

Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bunun TBK m. 20 vd.'daki Görünümlerinin ve TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 20 vd.'nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi*

(Evaluation of the Principle of Transparency in General Terms and Conditions, its Appearance in TOC Article 20 ff. and Combined Applicability of TCC Article 55/1-f With TOC Article 20 ff. in Commercial Standart Contracts)

O. Gökhan ANTALYA**
E. Doğa DOĞANCI***

Öz

Genel işlem koşulları birçok yararlı fonksiyonlar içermesi yanında kötüye kullanılma riski de taşır. Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanımının sözleşmeler hukuku yanında rekabet hukukuna ilişkin bir yönü bulunmaktadır. Bu bağlamda saydamlık kuralı da genel işlem koşulu hukukunun gelişimi sırasında yaşanan en önemli yenilik ve prensiplerinden biri olarak kabul edilmektedir. Bu makalede ilk olarak saydamlık kuralının tanımı, fonksiyonları aktarılacak. Daha sonra saydamlık kuralının TBK m. 20 vd.'daki anlamı değerlendirilecektir. Makalemizin son bölümünde ise ticari standart sözleşmelerde TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 20 vd.'nın birlikte uygulanabilirliği değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Genel İşlem Koşulları, Saydamlık Kuralı, Dürüstlük Kuralı, Haksız Rekabet, Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, İçerik Denetimi, Saydamlık Denetimi, TBK m. 25, TTK m. 55/1 – f, Ticari Standart Sözleşmeler, Yanıltıcı Olma

* Bu makalenin “Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralı” ve “TBK m. 20 vd.'daki Görünümleri” başlıklı ikinci ve üçüncü bölümünde geçen açıklamalar ve çıkarımlar Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı kapsamında hazırlanan “Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi” isimli doktora tezinden üretilmiştir. TTK m. 55/1 – f'nin amaç ve unsurlarında saydamlık kuralının yeri, koşul rekabetinin değerlendirilmesi, RKHK'nu yönünden genel işlem koşullarının yol açacağı rekabet ihlalleri, RKHK ve TTK m. 55/1 – f'ye aykırılığın hukuki sonuçlarına ilişkin ayrı başlıklar altında aktarılacak açıklamalarımız ve değerlendirmelerimiz makalenin kapsamını daha da fazla genişleteceğinden makaleye alınmamıştır. TBK m. 20 vd.'daki saydamlık kuralına verilecek anlamın ve özellikle saydamlık denetimine ilişkin tespitlerin RKHK ve TTK m. 55/1 – f çerçevesinde yapılan incelemelere etkisi ve bunların karşılıklı etkileşimine ilişkin Bkz. ANTALYA, O. Gökhan/ DOĞANCI, E. Doğa, Saydamlık Kuralı Bağlamında Genel İşlem Koşulu Denetimi Yönünden Rekabet Hukukunda Koşul Rekabeti ve Rekabet İhlalinin Değerlendirilmesi, Legal Hukuk Dergisi, 2018, Cilt 16, S. 192 (I. Bölüm); 2019, Cilt 17, S. 192 (II. Bölüm), (Yayın aşamasında).

** Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Başkanı.

*** Dr., Sakarya Üniversitesi, ddoganci@sakarya.edu.tr.

Abstract

General terms and conditions include the risk of being abused in addition beneficial functions. Application of general terms against the principle of honesty has different perspectives regarding contract law and competition law. In this context the principle of transparency as generally accepted is the most important novelty and principle in the development of the law of general term. In this article first of all the definition, functions of the principle of transparency will be explained. Afterwards the meaning of the principle of transparency in TOC Article 20 ff. will be examined. In the last section of our articles combined applicability of TCC Article 55/1-f with TOC article 20 ff. in commercial standard contracts will be analyzed.

Keywords: General Terms And Conditions, Principle Of Transparency, Principle Of Honesty, Unfair Competition, Turkish Obligation Code, Turkish Commercial Code, Content Control, Transparency Control, TOC Article 25, TCC Article 55/1-f, Commercial Standard Contracts, Delusiveness

I. GİRİŞ

Genel işlem koşullarını içeren sözleşmeleri ifade eden ve birçok alanda kullanılan ¹ standart sözleşmeler genel olarak rasyonelleştirme, detaylandırma, standartlaştırma, basitleştirme fonksiyonlarına sahiptir ². Öte yandan bunlar kullanıcı ³ tarafından kötüye kullanılma riskini de taşır ⁴. Söz konusu riske açık yasal düzenleme ile mehaz İsviçre Hukuku haksız rekabete ilişkin

- 1 ANTALYA, Gökhan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C:1, İstanbul, 2015, s. 398; AYDOĞDU, Murat, Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 22; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem, Sözleşme, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, § 23, N. 1; ANTALYA, O. Gökhan, Gereçeli ve Açıklamalı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2015, s. 24 (TBK Genel Gereçesi), s. 70 (TBK m. 20, Madde Gereçesi).
- 2 HAVUTÇU, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 5 vd.; ATAMER, Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2001, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 31 vd.; SCHNYDER, Anton K., Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Herausgeber (zus. mit A. Brunner und A. Eisner-Kiefer): Einführung in die Dogmatik der AGB nach Schweizerischen und europaischem Recht, s. 39- 81, Zürich 2014, s. 40 vd.; ULMER/HABERSACK, in: Ulmer/Brandner/Hensen H. D., AGB-Recht, Köln 2011, Einleitung, N. 4 vd.
- 3 TBK m. 20 f. 1'de "düzenleyen" ve TKHK m. 5 f. 2 ve 3' de "sözleşmeyi düzenleyen" şeklinde ifade edilmiştir. TTK m. 55 f. 1-f'de ise "kullanıcılar" olarak belirtilmiştir. Makalemizde terminolojik olarak "kullanıcı" tercih edilecektir. Bu yönde Mehaz Alman Hukuku'nda örneğin BGB § 305 f. 1 c. 1, f. 2, § 305c'de de kullanıcı ("Verwender") ibaresi kullanılmıştır. Kullanıcı ibaresinin tercih edilmesi gerektiği, bu şekilde sözleşmeyi sunanın genel işlem koşullarını üçüncü kişiye hazırlattırarak genel işlem koşullarına ilişkin hükümleri dolanmanın önüne geçilebileceği vb. gerekçeler için hakkında örneğin Bkz. ALTOP, Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Reyegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 254-260, s. 257; CİVAN, Orhun Ersun, Genel İş Koşulları, İstanbul 2015, s. 17; AYDOĞDU, s. 35; HAVUTÇU, Tez, s. 15 vd.; YENİOCAK, Umut, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 107, 2013, s. 75- 96, s. 79. Başka bir görüşe göre ise "düzenleyici" ifadesinin tercih edilmesi gerektiği, zira bunun kullanıma anlamını da içerdiği hakkında Bkz. KOÇ, Nevzat, Değerlendirme Konuşması, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, s. 89-92, s. 91.
- 4 KARA, Mustafa Sencer, Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. 17, S. 1-2, s. 723- 744, 2013, s. 725; BAKIR, Ayhan, Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartı Kullanımı ve Yaptırımı, Ankara 2017, s. 15.

bir olgu olarak Haksız Rekabet Kanunu'nda özel bir düzenleme ile (UWG § 8) yaklaşmıştır. Mehz Alman Hukuku ise bu konuya sözleşmeler hukukuna ilişkin bir mesele olarak Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) § 305 vd.'da yaklaşmıştır. Ancak açık bir yasal düzenleme olmamasına rağmen genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına aykırı kullanımının; İsviçre Hukuku'nda sözleşmeler hukukuna ilişkin ⁵, Alman Hukuku'nda ise haksız rekabete ilişkin bir yönü olduğu kabul edilmektedir. Özellikle 10.12.2015 tarihinde yürürlüğe giren Alman Haksız Rekabet Kanunu (AHRK)'da ⁶ hukuk ihlali adlı ("*Rechtsbruch*") haksız rekabet halini düzenleyen m. 3a hükmü belirtilebilir. Burada bütün katılanların menfaatine pazar davranışlarını düzenleyen kanun hükümlerine aykırı olması ve bu aykırılığın tüketicilerin, diğer piyasa katılımcılarının ve rakiplerin menfaatlerini hissedilir bir şekilde etkilemesi durumu haksız rekabet olarak kabul edilmiştir.

Türk Hukuku'nda bu durum sözleşmeler hukukuna ve haksız rekabet hukukuna ilişkin olarak iki eksenle ele alınmıştır. Sözleşmeler hukukuna ilişkin öncelikle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 20 – 25 arasında genel işlem koşulu denetim mekanizması düzenlenmiştir. Ayrıca tüketici standart sözleşmelere, daha somut olarak kullanıcı tarafının tacir veya esnaf yer alırken müşteri tarafını tüketicinin ⁷ oluşturduğu sözleşmelere, ilişkin olarak 6502 sayılı TKHK m. 5'de haksız şartlar ele alınmıştır. Diğer taraftan dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanımının haksız rekabete sebebiyet verebileceği kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir. Buna ilişkin esas olarak UWG m. 8'in eski hali esas alınarak (eUWG) ⁸ ihdas edilen 6102 sayılı TTK m. 55/ 1 – f'de özel bir haksız rekabet hali olarak öngörülmüştür.

- 5 UWG m. 8'e ilişkin 01. 07. 2012 tarihli değişiklikten önceki dönemde de İsviçre Hukuk öğretisi ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında kabul edilen kapsam, yorum ve içerik denetimleri şeklinde üçlü kontrol mekanizma hakkında örneğin Bkz. EHLE, Bernd/ BRUNSCHWEILER Andre, AGB Recht Schweiz/ Deutschland, Recht im Umbruch Ein rechtsvergleichender Überblick, s. 262-271, s. 263; BRUNNER, Alexander, Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Herausgeber (zus. mit A. Brunner und A. Eisner-Kiefer): Entwicklung des schweizerischen Recht der Allgemeinen Geschaeftsbedingungen, s. 13-39, Zürich 2014, s. 20 vd.; SCHNYER, s. 47 vd. İsviçre Borçlar Kanunu taslağında ((OR-Entwurf-2020) açık olmama kuralı (Art. 32) ve içerik denetimi (Art. 32) açıkça yer almaktadır. Söz konusu taslak hakkında açıklamalar için örneğin Bkz. VOGT, Hans-Ueli, Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich 2013.
- 6 AHRK m. 3a (e. AHRK m. 4 N. 11) haricinde diğer haksız rekabet halleri yönünden dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanımının değerlendirilmesi hakkında Bkz. HENNINGS, Stefan, Unlauterer Wettbewerb durch Verwendung Unwirksamer Vertragsklauseln, Baden-Baden, 2017, s. 228 vd.; HOLTZ, Michael H., Die AGB- Kontrolle im Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2010, s. 71 vd.; SCHLAGELAMBERS, Jana, Die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen als unlautere Geschäftspraktik im europäischen und deutschen Recht, Göttingen 2011, s. 129 vd.
- 7 Tanımlar başlıklı TKHK m. 3 k)'da tüketici: "*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlanmıştır. Tüketici tanımı ve unsurları hakkında örneğin Bkz. ZEVKLİLER, Aydın/ ÖZEL Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016, s. 91 vd.; ASLAN, YILMAZ, Tüketici Hukuku, 5. Baskı İstanbul, 2014, s. 2 vd., 4 vd.; AKİBEK, Şebnem Ö., Milli Şerh, §1-3, s. 1 – 6, İstanbul 2016, § 3, s. 55 vd.
- 8 eUWG m. 8'de: "*özellikle kim yanıtıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine a) Doğrudan doğruya veya kıyas yoluyla uygulanabilecek yasal düzenlemeden önemli ölçüde sapan veya b) Sözleşmenin doğasına önemli ölçüde ters düşen hak ve yükümlülük dağılımı öngören önceden formüle edilmiş genel işlem koşullarını kullanırsa, haksız rekabet etmiş olur*" şeklinde ifade edilmiştir. UWG m. 8'in 01. 07. 2012 tarihinde yürürlüğe giren değişik yeni halinde ise: "*dürüstlük kurallarına aykırı nitelik taşıyan ve tüketiciler aleyhine, tarafların sözleşmeden doğan haklarını ve yükümlülüklerinin dağılımında önemli derecede ve adil olmayacak ölçüde oransızlık meydana getiren genel işlem koşulları*"nın haksız rekabet olarak değerlendirileceği belirtilmiştir.

Genel işlem koşullarında saydamlık kuralı ise köken olarak Alman Federal Mahkemesi'nin 80'li yılların sonlarında verdiği kararlar sonucunda⁹ gerek öğretide¹⁰ gerekse devam eden yargısal içtihatlar¹¹ ile gelişmiştir. Saydamlık kuralı genel işlem koşulu hukukunun gelişimi sırasında yaşanan en önemli yenilik ve prensiplerinden biri olarak kabul edilmektedir¹².

Makalemizin ilk bölümünde saydamlık kuralının tanımı, fonksiyonları ve saydamlık kuralının TBK m. 20 vd.'daki yeri değerlendirilecektir. İkinci bölümde ise öğretide tartışmalı olan sözleşmenin her iki tarafının da tacir olduğu (ticari standart sözleşmelere) TBK ve TTK'daki düzenlemelerin birlikte uygulanabilirliğine ilişkin görüşler ve değerlendirmelerimiz aktarılacaktır.

II. GENEL İŞLEM KOŞULLARINDA SAYDAMLIK KURALI

A. Tanımı

Kavram olarak saydamlık veya şeffaflık, “açık seçik, belirgin olma durumu” gibi ifadelerle tanımlanmaktadır¹³. Genel işlem koşulu kullanımına ilişkin yasal metinlerde¹⁴ (BGB § 307 f. 1 c. 2, 93/ 13/ EWG sayılı Yönerge m. 5 f. 1, m. 4 f. 2; TKHK m. 5 f. 4, 7; TBK m. 23) ise saydamlık kuralı bir hükmün açık ve anlaşılır olması şeklinde ifade edilir.

Kullanıcı dürüstlük kuralı gereği genel işlem koşullarında müşterinin haklarını ve sorumluluklarını açık ve anlaşılır şekilde açıklaması gerekmekte olup, saydamlık kuralına aykırılığın tespitinde bu tür sözleşmeleri tipik olarak yapması beklenen ortalama üçüncü kişinin algılama imkanının belirleyicidir¹⁵. Ancak saydamlık kuralının sadece bir hükmün müşteri yönünde anlaşılır olmasının

9 BGH, ZIP 1988, s. 1530 vd.; BGH, ZIP 1989, s. 154 vd. (KOLLER, Ingo: “Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen”, In: Festschrift für ERNS STEINDORF zum 70. Geburtstag, Berlin-Newyork 1990, s. 667 – 686, s. 667-668;671-673)

10 EVERMANN, Manja: Die Anforderungen des Transparenzgebots an die Gestaltung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen Unter besonderer Berücksichtigung der Richtlinie 93/13/EWG, Karlsruhe 2002, s.1; KÖNDGEN, Johannes, Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht-Bemerkungen zum “Hypothekenzins”- und zum “Wertstellungs – Urteil” des BGH”, NJW 1989, s. 943-952, s. 943; HEINRICH, Von Helmut, Das Transparenzgebot 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. GOTTSCHALK, Eckart, Das Transparenzgebot und allgemeine Geschäftsbedingungen, Archiv für die civilistische Praxis, Heft: 4, 2006, s. 555-597, s. 555.

11 KREIENBAUM, Birgit: Transparenz und AGB-Gesetz, Berlin 1998, s. 194 vd.'daki Alman Federal Mahkemesi kararları incelemesi ve bunlara ilişkin görüşler.

12 DREXL, Josef, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Tübingen, Mohr Siebek, 1998, s. 356; FAHR, Peter: Inhaltskontrolle Transparenzgebot und § 8 AGBG Zur Abgrenzung kontrollfreier Preis – und Leistungsbestimmungen, Akademischer Verlag, München 1999, s. 1.

13 [\(http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.57fa9b4bd70867.50985689,\(08.10.2016'da ziyaretilmiştir\)](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.57fa9b4bd70867.50985689,(08.10.2016'da ziyaretilmiştir))

14 GOTTSCHALK, s. 557; JOPPICH, Tim Gero, Die Kodifikation des Transparenzgebots in § 307 BGB: Unter Besondere Berücksichtigung der Arbeitsvertragskontrolle, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main 2009, s. 1.

15 COESTER, § 307, N. 170; BGH, Urt. v. 24.11.1988, Az.: III ZR 188/87, N. 26, 27 ; BGH, Urt. v. 17. 01. 1989, Az.: XI ZR 54/88, N. 21 (<https://www.jurion.de/Urteile,08.10.2016> tarihinde ziyaretilmiştir).

ötesinde sosyoekonomik etkileri de olduğu ve dürüstlük kuralının durumun gerektirdiği ölçüde geniş bir şekilde söz konusu hükmün ekonomik olumsuzluklarının ortaya konmasını zorunlu kıldığı vurgulanmaktadır¹⁶. Saydamlık kuralını ortalama bir müşteri için onun hak ve sorumluluklarının mümkün olduğunca açık ve anlaşılır şekilde ortaya konması¹⁷ ve dürüstlük kuralının gerektirdiği belli durumlarda bunun ötesinde durumun gerektirdiği ölçüde geniş bir şekilde hükmün ekonomik olumsuzluklarının ve dezavantajlarının fark edilebilmesi şeklinde tanımlayabiliriz.

B. Fonksiyonları

Saydamlık kuralının genel işlem koşulları kullanımına bağlı müşteri aleyhine oluşan bilgi asimetrisini dengelemeye hizmet ettiği belirtilmektedir¹⁸. Bu bağlamda genel işlem koşullarına saydamlık kuralı denetim araçları ile yapılacak müdahale sözleşme özgürlüğünün korunmasına hizmet eder¹⁹. Öte yandan saydamlık kuralı genel anlamda fiyatların açıklığına ve piyasa saydamlığına da katkı sağlar²⁰.

Saydamlık kuralı sözleşmenin kuruluş ve ifa aşamalarında sırasıyla kuruluş ve uygulama saydamlığı şeklinde ikili bir ayırmada aktarabileceğimiz uygulama fonksiyonu mevcuttur²¹. Her iki aşamada da saydamlık kuralı iletişim fonksiyonuna (*Kommunikationsfunktion*)²² sahiptir.

16 Krş. PFEIFFER, § 307, N. 234. Alman Federal Mahkemesi'nin de genel işlem koşulunun ortalama bir müşteri için anlaşılır olmasının ötesinde de etkileri olduğunu vurgulamaktadır. Bu konuda Bkz. BGH v. 10. 12. 2014 – IV ZR 289/13, WM 2015, 223; BGH v. 21.7.2 010 – XII ZR 189/08, NJW 2010, 3152 (3154); BGH v. 24. 2. 2010 – XII ZR 69/08, NJW-RR 2010 ,739 (740); BGH v. 16. 5. 2007 – XII ZR 13 /05 , NJW 2007, 2176; BGH v. 9. 5. 2001 – IV ZR 121/ 00 ve diğer kararlar (FUCHS, § 307, N. 325'den naklen).

17 RÖMER, Wolfgang, Zu den Grenzen des Transparenzgebots im Versicherungsrecht, in: Kontinuität und Wandel des Versicherungsrechts Festschrift für Egon Lorenz zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 2004, s. 615 – 627, s. 616; PILZ, Knut, Missverständliche AGB, Ein Beitrag zum Verhältnis von Auslegung und Transparenzkontrolle untersucht am Beispiel Allgemeiner Versicherungsbedingungen, Berlin 2011, s. 164 vd.

18 PILZ, s. 165; FUCHS, § 307, N. 326. Saydamlık kuralına ilişkin bilgi kuralı (*Informationsgebot*) nitelendirilmesi hakkında Bkz. BILLING, Tom, Die Bedeutung vom § 307 III 1 BGB im System der AGB – rechtlichen Inhaltskontrolle, München 2006, s. 46 vd.; HOYNINGEN – HUENE, Gerick von, Unwirksamkeit von AGB bei blosser Intransparenz? In: Lebendiges Recht – Von den Sumerern bis zur Gegenwart festschrift für Reinhold Trinkner, Heidelberg 1995, s. 171 – 191, 171 vd.; FUCHS, § 307, N. 326.

19 CİVAN, s. 277. Nitekim genel işlem koşullarının saydam olması gerekliliğinin irade özerkliği esasından kaynaklandığı hakkında Bkz. KALEV Saare/ KARIN Sein, Transparenzgebot der AGB-Klauseln in den Verbraucherverträgen, Juridica International XIX, 2012, s. 59 – 67, s. 60.

20 HELLNER, Thorwald, Quo vadis AGB – Recht, in: Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. Marz 1990, Berlin, New York 1990, s. 573 – 587, s. 585; KÖNDGEN, Johannes: “Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht-Bemerkungen zum “Hypothekenzins-“ und zum “Wertstellungs – Urteil” des BGH”, NJW 1989, s. 943-952, s. 950; HEINRICHS, s. 163; BASEDOW, s. 1046.

21 WURMNEST, § 307, N. 55; PFEIFFER, § 307, N. 237; FASTERICH, Lorenz, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, Köln, 1992, s. 321 vd.; KOLLER s. 671 vd.; FUCHS, § 307, N. 326; COESTER, § 307, N. 176. Ancak söz konusu ayırımın tercih etmeyen bir görüşe göre sözleşmenin süresi, sona erdirilmesi ve sorumluluk gibi hususların duruma göre kuruluş ve uygulama saydamlığı altında değerlendirilmesi mümkün olabilir. Bu görüş için Bkz. Bkz. HEINRICHS, s. 166.

22 BASEDOW, Jürgen: “Transparenz als Prinzip des Versicherungsvertragsrecht”, VersR 1999, 1045 – 1088, s. 1046; ŞİMŞEK, Ayşe Firat, Genel İşlem Şartlarında Şeffaflık İlkesi, Ankara 2011, s. 68; GOTTSCHALK, s. 564.

