T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

TÜKETİCİNİN KORUNMASI BAKIMINDAN HAKSIZ ŞARTLAR

Yüksek Lisans Tezi

Yusuf ALTAY

Ankara, 2014

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

TÜKETİCİNİN KORUNMASI BAKIMINDAN HAKSIZ ŞARTLAR

Yüksek Lisans Tezi

HAZIRLAYAN
Yusuf ALTAY

DANIŞMAN
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL

Ankara, 2014

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER i
KISALTMALAR CETVELİ vi
GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM
GENEL OLARAK SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE TÜKETİCİNİN KORUNMASI İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

§1- SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GELİŞİMİ, SÖZLEŞME VE TÜKETİCİ İŞLEMİ KAVRAMLARI 8
I-Sözleşme Kavramı 8
A- Sözleşmenin Tarafları 8
B- Karşılıklı İrade Açıklamaları 9
C-Birbirine Uygun İrade Açıklamaları 10
II-Genel Olarak Sözleşme Özgürlüğünün Gelişimi 11
III-Tüketici İşlemi Kavramı 17
§2-TÜKETİCİNİN KORUNMASI İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR İLE UYGULAMADAKİ DURUM 23
I- Bireysel (Ferdi) Tüketici İşlemi 25
A- Karşılıklı İrade Açıklamaları 25
B- Birbirine Uygun İrade Açıklamaları 26
II- Standart (Genel İşlem Koşulu (GİK) İçeren) Tüketici İşlemi 26
III- Tüketici Sözleşmesinin (İşlemi) Tarafları 27
A-Tüketici 27
1- Genel Olarak Tüketici Kavramı 27
2-Karşılaştırmalı Hukukta Tüketici Kavramı 35
a-Maddi Ölçütler 36
b-Kişisel Ölçütler 37
c-İşlevsel Ölçütler 37
B-Satıcı, Sağlayıcı ve Kredi Veren Kavramları 40

IV-Uygulamadaki Durum 42
§3. TÜKETİCİNİN KORUNMASI MECBURİYETİ 43

İKİNCİ BÖLÜM
GENEL İŞLEM ŞARTI (KOŞULU) VE HAKSIZ ŞART KAVRAMLARI, HAKSIZ ŞARTLARIN TEMEL ÖZELLİKLERİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

§4-GENEL İŞLEM KOŞULU KAVRAMI 49
I-Genel Olarak 49
II-Genel İşlem Koşullarının Özellikleri (TBK'ya Göre) 54
A-Genel ve Soyut Olma 54
B-Müzakere Edilmemiş Olma 55
C-Çok Sayıda Sözleşmede Kullanılmak Üzere Hazırlanma 56
D-Sözleşmenin Kurulmasından Önce Tek Taraflı Hazırlanmış Olma 57
E-Sözleşmenin Kurulması Sırasında Bunlara Dayanılması 58
III-Genel İşlem Koşullarının Yararları ve Sakıncaları 59
A-Genel İşlem Koşullarının Yararları 59
B-Genel İşlem Koşullarının Sakıncaları 61
§5- HAKSIZ ŞART KAVRAMI 63
I-Genel Olarak Haksız Şart Kavramı ve Haksız Şartın Unsurları 63
II-Bireysel (Ferdi) Sözleşme - Standart (Genel İşlem Koşulu (GİK) İçeren) Sözleşme Ayrımı 65
A-Bireysel (Ferdi) Sözleşmelerde Yer Alan Haksız Şartlar 69
B-Standart Sözleşmelerde (Genel işlem koşulu içeren) Yer Alan Haksız Şartlar 70
III-Genel İşlem Koşulunu Haksız Şart Haline Getiren Özellikler 70
§6- TKHK'DA ÖNGÖRÜLEN HAKSIZ ŞARTLARIN ÖZELLİKLERİ 74
I-Sözleşme Hükmü, Satıcı, Sağlayıcı Veya Kredi Veren Tarafından Tüketici İle Müzakere Edilmeden Tek Taraflı Olarak Sözleşmeye Konulmuş Olmalıdır 74
II-Sözleşme Hükmü, Tarafların Sözleşmeden Doğan Hak Ve Yükümlülüklerinde Dürüstlük Kuralına Aykırı Düşecek Biçimde Tüketici Aleyhine Dengesizliğe Neden Olmalıdır 77

§7-HAKSIZ ŞART ve GENEL İŞLEM ŞARTI –KOŞULU (GİK)'İN HUKUKİ NİTELİĞİ..... 85
I-Haksız Şartın Hukuki Niteliği 85
II-Genel İşlem Koşulunun Hukuki Niteliği 86
A-Norm Görüşü 86
B-Sözleşme Görüşü..... 87
C-Örf Adet Görüşü..... 87

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
GENEL İŞLEM KOŞULUNUN (GİK) YÜRÜRLÜK DENETİMİ VE YORUMU

§8-GENEL OLARAK GENEL İŞLEM KOŞULUNUN (GİK) DENETİMİ 89
I-Genel İşlem Koşulunun İdari Denetimi 92
II-Genel İşlem Koşulunun Hukuki Denetimi 95
A-Genel Olarak Hukuki Denetim 95
1-Bağlayıcılık Denetimi..... 95
a-İlişkilendirme Anlaşması..... 97
aa-İlişkilendirme Hususunda Taraflar Arasında Açık Bir Anlaşmanın Olması (Açık İrade Açıklamasıyla)..... 100
i) Bilinçli Kabul 102
ii) Global Kabul 103
bb-Örtülü İrade Açıklamasıyla Anlaşmanın Olması..... 105
i) İlişkilendirme Anlaşmasının Örtülü İrade Açıklamasıyla Meydana Gelmesinde Özellik Arz Eden Durumlar..... 112
cc. Sözleşme İle İlişkilendirilmesine Rağmen Bazı Genel İşlem Koşullarının Bağlayıcılık Kazanamaması 117
i) Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlarını Aşan Genel işlem Koşulları 117
ii) Okunaklı Yazılmamış Genel İşlem Şartları..... 118
iii) Alışılmamış (Mutat Olmayan), Şaşırtıcı, Beklenmez, Olağanüstü Genel işlem Koşulları 119
iv) Bireysel Anlaşmaya Aykırı Genel İşlem Koşulları 121

III-Genel İşlem Koşulunun Yorum Yoluyla Denetimi 122

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

§9-GENEL İŞLEM KOŞULUNUN İÇERİK DENETİMİ

I-Genel Olarak İçerik Denetimi 128
II-İçerik Denetiminin Kapsamı 135
A-Muhatabın Durumunu Dürüstlük Kuralına Aykırı Olarak Ağırlaştıran Hükümlerin Denetlenmesi 137
B-Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümlerinin Denetlenmesi 138
1-Müzakere Edilmiş Olmanın Önemi 138
2-Müzakere Edilmiş Olup Olmadığının Tespiti 139
III-Denetim Dışı Kalan Sözleşme Hükümleri 140
A-Uygulanması Gereken Hukuk Kuralını Aynen Tekrarlayan Sözleşme Hükümleri 140
B-Edim ve Karşı Edimi Belirleyen Sözleşme Hükümleri 142

