankara 2006.
- YAVUZ, Nihat: **Sözleşmedeki Haksız Şartlar**, Ankara 2009, Seçkin Yayıncılık.
- YAVUZ, Selçuk: Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından Haksız Şartlar, YL Tezi, Ankara 2007 (Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD).

- ZEVKLİLER, Aydın: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Temel Bilgiler**, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.
- ZEVKLİLER, Aydın/ AYDOĞDU Murat: **Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hukuku**, Ankara 2004, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık.
- ZEVKLİLER, Aydın/ AYDOĞDU Murat: **Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hukuku**, Ankara 2004, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık.
- ZEVKLİLER Aydın/ ACABEY M. Beşir/ GÖKYAYLA K. Emre: **Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku**, Ankara 1999.
- <http://www.gesetzesweb.de/AGB.html>
- [http://www.internet4jurists.at/gesetze/bg\\_kschg01.html](http://www.internet4jurists.at/gesetze/bg_kschg01.html)
- [http://www.jusline.at/879\\_ABGB.html](http://www.jusline.at/879_ABGB.html)
- [http://www.rechtslexikon-online.de/AllgemeineGeschaeftsbedingungen AGB.html](http://www.rechtslexikon-online.de/AllgemeineGeschaeftsbedingungen_AGB.html).