Kuruluş saydamlığı sözleşmenin kuruluş sürecinde müşterinin sözleşmedeki hakları ve sorumluluklarını içeriğini ve kapsamını öğrenmesini, piyasadaki diğer seçenekler ile karşılaştırabilmesini, kullanıcı ile sözleşme yapıp yapmamaya veya piyasadaki başka bir kullanıcı ile sözleşme yapma kararı verebilme olanağına sahip olmasını ifade eder²³. Kuruluş saydamlığı saydamlık kuralının rekabete ilişkin fonksiyon, daha somut olarak sözleşme özgürlüğüne işlerlik kazandırmayla ilgilidir²⁴. Gerçekten de müşterinin sözleşmenin kuruluşundan önce makul bir karar verebilmesinin ve işleyen, fonksiyonel bir koşul rekabetinin olmaz ise olmaz şartı genel işlem koşullarının yeterli saydamlığa sahip olmasıdır²⁵. Öte yandan irade özerkliği etkisini sözleşmenin kuruluşu yanında, sözleşmenin adil bir şekilde uygulanması içinde gösterir²⁶. Bu bağlamda uygulama saydamlığı sözleşmenin uygulama aşamasında kendi hak ve sorumluluklarını fark etmiş olan müşterinin kullanıcıya karşı kendi haklarını korumasına imkan²⁷ ve kullanıcının sözde bazı haklarına karşı hareketsiz kalması riskinin sınırlanmasına katkı sağlar²⁸. Uygulama saydamlığının açılan davaları ve hukuki danışmanlığa duyulan ihtiyacı azaltmak suretiyle maliyetleri azaltan bir fonksiyon taşıdığı da belirtilmektedir²⁹.

Saydamlık kuralına ilişkin olduğu kabul edilecek denetim araçları da objektif ve soyut bir şekilde yürütülür. Saydamlık kuralı *toplumsal farkındalık yaratma fonksiyonu* ile sağduyulu, sorumluluk sahibi ortalama bir müşteriyi (ilgili alandaki müşteri modeli) dikkate almanın ötesinde sürekli uygulamaları ile toplumda farkındalık yaratarak bilgi modeline uygun bilinçli ve eleştirel müşterilerin oluşumuna katkı sağlamayı hedeflerken, kullanıcıları daha saydam genel işlem koşulları sunmaya yöneltir.

C. TBK m. 20 vd.'daki Görünümleri

Bu başlık altında TBK'da yer alan genel işlem koşulu denetim mekanizması araçlarını makalemizin kapsamını aşmamak adına genel hatları ile saydamlık kuralına yönünden değerlendireceğiz.

23 PFEIFFER, in: Wolf /Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht Kommentar, § 307, N. 236; KENT, Lerch D., Recht verstehen. Verständlichkeit, Missverständlichkeit und Unverständlichkeit von Recht. (Die Sprache des Rechts. Studien der interdisziplinären Arbeitsgruppe Sprache des Rechts der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften: Erster Band). Berlin, New York: Walter de Gruyter 2004, s. 239 – 285, s. 276; ŞİMŞEK, s. 79; HAVUTÇU, Tez, s. 176.

24 Saydamlık kuralının tüketicinin karar verme gücünü ve rekabeti güçlendirerek onun müzakere gücündeki kaybı dengelediği hakkında Bkz. EVERMANN, s. 58 vd.; FUCHS, § 307, N. 326; KREINBAUM, s. 257. ÇINAR, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009, s. 169; CİVAN, s. 277.

25 STOFFELS, Marcus, in: Wolf/ Lindacher,/ Pfeiffer, AGB-Recht Kommentar, 6. Aufl., München 2013, N. 428 vd.; FUCHS, N. 326; COESTER, § 307, N. 315; EVERMANN, s. 59; JOBBICH, s. 177.

26 JOBBICH, s. 43; COESTER, § 307, N. 178.

27 ÇINAR, s. 169; CİVAN, s. 277.

28 FUCHS, § 307, N. 328; KOLLER s. 667, 677; SCHÄFER, s. 165 vd., 168; HEINRICH, Von Helmut: "Das Transparenzgebot 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. 162 vd.; COESTER, § 307, N. 178.

29 KOLLER s. 177.

Çalışmamızda esas aldığımız ayrıma göre³⁰ genel işlem koşulu denetim mekanizması sırasıyla³¹ şu aşamalardan oluşmaktadır:

i) Ön denetim (TBK m. 20)

ii) Yazılmamış sayılma yaptırımına³² tabi genel kapsam denetimi

iia – İlişkilendirme denetimi (TBK m. 21 f. 1),

30 Türk Hukuku'nda esas aldığımız ve buna saydamlık denetimi şeklinde ilave bir aşama daha eklediğimiz ayrım için Bkz. ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 414, 443 vd. Son zikredilen yazarın yapmış olduğu ayrımın genel işlem koşullarının öncesi ve sonrası aşamaları ile kanun sistematliğini dikkate aldığı hakkında Bkz. AYDOĞDU, s. 73. Bizce de genel işlem koşulu denetim mekanizmasını detaylı şekilde aktaran söz konusu ayrım incelemede netlik sağlaması yönüyle akademik çalışmalarda ve uygulamada esas alınmasının uygun olduğu düşüncesindeyiz. Katılmış olmadığımız aksi yönde bir görüşe göre ise çok aşamalı söz konusu ayrım karışıklığa yol açtığı gibi müşterinin korunmasına da katkı sağlamamaktadır. Bu görüş için Bkz. CİVAN, s. 161 vd., dp. 88. Ancak bize göre bilakis belirsizlikleri ayrı başlıklar altında özelleştirip değerlendirmek daha verimli ve etkin sonuçlara ulaşmaya katkı sağlar. Ayrıca müşteriler yönünden de benimsemiş olduğumuz ayrıma göre şematik ve sıralı bir incelemesi algıda seçiciliği ve farkındalığı arttırmaya katkı sağlar. Bu yönde örnek bir şema için Bkz. ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 443 vd. Yine Alman Hukuku ilişkin daha az kapsamlı bir şema için örneğin Bkz. BROX/ WALTER, Schuldrecht, § 4, N. 69.

31 SCHLOSSER, Vorbem. zu § 305, N. 19; BÜYÜKSAGIS, Erdem, İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlanması Üzerine: Mostaza Claro'nun Düşündürdükleri, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 675-711, s. 678; ATAMER, Sempozyum – I, s. 11; AYDOĞDU, s. 100.

32 Katılmış olduğumuz Türk Hukuku'nda sınırlı, mutlak olmayan esnek geçersizliği savunan bir görüşüne göre yazılmamış sayılma kesin hükümsüzlüğün yokluğa yaklaşan ağırlaştırılmış bir geçersizlik türü, kesin hükümsüzlükten daha ağır bir geçersizliktir. Söz konusu görüş için Bkz; ANTALYA, Gökhan/ TOPUZ Murat, Medeni Hukuk: Giriş, Temel Kavramlar, Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2015, s. 229, dp. 112; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 143 vd. Son zikredilen yazara göre kesin hükümsüzlükten farklı olarak yazılmamış sayılma yaptırımını sadece müşteri ileri sürebilir. Ayrıca yazılmamış sayılma onama veya dürüstlük kuralı ile düzeltilemez, tahvil ile başka bir işleme dönüştürülemez. Ayrıca söz konusu yaptırım yokluk yaptırımını ile de uyusmamaktadır, zira bundan farklı olarak yazılmamış sayılan genel işlem koşullarının sözleşmenin diğer düzenlemelerine etkisi TBK m. 22'de düzenlenmiştir (s. 143 vd.). Yazılmamış sayılmanın (kısmi) yokluk olarak anlaşılması şeklindeki görüş için örneğin Bkz. OĞUZMAN M. Kemal / Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, N. 510; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul 2014, s. 218 vd., 221; AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış 5. Bası, Konya 2011, s. 124; NOMER, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul, 2015, N. 50a; ZEVKLİLER, Aydın/ ERTAŞ, Şeref/ HAVUTCU, Ayşe/ AYDOĞDU, Murat/ CUMALIOĞLU, Emre, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, Ana ilkeler, İzmir 2013, s. 124; AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış, 7. Baskı, Konya 2012, s. 150; KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış, 14. Baskı, Ankara 2011, s. 114 vd.; ŞEKER, Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 100, 137 vd. Yokluk görüşü içerisinde kanun koyucunun yazılmamış sayılmayı düzenlediği hükümlerde bir kanuni faraziyenin bulunduğu şeklinde görüşlerde yer almaktadır. Bu görüşlerden birinde göre söz konusu faraziye (varsayımı) genel işlem koşulları hakkında tarafların iradelerinin uyumadığı yönünde bir irade uyusmaması (*dissensus*) faraziyesi olarak kabul edilebilir. Bu görüş için Bkz. TOPUZ, Kapsam Denetimi, s. 1165; ANTALYA/ TOPUZ, Medeni Hukuk, s. 230, dp. 113. Başka bir görüşe göre ise kullanıcının irade beyanının mevcut olmadığı kabulüne yönelik bir faraziye söz konusudur. Bu görüş için Bkz. Şeker, s. 100 vd. Yazılmamış sayılmanın (kısmi) kesin hükümsüzlük olarak anlaşılması şeklindeki görüş için örneğin Bkz. DOĞAN, Gül, 6098 sayılı Borçlar Kanunu Çerçevesinde genel işlem koşulları, Prof. Dr. Mustafa Dural' a Armağan, İstanbul 2013, s. 459 vd., s. 465 vd. KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011, s. 64; HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, s. 63. Yazılmamış sayılmanın kendine özgü bir geçersizlik olarak anlaşılması yönündeki görüş için Bkz. YELMEN, Adem, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 104 vd.

- iib – Yürürlük denetimi (TBK m. 21 f. 1),
- iii) Yazılmamış sayılma yaptırımına tabi özel kapsam denetimi (TBK m. 21 f. 2), iv) Yorum denetimi ve bu kapsamdaki yorum ilkelerinden biri olarak açık olmama kuralı (TBK m. 23),
- iv) Yorum denetimi ve bu kapsamdaki yorum ilkelerinden biri olarak açık olmama kuralı (TBK m. 23),
- v) (Kısmi) Kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi “*kendine özgü bir denetim şekli olarak saydamlık denetimi*”³³ (TBK m. 25),
- vi) Yazılmamış sayılma yaptırımına tabi³⁴ (içerik denetiminin özel ve mutlak bir görünümü olarak³⁵) değiştirme yasağı (TBK m. 24³⁶),
- vii) (Kısmi) kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi³⁷ içerik denetimi (TBK m. 25). Saydamlık kuralı bu zikredilen aşamalarda farklı boyut ve kapsamlarda dikkate alınmaktadır³⁸.

Ön denetim aşamasının konusu bir genel işlem koşulunun varlığı tespiti oluşturur. Genel ve soyut nitelikteki³⁹ genel işlem koşullarının varlığının kabulü için bunların; sözleşmenin kurulmasından önceki bir aşamada hazırlanmış olmaları, ileride çok sayıda sözleşmede kullanma amacı ile hazırlanmış olmaları⁴⁰, kullanıcı tarafından tek başına hazırlanıp diğer tarafa sunulmaları ve müzakere edilmemiş olmaları gerekir⁴¹. Bu nitelikte sözleşme kayıtlarının sözleşmenin içeriğinde

33 Prof. Dr. Gökhan Antalya tarafından söz konusu denetim şeklinin adı “*Kendine Özgü Bir denetim Şekli Olarak Saydamlık Denetimi*” olarak önerilmiştir. Öğretideki başka bir çalışmadaysa saydamlık kuralı ile ilişkileri dikkate alınarak diğer denetim aşamaları geniş anlamda saydamlık denetimi (*Transparenzgebot/ kontrolle im weiteren Sinn*), BGB § 307 f. 1 c. 2 ise dar anlamda saydamlık denetimi (*Transparenzkontrolle im engeren Sinn*) olarak nitelendirildiği görülmektedir. Bu görüş için Bkz. PILZ, s. 131. Makalemizde ise *Antalya*’nın önerdiği ismin söz konusu denetimin farklılığını ve özellikle içerik denetiminden ayrılan amaç ve fonksiyonlarını çok daha iyi vurguladığı için tercih edilmiştir.

34 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 442; EREN, s. 221; REİSOĞLU, s. 73 vd.; AKINCI, s. 112; ALTOP, Armağan, s. 260. Buna karşılık olan hukuk açısından TBK m. 24’ün yaptırımının kesin hükümsüzlük olarak anlaşılması gerektiği hakkındaki azınlıktaki görüş için Bkz. AYDOĞDU, s. 110.

35 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 441 vd.

36 TBK m. 25’de: “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine ... ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz*” yer alan şeklindeki ifadeden (klasik görünümü ile) içerik denetimini çıkarmaktayız.

37 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 441; Nomer, Borçlar Hukuku Genel, N. 50a; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel, s. 76; ATAMER, Sempozyum – II, s. 32 vd.; HAVUTÇU, Sempozyum, s. 3621 vd. İçerik denetimine aykırılık hukuki sonucu açıkça TBK’da düzenlenmemiştir. Ancak TBK m. 25’in madde gerekçesinden içerik denetimine aykırılığın yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğu belirtilmiştir.

38 BASEDOW, s. 1045 vd.; GOTTSCALK, s. 565 vd.; JOBBICH, s. 45; PILZ, s. 164; EVERMANN, s. 39.

39 Genel ve soyut olma genel işlem koşulu kavramının niteliğinden çıkarılabilir zorunlu bir unsur olarak nitelendirilmektedir. Buna göre genel olmanın kimliği önceden belirli olmayan kişilerle sözleşme yapılmasını, soyutluğun da genel işlem koşullarının ileride aynı türde yapılacak sözleşmelerle ilgili olarak hazırlanmış olduğunu ifade ettiği hakkında Bkz. HAVUTÇU, Tez, s. 74, 80; CİVAN, s. 17, 27; AYDOĞDU, s. 57; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel, s. 69 vd.

40 Bu bağlamda ileride birden fazla sözleşmede kullanma amacının yeterli olduğu, buna karşı fiilen bunları kullanmış olmanın aranmadığı hakkında örneğin Bkz. ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 416; ATAMER, Sempozyum – I, s. 16.

41 BROX/WALKER, § 4, N. 29 vd.; BASEDOW, § 305, N. 13 vd.; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 415 vd.; HAVUTÇU, Tez, s. 74 vd.; CİVAN, s. 17 vd.; ATAMER, Tez, s. 12 vd.; AYDOĞDU, s. 46 vd.; TOPUZ, Kapsam Denetimi, s. 1138 vd.

veya ekinde yer alması, burada kullanılan yazının niteliği, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kurumlarca hazırlanmış olmaları gibi hususlarda bunların genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesinin önüne geçmez⁴².

Ön denetiminin olumsuz bir unsuru olarak müzakere edilmemiş olma kavramının somutlaştırılmasına ilişkin kabul edilen içeriğe etki etme esasının⁴³ saydamlık kuralı ile ilişkisi vurgulanmalıdır. Buna göre müşterinin fiilen genel işlem koşullarının içeriğine etki edebilecek durumda bulunması⁴⁴ yanında, saydamlık kuralı yönünden ilgili alandaki ortalama bir müşteri yönünden tamamlayıcı hukuk kurallarından ayrılan sözleşme kaydının içeriği ve ayrıca bunu fiilen değiştirebileceği olgularının açık ve anlaşılır olması gerekir⁴⁵.

Kapsam denetiminde genel işlem koşullarının bir bütün olarak sözleşme içeriği haline gelip gelmediği değerlendirilir⁴⁶. Başka bir deyişle burada ilişkilendirme anlaşmasının hangi şartlar altında meydana geleceği ve bunun kapsamına hangi genel işlem koşullarının dahil olacağı incelenir⁴⁷. Öğretide özellikle ilişkilendirme denetimine ilişkin “*varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlaması*” unsurunu anlaşılabilirliğin ön aşaması olan soyut algılanabilirliğe ilişkindir⁴⁸. Soyut algılanabilirlik şartı da teker teker genel işlem koşullarına maddi içeriğine ilişkin olmayıp sözleşmenin tamamının veya bir kısmının bütününe yöneliktir⁴⁹.

Özel kapsam denetimine ilişkin kanunda ilgili genel işlem koşulunun içeriğine ilişkin ve objektif olan sözleşmenin niteliği ve işin özelliği kriterleri tercih edilmiştir⁵⁰. Özel kapsam denetiminin

42 GAUCH, Swisslex, s. 9; MATT, s. 104.

43 STOFFELS, N. 130; PALANDT/ GRÜNEBERG, § 310, N. 17; ATAMER, Sempozyum – I, s. 24 vd.; HAVUTÇU, Tez, s. 88; BÜYÜKSAGIS, s. 680 vd., 684 vd.; CİVAN, s. 33 vd.

44 PFEIFFER, § 305, N. 37, 38; CİVAN, s. 33 vd.; ASLAN, Tüketici Hukuku, s. 332.

45 FASTRICH, s. 273 vd.; BASEDOW, § 310, N. 3, 55.

46 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 418; CİVAN, s. 163; ÇINAR, s. 66 vd.

47 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 418; TOPUZ, Kapsam Denetimi, s. 1144, 1146; HAVUTÇU, Tez, s. 105.

48 TBK m. 21 f. 1'de geçen: “*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları...*” ifadesi maddi menfaatlere dönük bir menfaat değildir. Nitekim burada geçen menfaatin maddi menfaate ilişkin olduğu yönünde katılmış olmadığımız görüş için örneğin Bkz. AYDOĞDU, s. 89. Söz konusu menfaat müşterinin genel işlem koşullarının bütünlüğünü soyut algılamasına ilişkin menfaattir. TBK m. 21 f. 1'in sözünde vurgulandığı üzere müşterinin (karşı tarafın) (soyut algılamasına ilişkin) menfaatine aykırı olan genel işlem koşulları kapsam denetimine tabi tutulur. Bu bağlamda kapsam denetimine aykırılık durumunda lehe olan genel işlem koşullarının da yazılmamış sayılması gündeme gelebilir. Lehe olan kayıtlarında kapsam denetimine tabi olduğu yönünde örneğin Bkz. KREINBAUM, s. 256; ATAMER, Sempozyum – I, s. 28; ŞİMŞEK, s. 212.

49 PRÄVE, s. 138; BASEDOW, s. 1046 vd.; BASEDOW, § 305, N. 73.

50 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 428; SİRMEN, A. Lâle, Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, (Ankara, 8 Nisan, 2011, BATİDER), Ankara 2011, s. 107 – 135, s. 116; AYDOĞDU, s. 104. Örneğin kira sözleşmesi sona erdikten sonra kiralananı kiracının satın alma yükümlülüğüne bağlayan bir kira genel koşulunun içerik yönünden olağandışı olduğu için ilişkilendirilmeyeceğine ilişkin bir örnek için Bkz. Begr. RegE zum AGB-Gesetz, BT-Drucks. 7/3919, s. 19 (zu § 3 AGBG) (GOTTSCHALK, s. 573, dp. 89'dan naklen). Bunun gibi örneğin TBK m. 21'in madde gerekçesinde geçen döviz hesabını belli bir yabancı para cinsinden açtıran kişiye hesabın bulunduğu kurumca farklı bir yabancı para ya da Türk Lirası ile ödeme yapılmasına ilişkin genel işlem koşulları içerik olarak olağandışı niteliktedir. Bu konuda Bkz. ANTALYA, Gereçeli ve Açıklamalı TBK, s. 72 (TBK m. 21, madde gerekçesi); ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 428. İsviçre Federal Mahkemesi'nin içerik yönünden olağandışı nitelikteki genel işlem koşullarına ilişkin çeşitli örnek kararlar için Bkz. ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 428; KAŞAK, Esra, Sözleşmenin

konusu ilgili genel işlem koşulu içeriğinin ilgili alandaki makul, ortalama bir müşteri için yabancı/şartlı nitelik taşıyıp taşımadığının güven teorisi çerçevesinde tespit edilmesidir⁵¹. İçerik yönünden olağandışı hakkında yapılacak değerlendirmede bir genel işlem koşulunun saydam olmasına rağmen olağandışı nitelikte olması mümkündür⁵². Öte yandan olağan bir içeriğe sahip olmakla birlikte bir genel işlem koşulunun saydam olmayacak bir şekilde değerlendirilmesi mümkündür⁵³.

Yorum denetiminde ise daha sonraki aşamalarda yürütülen saydamlık ve içerik denetiminin konusu tespit edilir. Genel işlem koşulları kendine özgü yorum ilkelerine tabidir⁵⁴. Bunlar arasında yer alan genel işlem koşullarının sözleşmenin kuruluş anına göre⁵⁵ olayın özelliklerinden soyutlanmış, objektif bir şekilde yorumlanması gereği vurgulanabilir⁵⁶. Burada hukuki bilgisi olmayan dürüst, makul, ortalama bir müşterinin algılama imkanı dikkate alınmaktadır⁵⁷. Kullanıcı yönünden de ilgili branşta yer alan kullanıcı tipi esas alınır⁵⁸.

TBK m. 23'de ise yorum ilkelerinden sadece açık olmama kuralı olarak ta nitelendirilebileceğimiz düzenleyen aleyhine (müşteri lehine) yorum ilkesi düzenlenmiştir⁵⁹. Bunun uygulanabilmesi için sözleşmenin kuruluş anında⁶⁰ iki anlamın tespit edilmiş olması gerekmektedir⁶¹. TBK m. 23'e diğer yorum kuralları tüketildikten sonra başvurulabilir⁶². Açık olmama kuralında öngörülen

Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6089 sayılı TBK m. 21/2), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakülte Dergisi, C.3, S: 1, 2012, s. 415 vd., s. 423.

51 KOLLER, Thomas, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, AJP 2008, 943 – 952, s. 947 vd.; HUGUENİN, Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Schulthess 2006.

EHLE/ BRUNSCHWEILER, s. 265; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 427; TOPUZ, Kapsam Denetimi, s. 1151.