BEŞİNCİ BÖLÜM
HAKSIZ ŞARTLARIN TESPİTİ VE SÖZLEŞMENİN DURUMU

§10- TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN HAKSIZ ŞARTLARIN TESPİTİNDE KULLANILACAK ÖLÇÜTLER 144
I-İçerik Denetiminin Ölçüsü Olarak Dürüstlük Kuralı 144
A-Genel Olarak 144
B-Dürüstlük Kuralının Tanımı ve İçerik Denetiminde Özellikleri 145
1- Dürüstlük Kurallarının Özellikleri 149
C-Denetim Ölçütü Olarak Dürüstlük Kuralının Sınırlandırılması 150
II-Mevcut Yasal Düzenlemeler 154
III-Sözleşmenin Doğası (Amacı) 156
IV-Sözleşmeye Dayanan Edimi Tek Taraflı Belirleme Yetkisinin Kötüye Kullanılmasının Kıyasen Uygulanması 157
V-Sözleşmenin Kaleme Alınış Tarzı (Niteliği) 158

§11-GENEL İŞLEM KOŞULU (GİK) İÇEREN SÖZLEŞMELERDE HAKSIZ ŞARTLARIN KULLANILMASINI ÖNLEMEYE YÖNELİK DAVA TÜRLERİ 159
I-Tüketici Mevzuatı Çerçevesinde Topluluk Davası 159
II-Hukuk Muhakemeleri Kanunu 113. Maddesi Uyarınca Topluluk Davası 162
§12-GEÇERSİZ SAYILAN SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNDEN SONRA SÖZLEŞMENİN DURUMU 163
SONUÇ 172
ÖZET 182
ABSTRACT 184
KAYNAKÇA 186

KISALTMALAR CETVELİ

AB. **:** Avrupa Birliği

ABD. **:** Ankara Barosu Dergisi

AET. **:** Avrupa Ekonomik Topluluğu

AGB. **:** Allgemeine Gaschaeftsbedingungen

Art. **:** Artikel

AT. **:** Avrupa Topluluğu

AÜHF. **:** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

BATİDER **:** Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları

BGB. **:** Bürgerliches Gesetzbuch

BGH. **:** Bundergerichtshofe

BK. **:** Borçlar Kanunu

Bkz. **:** Bakınız

C. **:** Cilt

Çev. **:** Çeviren

DPT. **:** Devlet Planlama Teşkilatı

E. **:** Esas

GİK. **:** Genel İşlem Koşulları

GİŞ **:** Genel İşlem Şartları

GÜHFD **:** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HD. **:** Hukuk Dairesi

İÜHFM **:** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K. **:** Karar

md. **:** Madde

MK. **:** Medeni Kanunu

s. : Sayfa

S. : Sayı

T. : Tarih

TBB Dergisi : Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TBK. : Türk Borçlar Kanunu

TMK. : Türk Medeni Kanunu

TKHK. : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

TTK. : Türk Ticaret Kanunu

vd. : ve diğerleri

vs. : ve sair

YHGK. : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

YİBK. : Yargıtay içtihatları Birleştirme Kurulu

YKD. : Yargıtay Kararları Dergisi

yy. : yüzyıl

GİRİŞ

XVIII. ve XIX. yüzyıldan itibaren sanayi devrimiyle yeni üretim ve pazarlama tekniklerinin ortaya çıkması sonucu, üretici, satıcı veya sağlayıcılar, mal dolaşımı ve hizmet sunumunda rasyonelleşme ve değişen koşullara uyum sağlamak amacıyla, çok sayıda sözleşme için kullanmak üzere sözleşmenin içeriğini oluşturacak kayıtları önceden hazırlamaya başlamışlardır. Sözleşme özgürlüğünün bir görünümünü oluşturan sözleşmenin içeriğinin serbestçe şekillendirilmesi özgürlüğünün girişimciler tarafından tek taraflı olarak kullanılmasıyla, tüketicinin menfaatlerini tehlikeye düşüren ve sözleşme dengesini tüketicinin aleyhine bozan sözleşme koşulları ortaya çıkmıştır. Yirminci Yüzyılın ortalarından itibaren ise, sosyal devlet anlayışı çerçevesinde, satıcılar karşısında sözleşmenin zayıf tarafını oluşturan tüketicilerin korunması gerektiği görüşü hâkim olmaya başlamış, bu görüş uyarınca, piyasanın rekabet dengesinin bozulmaması ve sağlıklı işlemesi için, ekonomik ve sosyal yönden zayıf olan tüketicilerin korunması ve aydınlatılması sağlanmaya çalışılmıştır. Tüketicinin, pazar ekonomisi içinde yalnız kalması, yaptığı tüketim harcamalarında, giderek daha tatminsiz ve daha korumasız kalması nedeniyle *Tüketici Hukuku'nun*, tüketiciyi korumayan klasik hukuk sistemine karşı bir tepki olarak geliştiğini söyleyebiliriz[1].

Tüketici Hukuku, ekonomik ve toplumsal gelişmelerin sonucunda klasik yasaların, tüketicilerin haklarını korumakta yetersiz kalması sonucunda ortaya çıkan ve gelişen yeni bir hukuk dalıdır. Tüketici Hukuku'nu düzenlemek gayesiyle çıkarılan kanunlar bazen tüketiciyi esas almakta; bazen de, tüketim mukavelesine dayanmaktadır. Çeşitli ülkelerde çıkarılan kanunlardan bazıları tüketiciyi esas alarak

---

[1] POROY, Reha: "Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları", Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978, s.520; ASLAN, İsmail Yılmaz, 6502 sayılı Tüketici Hukuku, Bursa, 2014, s.68.

sübjektif sistemi benimsemekte, bazıları ise, tüketim sözleşmesini esas alarak objektif sistemi kabul etmektedir. Buna göre, eğer sübjektif sistem benimsenmişse "Tüketici Hukuku", objektif sistem benimsenmişse "Tüketim Hukuku" söz konusu edilecektir[2]. Her iki sistemin de kapsayıcı olmadığı ve çoğu ülkede karma yöntemin kullanıldığı söylenilebilirse de TKHK'daki tüketici işleminin tanımlanması göz önüne alındığında (Örneğin ayıbın tanımlanmasında, imalatçının sorumluluğunda, kapıdan satış ve taksitli satışlardaki tüketiciyi esas alan yaklaşım) genel olarak TKHK'nın sübjektif sistemi benimsediğini söyleyebiliriz[3]. Nitekim TKHK 2. maddesinde de bu Kanun'un her türlü tüketici işlemi ve tüketiciye yönelik uygulamaları kapsadığı belirtilmiştir. Tüketici Hukukunun varlık nedeninin tüketicinin menfaatlerinin korunması ve hareket noktası tüketici olduğuna göre yapılan sözleşmenin niteliği ve muhatabın amacı da dikkate alınarak her iki sistemin de kullanılması gerektiği, dolayısıyla "karma sistem"in benimsenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Tüketici Hukukunun ilk temellerinin ABD başkanlarından Kennedy tarafından atıldığı söylenilebilir. Kennedy, 15 Mart 1962 tarihinde Kongrede yapmış olduğu konuşmada, insan haklarına benzer şekilde, tüketicinin de vazgeçilmez temel hakları[4] bulunduğunu ve bunların güvenlik hakkı, bilgi edinme hakkı, seçme hakkı ve temsil edilme hakkından oluştuğunu belirtmiştir. Bu konuşma, kongreden çağdaş anlamda tüketiciyi koruyucu yasaların çıkmasında etkili olmuştur[5]. Avrupa Birliğinde tüketici politikalarının başlangıç noktası olarak 21 Ekim 1972 tarihinde yapılan Paris Zirvesi gösterilebilir. Zirvede alınan karara istinaden 1975 yılında

[2] POROY, 1978, s.521; ASLAN, 2014, s.69.
[3] ASLAN, 2014, s.70.
[4] AKİPEK, Şebnem, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi (AKİPEK-Kredi), Ankara, 1999, s.116 vd.
[5] ASLAN, 2014, s. 37.

Konsey tarafından "Tüketicilerin Korunması ve Bilgilendirilmesi Politikası için Avrupa Topluluğunun Hazırlık Niteliğindeki Programı"[6] kabul edilmiştir. AB'nin oluşmasını sağlayan ve 1 Kasım 1993 tarihinde yürürlüğe giren Maastricht Antlaşmasıyla yapılan değişiklikler sonucunda tüketiciyi koruyan bir kısım düzenlemeler AB'nin ana antlaşması olan AET Antlaşmasına eklenmiştir[7]. Ülkemizde ise, Cumhuriyet dönemi öncesinde tüketicinin korunmasını öngören herhangi bir yasal düzenleme söz konusu değildi. Zira çağdaş anlamda Tüketici Hukukunun gelişmesini sağlayacak nitelikte bulunmamakla birlikte, özellikle malların doğallığının korunması ile hile karıştırılmamasını amaçlayarak bu şekilde imalatçının sorumluluğuna ilişkin kayıt içeren Kanunname-i İhtisabı Bursa (Bursa Belediye Kanunu) dışında başkaca bir yasal düzenleme bulunmamaktaydı. Öte yandan Ahilik denen esnaf yapılanmasının kabul ettiği değişik kurallar da bulunmakla birlikte bu kurallar çağdaş manada Tüketici Hukukunun gelişmesini sağlayacak nitelikte değildi[8]. Cumhuriyet'in ilk dönemleri yerli ekonominin kurulması çalışmaları ile geçmiş, 1970'li yıllara kadar uygulamada tüketici haklarıyla ilgili bir gelişme olmamıştır. 1970 yılında Ticaret Bakanlığı bünyesinde tüketici sorunları için şube kurulmuş ancak 1974 yılında kadro yetersizliği nedeniyle kapatılmıştır. Tüketicinin korunması amacına yönelik çağdaş anlamda bir yasanın çıkması 23.02.1995 yılını bulmuştur[9].

Türk - İsviçre Borçlar Kanunu, liberal felsefenin ürünü olarak sözleşme özgürlüğünü, sözleşme hukukunun temeli kabul etmekle birlikte, sanayi devrimi sonucunda

---

6 ASLAN, 2014, s. 41.

7 6502 sayılı TKHK'nın genel gerekçesinde kanun değişikliğinin ana sebebi olarak AB mevzuatına uyum ihtiyacı gösterilmiştir (6502 Sayılı TKHK, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.17, Gerekçeden).

8 ASLAN, 2014, s. 59.

9 ASLAN, 2014, s. 60.

el tezgâhlarında yapılan üretim, yerini fabrikalardaki üretimlere bırakmış, kişilere yönelik hizmet arzı kitlelere yönelik hizmet arzına dönüşmüş, standart sözleşmeler [genel işlem koşulu (şartı) içeren – GİK], bireysel sözleşmelerin yerine kullanılmaya başlanmıştır. GİK içeren sözleşmeler, girişimcileri zaman kaybından kurtardığı gibi aynı konuda değişik sözleşmeler yapmanın yol açacağı çok sayıda değişik davaya muhatap olma riskini de asgariye indirmiştir. Sözleşmelerin temsilciler aracılığıyla yapılması veya birebir kişilerle muhatap olunarak sözleşme imzalanmaya kalkışılması dahi zaman kaybına yol açtığından ve her iki taraf için uygun koşullar taşımadığından, bireysel sözleşmeler tercih edilmek istenmemiştir.

GİK içeren sözleşmeler yoluyla sözleşme içeriği tipikleştirilmekte ve ihtilaflara meydan bırakmamak için tüm noktalar önceden sözleşme içinde tespit olunmaktadır. Ancak GİK içeren sözleşmeler bu amaçlarla sınırlı kalmamış, bu sözleşmeler vasıtasıyla girişimciler boş hükümleri kendi çıkarlarına hizmet edecek şekilde kullanmaya başlamışlar ve sözleşme ilişkisinden doğabilecek tüm riskleri karşı tarafa yükleme gayreti içerisine girmişlerdir. GİK içeren sözleşmelerin bu şekilde kullanılmasına mahkemeler, zamanla müdahale etmişler[10], hakkaniyete uygunluk açısından GİK içeren sözleşmeleri yorumlamışlardır. Ancak mahkeme kararlarının sadece tarafları bağlaması ve tüketicilerin açtıkları mahkemeleri kaybetme riskini göze alamamaları sebebiyle mahkemeler tarafından yapılan denetimlerin yetersizliğinin anlaşılması ile Avrupa başta olmak üzere pek çok ülkede kanunlaştırma çalışmalarına girişilmiş ve sonuçta Türk Hukuku açısından da bu zorunluluk hissedilmiştir.

Sözleşme hukukumuz, karşılıklı müzakere edilmiş sözleşme modeli üzerine oturtulmuştur. Sözleşmenin kurulması ve sonuçlarını doğurması için karşılıklı ve

[10] TANDOĞAN, Haluk, Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması, Ankara, 1977, s.24 vd.

birbirine uygun irade açıklamaları gerekmektedir. Bunun yolu ise sözleşme taraflarının karşılıklı konuşup anlaşarak sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşmaya varmış olmalarıdır. İcap (öneri) ve kabul, klasik sözleşme hukukunun vazgeçilmez iki unsuru olmakla birlikte, özellikle ticaret ve borçlar hukuku alanında kullanılmakta olan genel işlem koşulları taşıyan sözleşmelerde, karşılıklı anlaşma ve tartışma durumu ortadan kalkmakta ve taraflardan biri adeta kabul veya ret beyanları bildirmekten başka bir işlem gerçekleştirememektedir.