52 SCHLOSSER, § 305c, N. 5; LINDACHER/ HAU, § 305c, N. 40; ULMER/ SCHÄFER, § 305c, N. 23, 30.

53 SCHÄFER, s. 97; ŞİMŞEK, s. 160; KREINBAUM, s. 101.

54 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 430 vd.; CİVAN, s. 196 vd.; ÇINAR, s. 109 vd.

55 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 494; OĞUZMAN/ ÖZ, N. 598; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, § 32, N. 11.

56 Böylece saydamlık kuralı gibi hukuki güvenlik ve açıklığa katkı sağlayan objektif yorum, aynı zamanda genel işlem koşullarının amaçlarından olan standartlaşma, rasyonelleştirme, maliyetleri düşürme fonksiyonlarını gerçekleştirilmeye hizmet eder. Bu konuda Bkz. JOBBICH, s. 50; ULMER/ SCHÄFER, § 305c, N. 75; STOFFELS, N. 362.

57 Objektif yoruma öncelik verilmesinin irade beyanların yorumunda kullanılan güven teorisi ile uyumlu olduğu hakkında Bkz. CİVAN, s. 202. Objektif teorinin güven teorisini bir uygulamasından ibaret olduğu hakkındaki görüşe sahip yazarlar için Bkz. KAPLAN, İbrahim, Hakimın Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 2013, s. 40 vd., dp. 86

58 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 430.

59 Bu hüküm tarihi Roma hukukuna kadar giden Avrupa sözleşmeler hukukunun en temel ilkelerinden biri olan açık olmama/ belirsizlik kuralını (*Unklarheitsregeln*) yansıtmaktadır. TKHK m. 5 f. 4 c. 2'de de: "Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır" olarak ifade edilmiştir. Açık olmama kuralının Mevaz Alman Hukuku'nda ki uygulaması olan BGB § 305c f. 2'de benzer bir şekilde: "Genel işlem koşullarının yorumunda, şüphe halinde kullanan aleyhine olan anlam esas alınır" belirtilmiştir. Yine İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı (OR 2020) m. 32'de açık olmama kuralı: "Önceden düzenlenmiş, müzakere edilmemiş sözleşme koşullarından açık veya anlaşılır olmayanlar söz konusu bu koşulu önermiş olanın aleyhine yorumlanacaktır" şeklinde ifade edilmiştir.

60 PILZ, s. 146 vd.; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 494. Buna karşılık sigorta sözleşmelerinde sigorta konusu olayın (riskin) gerçekleştiği dikkate alınması gerektiği yönünde Bkz. SCHLOSSER, § 305c, N. 110.

61 BASEDOW, s. 1047; STOFFELS, N. 370; ULMER/ SCHÄFER, § 305c, N. 86.

62 LINDACHER/ HAU, § 305, N. 129; BAMBERG/ ROTH, 305c, N. 39; SCHLOSSER, § 305c, N. 106; ULMER/ SCHÄFER, § 305c, N. 62; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 497; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, § 32, N. 17. Örnek olarak kaza sigortası genel işlem koşullarında yer alan; "hastane için günlük ücret bedeli, sigortalının sağlık

kullanıcının aleyhine risk dağılımının gerekçesini sözleşmeyi hazırlama özgürlüğünü tek taraflı kullananın buna ilişkin sorumluluğu da taşıması gereği oluşturmaktadır⁶³. Öğretide objektif görüşün geçerli olduğu⁶⁴ açık olmama kuralının kapsamı tartışmalı olmakla beraber aslında saydamlık kuralına da hizmet ettiğine işaret edilmektedir⁶⁵. Açık olmama kuralının saydam olmamanın özel bir türünü düzenlediği belirtilmektedir⁶⁶. Bunun hukuki sonucu olan müşteri lehine olan yorum sonucunun geçerli olması kullanıcıyı daha temkinli hareket etmeye zorlar ve bu durum genel olarak sözleşmenin saydamlığına da katkı sağlar.

Bir sonraki denetim aşaması TBK m. 25'de yer alan kendine özgü bir denetim şekli olan saydamlık denetimidir. Saydamlık denetiminin asli uygulama alanı kuruluş saydamlığına ilişkindir. TBK m. 25' te "aleyhine" olma kavramına ilişkin tanımlama boşluğu nedeniyle oluşan kural içi boşluğun⁶⁷ doldurulmasında Alman Hukuku'nda savunulan "müşterinin menfaatine aykırı olma" durumunu geniş yorumlayan görüşten⁶⁸ Türk Hukuku'nda da yararlanılabileceği düşüncesindeyiz. Müşterinin aleyhine olma, diğer bir deyişle menfaate aykırılık/ aleyhine olma durumu hukuki olabileceği (*Rechtbezogene Unangemessenheit*) gibi, piyasaya dönük (*marktbezogene Unangemessenheit*) te olabilir⁶⁹. Piyasa dönük mağduriyet veya müşterinin kaybetmiş olduğu piyasa alternatiflerinin⁷⁰ kaybı tek başına bir genel işlem koşulunun geçersizliğine sebebiyet verebilir⁷¹.

Saydamlık denetiminin asli uygulama alanı kuruluş saydamlığına aykırılık olup, bunun içerisine maddi anlamda müşteri lehine olan genel işlem koşulları (lehe olan kayıtlar) da girmektedir⁷². Zira diğer genel işlem koşulu denetim araçlarından farklı olarak saydamlık denetiminde müşteriye doğrudan koruma fonksiyonu muhafaza etmeye ilişkin doğrudan bir amacı olmayıp dolaylı olarak bireyi koruma veya bireyüstü koruma (*überindividueller Ansatz/ marktbezogene Schutzfunktion*)

neniyle bu sözleşmede kaza sayılan hallerden biri dolayısıyla yatarak tedavi gördüğü her takvim günü için ödenir" şeklindeki kayıt sigortalının tedavi sırasında hastanede kısmen bulunduğu bir durumda; müşterinin tedavi gördüğü günlere ilişkin bedelin tamamını isteyebileceği, söz konusu günlerde zamanın büyük bir kısmını veya geceleri hastanede geçirmesi durumunda bedelin tamamını isteyebileceği; hastanede geçirdiği zamana göre orantısız olarak bedeli isteyebileceği; bu durumda kullanıcıya karşı ileri sürebileceği herhangi bir alacağı olmadığı gibi farklı şekillerde yorumlanabilecektir. Açık olmama kuralı gereği müşteri lehine aktardığımız ilk anlamda yorumlanacaktır. Söz konusu örnek için Bkz. PILZ, s. 151 vd.

63 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 432; HAVUTÇU, Tez, s. 152; ATAMER, Sempozyum – I, s. 36; CİVAN, s. 203.

64 ULMER/ SCHÄFER, § 305c, N. 92a; PALANDT/ GRÜNEBERG, § 305c, N. 16; ROTH, s. 2135; ŞİMŞEK, s. 248; PILZ, s. 147 vd. Buna karşılık subjektif veya karma görüş taraftarları yorum denetimindeki görüşleri ile tutarlı şekilde açık olmama kuralı ile ilgili olarak ta yapılan değerlendirmede somut müşterinin bakış açısından yola çıkmaktadırlar. Bu yönde Bkz. SCHLOSSER, § 305c, N. 124; LINDACHER/ HAU, § 305c, N. 134.

65 ULMER/ SCHÄFER, § 305c, N. 61; LINDACHER/ HAU, § 305c, N. 124; GOTTSCHALK, s. 575; SCHÄFER, s. 111; HEINRICH, s. 160 vd.; KREINBAUM, s. 63.

66 HEINRICH, s. 160 vd.; BASEDOW, s. 1047.

67 ANTALYA/ TOPUZ, Medeni Hukuk, s. 251.

68 FUCHS, § 307, N. 331; SCHLOSSER, § 307, N. 175 vd.; KÖNDGEN, s. 950; HEINRICH, s. 163.

69 KÖNDGEN, s. 950; SCHLOSSER, § 307, N. 175.

70 FUCHS, § 307, N. 331.

71 SCHLOSSER, § 307, N. 174; FUCHS, § 307, N. 331.

72 PILZ, s. 211; FAHR, s. 122; EVERMANN, s. 66; JOBBICH, s. 14; KREINBAUM, s. 256 vd., 289.

fonksiyonu⁷³ ön plandadır. Yine saydamlık denetiminin uygulama alanı içerisinde kaçınılmaz saydam olmama durumu (*unvermeidbare Intransparenzen*)⁷⁴ olarak ta ifade edebileceğimiz halk dilinde karşılığı olmayan hukuki/ teknik kavramları içeren genel işlem koşulları⁷⁵ ile niteliği gereği karmaşık genel işlem koşulları⁷⁶ da girmektedir. Saydamlık denetiminin özel bir uygulama alanı da hukuksal düzenlemeyi tekrar eden genel işlem koşulları⁷⁷ oluşturur. İçerik denetimi dışındaki alanda⁷⁸ yer alan hukuksal düzenlemeyi tekrar eden kayıtların istisnai olarak kuruluş saydamlığı yanında uygulama saydamlığına ilişkin olmaları da yeterlidir.

Saydamlık denetimi içerik denetiminden önce uygulanır⁷⁹. İçerik denetimine kıyasla sözleşme özgürlüğünü daha az sınırlayan bir araç olarak saydamlık denetimi ölçülülük ilkesi gereği öncelikle uygulanır⁸⁰. Saydamlık denetiminin hukuksal düzenlemeyi aktaran genel işlem koşullarına ilişkin olan uygulama alanında ise bunun öncelikle uygulanması gereği söz konusu alanın içerik denetimi dışı kalan alanda yer almasından kaynaklanır.

Bu aşamalardan sonra müşteri aleyhine dürüstlük kuralına aykırılık kaldırılmamış ise inceleme konusu genel işlem koşulu irade serbestisi ilkesi ile en yoğun gerginlik ilişkisi içinde olan içerik denetimine tabi tutulur⁸¹. Öncelikle içerik denetiminin özel, mutlak bir uygulama hali olan değişiklik yasağına ilişkin TBK m. 24 uygulanır. Bu madde kapsamındaki kayıtlar saydamlık kuralına ilişkin aktardığımız maddi menfaat değerlendirilmesinin ön planda olduğu, uygulama saydamlığının dikkate alındığı belirli olmama ayırımının genel uygulama haline ilişkindir⁸².

İçerik denetiminde açık yarar dengesizliğine ilişkin olarak dürüstlük kuralına göre yürütülecek genel ve soyut değerlendirmede zamansal olarak sözleşmenin kuruluşu anındaki şartlar ve

73 Krş. KÖNDGEN, s. 943; FUCHS, Vorb. v. § 307, N. 326.

74 EVERMANN, s. 134 vd.

75 KREINBAUM, s. 69; ŞİMŞEK, s. 260.

76 GOTTSCHALK, s. 592; FUCHS, § 307, N. 348.

77 Bu husus BGB § 307 f. 3'de açıkça ortaya konmuştur. Burada yasal düzenlemelerden sapan veya onları tamamlayan genel işlem koşullarındaki hükümlere içerik denetiminin uygulanmayacağını ifade edilmiştir. Öğretide ileri sürülen; erkler ayrılığı, hakimin hukukla ve kanunla bağlılığı, tür kayıtların geçersiz olması varsayımında bunların yerine yine aynı içeriğe sahip hukuksal düzenlemelerin geçeceği ve dolayısıyla sonuç olarak gereksiz yere içerik denetimi yürütülmüş olacağı vb. gerekçelerde aynı sonucun Türk Hukuku'nda da geçerli olduğu, söz konusu istisnanın içerik denetimine içkin olduğu belirtilmektedir. Bu konuda Bkz. ATAMER, Tez, s. 217; HAVUTÇU, Tez, s. 79; SİRMEN, s. 173; CİVAN, s. 285

78 İçerik denetimine içkin olduğu düşündüğümüz (inceleme konusu hukuki işleme uygulanması gereken) hukuksal düzenlemeyi aktaran kayıtlar ile asli edimleri (ve bunlar arasındaki ilişkiyi) konu alan kayıtların içerik denetiminin konusu dışında kaldığı hakkında örneğin Bkz. ATAMER, Sempozyum – I, s. 54 vd.; CİVAN, s. 285 vd. Öte yandan esaslı edimlere ve edim – karşı edim dengesine ilişkin kayıtlar diğer genel işlem koşullarına ilişkin yürütülecek içerik denetiminde dikkate alınabileceği hakkında Bkz. ADELMANN, s. 104; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 436; ÇINAR, s. 182.

79 MORSBACH, Schmidt Susanne, Die Missbräuchlichkeitskontrolle Allgemeiner Geschäfts – und Versicherungsbedingungen in Verbraucherverträgen, Berlin 2011 s. 279; SCHMITT, Christoph/ ULMER, Detlef, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verträge für Unternehmen, Berlin Heidelberg 2010 s. 28 vd.; FASTRICH, s. 323; GOTTSCHALK, s. 565 vd.; BROX/ WALTER, Schuldrecht, § 4, N. 28 vd.; SCHLOSSER, § 307, N. 175.

80 FAHR, s. 100; JOBBICH, s. 39.

81 ULMER/ HABERSACK, § 305, N. 105; STOFFELS, N. 264.

82 FUCHS, § 307, N. 340; KREINBAUM, s. 147 vd.; PILZ, s. 171.

olgular dikkate alınacaktır⁸³. Burada sözleşme içi olgular⁸⁴ yanında sözleşme dışı olgularda somut olaydan soyut bir şekilde, “soyutlaştırılıp objektifleştirildiği” sürece dikkate alınır⁸⁵. Kanun koyucu TBK m. 25’te temel ölçüt olarak aldığı⁸⁶ dürüstlük kuralının somutlaştırılmasını öğretti ve uygulamaya bırakarak genel olarak TBK m. 20 vd.’daki genel yaklaşımı ile uyumlu olarak daha fazla dinamiklik ve esneklik sağlamıştır. Bu bağlamda bilinçli olarak bırakılan hüküm içi boşluğu⁸⁷ doldurulurken kıyasen yararlanılabilecek⁸⁸ TTK m. 55 f. 1 f’ de yer alan (ve bağlamda onunla içerdiği ölçütleri uyuşan⁸⁹ BGB § 307 f. 2) “*yasal düzenlemeye/ yasal düzenlemenin temel düşüncesine aykırılık ve ”sözleşmenin doğasına aykırılık” ölçütlerinden sapmanın ve bu sapmanın açıkça, önemli ölçüde olduğunun*⁹⁰ tespitinde dürüstlük kuralı belirleyici olur⁹¹.

İçerik denetimi bir hakkaniyet denetimi olup⁹² ön planda olan maddi menfaatlerin değerlendirilmesidir⁹³. İçerik denetiminde asıl amaçlanan anlaşılabilirliği sağlamak değil, sözleşme adaletini gerçekleştirmektir⁹⁴. Burada saydamlık denetiminden farklı olarak, genel işlem koşulunun açık ve anlaşılır olmaması doğrudan onun geçersizliğine sebebiyet vermez⁹⁵. TBK m. 25’teki “*müşterinin durumunu ağırlaştırma*” unsuru bir genel işlem koşulunun uygulama saydamlığına ilişkin olguların açık yarar dengesizliği⁹⁶ seviyesine ulaşmamış olan bir maddi mağduriyetin etkisini arttırarak geçersizliğe sebebiyet verebileceğine⁹⁷ işaret eder. Bunun

83 SCHLOSSER, § 307, N. 100, 109 vd.; FUCHS, Vor. § 307, N. 110 vd.; PFEIFFER, § 307, N. 983.

84 Sözleşmenin bütüne ilişkin değerlendirme gereği hakkında örneğin Bkz. JOBBICH, s. 24; ŞİMŞEK, s. 221.

85 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 436 vd..

86 CİVAN, s. 248 vd.; ATAMER, Sempozyum – I, s. 41 vd.; SİRMEN, s. 122.

87 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 436; CİVAN, s. 258; ATAMER, Sempozyum – I, s. 42

88 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 439; AÇIKGÖZ, Osman, Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, İstanbul 2013, s. 320 vd. ve dp. 513’teki yazarlar; ATAMER, Sempozyum – I, s. 43; YELMEN, s. 129 vd.

89 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 438.

90 BGB § 307 f. 1’de “*ölçüsüz menfaat ihlali/ mağduriyet*”, UWG § 8’de “*önemli derecede ve adil olmayacak ölçüde oransızlık*”, Yönerge m. 3’de: “*önemli ve haksız bir oransızlık*”, TKHK m. 5 f. 1’de: “*dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizlik*”, TTK m. 55 f. 1 – f (eUWG § 8)’in alt bendlerinde: “*...önemli ölçüde ayrılan...önemli ölçüde aykırı...*” olarak ifade edilmiştir.

91 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 437; HAVUTÇU, Tez, s. 171 vd. Yine içerik denetiminin yürütümünde dürüstlük kuralının çifte fonksiyonuna yapılan vurgu için örneğin Bkz. ÇINAR, s. 148

92 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 432; TOPUZ, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 187; HAVUTÇU, Tez, s. 41.

93 BASEDOW, s. 1049 vd.; PRÄVE, s. 142 vd.; GOTTSCHALK, s. 585 vd.

94 BASEDOW, s. 1049; KENT, s. 279; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 432.

95 Açık ve anlaşılır olmamanın ölçüsüz mağduriyete yönelik kuvvetli bir emare olarak değerlendirilebileceği hakkında Bkz. BAMBERG/ ROTH, § 307, N. 45. Uygulama saydamlığına sahip olmayan bir genel işlem koşulunun her zaman açık yarar dengesizliğine sebebiyet vermeyeceği hakkında örneğin Bkz. SCHLOSSER, § 307, N. 178; FUCHS, § 307, N. 333. Bir genel işlem koşulunun açık ve anlaşılabilirliğini klasik görünümü ile içerik denetiminde geçersizliğe sebebiyet verebilecek bağımsız bir ölçüt olarak değerlendiren görüşün örneğin Bkz. HAVUTÇU, Tez s. 176; ATAMER, Sempozyum – I, s. 49; BAŞ, Ece, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural’ a Armağan, İstanbul 2013, s. 276, s. 296.

96 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 436; HAVUTÇU, Tez, s. 170; CİVAN, s. 249. TKHK m. 5 f. 1 (eTKHK m. 6 f. 1)’da yer alan “*aleyhine dengesizliğe neden olan*” ibaresinin yarar dengesine işaret ettiği hakkında Bkz. AYDOĞDU, s. 127. TBK m. 25’in sözünden de yarar dengesizliği kavramının çıkarılabileceği hakkında Bkz. ÇINAR, s. 29 vd.; AYDOĞDU, s. 127.

97 Krş. KENT, s. 278 vd.; BASEDOW, s. 1049 vd.; PRÄVE, s. 142 vd.; GOTTSCHALK, s. 585 vd.

içerik denetiminin yürütümünde toplama/ kuvvetlendirme etkisinin (*Summierungseffekt/ Verstärkereffekt*) özel bir uygulaması olduğundan bahsedilebilir⁹⁸.

III. Ticari Standart Sözleşmelerde TBK 20 vd. İle TTK m. 55 f. 1 f'nin Birlikte Uygulanabilirliği

Türk Hukuku'nda dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu sadece sözleşme hukuku yönüyle değil, ayrıca haksız rekabet hukuk anlamında da değerlendirilmiştir. Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanımının haksız rekabete sebebiyet vermesine ilişkin olarak TTK m. 55/ 1 – f'de özel bir haksız rekabet hali olarak:” *Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;*

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

TTK m. 55 f. 1 f'de haksız rekabetin bulunup bulunmadığının incelenmesi söz konusudur. Bu karşılık söz konusu hüküm kapsamında kapsam ve içerik denetimleri yürütülmez⁹⁹. Genel işlem koşullarının geçerli olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmaz¹⁰⁰. Söz konusu hükmün şartları mevcut ise haksız rekabete ilişkin TTK m. 56 vd'de yer alan cezai ve hukuki sonuçları uygulanması söz konusu olabilir. Makalemizin kapsamını genişletmemek adına söz konusu hükmün unsurları ve sonuçlarının hakkında daha fazla açıklama yapılmadan aşağıda TTK m. 55 f. 1 f'nin TBK m. 20. İle birlikte uygulanabilirliğine ilişkin görüşler ve değerlendirmelerimize yer verilecektir.

A. Görüşler

Öğretide özellikle (sözleşmenin her iki tarafının da tacir olduğu) ticari standart sözleşmelere¹⁰¹ TBK m. 20 vd.'nin uygulanabilirliği tartışmalıdır. Öğretide aşağıda daha detaylı aktaracağımız bir görüşe göre; TBK'dan farklı hukuki sonuçları öngören, haksız rekabet hali olarak özel bir şekilde TTK m. 55 f. 1 f'da düzenlenen bu tür sözleşmelere TTK'daki haksız rekabet hükümleri uygulanması gerekmekte olup, bunlara TBK m. 20 vd. uygulanmamalıdır¹⁰². Ayrıca söz

98 JOBBICH, s. 24 vd., 74. Toplama etkisinin normal uygulamasında iki ayrı genel işlem koşulu arasındaki etkileşim değerlendirilirken, burada aynı sözleşme kaydının farklı (şekli ve maddi) etkileri dikkate alınır. Toplama etkisi hakkında genel olarak örneğin Bkz. FUCHS, § 307, N. 155; STOFFELS, N. 486; PFEIFFER, § 307, N. 213.

99 PROBST, Art. 8, N. 67; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 410; ERTAN, Füsün Nomer, Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul 2016, s. 354; UZUNALLI, s. 405.

100 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 411; ERTAN, s. 354.

101 Öğretide bir görüşe göre bu tür sözleşmeler terminolojik olarak dar ve teknik anlamda ticari standart sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Bu görüş için Bkz. AYDOĞDU, s. 37.