Genel işlem koşulları kullanımının sözleşme özgürlüklerini önemli ölçüde zedelemesi pek çok devletin bu şekildeki sözleşmeleri düzenleyen özel kanunlar çıkarmasına sebep olmuştur. 1942 yılında İtalya, 1964 yılında ise İsrail genel işlem koşullarına medeni kanunları içerisinde yer vermiştir. İngiltere 1978 tarihli rekabetin önlenmesi hakkındaki kanunla garanti yükümlülüklerinin bu tür sözleşmeler vasıtasıyla kaldırılmasına sınırlandırmalar getirmiş, Avusturya 1979 tarihli tüketicilerin korunması hakkındaki yasayla tüketicilerle yapılan sözleşmelere benzer şekilde belli sınırlandırmalar getirmiştir. Bu örnekler gibi pek çok Avrupa ülkesinde konuyla ilgili kanuni düzenlemeler yapılmıştır[11].

Karşılaştırmalı hukukta yukarıda belirtilen gelişmelere karşın, Türk hukukunda, doğrudan doğruya GİK'i ve bunların denetimini düzenleyen bir kanun bulunmamaktaydı. Konuya ilişkin AB Direktifi'nden sonra Mart 1995 tarihinde yayımlanan 4077 sayılı TKHK'da da ilk başta GİK'e ilişkin bir düzenleme mevcut değildi. Kanun'un 2. maddesinde kanunun kapsamı olarak *"...mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü hukuki işlemi kapsar…*"denilmiş, 3. maddenin (f) bendinde tüketici için*"...Bir mal ve hizmeti özel*

[11] KARTAL, Doğan, Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008, (Giriş bölümünden).

amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişileri kapsar…" ifadesi kullanılmış, tüketici işleminin karşı tarafı olarak sadece satıcı sayılmış, Kanun'un cezai hükümlere ilişkin kısmında girişimci tarafın kanuna aykırı eylemlerine yönelik bir takım yasa yolları belirtilmiş ve bir kısım idari para cezası kesmeye yetkili birimler belirtilmiş olup haksız şartlarla ilgili herhangi bir tanımlama ve yasal denetim mekanizması öngörülmemiştir. Türk kanun koyucusu, bir taraftan AB üyelik süreci bir taraftan da Anayasamızın tüketicinin korunmasına ilişkin hükümleri gereğince, 2003 yılında 4822 sayılı Kanunla sözleşmelerdeki haksız sözleşme koşullarına karşı tüketicinin korunması amacıyla 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da[12] değişiklik yapmıştır. Nitekim 4822 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un gerekçesine baktığımız zaman söz konusu değişikliğin, sosyal ve iktisadî hayattaki gelişmeler karşısında tüketicinin daha etkin bir şekilde korunması ve Avrupa Birliğinin Tüketici Hukukuyla ilgili direktifleriyle uyum sağlamak amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır. 2003 yılında yapılan değişiklikten sonra Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde, tüketicinin, sözleşmelerdeki haksız ve adil olmayan hükümlere karşı korunması sağlanmıştır[13]. Gerek 6. madde gerekse bu maddeye dayanılarak çıkarılan yönetmelikte haksız şartların düzenlenmiş olması tüketicinin haksız sözleşme koşullarına karşı korunmasında büyük bir ilerleme sağlamıştır. Nihayetinde 07.11.2013 tarihinde yasalaşan ve 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 Sayılı TKHK'nın 5. maddesi ve yeni haksız şartlar hakkında yönetmelikle de tüketici lehine yeni düzenlemeler getirilerek tüketicinin daha etkin korunması bakımından yeni

[12] 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (08.03.1995 tarihli 22221 sayılı Resmi Gazete) 08.09.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

[13] SİRMEN, Lale, Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu (Sempozyum), Ankara, 2011, s.109.

adımlar atılmıştır.

Çalışmamız, tüketici işlemlerindeki haksız şartlar konusunda olup, ilerleyen bölümlerde yeni Tüketici Kanunundaki değişikliklere de değineceğiz. Çalışmamız sadece Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında haksız şartları içermekte olup, ilgilendirdiği ölçüde Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel işlem koşulları (GİK) ile ilgili hükümlerine de değinilmiştir. Çalışmamızda haksız şartların sadece hukuki boyutu inceleme konusu yapılmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde tüketici işlemi, oluşturulması ve tarafları inceleme konusu yapılmış olup, ayrıca tüketicinin korunması sorunu tüm yönleri ile ortaya konulmak istenilmiştir. İkinci bölümde tüketici işlemlerinde yer alan haksız şartların tanımı verildikten sonra, haksız şartların önemli bir bölümünü teşkil eden ve günümüzde giderek artan bir oranda kullanılmaya başlanan genel işlem koşullarının özellikleri, fayda ve sakıncalarına değinilmiş, bunların hukuki niteliği ortaya konulmaya çalışılmıştır. Üçüncü bölümde haksız şartların sözleşmeyle ilişkilendirilmesi, yorumu ve idari denetimi üzerinde durulmuştur. Dördüncü bölümde sözleşmede yer alan genel işlem koşullarının yargısal denetimi ayrıntılı olarak ele alınmış; beşinci bölümde ise sözleşmedeki kimi hükümlerin haksızlığının tespiti ve haksız olduğu için iptal edilen sözleşme hükümlerinden sonra sözleşmenin durumu, denetim dışı kalan konular ile haksız şartların tespitine yönelik dava çeşitleri ve sözleşmenin akıbeti irdelenmeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE TÜKETİCİNİN KORUNMASI İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

§1- SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GELİŞİMİ, SÖZLEŞME VE TÜKETİCİ İŞLEMİ KAVRAMLARI

I-Sözleşme Kavramı

Türk Borçlar Kanunu, birinci kısmının birinci ayırımında "sözleşmeden doğan borç ilişkileri" başlığı altında "sözleşme" kavramını ele almaktadır. Ancak, bu başlığa rağmen Kanun, 1. ve devamı maddelerinde sadece "sözleşmenin kurulması"nı düzenlemektedir. Nitekim TBK 1. maddesinin genel başlığı, "sözleşmenin kurulması" adını taşımaktadır. Belirli bir hukuki sonuca, yani bir hakkı veya hukukî ilişkiyi kurmaya, değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından oluşan iki veya çok taraflı hukuki işlem sözleşme olarak adlandırılır[14].

A- Sözleşmenin Tarafları

Sözleşmenin hüküm ve sonuçlarından yararlanan veya etkilenen kişilere sözleşmenin tarafı denir. Sözleşmede en az iki taraf bulunmakta olup ancak her bir tarafta birden fazla kişi bulunabilir. Nitekim TBK. md. 1'de "kişiden" değil, "taraftan" söz edilmektedir. Sözleşmenin tarafı gerçek kişiler olabileceği gibi tüzel kişiler de

[14] EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, 2013, s. 200; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, İstanbul, 2010, s. 165.

olabilir. Sözleşmede taraf olabilmek için hak ehliyetine sahip olmanın yani gerçek veya tüzel kişi olmanın dışında ayrıca sözleşme ehliyetine bir başka deyişle fiil ve işlem ehliyetine de sahip olmak gerekir[15]. Sözleşme ehliyetine sahip olmak için ise kişinin ayırt etme gücünün (mümeyyiz) bulunması ve ergin (reşit) olması ve fakat kısıtlı bulunmaması (hacir altına alınmamış olması) gerekir[16].