102 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 409 vd. Türk Hukuku'nda *Antalya* tarafından savunulan ilk görüşe genel kapsam, yorum ve içerik denetimlerinin, değiştirme yasağının ve (belirgin olmamakla beraber) ön denetim aşamasının tacirlere uygulanmaması yönünden katılıp, ilk görüşten farklı olarak geçersizlik yaptırımının da tacirlere uygulanacağını kabul eden görüş için Bkz. TOPÇUOĞLU, s. 18, 19, 29 vd., 30, 33 vd., 35. Son zikredilen yazar

konusu görüş çeşitli gerekçeler ile her iki tarafın tacir olduğu sözleşmelere de TBK m. 20 vd.'nın uygulanabileceğinin iddia edilebileceği, ancak bu durumda tacirlerin basiretli olması esası (TTK m. 20 f. 2) dikkate alınarak içerik denetiminde dürüstlük kuralına aykırılığın değerlendirilmesi gereğine işaret etmektedir¹⁰³.

Bir önceki görüşün işaret ettiği ve öğretideki çok baskın görüşün katıldığı yaklaşıma göre; TBK'da yer alan genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler her türlü standart sözleşmelere ve bu kapsamda her iki tarafın tacir olduğu sözleşmeler için de uygulanabilir¹⁰⁴. Sıklıkla ilk zikredilen görüşünde vurguladığı gibi bu görüşü savunanlarca da tacirlerin basiretli olması hususu uygulanacak denetim aşamasında dikkate alınmalıdır¹⁰⁵.

Katılmış olduğumuz ve ilk görüşün de belirttiği üzere her iki tarafın tacir olduğu standart sözleşmelere TBK m. 20 vd.'nin uygulanıp uygulanmamasına ilişkin her iki görüşte aşağıda aktaracağımız gerekçeler ve kapsamda Türk Hukuku'nda savunulabilir. Ancak biz ilk zikredilen görüşün de belirttiği üzere daha ağır basan gerekçelerle her iki tarafın tacir olduğu ticari standart sözleşmelere TBK m. 20 vd.'nin doğrudan uygulanmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Buna karşılık savunduğumuz görüşe karşı buna katılmanın mümkün olmadığı şeklindeki eleştirinin¹⁰⁶ yerindeliğini aşağıda tartışacağız. Aşağıda ilk olarak son zikredilen görüş, daha sonra da katılmış olduğumuz ilk zikredilen görüşe ilişkin değerlendirmelerimizi aktaracağız. Son olarak ta katılmış olduğumuz görüşe saydamlık denetimi yönünden yapmış olduğumuz ve bu görüşle uyumlu olduğunu düşündüğümüz istisnayı ve buna ilişkin gerekçelerimizi aktaracağız.

Antalya'nın görüşüne özel kapsam denetiminin tacirlere uygulanmaması yönünden katılmamaktadır. Yazara göre; müşterinin (tacir sıfatı taşısın taşımaması) sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı genel işlem koşullarını bilmediği kabul edilecek ve bu tür kayıtlar yazılmamış sayılacaktır (s. 20, 29). Yazarın görüşüne göre sözleşmenin niteliği ve işin özelliği ölçütü TTK m. 55 f. 1 f'de zikredilmemişse de, buna aykırı genel işlem koşulları aynı zamanda dürüstlük kuralına da aykırı olup TTK m. 55 f c. 1 altında değerlendirilebilir (s. 29 vd.).

103 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 409, 411.

104 Bu yönde örneğin Bkz. HAVUTÇU, Ayşe, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi, Sayı: 2011 – 2, 2011, s. 29 – 42, s. 31 vd.; OĞUZMAN/ ÖZ, Borçlar Hukuku Genel, C:1, N. 500; ERTAN, s. 369 vd.; ASLAN, Tüketici Hukuku, s. 328; EREN, s. 217; REİSOĞLU, s. 73; YELMEN, s. 70 vd.; AYDOĞDU, s. 165 vd.; YILMAZ, s. 141 vd.; ALTOP, Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışınının 80. Yılı Sempozyumu, 28 Nisan 2006, Ali Çivi (Editör), İstanbul 2007, s. 141 – 155, s. 149; AKİBEK/ AYDOĞDU, Milli Şerh, § 5, s. 121 – 164, s. 125; KUNTALP, Erden, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, (Ankara, 8 Nisan, 2011), Ankara 2011, s. 82; ATAMER, Sempozyum – I, s. 9 vd., 41 vd. Yargıtay'ın ticari standart sözleşmelere yönelik vermiş olduğu birtakım kararlarında da bu görüşe katıldığı görülmektedir. Bu yönde Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin kullanıcı ile tacir olan bir müşteri arasında yapılan bir enerji tedarik sözleşmesine ilişkin kararında (Yarg., 3. HD., 18. 12. 2014 tarihli, 2014 / 13539 E., 2014 / 16751 K.) şu açıklamaları yapmıştır: “...6098 sayılı TBK'nun uygulanması ile ilgili olarak kişi açısından bir sınırlama yapılmamıştır. Yani genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler tacirler yanında tacir olmayanlar (tüketiciler, alıcılar, müşteriler) içinde uygulanabilecektir...”; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin ticari kredi sözleşmesinde yer alan genel işlem koşullarına ilişkin bir kararında (Yarg., 11. HD., 15. 02. 2018 tarihli, 2016 / 13244 E., 2018 / 1134 K.) da: “...Taraflar arasında 30/12/2013 tarihinde düzenlenen Genel Kredi Sözleşmesine gelince, sözleşme tarihi itibarıyla Yeni Borçlar Kanunu'nun yürürlükte bulunduğundan, bu Kanun'un 20. vd. maddeleri uyarınca genel işlem şartları değerlendirmesi yapılarak, öncelikle bu komisyon oranının sözleşmeye yazılmamış sayılmasına gerekçesi gerektirmediği değerlendirilip, yazılmamış sayılmasına karar verildiği takdirde tamamlayıcı iç hukuk kuralları, örf ve adetler gözönüne alınarak oranın belirlenmesi...” şeklinde ifade etmiştir (http://www.hukukturk.com, 20.06. 2017 tarihinde ziyaret edilmiştir).

105 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 411; ERTAN, s. 367; AYHAN, Rıza/ ÖZDAMAR, Mehmet/ ÇAĞLAR, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2015, s. 152.

106 ATAMER, SEMPOZYUM – II, s. 103, dp. 2.

B. Değerlendirme

Her iki tarafın tacir olduğu ticari standart sözleşmelere TBK m. 20 vd.'nin uygulanabilirliğini savunan ikinci zikredilen görüş; TBK m. 20'nin sözünden doğrudan TBK m. 20 vd.'nin tacirlere de uygulanabileceği çıkarılamamakla beraber bu hükümlerin tacirlere uygulanmamasına ilişkin açık bir hükmünde öngörülmediğini, daha somut olarak hükmün sözünün aksi yönde olmadığını belirtmektedir ¹⁰⁷. Hatta TBK m. 20 gerekçesinde yer alan "müşteriler", "girişimci karşısında yer alan sözleşmenin diğer tarafı", "bütün sözleşmeleri kapsayacak emredici genel hükümler" ifadelerinin ¹⁰⁸ dolaylı olarak bu görüşü desteklediğini ileri sürmektedirler ¹⁰⁹.

Ayrıca ikinci zikredilen görüşe ilave bir dayanak olarak sistematik yorum elemanından yararlanılabilir. Sistematik yorumda sadece bir hükmün bulunduğu kanun maddesi değil, diğer hukuk kuralları ile olan ilişkisi de araştırılır ¹¹⁰. Buna göre özel hukukun bütünlüğü ve hatta yeknasaklığı ilkesi ¹¹¹ gözetilerek TBK m. 20 vd.'da emredici bir şekilde düzenlenmiş ¹¹², genel nitelikte düzenlemelerin TTK'da bulunmaması bu görüşe gerekçe olarak sunulabilir ¹¹³.

Öte yandan ekonomik olarak güçlü bir bankanın müşterisi olan KOBİ gibi ekonomik açıdan zayıf konumda olan tacirinde aynı şekilde korunması, onların TBK m. 20 vd.'da öngörülen korumadan mahrum bırakılmamak gerektiği de belirtilmektedir ¹¹⁴. Bu konuda tacirler yönünden ceza koşulunun indirilmesi mümkün olmaması (TTK m. 22) ve buna göre TBK m. 182 f. 3 uyarınca indirim yapılmasının engellenmesi durumuna ilişkin görüş zikredilebilir. Öğretide ve uygulamada ¹¹⁵ şayet söz konusu ceza koşulunun ahlaka veya kişilik haklarına aykırı düşecek

107 ERTAN, s. 369.

108 ANTALYA, Türk Borçlar Kanunu, Genel Gerekçe, s. 24; TBK m. 20, Madde Gerekçesi, s. 70; TOPÇUOĞLU, s. 32 vd.

109 YILMAZ, s. 141 AYDOĞDU, s. 166.

110 ANTALYA/ TOPUZ, s. 293.

111 TMK m. 5'de: "Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır" olarak belirtilmiştir. TTK m.1'de de TMK'nın TTK'nn ayrılmaz bir parçası olduğu ortaya konmuştur. TMK, TBK, TTK ayrı düzenlenmiş ise de bunların bir bütün olarak değerlendirilip, birlikte yorumlanması gerektiği hakkında Bkz. Antalya, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 7 vd.

112 TBK m. 20 f. 1 c. 2'nin madde gerekçesinde: "...Bu düzenleme kapsamında... bunların emredici yasal düzenleme kapsamı dışında bırakılması önlenmek istenmiştir... genel işlem koşullarının tâbi olduğu emredici düzenleme açısından sözleşme ve koşulları hazırlayan tarafın kamu tüzel kişisi olması, uygulama farklılığı doğurmayacaktır". (ANTALYA, TBK m. 20, Madde Gerekçesi, s. 70, 71).

113 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 409.

114 HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 32; ATAMER, Tez, s. 56 vd.; AYDOĞDU, s. 34, 37 vd.; YILMAZ, s. 142; KARA, s. 727; ERTAN, s. 367.

115 Tacirin ekonomik olarak mahvı durumunda ceza koşulunun tamamen veya kısmen geçersiz sayılabileceği hakkında Bkz. Yarg. HGK, 20.03. 1974 tarihli, 1970/1053 E., 1974/222 K. sayılı kararı (<http://proxy2.marmara-elibrary.com/MuseSessionID=0212md31v/MuseProtocol=http://MuseHost=www.hukukturk.com/MusePath/yargitay-kararlar?EsasNo1=1970&EsasNo2=1053&KararNo1=1974&KararNo2=222&Merci=4056,06.06.2018> tarihinde ziyaret edilmiştir.). Buna karşılık Yargıtay'ın diğer bazı kararlarında ise ceza koşulunun indirilmesi için tacirin ekonomik mahvının daha da altında bir seviyeyi de yeterli görmektir. Bu konuda Yarg. 15. HD, 11.05. 2000 tarihli, 1999/4655 E., 2000/2324 K. sayılı kararında: "...tarafklar arasındaki sözleşmeye göre, işin belirtilen günde bitirilmemesi halinde iş bedelinin iki misli tazminatın ödeneceği hükmü, "ifaya ekli ceza" niteliğinde olup, bu ceza hükmü muhtemel zararın çok üstünde ise...Yüklenicinin iktisadan mahvına neden olmasa da, taşıdığı ... sakıncalarından dolayı Anayasa'nın 18. ve BK'nın 19. maddelerine aykırı olup, BK'nın 20/II. maddesi uyarınca butlan ile batıldır..."

şekilde tacir yönünden ağır olması durumunda TBK m. 27 uygulanarak ceza koşulunun tamamen veya kısmen geçersiz sayılmasının mümkün olabileceğine¹¹⁶ işaret edilmektedir. Buna göre söz konusu görüş te tacirlerin zayıf durumda kalabileceğine dikkat çekmekte olup, bu durumda TBK m. 20 f. 1'de geçen "*karşı taraf*" tacirleri de kapsayacak şekilde anlaşılmalı ve tacirlerde TBK m. 20 vd.'daki korumadan yararlanabilmelidirler¹¹⁷.

Söz konusu görüşü savunanlar; ticari standart sözleşmelerin zaten sıklıkla ön denetim aşamasında bireysel sözleşmeye dönüştüğünü, dolayısıyla bu tür sözleşmelere sıklıkla TBK m. 20 vd.'nın uygulanmayacağını belirtmektedirler¹¹⁸. Özellikle sözleşmenin her iki tarafını oluşturan tacirler ekonomik açıdan birbirine yakın güçte olmaları¹¹⁹ veya kullanıcının monopol benzeri bir durumda olması¹²⁰ gibi hallerde bireysel sözleşmeye dönüşün kabul edilebileceği belirtilmektedir. Öte yandan bu kayıtların ön denetim aşamasından geçip genel işlem koşulu olarak kabul edilmesi durumunda ise TMK m. 1 gereğince normun koruma amacı ve tacirlerin basiretli olması esası dikkate alınır. Bu anlamda bu tür sözleşmelere genel kapsam denetiminin¹²¹ veya özel kapsam denetiminin uygulanmamasına¹²² ilişkin alt görüşlere de rastlanmaktadır. Genel kapsam denetiminin ticari standart sözleşmelere de uygulanabileceği kabul edilse bile her halde yukarıdaki gerekçeler ve ticari işlem hayatının gerekleri dikkate alınarak bunun çıtasının çok yüksek tutulması gerektiği söylenebilir¹²³. Aynı şekilde özel kapsam denetimi yönünden de tacirlerin yaptıkları ticari işlemlerin sıklığı ve çeşitliliği dikkate alınarak inceleme konusu olan genel işlem koşulu daha rahat bir şekilde sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olmadığı kabul edilebilecektir¹²⁴. Aynı şekilde yukarıda belirtildiği üzere ticari standart sözleşmelere ilişkin içerik denetimi uygulanmasında tacirlerin basiretli olma ilkesi¹²⁵ veya taraflar arasındaki bilgi asimetrisinin sıklıkla daha az olduğu¹²⁶ gözetilerek dürüstlük kuralına açıkça aykırılık unsuru değerlendirilmelidir.

şeklinde ifade edilmiştir (<http://proxy2.marmara-elibrary.com/MuseSessionID=0212md31v/MuseProtocol=http/MuseHost=www.hukukturk.com/MusePath/yargitay-kararlari?EsasNo1=1999&EsasNo2=4655&KararNo1=2000&KararNo2=2324&Merci=4071>, 06. 06. 2018 tarihinde ziyaret edilmiştir).

116 OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 2, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 537 vd.; REİSOĞLU, s. 456 vd.; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 357; EREN, s. 1189 vd.

117 YILMAZ, s. 142; AYDOĞDU, s. 38

118 ATAMER, Sempozyum – II, s. 129 vd.; NOMER, N. 50a; BAŞ, s. 281, dp. 20; AYDOĞDU, s. 38.

119 AYDOĞDU, s. 38.

120 ATAMER, Sempozyum – II, s. 129.

121 NOMER, N. 50a. Nitekim mehz Alman Hukuku'nda BGB § 310 f. 1'de de genel kapsam denetiminin (BGB § 305 f. 2) yatırımcılara uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Benzer şekilde bir tacirin genel işlem koşulunun varlığını bilmediğini veya bunu fark etmediğini ileri süremeyeceği dolayısıyla tacir olan müşterinin TBK m. 21 f. 1'de geçen "*bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verme*" unsurunun gerçekleşmediğini ileri süremeyeceğini, öte yandan ispat yükü tacir olan müşteride olmak üzere "*içeriği öğrenme imkanı sağlanması*" unsurunun aranmaya devam edeceği hakkında Bkz. ERTAN, s. 373.

122 ERTAN, s. 373.

123 ATAMER, Sempozyum – I, s. 35

124 Krş. SCHLOSSER, § 305c, N. 8; LINDACHER/ HAU, § 305c, N. 27.

125 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C.1, s. 409, 411; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 23, N. 3; ATAMER, Sempozyum – I, s. 35; ERTAN, s. 367; AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR, s. 152.

126 AYDOĞDU, s. 38; ATAMER, Sempozyum – II, s. 117; BAŞ, s. 281.

Diğer taraftan her iki tarafın tacir olduğu ticari standart sözleşmelere TBK m. 20 vd. uygulanmaması şeklindeki birinci görüş¹²⁷ te, aşağıda belirteceğimiz üzere saydamlık denetimi istisna tutularak, çeşitli gerekçelerle savunulabilir. Bu yönde öncelikle TBK m. 20 f. 4'ün sözüne bakılabilir. TBK m. 20 f. 4'de: “*Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.*” şeklinde yer alan ifade zikredilebilir. Kanun koyucunun TBK m. 20 f. 1'de sadece “*karşı taraf*” (müşteri) ifadesi ile yetinirken TBK m. 20 f. 4'ü çok geniş bir şekilde düzenlediği dikkate alınarak, TBK'nın uygulama alanını sadece “*düzenleyen*” (kullanıcılar) yönünden genişletilmek istendiği çıkarılabilir¹²⁸.

Ayrıca amaca göre yapılacak bir yorumla varılacak sonuçlarda bu görüşle uyumludur. TBK m. 20 vd.'nin kuruluş amacı olan müşterinin yapısal zayıflığı tacirler yönünden mevcut olmadığı belirtilmektedir¹²⁹. TBK m. 20 vd.'da, saydamlık denetimi istisna tutulursa, ilgili alandaki objektif müşteri modelinde yapısal olarak zayıf bir müşteri esas alınmaktadır. Bu bağlamda söz konusu müşteri modeline ilişkin birtakım tespitlerimizi aktarabiliriz. Örneğin söz konusu müşteri modeli genel kapsam denetiminde genel işlem koşullarının varlığı hakkında kendisine bilgi verilmesi gereken, sözleşmeyi okumadan global olarak kabul etmeye hazır bir müşteriyi ifade eder. Öte yandan onun menfaatine aykırı olarak işin niteliğine ve özelliğine yabancı olan kayıtlar özel kapsam denetimi ile geçersiz sayılabilir. Hatta söz konusu müşteri modeli lehine sözleşme adaletinin sağlanması adına içerik denetimi ile sözleşmenin maddi menfaat içeriğine müdahale edilebilmektedir. Nihayet onun lehine esnetilmiş kısmi geçersizlik veya diğer denetim aşamalarında ise (dava taraflarının kullanıcı aleyhine sınırlandırıldığı bir esnek geçersizlik hali olan)¹³⁰ kesin hükümsüzlüğün yokluğa yaklaşan ağırlaştırılmış bir geçersizlik türü olarak yazılmamış sayılma yaptırımı uygulanabilmektedir¹³¹. Zaten kanun gerekçesinde de: “*ya kendisine dayatılan koşullarla sözleşmeyi kuracak ya da söz konusu sözleşmenin içerdiği edim veya hizmetten vazgeçmek zorunda kalacak... “evet, ama” seçeneğinden yoksun olacak...*”¹³² zayıf bir müşterinin esas alındığı vurgulanmaktadır.

Öğretide genel işlem koşullarının kullanımına ilişkin sakıncalar arasında; müşterinin zaman baskısı altında olduğu için bunları okumayacağı veya bilmeden imzalayacağı, okusa bile anlamayacağı, bunlara uyulmasının zorunlu olduğu şeklinde bir algının olduğu, bunları kabul edip etmeme yönünde seçim şansının olmadığı, müşterinin piyasada ekonomik veya fiili olarak zayıf

127 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 409 vd.

128 Yukarıda a. g. e., s. 409.

129 Yukarıda a. g. e., s. 410.

130 Esnek geçersizliğin halleri arasında yer alan, dava taraflarının sınırlanmasına ilişkin bir uygulama hali olarak yazılmamış sayılma hakkında Bkz. ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 143 vd. Yine Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 43, N. 32. Genel olarak modern (esnek) geçersizlik teorisi hakkında Bkz. ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 125 vd.; ANTALYA/ TOPUZ, Medeni Hukuk, s. 218 vd.

131 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 143 vd.; ANTALYA/ TOPUZ, Medeni Hukuk, s. 229, dp. 112. (Kısmi) Kesin hükümsüzlük, (kısmi) yokluk, sözleşme hükümlerinin sözleşme içeriğine dahil olmaması şeklindeki görüş, yeni bir geçersizlik türü yaratıldığı görüşü vb. görüşler ve değerlendirmeler için örneğin Bkz. ŞEKER, s. 137 vd.; YELMEN, s. 94 vd.; ANTALYA/ TOPUZ, Medeni Hukuk, s. 229 vd.

132 ANTALYA, Gerekçeli ve Açıklamalı TBK, s. 24 (TBK Genel Gerekçesi); TBK m. 20, Madde Gerekçesi, s. 70.

durumunda olduğu belirtilmektedir¹³³. Belirtilenlerden son iki sakınca haricinde diğerlerinin tacirlerde bulunmadığı söylenebilir¹³⁴. Ancak son iki duruma ilişkin olarak ilk görüşün tacirler arası ilişkilere yönelik olarak gerekçelerinde; bunların birbirine yakın güçte veya monopol benzeri durumda bulunmaları, pazarlık güçleri gibi hususlar vurgulanmaktadır¹³⁵. Söz konusu olguların tespiti Borçlar Hukuku'nun ötesinde piyasa yapısı ve dinamiklerinin de dikkate alındığı TTK m. 55 vd. ve özellikle RKHK çerçevesinde daha kalıcı ve piyasadaki katılımcılara dönük bir değerlendirilme yapılması gerektirdiği göz ardı edilmemelidir¹³⁶. Aksi bir kabul ile tacirler arası ilişkilere sözleşme adaletini sağlamak adına yapılacak bir müdahalenin ticari piyasada dengeleri bozabileceği söylenebilir¹³⁷.

Katılmış olduğumuz görüşe karşı ilk zikredilen görüş yukarıda da ifa edildiği üzere tacirlerinde korunmaya ihtiyacı olabileceğini belirtmektedir¹³⁸. Tacirlerin de belli durumlarda korunması gerektiği kabul edilebilir. Ancak bunun nasıl olması gerektiği tacirler yönünden ticari hayatın gereklerine uygun olarak belirlenmelidir¹³⁹. Ticari hayatın esnekliği, hızı vb. taşıdığı özellikler yanında tacir olmanın hüküm ve sonuçları da özellik taşımaktadır. Bu bağlamda TTK'da çeşitli hükümlerde düzenlenen örneğin tacirlerin iflasa tabi olması, basiretli iş adamı gibi davranması, odalara ve birliklere kayıt olması, ticari ünvanı seçme ve kullanması, ticari iş karinesine tabi olması, ticari defter tutması, ticari örf ve adete tabi olması, ücret ve faiz isteme hakkına sahip olması belirtilebilir¹⁴⁰. Ayrıca iki tarafın tacir olduğu işlemlerde; bazı ihbar ve ihtarlarda belirli şekillere uyması, hapis hakkının kullanımında kendisine kolaylık tanınması, ticari satış ve mal değişim sözleşmelerinde özel hükümlere tabi olması gibi durumlar da sayılabilir¹⁴¹. Bu bağlamda yine TTK m. 1530'da öngörülen belli durumlarda sözleşmenin alıcıları veya KOBİ'lerin burada genel işlem koşullarının kullanılıp kullanılmadığından bağımsız olarak korunduğuna ve bu korumanın genel işlem koşulları ile ortadan kaldırılamayacağına işaret edilmektedir¹⁴².

133 AÇIKGÖZ, s. 212; ERTAN, s. 369 vd.

134 AYDOĞDU, s. 37 vd, 168; ERTAN, s. 370; ATAMER, Sempozyum – II, s. 120 vd., 126.

135 ATAMER, Sempozyum – II, s. 129; AYDOĞDU, s. 38.

136 Nitekim bizzat bu görüşü savunanlar somut olaydaki yapısal güç dengesizliklerin tespitinin RKHK çerçevesinde rekabet kurulu tarafından denetlendiğini belirtmektedir. Bu yönde Bkz. ATAMER, Sempozyum – I, s. 125 vd. Nitekim son zikredilen yazar RKHK çerçevesinde yapılacak müdahalenin yargısal müdahaleye kıyasla çok daha kalıcı ve genele dönük olduğunu ifade etmektedir (s. 126).

137 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 410.

138 YILMAZ, s. 142; KARA, s. 727; ATAMER, Sempozyum – II, s. 120 vd.

139 TOPÇUOĞLU, s. 36 vd.

140 Tacir olmanın hüküm ve sonuçları hakkında Bkz. BAHTIYAR, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2012, s. 93 vd.; ÇEKER, s. 70 vd.; KIZIR, MAHMUT, Yargıtay kararları Işığında Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, 2017, s. 245 – 282, s. 247

141 Yukarıda a.g.e'ler.

142 TOPÇUOĞLU, s. 36 vd. TTK m. 1530'da:” (1) Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır. Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır. Bu sınırlarda, Türk Borçlar Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanmaz. (2) Ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerde, alacaklı, kanundan veya sözleşmeden doğan tedarik borcunu yerine getirmiş olmasına rağmen, borçlu, gecikmeden sorumlu tutulamayacağı haller hariç, sözleşmede öngörülmesi bulunan tarihte veya belirtilen ödeme süresinde borcunu ödemezse, ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşer.

Nitekim TTK m. 55 f. 1 f'e aykırılığın hukuki sonuçları özel olarak düzenlenmiştir¹⁴³. TTK m. 56 vd'da hukuk sorumluluk yanında ceza yaptırımı da öngörülmüştür. Yine ticari hayatın gerekleri dikkate alınarak TTK m. 60'da daha kısa zamanaşımı süreleri öngörülmüştür¹⁴⁴. Buna karşılık TTK'da haksız rekabetin sonuçları arasında geçersizlik yaptırımı öngörülmemiştir¹⁴⁵.

(3) Mütemerrit borçlunun alacaklısı sözleşmede öngörülen tarihten ya da ödeme süresinin sonunu takip eden günden itibaren, şart edilmemiş olsa bile faize hak kazanır.

(4) Sözleşmede ödeme günü veya süresi belirtilmemişse veya belirtilen süre beşinci fıkraya aykırı ise, borçlu aşağıdaki sürelerin sonunda ihtara gerek kalmaksızın mütemerrit sayılır ve alacaklı faize hak kazanır:

a) Faturanın veya eş değer ödeme talebinin borçlu tarafından alınması takip eden otuz günlük sürenin sonunda.

b) Faturanın veya eş değer ödeme talebinin alınma tarihi belirsizse mal veya hizmetin teslim alınması takip eden otuz günlük sürenin sonunda.

c) Borçlu faturayı veya eş değer ödeme talebini mal veya hizmetin tesliminden önce almışsa, mal veya hizmetin teslim tarihini takip eden otuz günlük sürenin sonunda.

d) Kanunda veya sözleşmede, mal veya hizmetin kabul veya gözden geçirme usulünün öngörüldüğü hallerde, borçlu, faturayı veya eş değer ödeme talebini, kabul veya gözden geçirmenin gerçekleştiği tarihte veya bu tarihten daha önce almışsa, bu tarihten sonraki otuz günlük sürenin sonunda; şu kadar ki, kabul veya gözden geçirme için sözleşmede öngörülen süre, mal veya hizmetin alınmasından itibaren otuz günü aşar ve bu durum alacaklının aleyhine ağır bir haksızlık oluşturuyorsa, kabul veya gözden geçirme süresi mal veya hizmetin alınmasından itibaren otuz gün olarak kabul edilir.

(5) Sözleşmede öngörülen ödeme süresi, faturanın veya eş değer ödeme talebinin veya mal veya hizmetin alındığı veya mal veya hizmetin gözden geçirme ve kabul usulünün tamamlandığı tarihten itibaren en fazla altmış gün olabilir. Şu kadar ki, alacaklı aleyhine ağır bir haksız durum yaratmamak koşuluyla ve açıkça anlaşmak suretiyle taraflar daha uzun bir süre öngörebilirler. Ancak alacaklının küçük yahut orta ölçekli işletme (KOBİ) veya tarımsal ya da hayvansal üretici olduğu veya borçlunun büyük ölçekli işletme sıfatını taşıdığı hallerde, ödeme süresi, altmış günü aşamaz.

(6) Gecikme faizi ödenmeyeceğini veya ağır derecede haksız sayılabilecek kadar az faiz ödeneceğini, alacaklının geç ödeme dolayısıyla uğrayacağı zarardan borçlunun sorumlu olmayacağını veya sınırlı bir şekilde sorumlu tutulabileceğini öngören sözleşme hükümleri geçerlidir. Geçersizlik durumunda yedinci fıkra uygulanır.

(7) Bu madde hükümleri uyarınca alacaklıya yapılan geç ödemelere ilişkin temerrüt faiz oranının sözleşmede öngörülmediği veya ilgili hükümlerin geçersiz olduğu hallerde uygulanacak faiz oranını ve alacağın tahsili masrafları için talep edilebilecek asgari giderim tutarını Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası her yıl ocak ayında ilan eder. Faiz oranı, 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda öngörülen ticari işlere uygulanacak gecikme faizi oranından en az yüzde sekiz fazla olmalıdır.

(8) Mal veya hizmet bedelinin taksitle ödenmesinin öngörüldüğü durumlarda, bu maddenin ödeme sürelerini düzenleyen hükümleri birinci taksit bakımından uygulanır. Her bir taksit tutarının ödenmeyen kısmı yedinci fıkrafta öngörülen oranda gecikme faizine tabidir. Alacaklının küçük veya orta ölçekli işletme veya tarımsal veya hayvansal üretici olup borçlunun büyük ölçekli işletme olduğu hallerde taksitle ödemeyi öngören sözleşme hükümleri geçerlidir." şeklinde ifade edilmektedir.

143 Haksız rekabete aykırılığın hukuki ve cezai yaptırımları hakkında örneğin Bkz. ÇEKER, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, Adana 2013, s. 162 vd.; BAHTIYAR, s. 146 vd.; YILMAZ, s. 122 vd.; POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2012, s. 354 vd.; ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ ERTAN, s. 566 vd.; BAKIR, s. 111 vd. Hukuki sorumlulukta açılacak davalara ilişkin TTK m. 56 f. 1'de: "Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikle karşılaşabilecek olan kimse; a) Fiilin haksız olup olmadığının tespitini, b) Haksız rekabetin men'ini, c) Haksız rekabetin sonucu olan maddî durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını, d) Kusur varsa zarar ve ziyanın tazminini, e) Türk Borçlar Kanununun 58 inci maddesinde öngörülen şartların varlığında manevî tazminat verilmesini, isteyebilir. Davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hâkim, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir." şeklinde ifade edilmiştir.

144 TTK m. 60'da: "56 ncı maddede yazılı davalar, davaya haklı olan tarafın bu hakların doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her hâlde bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki, haksız rekabet fiili aynı zamanda 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu gereğince daha uzun dava zamanaşımı süresine tabi olan cezayı gerektiren bir fiil niteliğinde ise, bu süre hukuk davaları için de geçerli olur." şeklinde ifade edilmiştir.

145 KARA, s. 739; UZUNALLI, s. 413. İsviçre Hukuku'nda eUWG döneminde geçersizlik yaptırımının haksız rekabetin hukuki sonuçlarına yönelik kabul edilip edilmemesine ilişkin tartışmalar için örneğin Bkz. HENNINGER, Anton, Vom Umgang mit AGB, Swisslex Document: BR 2002 S. 137; EHLE/ BRUNSCHWEILER, s. 269; HAVUTÇU, TEZ, s. 206 vd.; YILMAZ, s. 106 vd. Son zikredilen yazar madde gerekçesinde kesin geçersizlik yaptırımının öngörüldüğü UWG

Bu bağlamda basiretli olması beklenen tacirlerin haksız rekabet hukukunda¹⁴⁶ (benimsenecek görüşe göre en azından doğrudan)¹⁴⁷ geçersizlik yaptırımı ile korunmaya ihtiyaçları olmadığı ileri sürülebilecektir¹⁴⁸.

Öte yandan ikinci zikredilen görüşü savunanlardan bazıları dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşullarına ilişkin olarak TTK ve TBK arasında özellik – genellik ilişkisi olmadığını belirtmektedirler¹⁴⁹. Diğer görüşe göre ise (ayrıca ikinci zikredilen görüşe katılanların bazıları) TTK m. 55 f. 1 f'ın TBK m. 20 vd.'na nazaran özel hüküm olarak değerlendirilmesi gerektiği ve bu bağlamda bunların hakların yarışmasına (TBK m. 60) tabi olmayacağı¹⁵⁰ belirtilmektedir¹⁵¹.

Öncelikle TTK ve TBK aynı gün, 01. 07. 2012 tarihinde, yürürlüğe girdiği dikkate alınarak aralarında söz konusu maddelere ilişkin değerlendirmede öncelik sonralık ilişkisi olmadığı, diğer bir deyişle sonraki kanunun zamansal üstünlüğü kuralının (*leges posteriores priores contrarias abrogant/ legi posterior derogat legi priori*)¹⁵² uygulanmayacağı söylenebilir. Söz konusu tespitten

döneminde de (2011 yılı değişikliğinden sonraki dönemde de) azınlık tarafından geçersizlik yaptırımının haksız rekabetin hukuki sonuçları ile uyumlu olmadığı, haksız rekabetin sözleşme taraflarını doğrudan korumak gibi amacı olmadığı şeklinde gerekçelerle eleştirildiğini belirtmektedir (s. 110).

146 Nitekim Haksız rekabetten farklı olarak RKHK m. 56'da :” *Bu Kanunun 4 üncü maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir. Bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde tarafların iade borcu Borçlar Kanununun 63 ve 64 üncü maddelerine tabidir.*” şeklinde geçersizlik yaptırımı öngörülmüştür.

147 Haksız rekabete aykırılık durumundan açılacak haksız rekabetin önlenmesi davasının amacı dikkate alınarak söz konusu bu davanın iptal davası olarak görünebileceği ve hakimin bu bağlamda (piyasa ve ticari hayatın gereklerini de dikkate alarak) ilgili genel işlem koşulunun geçersizliğine hükmedebileceğine ilişkin İsviçre ve Türk Hukuku'nda savunulan görüş için örneğin Bkz. ATAMER, Tez, s. 195, dp. 293'te yer alan yazarlar; BAKIR, s. 122; YILMAZ, s. 108, 124 vd. Son zikredilen yazar mahkemenin iptal davası ile ilgili olarak vereceği hükmün sadece inceleme konusu madde ile sınırlı olacağından, söz konusu görüş TBK m. 25'e ilişkin kısmi kesin hükümsüzlük görüşü ile de tutarlıdır (s. 125). Ayrıca yazarın işaret ettiği üzere buradaki iptal davası doğrudan (kısmi kesin hükümsüzlük (TBK m. 25) uygulanmasından daha çok etkilidir ve ticari hayatın gereklerine uygundur. Öncelikle haksız rekabetin önlenmesi davası ileriye etkilidir. Bu şekilde tacirlerin ileriye etkili olarak dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanmalarının önüne geçebilir. Ayrıca yazar haksız rekabetin önlenmesi davası yanında, davayı kazanan diğer tarafın istemi ile kesinleşen hükmün ilan edilmesini karar verilmesi imkanını (TTK m. 59) vurgulamaktadır. Böylece yaza piyasada sözleşmenin tarafı olmayan ancak kullanıcı ile sözleşme yapan diğer katılımcılarında bundan haberdar olmasının sağlanabileceği ve bunun kullanıcı üzerinde daha fazla caydırıcı etkisi olacağını belirtmektedir (s. 126). Mal veya hizmet tedarikini konu alan sözleşme kayıtlarının iptal davası ile istisnai olarak hükümsüz sayılmasına ilişkin görüşün benimsenmesi durumunda oluşan boşluğun nasıl doldurulacağına ilişkin TTK m. 1530 f. 4 ve 7'de özel hükümler öngörülmüştür. Bu anlamda ödeme süresi yukarıda atfını yapmış olduğumuz TTK m. 1530 f. 4'e göre ve yine faiz oranını ve alacağın tahsili masrafları için talep edilebilecek asgari giderim tutarı TTK m. 1530 f. 7'deki esaslara uygun olarak belirlenecektir.

148 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 407.

149 YILMAZ, s. 144; AYDOĞDU, s. 165.

150 Hakların yarışmasının kabulü için (ilgili kanun hükümlerinin kendi unsurlarının mevcut bulunması yanında) iki kanun hükmü arasında özel hüküm – genel hüküm ilişkisi bulunmaması gerektiği hakkında Bkz. Yarg., İBK, 04. 06. 1958 T., 15 E., 16 K., N. 4 (www.hukukturk.com/MusePath/Sonuc.aspx?q=Esas%3a+1958%2f15%2c+ Karar%3a+1958%2f6, 16. 06. 2018 tarihinde ziyaret edilmiştir). Yine yasaların yarışması hakkında Bkz. KARACABEY, Ömer Faruk, Hakların Yarışması, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 6, 1980, s. 666 – 685, s. 670 vd.

151 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 410 vd. Yine ikinci zikredilen görüşte olmakla beraber aynı tespit için Bkz. OĞUZMAN/ ÖZ, Borçlar Hukuku Genel, C:1, N. 500. Ancak ikinci zikredilen görüşe katılan son zikredilen yazara göre öncelikle TTK m. 55 f. 1 f uygulanması gerekmekte olup, oluşan boşluklarda tamamlayıcı olarak TBK m. 20 vd.'na başvurulabilir.

152 ANTALYA/ TOPUZ, s. 308 vd.; DURAL/ SARI, N. 762; EDİS, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç

sonra bu konuda yapılacak değerlendirmede TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 20 vd. arasında özellik – genellik ilişkisinin mevcudiyeti ortaya konmalıdır¹⁵³. Buna olumlu cevap verilmesi durumunda ise özel kanunda düzenlenmeyen hususlarda genel kanunun uygulanacağı kabul edilir¹⁵⁴. Ancak özel kanunun genel kanunla çatışmasının ötesinde özel kanunun genel kanunun uygulamasını bertaraf ettiği için (*Lex specialis derogat legi generali*) kabulü için, daha somut olarak ticari standart sözleşmelere ilişkin TBK m. 20 vd.’nin maddi unsurları ile hukuki sonucu arasındaki bağlantının koştığı sonucuna varılabilmesi hükümlerin sözünden veya bunun açık olmaması durumunda anlamından bunun çıkarılabilmesini gerekir¹⁵⁵.

TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 25’de dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanımı düzenlenmiştir¹⁵⁶. Söz konusu hükümlerin maddi unsurları birbiri ile örtüşmektedir. Daha önceki başlıkta da belirtildiği üzere TTK m. 55 f. 1 f c. 2’ de yer alan ölçütler TTK m. 55 f. 1 f c. 1’de yer alan dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu kullanımının somutlaştırılmasına hizmet eden, sıklıkla karşılaşılan özel bir uygulama örneğidir. Öte yandan maddi unsurları örtüşen TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 25’in hukuki yaptırımları birbirinden ayrılmış olduğu dikkate alınarak iki hukuk normu arasında özel – genel hüküm ilişkisinin kurulduğu söylenebilir¹⁵⁷. TTK m. 55 f. 1 f’de açıkça TBK m. 20 vd.’da yer alan denetim aşamalarının uygulanmamasına ilişkin bir kayıt bulunmamaktadır. Ancak TBK m. 20 vd.’da müşteriye doğrudan koruma fonksiyonu ön planda olan veya en azından vurgulanan çeşitli denetim aşamaları yer almaktadır. Bunların sözleşmenin her iki tarafının tacir olduğu ticari standart sözleşmelere uygulanmaması şu ana kadar aktarılan gerekçeler ve özellikle ticari hayatın gerekleri, tacirin basiretli olma hususları dikkate alınınca TTK m. 55 f. 1 f’in amaçları ile uyumludur.

Belirtmiş olduğumuz üzere TBK m. 20 vd.’in anlam ve amacı da aynı doğrultuda bu maddede yer alan “*sözleşmenin karşı tarafı*” ibaresinin tacirlerin dahil olmayacağı şekilde dar yorumlanmasını gerektirmektedir. Ayrıca özel hukukun farklı dalları birbirinden soyut düşünülmemelidir. Özel hukukun bütünlüğü ilkesi gereği de TBK m. 20 vd.’nin uygulama alanının belirlenmesinde; ticari standart sözleşmelere ilişkin TTK m. 55 f. 1 f’e dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması amacının önüne geçebilecek bir anlam yüklenmemesi gerekir. Söz konusu düzenlemelerde son soyutlamada ön planda olan hukuki işlem öğretisindeki terminoloji ile kurumsal olarak sözleşme özgürlüğü, rekabet hukuku terminolojisi yönünden ise rekabettir. Ancak TBK’da (saydamlık denetimi haricinde) vurgulanan müşteriye (doğrudan) koruma fonksiyonu iken, TTK’da ise piyasa fonksiyonudur. Genel standart sözleşmelerden farklı olarak ticari standart sözleşmelerde müşteriye doğrudan koruma fonksiyonu ön plana alınmamalıdır. Zira bu tür ilişkilerinde kanunun

Hükümleri, 4. Baskı, Ankara 1989, s. 182.

153 ÇAĞA, Tahir, Özel Hüküm Genel Hüküm Daima Bertaraf Eder Mi?, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 3, 1991, 366 – 375, s. 368 vd.

154 ANTALYA/ TOPUZ, Medeni Hukuk, s. 309; DURAL/ SARI, N. 826; OĞUZMAN/ BARLAS, N. 278.

155 ÇAĞA, s. 368, 373 vd.; KARACABEY, s. 671.

156 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 409; YILMAZ, s. 144.

157 İki hukuk normu arasında özel hüküm – genel hüküm ilişkisinin kurulabileceği çeşitli ihtimaller için Bkz. ÇAĞA, s. 369 vd.

amacı tacir olan kişi yönünden sözleşme adaletini sağlamak değildir¹⁵⁸. Bu bağlamda örneğin bu tür sözleşmeler (benimsenecek görüşe göre en azından doğrudan) geçersizlik yaptırımının öngörülmemesine ilişkin kabulün TBK m. 20 vd.'da yer alan hükümler ile dolanılmaması gerektiği, bunun TTK m. 55 f. 1 f'nin amaçları ile uyumlu olmayacağı söylenebilir¹⁵⁹. Diğer taraftan genel standart sözleşmelere ilişkin olarak aynı gerekçeler dikkate alındığında TTK m. 54 vd. yanında TBK m. 20 vd.'nın uygulanabileceği, söz konusu düzenlemelerin birbirini tamamladığı ifade edilebilir¹⁶⁰.

Katılmış olduğumuz birinci görüşe karşı ileri sürülen ve ikinci zikredilen görüşe gerekçe gösterilen eleştirilerden başka biri de TTK'da genel işlem koşullarının tanımına yer verilmemiş olmasıdır¹⁶¹. Ancak bize göre burada kanun koyucu bilinçli olarak tanımlama boşluğu nedeniyle kural içi boşluk¹⁶² bırakmıştır. Bu durum hükmün maddi unsurunun yer aldığı ilk cümlesini sade ve soyut düzenlemek isteyen kanun koyucunun kanun yapma tekniğinden kaynaklanmakta olup¹⁶³, TBK m. 20 vd. hükümlerinin doğrudan uygulanmasına işaret etmemektedir.