B- Karşılıklı İrade Açıklamaları

Sözleşme, çok taraflı hukukî işlemlerden farklı olarak, tarafların karşılıklı irade açıklamalarıyla kurulur. Açıklamaların karşılıklı olması demek; sözleşme taraflarının menfaatlerinin birbirinin karşısında yer alıyor olmasıdır[17]. Örneğin, eser sözleşmesinde iş sahibi, bir ücret karşılığında bir şey yaptırmak isteyen taraftır; müteahhit (yüklenici) ise, o şeyi ücret karşılığında yapan kimsedir. Yüklenici, bir eser meydana getirmek, yani kendi çalışması ile ve kendi sorumluluğu altında, diğer tarafa maddi ya da gayri maddi ancak objektif bakımdan tespit edilebilir bir sonuç sağlamak borcu altına girer. Aynı şekilde kira sözleşmesinde bir taraf taşınmazını kiraya verme iradesini açıklarken, diğer taraf söz konusu taşınmazı kiralama iradesini açıklamaktadır. Oysa çok taraflı bir işlem olan kararlarda iradeler aynı yöndedir ve bir sözleşmenin varlığından söz edilemez. Örneğin satış sözleşmesi bakımından, her iki taraf da kendi malını diğer tarafa satmak, buna karşılık onun malını almak istemiyorsa, satış sözleşmesinin varlığından söz edilemez.

Sözleşmenin kurulması için yöneltilecek irade açıklamaları sarih (açık) olabileceği gibi zımnî (gizli) de olabilir. Zımnî irade açıklaması sadece pasif bir

[15] EREN, 2013, s.332.
[16] KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 17. Bası, 2013, s. 92; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 11.Bası, İstanbul, 2013, s. 81.
[17] KAPLAN, İbrahim, Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), Ankara, 2012, s. 72.

durumdan değil, duruma göre kendisinden bir iradenin varlığı anlaşılabilen bir faaliyetten, söz ve hareketlerden de ibaret olabilir[18].

C-Birbirine Uygun İrade Açıklamaları

Sözleşmenin kurulması için tarafların iradelerinin karşılıklı olması yeterli olmayıp, bu iradelerin aynı zamanda birbirine uygun olması da gerekir[19]. İrade açıklamalarının birbirine uygun olması, sözleşmenin kurulması için geçerlilik koşuludur. Sözleşmenin kurulması için gerekli olan bu irade açıklamalarından birisi icap (öneri) diğeri ise kabuldür. Öneri, sözleşmenin esaslı noktalarını içeren, bağlanma iradesi taşıyan ve sözleşmenin kurulması için zaman itibariyle de önce yapılan irade açıklamasıdır. Bir açıklamanın öneri olarak nitelendirilebilmesi için sözleşmenin tüm esaslı noktalarını içermesi gerekir. Sözleşmenin esaslı noktaları, sözleşmenin bünyesini, tipini ve asıl amacını tanıtmak için sözleşmede bulunması gereken asgari zorunlu noktalardır[20]. Bunlara sözleşmenin objektif esaslı noktaları da denir. Kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelerin esaslı noktalarının neler olduğunu çoğu zaman kanun tayin etmektedir. Örneğin kira sözleşmesinin esaslı noktalarının kiralanan mal ve kira bedeli olduğu TBK. md. 299'daki tanımdan anlaşılmaktadır. Kanun gereği sözleşmenin esaslı noktası sayılmayan bazı hususlarının da taraflarca, sözleşmenin esaslı noktası haline getirilmesi ve sözleşmenin kurulmuş sayılması için bu hususlarda da anlaşılması şart koşulabilir. Bu koşullara, sözleşmenin sübjektif esaslı noktaları denir. İşte sözleşmenin kurulması için öneri ve kabulün sözleşmenin hem objektif esaslı noktaları hem de sübjektif esaslı noktalarını içermesi gerekmektedir.

---

[18] TUHR, von Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı 1-2 (çeviren EDEGE, Cevat, Ankara, 1983), s.155.
[19] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, 2010, s. 171.
[20] KAPLAN, 2012, s. 75.

Sözleşmenin üzerinde anlaşılan esaslı noktalarını oluşturmayan hususlar ise, sözleşmenin yan (ikinci derecedeki) noktalarını teşkil eder. Sözleşmenin yan noktaları da kendi arasında "objektif yan noktalar" ve "sübjektif yan noktalar" olarak ikiye ayrılır[21]. Objektif yan noktalar, tarafların sözleşme görüşmeleri esnasında üzerinde hiç durmadıkları, müzakere etmedikleri noktalardır. Taraflar objektif yan noktalar hakkında herhangi bir düzenleme yapmadıkları takdirde, sözleşme yine de kurulmuş olur; ancak sözleşmede bir boşluk söz konusudur. İhtilâf halinde hâkim, bu boşluğu tamamlayıcı hukuk kurallarını uygulamak suretiyle doldurur[22]. Sübjektif yan noktalar ise tarafların sözleşme görüşmeleri esnasında üzerinde durdukları, tartıştıkları ve fakat sözleşmenin esaslı unsuru haline getirmedikleri hususlardır. Tarafların sübjektif yan noktalar üzerinde anlaşamamış olmaları sözleşmenin kurulmasını engellemez. Görüldüğü gibi, tarafların yan (ikinci derecede) noktalardan hiç söz etmeksizin sadece esaslı noktalarda uyuşmuş olması, sözleşmenin kurulmuş sayılması lehine bir karine oluşturmaktadır.

II-Genel Olarak Sözleşme Özgürlüğünün Gelişimi

Fransız Devriminin de etkisiyle insanın doğuştan vazgeçilemeyen ve devredilemeyen haklara sahip olduğu ve sadece insan olarak belirli bir değer ifade ettiği kabul edilmiştir. Ekonomik gelişme, feodal ve korporatif bir yapıya sahip olan toplum düzeninden daha özgürlükçü ve genişlemeye yönelik bir endüstri toplumuna geçişi kolaylaştırmıştır[23]. Bunun yanında ekonomik gelişimin sonucu olan endüstrileşme ile birlikte ulusal ekonomilerde iş bölümü yaygınlaşmış, özerk ve yarı

[21] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, 2010, s. 174.
[22] EREN, 2013, s. 234; KAPLAN, İbrahim, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3.Baskı, Ankara, 2013, s. 42 vd.; AKSOY DURSUN, Sanem, Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul, 2008, s.141 vd.
[23] KARTAL, 2008, s. 6.