Diğer taraftan TBK m. 20 f. 2, 4'de yer alan hususlar genel hukuk mantığını yansıtan, özellikle kanuna karşı hileyi önlemek üzere ihdas edilmiş genel nitelikteki hükümlerdir¹⁶⁴. Nitekim genel nitelikte, ön denetim ile sınırlı olmayan bir düzenleme dolanma yasağı (*Umgehungsverbot*) başlıklı BGB § 306'da düzenlenmiştir. Öte yandan başka bir dolanma yasağı olarak nitelendirilen ve hayatın olağan akışını yansıtan¹⁶⁵, hüküm içi boşluğun doldurulmasında yararlanılabilecek TBK m. 20 f. 3'in¹⁶⁶ karşıt anlamından; tarafların tartışarak kabul ettikleri sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulu olarak nitelendirilemeyeceği çıkarılmaktadır¹⁶⁷. Şayet sözleşme tarafları sözleşmenin içeriğine etki etmişlerse¹⁶⁸ bu tür kayıtlar genel işlem koşulu olmaktan çıkar. Makalemizde daha önce belirtmiş olduğumuz üzere içeriğe etki etme esasının saydamlık kuralına yönelik şartlarının yanında aranan diğer bir şart müşterinin fiilen genel işlem koşullarının içeriğine etki edebilecek, bunu değiştirebilecek durumda bulunmasıdır¹⁶⁹. Söz konusu şartın değerlendirmesinde ise bu

158 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 410.

159 Krş. KUONEN, Nicolas, Le Conrole des Conditions Generales, L' Envol, Manque du Phenix, SJ, 2014 II, s. 29 vd. (YILMAZ, s. 110, dp.368'den naklen).

160 OĞUZMAN/ ÖZ, Borçlar Hukuku Genel, C:1, N. 500; ALTOP, Armağan, s. 254; REİSOĞLU, s. 73.

161 ATAMER, Sempozyum – II, s. 103, dp. 2.

162 ANTALYA/ TOPUZ, Medeni Hukuk, s. 251.

163 İsviçre Hukuku'ndaki benzer yaklaşım ve BGB § 305 f. 1 benzeri tanımlar için örneğin Bkz. MATT, s. 104; SCHNYDER, s. 40. Son zikredilen yazar zaten genel işlem koşulu kavramının kendisinden onun tanımının çıkarılabileceğini belirtmektedir (s. 40).

164 ALTOP, Armağan, s. 258; AYDOĞDU, s. 66 vd.; AKÇAAL, s. 54.

165 BASEDOW, MünchKomm., § 310, N. 53 vd.; ATAMER, Sempozyum – I, s. 25; HAVUTÇU, Tez, s. 84; ÇINAR, s. 25, 46 vd.

166 ÇINAR, s. 51; HAVUTÇU, Tez, s. 35; CİVAN, s. 39. TBK m. 20 f. 3'de genel işlem koşullarında yer alan bunların tartışıldığına ilişkin kayıtların tek başına onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmayacağı belirtmektedir.

167 ATAMER, Sempozyum – I, s. 21, 24 vd.; CİVAN, s. 35, 41.

168 STOFFELS, AGB Recht, N. 130; HAVUTÇU, Tez, s. 88; BÜYÜKSAGIS, s. 680 vd., 684 vd.

169 PFEIFFER, § 305, N. 37, 38; CİVAN, s. 33 vd.

şartın gerçekleştiğine, başka bir deyişle yapısal bir zayıflığın bulunduğuna ilişkin bir karine¹⁷⁰ tacir olan müşteri yönünden kabul edilmemelidir¹⁷¹.

Öte yandan katılmış olduğumuz görüşe karşı ileri sürülen başka bir gerekçede TTK m. 55 f. 1 f'nin işlevsiz ve tacir olan müşterileri koruma konusunda yetersiz olduğudur¹⁷². Gerçekten de bir kanun hükmünü yorumlarken dikkate alınması gereken yorum ilkelerinden biri de hukuk kurallarının düzeni sağlama fonksiyonu dikkate alınarak hukuki bir sorunu en iyi karara götürebilecek yorum yolunun tercihidir¹⁷³. Ancak TTK m. 55 f. 1 f hükmü saydamlık kuralı yönünden özellik taşımaktadır. Bize göre TTK m. 55 f. 1 f'nin unsurlarına saydamlık kuralına göre verilecek anlama göre bu hükme işlerlik kazandırılabilir. Şöyle ki genel işlem koşullarında saydamlık kuralının da kaynağı dürüstlük kuralıdır¹⁷⁴. TTK m. 55 f. 1 f'de de dürüstlük kuralı ibaresi geçmektedir. Dürüstlük kuralını kişilere tarafı oldukları hukuki ilişkilerde ortalama zekalı, makul, dürüst ve diğer kişilerde yaratılan güvene tutarlı şekilde davranma, kimseye zarar vermeme yükümlülüğü yükleyen bir kural olarak tanımlayabiliriz¹⁷⁵. TMK m. 5'ye göre TMK'nın ve TBK'nın genel nitelikli hükümleri uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır¹⁷⁶. TTK m. 1'de de TTK'nın TMK'nın ayrılmaz bir parçası olduğu ortaya konmuştur¹⁷⁷. Bu anlamda TTK m. 55 f. 1 f'nin değerlendirilmesinde saydamlık kuralı esaslarının gözetilmesi gereği vurgulanmalıdır.

Yine TTK m. 55 f. 1 f c. 1'de yer alan “yanıltıcı olma” unsurunda saydamlık kuralı ile doğrudan bir bağlantı kurulmuş iken, “diğer taraf aleyhine kanuni düzenlemeden veya sözleşmenin niteliğinden önemli ölçüde sapma” unsurunda açık ve anlaşılabilirlik bunun belirlenmesine etki eden önemli olgulardan biri olarak değerlendirilmelidir. TTK m. 55 f. 1 f hükmü ona işlerlik kazandıracak bir şekilde yorumlanmalıdır. Bu anlamda öğretide katıldığımız olduğumuz yaklaşıma göre haksız bir ticari uygulama olarak kullanılma şartının sözleşme müzakerelerini de içine alacak şekilde geniş

170 TKHK m. 5 f. 3'ün birinci ve ikinci cümlesinde: “Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür. “ şeklinde ifade edilmiştir. Müzakere etmeme karinesinin tüketici standart sözleşmeler yanında genel standart sözleşmelerde uygulanabileceği hakkında Bkz. ATAMER, Sempozyum – I, s. 25; HAVUTÇU, Tez, s. 84; ÇINAR, s. 25, 46 vd.

171 Nitekim Yargıtay'ın ticari standart sözleşmelerde masrafların fazla kesildiği iddiasına yönelik olarak ayrıntılı bir şekilde yazılmış tartışma kaydını müzakere edilme unsurunun varlığına ilişkin yeterli saydığı bir kararı için Bkz. Yarg., 11. HD, 2014/ 4733 E., 11174 K., 11.06. 2014 Tarih sayılı kararı. Söz konusu karar ve değerlendirmeler için örneğin Bkz. AYDOĞDU, s. 66, dp. 266, s. 307 vd.

172 ATAMER, Sempozyum – II, s. 103, dp. 2.

173 ANTALYA/ TOPUZ, Medeni Hukuk, s. 295.

174 COESTER, § 307, N. 170; PFEIFFER, § 307, N. 234.

175 ANTALYA/ TOPUZ, Medeni Hukuk, s. 356; HELVACI, Serap/ ERLÜLE, Fulya, Medeni Hukuk, 2. Baskı, İstanbul 2010, s. 39; OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami, Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, N. 853; AKYOL Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, İstanbul 1995, s. 6; KILIÇOĞLU, Ahmet, Medeni Hukuk, Temel Bilgiler, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 113; HATEMİ, § 14, N. 1; DURAL, Mustafa/ SARI, Suat., Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2013, N. 1221.

176 ANTALYA/ TOPUZ, Medeni Hukuk, s. 77 vd.; EDİS, s. 243; DURAL/ SARI, N. 742 vd.

177 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 7 vd. Son zikredilen eserde vurguladığı gibi TMK, TBK, TTK ayrı düzenlenmiş ise de bunların bir bütün olarak değerlendirilip, birlikte yorumlanmalıdır (s. 8).

yorumlanmalıdır¹⁷⁸. Başka bir deyişle kullanıcının sözleşme yapmak üzere öneri ve hatta internet sitesinde genel işlem koşulu kullanılacağına işaret etmesi şeklindeki örnekte olduğu üzere öneriye davette bulunması yeterli görülmektedir¹⁷⁹. Ayrıca saydamlık kuralı esasları ile uyumlu olarak TTK m. 55 f. 1 f c. 2'de yer alan yanılıcılık unsuruna objektif, soyut bir anlam verilmelidir¹⁸⁰. Nitekim 2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktif'te sözleşmenin karşı tarafı yönünden değerlendirmede genel ve soyutluk ortalama bir tüketici ölçütü ile zikredilmiş iken, kullanıcı yönünden bu durum mesleki özen gereklerinin yerine getirilmesi ölçütü ile vurgulanmıştır.

TTK m. 55 f. 1 f c. 2 yönünden bir genel işlem koşulunun TTK m. 55 f. 1 f c. 2 Nr. 1 ve 2'de yer alan yasal düzenlemeden veya sözleşmenin niteliğinden açıkça sapması (maddi mağduriyet varlığı) yeterli olmayıp yanılıcı olma unsuru aranır¹⁸¹. TTK m. 55 f. 1 f c. 2'de yanılıcı olma unsuru ile sözleşme özgürlüğüne yapılacak müdahalenin sınırlanması amaçlanmıştır¹⁸². Bu şekilde haksız rekabetin amacı olan kurumsal olarak rekabet olgusunu vurgulanmaktadır. Ayrıca hükümde geçen “*yasal düzenlemeden veya sözleşmenin niteliğinden açıkça sapma*” ölçütünün değerlendirilmesinde bir sözleşme kaydının uygulama saydamlığı fonksiyonu yönüyle açık ve anlaşılabilirliği dikkate alınacak önemli olgulardan biridir.

TTK m. 55 f c. 2 kapsamında örneğin sızdırıcı sözleşme kayıtları yanında olağandışı sözleşme kayıtları¹⁸³, çok anlamlı sözleşme kayıtları, maddi mağduriyete ilişkin olduktan sonra¹⁸⁴ kesin/belirli olmayan kayıtlar, yanılıcı genel işlem koşulları değerlendirilebilir. Ayrıca TTK m. 55 f c. 2'nin örnek bir uygulama olduğu, saydam olmama durumlarının bunlarla sınırlı olmadığı kabul edilmelidir. Böylece TTK m. 55 f c. 1 üzerinden, TTK m. 55 f c. 2'nin kapsamına girmediği kabul

178 HOLTZ, s. 128 vd.; HENNINGS, Stefan, Unlauterer Wettbewerb durch Verwung Unwirksamer Vertragsklauseln, Baden-Baden 2017, s. 119 vd.; YILMAZ, s. 76 vd. Öğretide “*kullanılması*” şartını dar yorumlayan bir görüşe göre ise söz konusu şarttan anlaşılması gereken genel işlem koşullarının bifiil kullanılmasıdır. Bu görüş için örneğin Bkz. GAUCH, Swisslex, s. 9; JUNG, Peter, Alexander, Die Systematische Stellung der offenen AGB – Inhaltskontrolle im UWG – Vertrags – und wettbewerbsrechtliche Folgeprobleme, Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Herausgeber (zus. mit A. Brunner und A. Eisner-Kiefer): Entwicklung des schweizerischen Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, s. 129-167, Zürich 2014, s. 134; YAĞCIOĞLU, Ali Haydar, Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8), Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkiler'e Armağan, İzmir 2013, s. 3057 – 3098, s. 3069; KARA, s. 732; ERTAN, s. 376.

179 HENNINGS, s. 125 ve dp. 525'te yer alan Frankfurt ve Essen Eyalet Mahkemesi kaararları, 134 vd.

180 1986 tarihli UWG m. 8'in uygulamasında söz konusu unsurun subjektif olarak kullanıcının yanılma amacının aranması şeklinde anlaşıldığı ve bu durumun ispatının güçlüğünün hükmü uygulanamaz hale getirdiği hakkında Bkz. FURRER, Andreas, Eine AGB – Inhaltskontrolle in der Schweiz?, Swisslex, Dokument: HAVE – Haftung und Versicherung, 2011, s. 324 vd., 2011, Swisslex, s. 1 vd.; STÖCKLI, Hubert: Der Neue Art. 8 UWG – Offene Inhaltskontrolle, Aber Nicht Für Alle, Baurecht (BR) 2011, s. 184 – 188, s. 185; HAVUTÇU, Tez, s. 202 vd.; UZUNALLI, s. 390; YAĞCIOĞLU, s. 3062. Nitekim bu yönde yanılıcı olma unsurunu kaldıran yeni UWG Art. 8 in gerekçesindeki açıklamalar için Bkz. Botschaft UWG 2009, 6176 vd. (Stöckli, 185'den naklen; ERTAN, s. 384, dp. 851'den naklen).

181 UZUNALLI, s. 409 vd, 411.

182 FURRER, s. 324; UZUNALLI, s. 390 ve dp. 32'de yer alan İsviçre öğretisindeki yazarlar.

183 Buna karşılık sözleşmenin niteliğine veya işin özelliğine aykırı (olağandışı) nitelikte kayıtlarının dürüstlük kuralı altında (açıkça zikredilmemekle beraber) TTK m. 54 f. 2 veya TTK m. 55 f. 1 c. 1 kapsamında değerlendirilmesine ilişkin olarak Bkz. TOPÇUOĞLU, s. 29 vd.

184 EVERMANN, s. 139; PILZ, s. 173.

edilebilecek çeşitli saydam olmama durumlarının ele alınabilecektir. Bu anlamda TBK m. 25'te saydamlık denetiminin konusuna girdiğini düşündüğümüz kuruluş saydamlığına aykırılık, lehe olan kayıtlar, kaçınılmaz saydam olmama durumları, hukuksal düzenlemeyi tekrar eden kayıtlar, sözleşmenin bütününe ilişkin soyut algılanabilirliğe ilişkin kabul ettiğimiz içeriği öğrenme imkanının sağlanması altında değerlendirilebilecek olgular TTK m. 55 f. 1 f c. 1 çerçevesinde değerlendirilebilir.

Basiretli ve deneyimli olması beklenen tacirlerin genel işlem koşulu kullanımına ilişkin riskleri fark edebilmesi, bünyelerinde hukuki servis olma ihtimali, pazarlık imkanlarının daha fazla olması, oluşan zararları üçüncü kişilere yansıtılabilmeleri, ticari hayatta sık sık içerik olarak tekrarlanan işlemler, risklere karşı sigorta yaptırımları¹⁸⁵ gibi hususlar dikkate alınmalıdır. Ayrıca karşılaştırmalı hukukta ta genel işlem koşuluna ilişkin düzenlemelerin kişi yönünden sınırlandırıldığı çeşitli örnekler¹⁸⁶ bulunmaktadır. Nihayet Türk Hukuku yönünden yukarıda şu ana kadar aktardığımız gerekçelerle her iki tarafın tacir olduğu ticari standart sözleşmelere TBK m. 20 vd.'nin uygulanmayacağı savunulabilecektir. Nitekim belirtebiliriz ki savunduğumuz görüşü tamamen kabul etmemekle beraber tacirlerin basiretli olmasından yola çıkarak belli denetim aşamalarının her iki tarafın tacir olduğu ticari standart sözleşmelere uygulanmamasına ilişkin görüşlere rastlanmaktadır.

Nihayet TBK m. 25'te yer aldığı kabul edilmesi durumunda saydamlık denetimi yönünden bir istisnanın katılmış olduğumuz ikinci zikredilen görüş ile uyumlu olduğu düşüncesindeyiz. Zira burada diğer denetim aşamalarından farklı olarak piyasa fonksiyonu ön plandadır. Burada esas alınan ilgili alandaki müşteri modeli de kapsam ve içerik denetiminden farklı olarak korunmaya ihtiyacı olan değil, bilinçli, sorumluluk sahibi, bilgiye ulaşma konusunda daha aktif olan bir müşteri ile somutlaşmaktadır¹⁸⁷. Saydamlık denetimi piyasa şartlarına müdahale ederek piyasa dengesini bozmamaktadır. Bilakis saydamlık denetimi ile yapılan müdahale rekabetin ön koşullarının oluşmasına hizmet etmektedir.¹⁸⁸ Bu bağlamda saydamlık denetimi ile TTK m. 54 vd.'nin birlikte uygulanabileceği, hatta birbirini tamamladığı söylenebilir. Zira bunlardan ilki rekabetin dürüst ve bozulmamış olması, diğer bir deyişle rekabetin niteliği ile ilgili iken¹⁸⁹, saydamlık denetimi daha ziyade yukarıda belirtildiği üzere kurumsal olarak sözleşme özgürlüğünün, başka bir deyişle niceliksel olarak rekabetin gerçekleşmesine yöneliktir.

Öte yandan yukarıdaki görüşümüze karşı saydamlık denetimine aykırılık durumunda geçersizliğin söz konusu olabileceği, ancak tacirlerin geçersizlik yaptırımı ile korunma ihtiyacı

185 Tacirlerin daha az korunma ihtiyacına ilişkin söz konusu gerekçeler için Bkz. HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 32; ATAMER, Yeşim M., Tacirin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunma Yolları, İstanbul Ticaret Odası Yayını, Nr. 2001 – 8, İstanbul 2001, 10.

186 HAVUTÇU, Tez, s. 54 vd.; ATAMER, Tacir, s. 16 vd.; AYDOĞDU, s. 33. Son zikredile yazar buna örnek olarak uygulama alanı tüketiciler ile sınırlı haksız rekabete ilişkin EU Yönerge ve UWG Art. 8 ile yine uygulama alanı tüketicilerle sınırlı Fransız Borçlar Kanununu göstermektedir (s. 33).

187 EVERMANN, s. 37; PFEIFFER, Verbraucher, s. 2.

188 FUCHS, § 307, N. 22 vd.; STOFFELS, AGB Recht, N. 428; SCHLOSSER, § 307, N. 315.

189 ŞİRİN, s. 40; ERTAN, s. 81, dp. 167'deki yazarlar.

olmadığı ilk bakışta ileri sürülebilir. Bununla beraber saydamlık denetiminde sözleşmenin tamamlanması aşamasında sıklıkla aynı sözleşme içeriğinin daha açık ve anlaşılır kabul etmek suretiyle ayakta kalabildiği görülmektedir. Başka bir deyişle bu durumlarda sözleşmedeki maddi menfaat dengesine müdahale edilmemekle birlikte yukarıda katıldığımız görüş ile söz konusu istisnai durumda da uyumlu sonuçlara varılmaktadır. Diğer taraftan son aktardığımız durum öğretide bazılarınca saydamlık denetiminin caydırıcılığını azalttığı şeklinde eleştirilmektedir¹⁹⁰. Ancak katılmış olduğumuz görüşe göre bu durumlarda da saydamlık denetimi caydırıcılık fonksiyonuna sahiptir. Saydamlık denetimi kullanıcı üzerinde itibar kaybına¹⁹¹ ve sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa dayanıp tazminat istemesi imkanına¹⁹² bağlı olarak daha saydam genel işlem koşulları sunma konusunda dolaylı bir baskı yaratmakta, piyasa şeffaflığını da arttırmaktadır.

Son durumda TBK m.25'te yer alan saydamlık denetimi ile TTK m. 55 f. 1 f'in birlikte uygulandığının kabulü durumunda, saydamlık denetiminin de özellikleri dikkate alınarak, söz konusu hükümler arası olası bir değer transferinin olup olmadığı tartışılabilir¹⁹³. İlk ihtimalde ticari standart sözleşmelerde TTK m. 55 f. 1 f'e ve bu bağlamda saydamlık kuralına aykırılığın aynı zamanda saydamlık denetimine doğrudan aykırı olup olmadığı değerlendirilebilir. Öncelikle bu durumda ilk olarak TTK m. 55 f. 1 f c. 1'de hükmün içeriğine ilişkin olmayan bir haksız rekabet söz konusu ise, bu durum dışsal bir olgu olarak diğer hususlar yanında saydamlık denetiminde dikkate alınabilir¹⁹⁴. Öte yandan TTK m. 55 f. 1 f c. 1'de hükmün içeriğine ilişkin bir saydam olmama durumu söz konusu olması ihtimali düşünülebilir. Burada saydamlık denetiminde piyasa fonksiyonu ön planda olduğu için TTK m. 55 f. 1 f ile arasında doğrudan bağlantı kurulup TTK m. 55 f. 1 f çerçevesinde saydamlık kuralına aykırılığın TBK m. 25'te saydamlık denetimine de doğrudan aykırı olabileceği ileri sürülebilir. Ancak daha önce ortaya koyduğumuz üzere saydamlık denetiminde piyasa fonksiyonu olan rekabete niceliksel yaklaşırken, haksız rekabet hukuku rekabete niteliksel görmektedir. En azından TTK m. 55 f. 1 f ile saydamlık denetiminin kısa dönemde yaklaşımları farklılaşmaktadır. Diğer taraftan haksız rekabet hukukunda geçersizlik yaptırımının öngörülmediği hususu dikkate alınarak haksız rekabetin kabulünün doğrudan kullanıcı ile müşteri arasındaki sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet vermemesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁹⁵. Ayrıca TBK'da yer alan saydamlık denetimi ile (her ne kadar inceleme konusu yine sözleşme de olsa) TTK m. 55 f. 1 f'de yapılacak değerlendirmede hakim dikkate alacağı olguların içinde buldukları hukuk disiplinin ve ona bağlı kabullerin etkisi ile farklı değerlendirilebileceğine işaret edilmektedir¹⁹⁶. Açıklanan gerekçelerle TTK m. 55 f. 1 f'e

190 FUCHS, § 307, N. 17; PILZ, s. 228

191 ARMBRUSTER, s. 446 vd.

192 SCHNYDER, s. 65; PILZ, s. 238; EVERMANN, s. 92

193 FUCHS, Vorb. v. § 307, N.95; HOLTZ, s. 81 vd., 130 vd.; COESTER, § 307, N. 53.

194 TTK m. 55 f. 1 f c. 1 kapsamında hükmün içeriğine ilişkin olmayan bir dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu mevcut olması durumunda artık TBK m. 25 anlamında geçersizlik te söz konusu olmayacağı hakkında Bkz. UZUNALLI, s. 400. Son zikredilen yazar bu duruma örnek olarak genel işlem koşulunu kullananın diğer tarafı mesleki niteliği konusunda yanılması ihtimalini vermiştir (s. 400).

195 COESTER, § 307, N. 53; HOLTZ, s. 81; FUCHS, Vorb. v. § 307, N. 95.

196 HOLTZ, s. 81 vd.

aykırılığın saydamlık denetiminde başlangıç noktası olarak alınması düşünülebileceği, ancak doğrudan geçersizliğe sebebiyet vereceği şeklinde bir genelleme yapılamayacağı düşüncesindeyiz. Genel standart sözleşmeler yönünden ise TBK m. 20 vd.'daki diğer denetim aşamalarında da yukarıdaki gerekçelere ilaveten ön planda (veya dengede) olanın bireyi (doğrudan) koruma fonksiyonu olduğu dikkate alınınca aynı sonuca varabiliriz¹⁹⁷.

İkinci ihtimalde saydamlık denetimine aykırı olma durumunun TTK m. 55 f. 1 f'e aykırı sayılıp doğrudan haksız rekabet teşkil edip etmeyeceğini durumu değerlendirebilir. Alman Hukuku'nda sözleşme hukukundaki bir denetim aracının inceleme sonucu ile haksız rekabet hukuku arasında değer transferi kurulabilmesi için söz konusu kanun hükmünün en azından dolaylı olarak pazar davranışlarını düzenleyen bir kural olarak değerlendirilmesi gerektiğinin kabul edildiğini¹⁹⁸ belirtmiştik. Saydamlık denetiminin koşul rekabetini koruma ve buna işlerlik kazandırma amaçları dikkate alınarak söz konusu şartın sağlandığını söyleyebiliriz¹⁹⁹. Ancak bu durumda benzer şekilde yukarıda ilk aktarmış olduğumuz ihtimale ilişkin belirttiğimiz gerekçelerle saydamlık denetimine aykırılığın TTK m. 55 f. 1 f'e ilişkin yapılacak değerlendirmede dikkate alınabileceği belirtilmektedir²⁰⁰. Yukarıda aktarılan gerekçeler yanında ayrıca hatırlanacağı üzere AHEK m. 3a'de piyasayı düzenleyen kanun hükümlerine aykırılık hakkında bunun yeterli olmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca bu aykırılığın tüketicilerin, diğer piyasa katılımcılarının ve rakiplerin de menfaatlerini hissedilir bir şekilde etkilemesi gerekli olduğu belirtilmiştir. Ticari standart sözleşmelerde söz konusu asgari etkinin tespitinde “*aykırılığın ağırlık ve türünün, rekabete beklenen etkilerinin, rekabet (haksız rekabet) hukukunun koruma amacının dahil edilmesi*”²⁰¹ ve böyle bir değerlendirilme yapılabilmesi için de içtihatlarda geliştirilen “*aykırılıktan etkilenen piyasa katılımcılarının sayısı*”, “*hedeflenen rekabet avantajının büyüklüğü*” gibi objektif kriterlerin²⁰² dikkate edilebileceğine işaret edilmektedir.

Genel standart sözleşmeler yönünden ise saydamlık denetiminin haricinde TBK m. 20 vd.'da yer alan hangi denetim aşamasına aykırılığın (ve buna ilişkin değerlendirmelerin) piyasayı düzenleyen nitelikte kabul edilip te haksız rekabet incelemesinde dikkate alınabileceği tartışılabilir²⁰³. Buna

197 Krş. COESTER, § 307, N. 53; HOLTZ, s. 82.

198 SCHLAGELAMBERS, s. 143 vd., 145 vd.; HENNINGS, s. 150 vd.

199 Bu yönde Krş. FUCHS, Vorb. v. § 307, N. 90; SCHLAGELAMBERS, s. 148 vd.; HOLTZ, s. 134 vd., 156; HENNINGS, s. 191 vd.

200 HOLTZ, s. 82.

201 22. 08. 2003 tarihli AHRK'na ilişkin Hükümet Gerekçesi, BT – Drs, 15/ 487, s. 17, zu § 3 UWG, 2004 (HENNINGER, s. 266, dp. 1251'ten naklen).

202 HENNINGER, s. 266. Koşul rekabetinin işletilemeyeceğine ilişkin katılmış olmadığımız görüşe katılan (s. 58 vd.) son zikredilen yazara göre göre saydamlık denetimine aykırılık tacir olan müşteri yönünden genel işlem koşulunun içeriğini ilişkin hiç tereddüt yaratmıyor veya ufak tereddetler yaratıyorsa haksız rekabetin bulunmadığı sonucuna varılabileceğini belirtmektedir (s. 269). Ancak daha önce belirttiğimiz üzere katıldığımız görüşe göre koşul rekabeti işletilebilir olup, saydamlık denetimine konu olan içerik yönünden mağduriyetten bağımsız olarak piyasa menfaatinin aykırılıktır. Özellikle sözleşmenin kuruluşu sırasında bunun ihlalinin müşteri yönünde telafisiz bir zarara neden olduğu belirtilmektedir. Bu konuda Bkz. COESTER, § 307, N. 175; FUCHS, § 307, N. 332.

203 Buna ilişkin ileri sürülen görüşlerden bazıları şu şekilde sıralabiliriz: i) Söz Konusu Denetim Aşamalarının Hepsinin Piyasayı Düzenleyen Nitelikte Kabul Edilmesi Görüşü, ii) Bu Denetim Aşamalarının Hiçbirinin Piyasayı Düzenleyen Nitelikte Kabul Edilmemesi, iii) Farklaştırılmış Bir Bakış Açısı İle İlgili Duruma Göre i) veya ii)' den Birinin Söz

göre TBK m. 20 vd.'daki düzenlemelerin (bazıları denetim aşamalarında bireyi doğrudan koruma fonksiyonu ön planda olsa da) ve bunların hukuki sonuçlarına bağlı caydırıcı etkinin genel anlamda piyasası düzenleyici nitelikte kabul edilebileceğine ilişkin bir görüş²⁰⁴ ileri sürülebilir. Diğer taraftan bize göre söz konusu genel kabulden sakınarak TBK m. 20 vd.'da hangi denetim aşamasının dikkate alınacağına ilişkin farklılaştırılmış bir bakış açısı ile de hareket edilmelidir. Buna göre bir görüşe göre ilgili denetim aşamasında ön planda olan (müşteriyi dolaylı koruma/piyasa fonksiyonunun ön planda olup olmamasına göre) fonksiyon dikkate alınarak²⁰⁵ veya başka bir görüşe göre (koşul rekabetini gerçekleştirmeye hizmet ettiğini kabul ettiğimiz) saydamlık kuralını ne ölçüde gerçekleştirmeye hizmet ettiğinin kabul edilebileceğine göre²⁰⁶ bir değerlendirme yapılabilir.

Alman Hukuk öğretisindeki çok baskın görüş haksız rekabete ilişkin incelemede yasak kuralı²⁰⁷ olarak borçlar kanunundaki içerik ve saydamlık denetimlerinin²⁰⁸ dikkate alınabileceğini belirtmektedir²⁰⁹. Daha önce belirttiğimiz üzere bu durum doğrudan kurumsal olarak sözleşme özgürlüğüne işlerlik kazandırmayı amaçlayan saydamlık denetimi açısından doğaldır. Ayrıca müşteriyi doğrudan ve dolaylı koruma fonksiyonlarının her ikisine de sahip içerik denetimi için bunun en azından dolaylı piyasa etkileri olduğu kabul edilebileceğinden aynı sonuca varılabilir²¹⁰. Öte yandan içeriği öğrenme imkanı sağlama unsuruna da vermiş olduğumuz

Konusu Olabileceği Görüşü ve sonucu altında da; iiiia) İlgili Denetim Aşamasına Aykırılığın Çok Açık Olmasının Aranması Ölçütünü Arayan Görüş, iiib) Aykırılığın Gerçekleştiği Zaman Dilimi (benimsenecek görüşe göre sözleşmenin kuruluşunda veya uygulama aşamasında olması) Ölçütünü Arayan Görüş, iiic) Müşterinin Haklarını İleri Sürmesinin Engellenmesi Ölçütünü Arayan Görüş, iiid) Saydamlık Kuralına Aykırı Olma Ölçütünü Arayan Görüş. Söz konusu görüşler ve bunun değerlendirmesi için Bkz. HOLTZ, s. 130 vd., 137 vd.; SCHLAGELAMBERS, s. 145 vd. Ancak genel anlamda son zikredilen yazar, Saydamlık Kuralına Aykırılık Görüşü yanında Söz Konusu Denetim Aşamalarının Hepsinin veya Hiçbirinin Dikkate Alınması şeklindeki görüşlerin savunulabileceğini, zira AHRK m. 3a (eAHRK m. 4 N. 11)'nın sözünün açıkça incelenmesi gereken hukuksal düzenlemeyi ifade ettiğini, yoksa bunun etkilerinden bahsetmediğini belirtmektedir (s. 135 vd., 153 vd.). Ancak makalemizin kapsamını aşmamak adına Türk Hukuku yönünden TTK m. 54 vd'da bu tarz bir düzenleme bulunmadığından, hangi görüş veya görüşlerin benimsenmesi hususunda bu tarz bir sınırlamanın mevcut olmadığını belirtmekle yetiniyoruz.

204 SCHLAGELAMBERS, s. 148 vd.

205 Öğretide sıklıkla bu bağlamda içerik ve saydamlık denetimlerinin dikkate alınabileceğini belirtmektedirler. Ancak bunu içine genel ve özel kapsam denetimini de dahil edildiği görülmektedir. Bu konuda Bkz. HENNINGS, s. 191 vd., 198 vd.

206 Bu görüş için Bkz. FUCHS, Vorb. v. § 307, N. 90.

207 ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 43 vd.

208 HENNINGS, s.196 vd.

209 HOLTZ, s. 153 vd.; SCHLAGELAMBERS, s. 148 vd.; HENNINGS, s. 192 vd., 194 vd. ve dp. 857'de yer alan yazarlar.

210 Krş. JUNG, s. 132; HOLTZ, s. 144 vd.; HENNINGS, s. 194 vd. Bu bağlamda içerik denetimini de piyasa etkilerine sahip olduğu ve bunun geniş anlamda pazar davranışlarını düzenleyen kurallar arasında kabul edilebileceğine ilişkin görüşe katılmaktayız. Söz konusu tespit ile birlikte aynı zamanda piyasa ekonomisinin en temel kurumlarından biri olarak sözleşme mekanizmasının düzgün işleyişinde kamu yararı olduğu ve bu anlamda içerik denetimi ile sözleşmeye yapılacak müdahalenin de ekonomik kamu düzeni ile yakından ilişkili olduğunu söyleyebiliriz. Kamu düzeninin artık kamu hukukuna ilişkin kurallardan ibaret olmadığı, hakim görüşün belirttiği gibi toplumun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan özel hukuk kurallarının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ve ayrıca Yargıtay'ın imar hukukundaki içtihatlarında görüldüğü üzere kamu hukukuna ait kuralların da kamu düzeni altında değerlendirilip özel hukuk ilişkilerinde değerlendirilebileceği hakkında Bkz. ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 384 vd. Ekonomik kamu düzenine ilişkin olarak Bkz. TEKİNSOY, Özge Okay, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, İstanbul 2011, s. 149 vd.; ÖZKAN, Ahmet, Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, S: 4, Güz 2009, s. 82 vd. Ancak biz içerik denetiminin ekonomik kamu düzeni ile yakından ilişkili

olduğunu kabul etmekle beraber içerik denetimi ile sözleşmeye yapılacak müdahalede kamu düzeni kavramının kurumsal dayanak olmadığı düşüncesindeyiz. Bu yönde kamu düzeninin sözleşmenin dış/doğrudan sınırlarını teşkil ettiği, sözleşmenin dış sınırların altında bir sözleşme özgürlüğüne ayrırlığın genel işlem koşulu denetim mekanizmasına konu olabileceği hakkında Bkz. ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, C:1, s. 381, 405. Danıştay 3 Dairesi'nin 13.10.1980 tarihli ve E.1980/157, K.1980/181 sayılı kararında: “*Anayasa hukukunda artık kamu düzeni deyimi ile yetinilmemekte, kamu düzeninin yanında ekonomik kamu düzeni de yer almaktadır. Ekonomik kamu düzeni sadece hukuk kavramlarını ihtiva etmemekte, ekonomi-hukuk işbirliğiyle düzeni saptamaktadır.*” şeklinde ifade edildiği ve ayrıca Yargıtay'ın da bu kavramı tanımlamadan zikrettiği çeşitli kararları (Yarg. HGK, 05.07.1995 tarihli ve E.1995/9-474, K.1995/722 sayılı; Yarg. HGK, 31.01.1996 tarihli ve E.1995/9-960, K.1996/4 sayılı kararları) için Bkz. ÖZKAN, s. 81, dp. 19. TBK m. 25'de ise sözleşme özgürlüğü kurumunun açıkça kötüye kullanılması söz konusudur. Nitelik TBK m. 25'de ve madde gerekçesinde de açıkça dürüstlük kuralı (ve bununla bağlantılı olarak hakkın kötüye kullanılması) kurumsal dayanak olarak ortaya konmuştur. Bu konuda Bkz. ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel C:1, s. 401 vd.; ANTALYA, Türk Borçlar Kanunu, TBK m. 25, Madde Gerekçesi, s. 75. Yine içerik denetimine ilişkin kurumsal dayanak olarak aynı yönde örneğin Bkz. HAVUTÇU, Tez, s. 163 vd., 180 vd.; ATAMER, Tez, s. 168 vd.; ÇINAR, s. 132 vd. Yargıtay'ın farklı daireleri ise bu konudaki görüşlerini 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (TBK – UK) ve bu bağlamda TBK m. 20 vd.'nin (özellikle TBK m. 25'in) zaman bakımından geriye etkili olarak uygulanıp uygulanmaması ile ilgili olarak dile getirmektedirler. Ancak hemen aşağıda aktaracağımız Yargıtay'ın çeşitli dairelerinin, hatta aynı dairelerin farklı kararlarındaki görüşleri arasında farklılıklar vardır. TBK – UK m. 1 c. 1'de TBK'da yer alan kanun hükümlerinin kural olarak geçmişe etkili olmama kuralına tabi olduğu ortaya konmuştur. TBK – UK m. 2'de ise TBK'da yer alan kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralların geçmişe etkili olma kuralına tabi olmadığı belirtilmiştir. Yargıtay 3. Dairesi bir kararında (Yarg., 3. HD., 18. 12. 2014 tarihli, 2014 / 13539 E., 2014 / 16751 K.) içerik denetimine (TBK m. 25) ilişkin açıklamalarında bunun kamu düzenine ilişkin olduğunu şöyle ifade etmektedir: “... 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 1. maddesi, Türk Borçlar Kanununun zaman bakımından uygulanmasında genel kural olarak, geçmişe etkili olmama kriterini benimsemekle birlikte, anılan yasanın 2. maddesinde ise bu kuralın istisnalarına yer vererek, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın “Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kurallarının, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanacağı” belirtilmektedir. Genel İşlem Koşullarının içerik denetimine yönelik olarak, TBK'nun 25. madde hükümlerinde kamu düzenini ilgilendiren hükümler olduğu kabul edilmelidir. Zira, bu kural hâkime doğrudan sözleşme içeriğine/müdahale etme imkânı veren kuraldır...”; Buna karşılık Yargıtay 11. Hukuk Dairesi çeşitli kararlarında (Yarg., 11. HD., 12. 02. 2014 tarihli, 2013 / 15438 E., 2014 / 2405 K.; Yarg., 11. HD., 11. 09. 2017 tarihli, 2016 / 5624 E., 2017 / 4182 K.): “...TBK'nın 20. maddesi anlamında genel işlem şartı olduğu ve anılan Yasa'da genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemenin kamu düzeni ile ilgili bulunduğu bu nedenle, 6103 sayılı Kanunu'nun 2. ve 7. maddeleri gereğince, somut olaya 6098 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin gerekçesi, 6098 sayılı Yasa'nın yürürlük tarihinden önce yapılan sözleşmelere, anılan Yasa hükümlerinin uygulanması mümkün olmadığından yerinde görülmesi de...” veya “...Mahkemece, kredi sözleşmesinin genel işlem şartları içerdiği gerekçesiyle davanın kabulü yönünde karar verilmiş ise de; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlük tarihinin 01.07.2012 olduğu, bu durumda kredi sözleşmesinin düzenlendiği tarih itibarıyla henüz yürürlüğe girmemiş olan 6098 Sayılı Kanun'un genel işlem şartlarına dair hükümlerinin somut olaya uygulanma kabiliyeti bulunmadığı gözetilmeksizin yazılı gerekçelerle davanın kabulü doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” veya Yargıtay 19. Hukuk Dairesi bir kararında (Yarg., 19. HD., 06. 03. 2017 tarihli, 2016 / 6062 E., 2017 / 1781 K.) daha açık bir şekilde: “... Mahkemece...6098 Sayılı borçlar kanununun 20-25. Maddelerinde düzenlenen genel işlem koşullarına dair hükümlerin 6101 Sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğü ve uygulama şekli hakkında kanunun 3. Maddesi uyarınca... kamu düzenini ilgilendirdiğinden ve somut olaya uygulanması gerektiği düşünüldüğü... belirtilerek davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir...6101 Sayılı TBK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 2.maddesi uyarınca kamu düzeni ve genel ahlaka dair bir kural niteliğinde bulunmaması sebebiyle geçmişe etkili şekilde somut olaya uygulanması da mümkün değildir.” şekline ifade etmektedir ((http://www.hukukturk.com, 10. 01.2018 tarihinde ziyaret edilmiştir). Yargıtay 6., 13., 21. Hukuk Daireleri'nin genel işlem koşulunu denetimini geçmişe etkili gördüğü, öte yandan Yargıtay 3., 11., 13., 19. 21. Hukuk Daireleri'nin genel işlem koşulunu denetimini geçmişe etkili görmediği çeşitli yayınlanmış ve yayınlanmamış kararları için Bkz. AYDOĞDU, s. 158 vd., dp. 786, 787; YELMEN, s. 74 vd., 75 vd. Bu konuda özellikle TBK – UK Adalet Komisyonu Raporu ve Muhalefet Şerhi'nde yer ifadeler dikkat çekicidir. TBK – UK Adalet Komisyonu Raporu'nda: “... Gerek intikal hukuku geleneğimiz, gerek Komisyonumuzda benimsenmiş şekliyle Tasarıya hakim olan ruh (ratio legis), “geriye yürüme konusunda ölçülü ve sınırlı bir yaklaşım”dır... Komisyon bu anlayış içinde, Tasarının kimi sözleşmeler yönünden “koruma” karakterli hükümleri bir bütün olarak geriye yürüten ikinci bölümünü Tasarı metninden çıkarmıştır. Sözü geçen hükümlerin çıkarılmaması yönündeki karşı görüşün sosyal bir içerik taşıdığına kuşku yoktur... Geçmişe etkililik... Özellikle sözleşme hukuku

anlam çerçevesinde anlaşılabilirliğin ön koşulu olduğu dikkate alınarak, bu unsura ilişkin yapılacak değerlendirmelerde haksız rekabete yönelik incelemede dikkate alınması şeklinde bir görüşte savunulabilir²¹¹. Son olarak TTK m. 54 vd.'de ticari uygulamaların veya davranışların esas alındığı