özerk kurumlar ortadan kalkmış ve işletmeler birbirlerinin ürettiği mallara hâkim hale gelmişlerdir. Ekonomik ve sosyal alanda gelişen bu olaylar hukuksal alanda sözleşme kurumu üzerinde de gelişmeye neden olmuştur. Sözleşme kurumunun gelişme göstermesindeki en önemli etken, kendi kendine yeten kapalı ekonomik modelin yerini iş bölümüne ve bunun zorunlu sonucu olan mal ve hizmet değişimine dayalı piyasa ekonomisine bırakmasıdır[24]. Zira iki tarafın da ekonomik açıdan doğru hareket etme yani kendisi açısından en iyi menfaat dengesini kurma olanağı sözleşme ile verilmiştir. İşbölümü üzerine kurulu piyasa ekonomisinde bireyler; işletmeci, üretici, tüketici, sanayici gibi değişik isimler altında rol oynamakta iseler de bu kişiler arasındaki değiş tokuş ilişkileri kalıp sözleşmelere dayanmaktadır. 16. yüzyılın ilk yarısından itibaren ticaret erbabının ihtiyaçları standart (GİK içeren) sözleşmeler kavramının doğmasına sebep olmuştur. Bu şekilde yapılan ilk sözleşmelerin sigorta poliçeleri ve taşıma sözleşmeleri olduğu görülmektedir. Taşıyıcının sorumluluğunun sınırsız sorumluluk olarak kabul edilmesi üzerine, taşıyıcılar taşıma sözleşmelerine standart sorumsuzluk kayıtları dercetmek suretiyle sorumluluklarını sınırlandırma yolunu seçmişlerdir. Bu uygulama 19. yy. başlarında farklı alanlara da sıçramış örneğin demiryolu biletlerindeki sorumsuzluk kayıtları gibi vb. yayılarak devam etmiştir[25].

Günümüzün sosyal devlet görüşü, kişinin serbest iradesini çeşitli yönlerden ve toplum yararına sınırlandırmak eğilimindedir. Bu durum Avrupa ülkelerinde tartışmasız kabul edilmektedir[26]. Nitekim bazı haklar kamu yararı amacı ile sınırlandırılabilmektedir. Sözleşme yapılırken taraflar arasındaki ekonomik farklılıklardan kaynaklı eşitliğin temini, ekonomik yönden zayıf olanların daha güçlü

[24] ATAMER, Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul, 2001, s. 11 vd.
[25] GÜNGÖR, Gülin, Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara, 2000, s. 35 .
[26] ASLAN, 2014, s. 311.

olanlara karşı kanunla belirlenen sınırlar içinde korunup sosyal adalet kuralları uyarınca iktisadi hayatın düzenlenmesi, günümüzün sözleşmeler hukukunun bir problemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Çağımızda, devlet gücü sadece devletlerarası ilişkileri düzenlemekle sınırlı kalmayıp kişilerin kendi aralarındaki ilişkilere de belirli açılardan müdahale etmektedir[27]. Nitekim Anayasa Mahkemesi verdiği 1978/41 sayılı kararıyla "*... hasta tedavisinin yalnız tıp fakültelerinden diploma almış hekimlere gördürülmesinin, kamu yararı ilkesine dayanan bir sınırlama olarak değerlendirilmesi gerekir,"* diyerek bu hususu desteklemiştir[28].

1930'lu yıllarda yaşanan ekonomik krizler sebebiyle devletin hukuki düzenlemeler yoluyla ekonomiye müdahalesinin zorunlu olduğu anlaşılmıştır. Bu süreç içerisinde sermayeyi elinde bulunduranların yaptıkları sözleşmelerde kendilerini aşırı koruyucu bir tutum içerisine girmeleri sosyal devlet ilkesinin kabulü ile birlikte de bireyin sadece devlete karşı değil, kendileri arasındaki ilişkilerde de korunması gerektiği sonucunu doğurmuştur. Özellikle tüketicilerin anti-kartel kanunlarla korunmaya çalışılmaları bunun en güzel örneğidir. Bireyin sadece devlete karşı korunması gerektiği anlayışı yavaş yavaş bireyin aynı zamanda bireye karşı da korunması gerektiği anlayışına dönüşmüştür. Bu nedenlerle bugünün sosyal devlet anlayışı, sözleşme hukukuna müdahale etmeyi ve klasik sözleşme kavramını yeni nitelikleri ile ele almayı uygun bulmuştur[29].

---

[27] BAŞTUĞ, İrfan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İzmir, 1973, s. 52.

[28] BATTAL, Ahmet, "Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları", Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü *(Batider)* Yayınları, 2001, s. 64 (BATTAL-Makale).

[29] SİRMEN, Lale, "Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku", Profesör Dr. H.C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara, 1972, s. 441.; OZANOĞLU, Hasan Seçkin, "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun Maddi Anlamda Uygulanma Alanı", AÜHF Dergisi, Ankara, 2001, s. 57.

Sözleşme, hâkimiyet unsuru olmayan bir alanda, eşit bireyler arasındaki ilişkileri hukuken düzenlemeye hizmet eder. Bireyler arası ilişkileri düzenleyen hukuk karşısında sözleşmenin özel bir yeri bulunmaktadır. Sözleşme içeriği birey tarafından oluşturulmaktadır. Hukuk düzeni belirli sınırlar içinde, hukuk süjeleri arasındaki özel ilişkilerin oluşturduğu alana müdahale etmekten kaçınmakta ve bu alanda bireyler tarafından oluşturulan sözleşmeleri tanımayı ve bunlara mahkeme önünde koruma sağlamayı kabul etmektedir[30].

Sözleşme özgürlüğü ise, bir sözleşmeyi yapıp yapmama, istenilen tip ve muhtevada yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmeye son verebilme ve sözleşmenin şeklini belirleyebilme serbestîsi anlamına gelmektedir[31].

Sözleşme özgürlüğü mevzuatımızda genel bir prensip olarak kabul edilmiştir. Zira, TBK 26. maddesinde ve yine Anayasa'nın 48. maddesi ile de "Herkesin sözleşme hürriyetine sahip olduğu" hususu apaçık vurgulanmıştır[32]. Yargıtay kararlarında da aynı husus belirtilmekle beraber sözleşme özgürlüğünün bazı sınırlarının olduğu da vurgulanmıştır[33]. Bu mecburiyet ya kanundan ya da önceki bir taahhütten kaynaklanır. Sözleşme yapma mecburiyeti olan kanunda sayılan bir kısım düzenlemelere bakıldığında;

a-Tekel durumunda bulunan işletmelerin kendilerine başvuran kişilerle sözleşme yapma mecburiyetinin bulunduğu görülmektedir. Mesela devlet veya kamu kuruluşlarınca hukuki tekel şeklinde yürütülen ulaştırma işlerinde, PTT., elektrik, su,

---

30 ATAMER, 2001, s. 9; AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya, 2013, (AKINCI-Borçlar) s.10; EREN, 2013, s. 16 vd.

31 EREN, 2013, s.297; KILIÇOĞLU, 2013, s. 75; ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara, 2004, s.151.

32 KARAHASAN, Mustafa Reşit., Türk Borçlar Hukuku, İstanbul, 2003, s. 266; REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2013, s. 113.

33 Yargıtay 19. HD.24.06.1996 tarih, E/K. 8814-6503, Yavuz, Nihat, Öğreti ve Uygulamada Haksız Şartlar (Haksız Sözleşme Şartı), 3.Baskı, 2012, Seçkin Yayınları, s. 100; Yargıtay 4. HD. 15.05.1980 tarih, E. 3739, K. 6344 sayılı kararı (KARAHASAN, s. 269).

havagazı, radyo televizyon, sosyal sigorta gibi mal ve hizmet sağlayan kişi veya kurumlar kendilerine başvuran herkesle söz konusu ihtiyaçları karşılamak için sözleşme yapmak zorundadırlar[34]. Bu durum Yargıtay'ın bir kararında şu şekilde özetlenmiştir; *"Borçlar Hukukunda, sözleşme yapma hürriyeti kural olmakla birlikte, devlet veya kamu kurumlarının tekelinde bulunan bazı kamu hizmetleri ve zaruri ihtiyaç maddelerini dağıtan kuruluşlarla, bunları talep eden kişiler arasında sözleşme yapma mecburiyeti vardır. Bu nedenle davalı TEDAŞ enerji dağıtım tekelini elinde bulunduran bir kurum olarak, sözleşme yapmak zorundadır. Abonelik sözleşmesi yapmak için, alacaklı olmadığı davacıya mükellefiyet getirecek şekilde eski borçların, abone olmayan davacıdan istenmesi sözleşme yapma hürriyetine engel teşkil eder"*[35]. Yine, özel hukuk bakımından kanunda çok nadiren sözleşme yapma zorunluluğu getiren hükümlere rastlanır. Buna tipik örnek, 4077 sayılı TKHK'nın 5. maddesidir. Bu hükme göre, üzerinde "numunedir" veya "satılık değildir" ibaresi bulunmayan bir malın; ticari bir kuruluşun vitrininde, rafında ve ya açıkça görülebilir herhangi bir yerinde teşhir edilmesi, onun stokta bulunduğu anlamına gelir. Satıcı teşhir ettiği malların satışından kaçınamaz. Satılmadığı halde satılmış gibi gösteremez[36] (6502 sayılı TKHK 6/1).

b- Baro başkanı tarafından görevlendirilen avukatlar, haklı bir sebep olmadıkça müvekkilleri ile sözleşme yapmaktan kaçınamazlar[37].

---

[34] EREN, 2013, s. 304; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004, s. 155.

[35] Yargıtay 13. HD. 18.4.2002 T., E. 2002/2584, K. 2002/4338 sayılı kararı, (http://www.kazanci.com.tr).

[36] OĞUZMAN/ÖZ, 2013, s. 191.

[37] 30.03.2004 tarihli ve 25418 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Adli Yardım Yönetmeliği'nin 6. maddesinin b fıkrası*: "Adli yardım isteminin kabulüyle, gerekli iş ve işlemleri yapmak ve yürütmek üzere bir veya birkaç avukat görevlendirilir. Görev yazısının bir örneği de istem sahibine verilir ve gerekli bilgi, belge ve vekâletname ile birlikte görevlendirilen avukata başvurması istenir. Görevlendirilen avukat, görevlendirme yazısının, işe ve ilgiliye ait bilgi, belge ve vekâletnamenin, adli müzaheret istemi reddedilmiş ise iş için zorunlu masraf*

Bu istisnai durumlar dışında sözleşme serbestîsinin ikinci anlamı, kişilerin istenilen tip ve muhtevada sözleşme yapabilmeleridir. Taraflar tip serbestîsi gereği kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden birini seçebilecekleri gibi düzenlenmemiş sözleşmeleri de oluşturabilirler. Üçüncü anlamı sözleşmenin karşı tarafını serbestçe seçme hürriyetidir. Son olarak da taraflar yaptıkları sözleşmeye diledikleri gibi son verebilme hakkına sahiplerdir[38].

Sözleşme serbestîsi ile sözleşmenin hükümlerinin taraflarca tartışılarak serbestçe tayin edileceği düşünülse de, alışveriş hayatında çok kere yapılacak sözleşmenin hükümlerini taraflardan biri önceden tespit etmekte, diğer tarafa sadece bu sözleşmeyi yapıp yapmama serbestîsi kalmaktadır. Genel işlem koşulları sorununun temelinde sözleşme özgürlüğünün tek taraflı olarak kötüye kullanılması olgusunun yatması, bu özgürlüğün incelenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu koşullar ile girişimci ileride kurmayı düşündüğü işletmesinin uğraş alanına giren sözleşmelerin içeriklerini, önceden ve tek yanlı olarak belirlemekte, kendisini güvence altına almakta tüm olasılıkları düşünerek hareket etmektedir. Bu da onu gelecekteki sözleşenine karşı güçlü duruma getirmektedir. Zira bu sözleşmeler yasa benzeri cümlelerle donatılmışlardır[39].

---

avansının kendisine ulaşması ile avukatlık hizmetlerini yerine getirmek yükümlülüğü altına girer. Görevlendirilen avukatın yükümlülüğü, istek sahibinin hizmetin görülebilmesi için gerekli belge ve bilgiler ile avukatlık ücreti dışındaki zorunlu yargılama giderlerini vermemesi veya vekâletname vermekten kaçınması ile sona erer. Görevlendirilen avukat, bu durumu gecikmeden, kendisini görevlendiren Adli Yardım Bürosuna ya da Temsilciliğine bildirir." hükmünü amirdir.

[38] EREN, 2013, s. 315; AKINCI, 2013, (AKINCI-Borçlar) s. 10 vd.

[39] ÖZEL, Çağlar, "Haksız Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması Sorununa Bir Bakış ve Almanya Örneği", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü *(Batider)* Yayınları, Ankara, 1999, C. XX, S. 2, s.54.

III-Tüketici İşlemi Kavramı

Bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi (işlemi) olup olmadığının tespit edilmesi, uyuşmazlığın ihtisas mahkemesi olan Tüketici Mahkemesinde görülüp görülmeyeceği ve uyuşmazlığa Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanıp uygulanmayacağı hususlarında önem arz etmektedir[40].

4077 sayılı TKHK'nın 2. maddesinde, "*Bu Kanun, birinci maddede belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini*[41] *kapsar."* denmektedir. 6502 sayılı TKHK'nın 2. maddesinde ise, *"Bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları*[42] *kapsar"* ifadesi kullanılmıştır. 4077 sayılı Kanun, tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü hukuki işlemi tüketici işlemi olarak kabul etmişti. Mal yanında hizmet de bu işlemler arasında açıkça düzenlenmişti. Hukuki işlem, bir veya birden çok kişinin hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içinde gerektiğinde diğer unsurlarla birlikte hukuki sonuçlar doğurmaya yönelmiş irade açıklaması veya açıklamalarından oluşan hukuki bir olgudur[43]. Buna karşın düzenlemede kastedilenin öğreti ve mahkeme kararlarında tüketici sözleşmeleri olarak nitelendirilen sözleşmelerin olduğu ortaya çıkmaktadır[44]. 6502 sayılı TKHK'nın 3/l bendinde ise, "*Tüketici*

---

[40] YAVUZ, Selçuk, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Şartlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 7.