*yönünden, sözleşmelerin sözleşmelerine güvenmeleri sorunudur... Ne varki mutlak ve toptan geriye etki; hukuka güven, hukuki kesinlik ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaştırılmaz... Anayasa Mahkemesi daha önce bağlatılmış hükümlere yeni yasa ile dokunulmasını Anayasanın 2 ve 48 inci madde hükümlerine aykırı görmüştür... Anayasa'nın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. Maddesi gerekçesinde de, "hürriyet temeline dayalı bir toplumda irade serbestliği çerçevesinde ferdin sözleşme yapma, meslek seçme ve çalışma hürriyetlerinin garanti altına alınması tabiidir..." şeklinde ifade edilmiştir (ANTALYA, Türk Borçlar Kanunu, TBK. – UK Adalet Komisyon Raporu, Adalet Komisyon Raporu, s. 636 vd., 637 vd.'dan naklen). Muhalefet Şerhi'nde ise: "... Tasarının ikinci bölümünde özel durumlara ilişkin hükümlerde yer alan, 7 inci maddede genel işlem koşulları, ... tasarı metninden çıkarılmıştır. Kaldırılması istenen maddeler için iki ortak neden gösterilmektedir. Bunlardan biri, Anayasanın 48 inci maddesindeki sözleşme özgürlüğü, diğeri de Borçlar Kanununun zaman bakımından yürürlüğünün tasarının 1 inci maddesinde düzenlendiğidir... Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, Tasarı'nın 2. maddesi aracılığıyla, genel işlem koşulları ... derhal uygulanması gerektiği ileri sürülebilir. Türk Borçlar Kanunu'nun genel ahlak ve kamu düzeni gerekçeleriyle ile açıklanan genel işlem koşulları... ilişkin hükümleri, bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce akdedilmiş bulunan genel işlem koşulları içeren katılma sözleşmelerine ... derhal uygulanmalıdır denilebilecektir... Tüm çağdaş hukuk sistemlerinde, genel işlem koşullarına karşı katı koruma eğilimi vardır... Bu koruyucu düzenlemelerin Anayasamızın 48. Maddesine aykırı olduğu düşüncesine katılmak mümkün değildir..." (ANTALYA, Türk Borçlar Kanunu, TBK. – UK Adalet Komisyon Raporu, Muhalefet Şerhi, s. 640'dan naklen). Muhalefet ferhinde TBK m. 20 vd.'nin bireyi koruma fonksiyonu ön plana alınarak TBK. – UK m. 2 yönünden genel anlamda bu hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğu belirtilmektedir. Adalet Komisyon Raporu'nda ise aslında bireyi koruma fonksiyonu ile TBK m. 20 vd.'nin geriye etkili bir müdahalesinin (hukuki kesinlik ve güvenlik yanında) özellikle kurumsal olarak sözleşme özgürlüğünü ve bu bağlamda serbest piyasa şartlarını zedeleyeceği vurgulanmaktadır. Adalet Komisyon Raporu'nda TBK m. 20 vd.'nin (en azından) "mutlak ve toptan olarak" geriye yürümeceği ve kamu düzenine ilişkin olmadığı belirtilmektedir. Başka bir deyişle subjektif tarihi bir yorum aracı olan Adalet Komisyon Raporu'nda yer alan ifadelerden yola çıkarak TBK-UK m. 2 ile sadece hüküm bazında, ilgili denetim aşamasına göre bir değerlendirme yapılabileceği görüşü ileri sürülebilir. Nitekim yukarıda aktarılan Yargıtay daireleri ve bu kararlarda geçen ilk derece mahkemeleri içerik denetimine yönelik farklı görüşler paylaşmaktadır. Öğretide denetim aşamalarına göre farklılaştırılmış bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Örneğin genel ve özel içerik denetimine ilişkin TBK m. 24 ve TBK m. 25'in kamu düzenine ilişkin normlar olarak kabul edilebilecek iken yadog ve yorum denetiminin bu şekilde değerlendirilemeyeceği hakkında Bkz. ATAMER, Sempozyum, s. 70 vd.; AYDOĞDU, s. 157 vd. Ancak son zikredilen yazarlar açık olmama kuralı yönünden sonucun değişmeyeceği, *contra profentem* ilkesinin eBK m. 18'e ilişkin olarak ta kabul edildiğini belirtmektedirler. Benzer bir şekilde kapsam denetimden farklı olarak, içerik denetiminin kamu düzeni altında değerlendirilebileceği, buna karşılık bireyi koruma fonksiyonu ön planda olan TBK m. 23'te yer alan açık olmama kuralı açısından ise somut olay bazında bunun içeriği dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiği hakkında Bkz. YELMEN, s. 78 vd. TBK-UK'dan genel işlem koşullarının da yer aldığı özel durumlara ilişkin ikinci bölümün çıkarılmasının hukuk güveliğine son durumda ne ölçüde katkı sağladığı tartışılabilir. Ancak söz konusu durumun yerinde olduğundan bağımsız olarak makalemiz açısından önemli olan ve Adalet Komisyon Raporu'nda yer alan ifadelerden çıkarılabilecek husus sözleşmeye TBK m. 20 vd. ile yapılacak müdahalenin kurumsal olarak sözleşme özgürlüğünün korunması ve bunun zedelenmesi olgusu ile ilişkilendirilmesidir. Yukarıda aktarıldığı üzere kurumsal olarak sözleşme özgürlüğünün korunması ve etkin bir şekilde işleminin artık günümüzde ekonomik kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Bu bağlamda içerik (ve saydamlık) denetimi (hatta soyut bir şekilde, TBK m. 20 vd.'da yer alan ilgili denetim aşamalarının anlam ve fonksiyonlarının dikkate alınmadığı, sadece Adalet Komisyonu'nun TBK-UK tasarısının genel işlem koşullarını da içeren ikinci bölümünü tasarı metninden çıkarma gerekçesinin karşıt anlamından yola çıkarak yapılacak yorumla diğer denetim aşamaları) ile sözleşmeye yapılacak müdahalenin ekonomik kamu düzenini dolaylı olsa da etkilediği ve bununla içerik denetimini geniş anlamda piyasa davranışı kuralı olarak değerlendirilmek için yeterli olduğunu söyleyebiliriz.*

211 Bunun ötesinde farklı gerekçelerle özel ve genel kapsam denetimine aykırılığın da haksız rekabet incelemesinde dikkate alınabileceği yönünde Bkz. HENNINGS, s. 198 vd. Ancak son zikredilen yazar bu sonuca özel ve genel kapsam denetimi sonucu ilişkilendirilmemiş olsa da fiili olarak müşteri ve diğer piyasa katılımcılarına etkisi olabileceği ve bu anlamda bunların da teknik olarak ticari davranış olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir. Buna karşılık herhangi bir gerekçe göstermeden özel ve genel kapsam denetimine ilişkin Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin piyasayı düzenleyici kabul edilemeyeceğine ilişkin tespit için Bkz. HOLTZ, s. 200.

ve bununda sözleşmenin kuruluşu yanında uygulama aşamasında da söz konusu olabileceği dikkate alınarak²¹²; içerik ve saydamlık denetimleri kapsamında saydamlık kuralının uygulama ve kuruluş saydamlığına yönelik uygulama fonksiyonlarına ilişkin değerlendirmelerden haksız rekabete ilişkin incelemede yararlanılabileceğini söyleyebiliriz.

V. SONUÇ

Makalemizde saydamlık kuralının tanımını, fonksiyonlarını ve saydamlık kuralının TBK m. 20 vd.'daki yerini, TBK m. 20 vd.'nın TTK m. 55 f. 1 f ile birlikte sözleşmenin her iki tarafının da tacir olduğu sözleşmelere uygulanabilirliğine ilişkin görüşleri ve değerlendirmelerimizi aktardık. Makalemizde varılan temel sonuçları şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Saydamlık kuralı, ortalama bir müşteri için onun hak ve sorumluluklarını mümkün olduğunca açık ve anlaşılır şekilde ortaya konmasını ve belli durumlarda bunun ötesinde durumun gerektirdiği ölçüde geniş bir şekilde hükmün ekonomik sonuçlarının fark edilebilmesini ifade eder. Saydamlık kuralının uygulama halleri ise birbiriyle geçişli olmakla beraber; bunlar anlaşılır olmama, belirli olmama ve yanıltıcı olma ayrımında incelenebilir.
2. Saydamlık kuralı sözleşmenin kuruluş ve ifa aşamalarında sırasıyla kuruluş ve uygulama saydamlığı şeklinde ikili bir ayrımında aktarabileceğimiz uygulama fonksiyonlarına sahiptir. Ayrıca saydamlık kuralı hukuk güvelliğini arttırmasının yanında iletişim, piyasa saydamlığı, toplumsal farkındalık yaratma fonksiyonlarına da sahiptir.
3. Saydamlık kuralı TBK m. 20 vd.'da yer alan hükümlerin amaç unsuru ile uyumlu olduğu gibi burada yer alan denetim aşamalarında da farklı boyut ve kapsamlarda kendini göstermektedir. Özellikle TBK m. 25'te yer aldığını düşündüğümüz, içerik denetiminden önce (yorum denetiminden sonra) uygulama alanı bulan kendine özgü bir denetim şekli olan saydamlık denetimi vurgulanmalıdır. Buna göre menfaate aykırılık/ aleyhine olma durumu hukuki olabileceği gibi, piyasaya dönük te olabilir. Söz konusu mağduriyet tek başına açık yarar dengesizliğine sebep olabilir ve bu anlamda bir genel işlem koşulunun geçersizliğine sebebiyet verebilir. Saydamlık denetiminin asli uygulama alanına; kuruluş saydamlığına aykırı genel işlem koşulları, lehe olan kayıtlar, kaçınılmaz saydam olmama durumları girer. Saydamlık denetiminin özel uygulama alanını da hukuksal düzenlemeyi tekrar eden genel işlem koşulları oluşturur.
4. Saydamlık kuralı TTK m. 55 f. 1 f c. 2'nin unsurlarında kendini farklı yoğunluklarda göstermektedir. Bu anlamda öncelikle hükümde geçen dürüstlük kuralı yanında “yanıltıcı olma” unsurunda saydamlık kuralı ile doğrudan bir bağlantı kurulmuş iken, “diğer taraf aleyhine kanuni düzenlemeden veya sözleşmenin niteliğinden önemli ölçüde sapma” unsurunda bunun belirlenmesine etki eden önemli olgulardan biri olarak değerlendirilmektedir. Daha

212 SCHLAGELAMBERS, s. 45 vd.; 128 vd.; HENNINGS, s. 195; YILMAZ, s. 289 vd.; UZUNALLI, s. 387.

genel bir uygulama hali olan TTK m. 55 f. 1 f c. 1'de diğer saydam olmama halleri ele alınmaktadır.

5. TTK m. 55 f. 1 f'de yer alan kullanım unsurunu geniş yorumlayan görüşün benimsenmesi ve yanıltıcı olma unsuruna sübjektif bir anlam verilmemesi durumunda bu hükmün uygulaması çok daha işlevsel hale getirilebilir. Gerek TTK m. 55 f. 1 f c. 2'deki yanıltıcı olma unsuru ile maddi menfaatlere ilişkin açık yarar dengesizliğinin tespitinde, gerekse genel anlamda TTK m. 55 f. 1 f c. 1'de dürüstlük kuralına aykırılığın değerlendirilmesinde sözleşmenin her iki tarafına yönelik olarak ta soyut bir anlayış ölçütü belirleyicidir. Kullanıcı yönünden mesleki özen ölçütü, tacir veya tüketici olan müşteriler yönünden ise ilgili alandaki objektif, tipik ve ortalama, müşteri modeli ölçütü buna açıklık getirmektedir.
6. TBK'da yer alan genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerin her iki tarafın tacir olduğu, ticari standart sözleşmelere uygulanabileceği ve uygulanmayacağı şeklinde her iki görüşte savunulabilir. Ancak makalemizde daha ağır basan gerekçelerle TBK m. 20 vd.'na bu tür sözleşmelere uygulanmaması şeklindeki görüşe öncelik verilmelidir. Diğer taraftan TBK m. 25'te yer alan saydamlık denetimi yönünden bir istisnanın katılmış olduğumuz görüş ile uyumlu olduğu düşüncesindeyiz. Bu bağlamda saydamlık denetimi ile TTK m. 54 vd. birlikte uygulanabileceği, hatta birbirini tamamladığı söylenebilir. Zira bunlardan ilki rekabetin niteliği ile ilgili iken, diğeri daha ziyade niceliksel olarak rekabetin gerçekleşmesine yöneliktir. Bu kapsamda saydamlık denetimi ile de TTK m. 55 f. 1 f arasında, RKHK ile ilgili yapmış olduğumuz yukarıda tespiti benzer şekilde, birbirlerini her zaman doğrudan etkileyecekleri şeklinde bir genelleme yapılamamakla beraber karşılıklı bir değer transferi olduğunu söyleyebiliriz.

Kaynakça

- AÇIKGÖZ, Osman, Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, İstanbul 2013.
- AKİBEK, Şebnem Ö., Milli Şerh, §1-3, İstanbul 2016.
- AKİBEK, Şebnem Ö./ AYDOĞDU, Murat, Milli Şerh, § 5, İstanbul 2016.
- AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış 5. Bası, Konya 2011.
- ALTOP, Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu, 28 Nisan 2006, Ali Çivi (Editör), İstanbul 2007, s. 141 – 155 (Sempozyum).
- ANTALYA, Gökhan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C:1, İstanbul, 2015 (Borçlar Hukuku Genel – I).
- ANTALYA, O. Gökhan/ TOPUZ Murat, Medeni Hukuk: Giriş, Temel Kavramlar, Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2015 (Medeni Hukuk).
- ANTALYA, O. Gökhan, Gerekçeli ve Açıklamalı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2015 (Gerekçeli ve Açıklamalı TBK).
- ANTALYA, O. Gökhan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 2. Baskı, İstanbul 2011 (TMK).
- ANTALYA, O. Gökhan/ DOĞANCI, E. Doğa, Saydamlık Kuralı Bağlamında Genel İşlem Koşulu Denetimi Yönünden Rekabet Hukukunda Koşul Rekabeti ve Rekabet İhlalinin Değerlendirilmesi, Legal Hukuk Dergisi, 2018, Cilt 16, S. 192 (I. Bölüm); 2019, Cilt 17, S. 192 (II. Bölüm) (Yayın aşamasında).
- ARIKAN, Mustafa, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması Kavramı ve Bunun Sözleşmeye Etkisi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:7 Sayı:3–4, 2012.
- ASLAN, Yılmaz, Tüketici Hukuku, 5. Baskı İstanbul, 2014 (Tüketici Hukuku).
- ATAMER, Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2001, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 31 vd. (Tez).
- ATAMER, Yeşim M., “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F. 1 ile Karşılaştırmalı Olarak”, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu – 08.04.2011*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012, 9-73, (Sempozyum – I).
- ATAMER, Yeşim M., Tacirin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunma Yolları, İstanbul Ticaret Odası Yayını, Nr. 2001 – 8, İstanbul 2001 (Tacir).
- ATAMER, Yeşim M., Genel İşlem Koşulu mu, Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2013, s. 103 – 139 (Atamer, Sempozyum-II).
- AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış, 7. Baskı, Konya 2012
- AYDOĞDU, Murat, Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, Ankara 2014.
- AYHAN, Rıza/ ÖZDAMAR, Mehmet/ ÇAĞLAR, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2015.
- BAHTİYAR, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2012.

- BAKIR, Ayhan, Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartı Kullanımı ve Yaptırımı, Ankara 2017.
- BAŞ, Ece, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural' a Armağan, İstanbul 2013, s. 276 – 303.
- BASEDOW, Jürgen: “Transparenz als Prinzip des Versicherungsvertragsrecht”, VersR 1999, 1045 – 1088.
- BILLING, Tom, Die Bedeutung vom § 307 III 1 BGB im System der AGB – rechtlichen Inhaltskontrolle, München 2006.
- BRUNNER, Alexander, Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Herausgeber (zus. mit A. Brunner und A. Eisner-Kiefer): Entwicklung des schweizerischen Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 2014, s. 13-39.
- BÜYÜKSAGIS, Erdem, İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlanması Üzerine: Mostaza Claro'nun Düşündürdükleri, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 675-711.
- CİVAN, Orhun Ersun, Genel İş Koşulları, İstanbul 2015.
- ÇAĞA, Tahir, Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder Mi?, Türkiye barolar Birliği Dergisi, Sayı: 3, 1991, 366 – 375.
- ÇEKER, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, Adana 2013.
- ÇINAR, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.
- COESTER, Michael, in: J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2013.
- DREXL, Josef: Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Tübingen, Mohr Siebek, 1998.
- DURAL, Mustafa/ SARI, Suat., Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2013.
- EDİS, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Baskı, Ankara 1989.
- EHLE, Bernd/ BRUNSCHWEILER Andre, AGB Recht Schweiz/ Deutschland, Recht im Umbruch Ein rechtsvergleichender Überblick, BB International, 5/ 12, s. 262-271.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul, 2014.
- ERTAN, Füsün Nomer, Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul 2016.
- 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 Zur Abgrenzung kontrollfreier Preis – und Leistungsbestimmungen, Akademischer Verlag, München 1999.
- FASTRICH, Lorenz, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, Köln, 1992.
- FUCHS, in: Ulmer, P.r/Brandner, H. E./Hensen, H. D., AGB-Recht, Köln 2011.
- GOTTSCHALK Eckart, Das Transparenzgebot und allgemeine Geschäftsbedingungen, Archiv für die civilistische Praxis, Heft: 4, 2006, s. 555-597.
- HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011.
- HAVUTÇU, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003 (Tez).
- HEINRICHS, Von Helmut: “Das Transparenzgebot 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.

- HELLNER, Thorwald, Quo vadis AGB – Recht, in: Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin, New York 1990, s. 573 – 587.
- HENNINGER, Anton, Vom Umgang mit AGB, Swisslex Document: BR 2002 S. 133.
- HENNINGS, Stefan, Unlauterer Wettbewerb durch Verwung Unwirksamer Vertragsklauseln, Baden-Baden 2017.
- HELVACI, Serap/ ERLÜLE, Fulya, Medeni Hukuk, 2. Baskı, İstanbul 2010.
- HOYNINGEN – Huene, Gerick von, Unwirksamkeit von AGB bei blosser Intransparenz? İn: Lebendiges Recht – Von den Sumerern bis zur Gegenwart festschrift für Reinhold Trinkner, Heidelberg 1995, s. 171 – 191.
- HOLTZ, Michael H., Die AGB – Kontrolle im Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2010.
- JOPPICH, Tim Gero: Die Kodifikation des Transparenzgebots in § 307 BGB: Unter Besondere Berücksichtigung der Arbeitsvertragskontrolle, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main 2009.
- JUNG, Peter, Alexander, Die Systematische Stellung der offenen AGB – Inhaltskontrolle im UWG – Vertrags – und wettbewerbsrechtliche Folgeprobleme, Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Herausgeber (zus. mit A. Brunner und A. Eisner-Kiefer): Entwicklung des schweizerischen Recht der Allgemeinen Geschaeftsbedingungen, s. 129-167, Zürich 2014.
- KAPLAN, İbrahim, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 2013.
- KARA, Mustafa Sencer, Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. 17, S. 1-2, 2013s. 723 – 744.
- KALEV Saare/ KARİN Sein, Transparenzgebot der AGB-Klauseln in den Verbraucherverträgen, Juridica International XIX, 2012, s. 59 – 67.
- KARACABEY, Ömer Faruk, Hakların Yarışması, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 6, 1980, s. 666 – 685.
- KAŞAK, Esra, Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6089 sayılı TBK m. 21/2), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakülte Dergisi, C.3, S: 1, 2012, s. 415 vd.
- KENT, Lerch D., Recht verstehen. Verständlichkeit, Missverständlichkeit und Unverständlichkeit von Recht. (Die Sprache des Rechts. Studien der interdisziplinären Arbeitsgruppe Sprache des Rechts der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften: Erster Band). Berlin, New York: Walter de Gruyter 2004, s. 239 – 285.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış, 14. Baskı, Ankara 2011.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Medeni Hukuk, Temel Bilgiler, 3. Baskı, Ankara 2013.
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011.
- KİZİR, MAHMUT, Yargıtay kararları Işığında Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, 2017, s. 245 – 282.
- KREIENBAUM, Birgit: Transparenz und AGB-Gesetz, Berlin 1998.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem, Sözleşme, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- KOÇ, Nevzat, Değerlendirme Konuşması, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, s. 89-92.
- KOLLER, Ingo: “Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen”, In: Festschrift für ERNS STEINDORF zum 70.Geburtstag , Berlin-New York 1990, s. 667 – 686.

- KOLLER, Thomas, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, AJP 2008, 943 – 952, s. 947 vd.
- KÖNDGEN, Johannes: “Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht-Bemerkungen zum “Hypothekenzins-“ und zum “Wertstellungs – Urteil” des BGH”, NJW 1989, s. 943-952.
- KUNTALP, Erden, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, (Ankara, 8 Nisan, 2011), Ankara 2011, s. 79 – 107.
- MORSBACH, Schmidt Susanne, Die Missbräuchlichkeitskontrolle Allgemeiner Geschäfts – und Versicherungsbedingungen in Verbraucherverträgen, Berlin 2011.
- NOMER, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul, 2015.
- OĞUZMAN M. Kemal / Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami, Medenî Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- ÖZKAN, Ahmet, Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, S: 4, Güz 2009, s. 82 vd.
- PALANDT, Otto, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 61. Auflage, München 2002 (PALANDT/ İŞLEYEN).
- PFEIFFER, Thomas, in: Wolf/ Lindacher,/ Pfeiffer, AGB-Recht Kommentar, 6. Aufl., München 2013.
- PFEIFFER, Thomas, Was kann ein Verbraucher? – Zur Relelanz von Informationsverarbeitungskapazitäten im AGB – Recht und darüber hinaus, NJW, 2011, s. 1 – 7 (Verbraucher).
- PILZ, Knut, Missverständliche AGB, Ein Beitrag zum Verhältnis von Auslegung und Transparenzkontrolle untersucht am Beispiel Allgemeiner Versicherungsbedingungen, Berlin 2011.
- POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2012.
- REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- RÖMER, Wolfgang, Zu den Grenzen des Transparenzgebots im Versicherungsrecht, in: Kontinuität und Wandel des Versicherungsrechts Festschrift für Egon Lorenz zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 2004, s. 615 – 627.
- SCHÄFER Jürgen, Das Transparenzgebot im Recht der Geschäftsbedingungen, Peter Lang Verlag, Frankfurt 1992.
- SCHMITT, Christoph/ ULMER, Detlef, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verträge für Unternehmen, Berlin Heidelberg 2010, s. 28 vd.
- SCHLAGELAMBERS, Jana, Die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen als unlautere Geschäftspraktik im europäischen und deutschen Recht, Göttingen 2011.
- SİRMEN, A. Lâle, Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, (Ankara, 8 Nisan, 2011, BATİDER), Ankara 2011, s. 107 – 135.
- STOFFELS, Marcus, AGB Recht, 3. Auflage, München 2015.
- ŞEKER, Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- ŞİMŞEK, Ayşe Fırat, Genel İşlem Şartlarında Şeffaflık İlkesi, Ankara 2011.
- ULUSAN, İlhan: Türk Borçlar Kanunu'ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013.
- ULMER/HABERSACK, in: Ulmer/Brandner/Hensen H. D., AGB-Recht, Köln 2011.
- UZUNALLI, Sevilay, Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi, İÜHKM C. LXXI, S. 2, 2013, s. 383 – 420.

- ÜLGEN, Hüseyin/ TEOMAN, Ömer/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan/ ERTAN, Füsün Nomer, Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2015.
- TEKİNSOY, Özge Okay, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, İstanbul 2011, s. 149 vd.
- TOPÇUOĞLU, Metin, Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlalı ve Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, S. 4, 2015, s. 3 – 69.
- WOLF, Manfred, in: Wolf, M./Lindacher, W./Pfeiffer, T.: AGB-Recht Kommentar, 5. Aufl, München 2009.
- WURMNEST, Wolfgang, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil (§ 241-432), 5. Auflage, München 2007.
- YAĞCIOĞLU, Ali Haydar, Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8), Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, İzmir 2013, s. 3057 – 3098.
- YELMEN, Adem, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014.
- YILMAZ, Abdüssamet, Haksız Rekabet Hukuku'nda Genel İşlem şartı Kullanımı, Ankara 2015.
- ZEVKLİLER, Aydın/ ÖZEL Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016.