[41] Bu maddede yer alan, "hukuki işlemi" ibaresi, 6/3/2003 tarihli ve 4822 sayılı Kanunla "tüketici işlemini" olarak değiştirilmiş ve metne işlenmiştir.

[42] "6502 sayılı Kanun, 4077 sayılı Kanun'dan farklı olarak tüketiciye yönelik uygulamaları da kapsamına almıştır. Somut bir sözleşme ile bağlantılı olarak sözleşme öncesi, sözleşmenin yapılması sırasında ya da sözleşmenin uygulanma safhasında -muhatapları- tarafından tüketiciye yöneltilen uygulamalar yanında, özellikle bir hukuki işleme veya sözleşmeye dayanmayan, tüketiciye yönelik haksız ticari uygulamalar da yeni yasanın kapsamına girmektedir" (HAVUTÇU, Ayşe, "6502 Sayılı TKHK'nın Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle, Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun'un Kapsamı", Terazi Hukuk Dergisi, Seçkin Yayınları, Cilt 9, Özel Sayı, Kasım 2014, s.8 vd).

[43] EREN, 2013, s. 119.

[44] ÖZEL, Çağlar, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara, 1998, s. 32-33.

İşlemi; Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi, ifade eder" denmiştir[45].

6502 sayılı TKHK 3. maddesinde tüketici sözleşmesinin tanımı yapılmış olmayıp, sadece "tüketici işlemi" tanımlanmış, kanunun muhtelif yerlerinde ise "sözleşme" ifadesi kullanılmıştır. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinde ise, tüketici ile sözleşmeyi düzenleyen arasında kurulan yazılı ve sözlü her türlü sözleşme kavramı kullanılmış, tüketici işleminin tanımı yapılmamıştır. Kanun ve Yönetmelik arasında kavramsal anlamda çelişki bulunduğu bir an için düşünülse de her iki düzenlemede yer verilen ifadelerden hareketle tüketici sözleşmesi (işlemi); kredi, mal veya hizmet piyasalarında tüketicinin satıcı, sağlayıcı veya kredi verenle yaptığı sözleşmeler şeklinde tanımlanabilir. Kavram ve içerik olarak tüketici işlemleri kavramı tek tip sözleşme türünü içermemekte, aksine bir üst kavram olarak ister satış, kira, vekâlet, eser (istisna) gibi isimli, ister isimsiz birçok sözleşmeyi içinde barındıran bir "şemsiye"[46] kavram niteliği taşımaktadır. Bir başka deyişle tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu sözleşmelere tüketici sözleşmesi (işlemi) denir. Bu kapsamda olmak üzere tüketicinin taraf olduğu satış sözleşmesi, kira

[45] HAVUTÇU'ya göre yeni Kanun'da "hukuki işlem veya sözleşme" denilerek iki taraflı hukuki işlem türü olarak sözleşmeler dışında, tek taraflı hukuki işlemlerin veya çok taraflı hukuki işlemlerin de yasa ile tüketici işlemi olarak kapsama dâhil edilmek istenildiği izlenimi yaratılmıştır. 6502 sayılı yasa bakımından tüketici işlemi olarak vasıflandırılabilen bir işleme artık neredeyse TKHK'nın uygulanmama ihtimali bulunmamaktadır. Özellikle yeni kanunun ayıba ilişkin hükümleri incelendiğinde bu durum daha açık bir şekilde anlaşılacaktır. Şöyle ki, 6502 sayılı Kanun'un 8/3. maddesinde "*Sözleşmeye konu olan malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içinde teslim edilmemesi"* hali de ayıplı ifa olarak belirlenerek TBK'nın ifa ile ilgili hükümleri de TKHK kapsamına alınmış ve teknik anlamda ayıplı ifa ile zamanında ifa etmeme aynı hukuki sonuçlara tabi hale getirilmiştir (HAVUTÇU, 2014, s.16 vd).

[46] OZANOĞLU, 2001, s. 66.

sözleşmesi, kredi sözleşmesi, eser sözleşmesi ve tüketicinin taraf olduğu diğer sözleşmeler tüketici işlemidir. Ancak mal, hizmet veya krediden tüketici bedelsiz faydalanıyorsa bu durumda tüketici işleminin varlığından bahsedilemez[47].

Yargıtay istikrar kazanmış çoğu kararlarında "tüketici işlemi" kavramını dar yorumlama eğilimindedir. Örneğin, bir kişinin dairesine güneş enerjisi sistemi kurdurması neticesinde ortaya çıkan uyuşmazlıkta yerel mahkeme isabetli olarak taraflardan birisinin tüketici olması sebebiyle uyuşmazlığa tüketici mahkemesinde bakılacağına karar vermiş, temyiz incelemesinde bulunan özel daire *"...Tüketici, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 3/f maddesinde 'Bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi' olarak tanımlanmıştır.*

Bu tanımlamadan da anlaşılacağı üzere; yasa, hazır bir mal veya hizmeti "satın" alarak, onu günlük yaşamında kullanan veya tüketen kişiyi korumaktadır. Başka bir anlatımla, satım akdinin konusunu oluşturan "tüketime yönelik" dar kapsamlı mal ve hizmet ilişkileri, yasa kapsamına alınmıştır. Aksi halde, bir baraj, bir liman, bir otoyol, bir santral ve bir bina yapımı gibi üst düzeyde teknoloji gerektiren ve istisna (eser) akdinin konusunu oluşturan süreye yayılı işlerin de yasa kapsamında kaldığının ve bunlarla ilgili uyuşmazlıklara da tüketici mahkemelerinde bakılması icap ettiğinin kabulü gerekir.

Somut olayda ise, uyuşmazlık; davalıya ait binaya güneş enerjisi ile çalışan su ısıtma sisteminin kurulmasından kaynaklanmıştır. Bu haliyle taraflar arasındaki hukuki ilişki, istisna (eser) sözleşmesi olup, anılan yasanın, eser sözleşmesinin konusunu oluşturan ilişkilerde uygulanması hukuken ve fiilen mümkün değildir.

[47] ÖZEL, 1998, s.35.

Dairemizin istikrar kazanmaya çalışan görüşü, bu doğrultudadır.

Bu itibarla, davaya genel hükümlere (BK md. 355 vd.) göre ve genel mahkemede bakılması yerine, tüketici mahkemesi olarak özel hükümlere göre bakılıp sonuca bağlanması doğru olmamış..." şeklindeki gerekçe ile yerel mahkeme kararını bozmuştur[48]. Yerel mahkemece önceki kararda direnilmesi üzerine uyuşmazlık Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun önüne gelmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu[49] *"Somut olayda taraflar arasında eser sözleşmesi bulunmasına göre bu kanunun uygulanmasıyla ilgili bir uyuşmazlık söz konusu değildir. Yasanın 23. maddesi hükmü, Yasanın uygulanmasıyla ilgili olarak çıkabilecek tüm uyuşmazlıklara ilişkin davalara tüketici mahkemelerinde bakılmasını öngörmüştür. Başka bir ifadeyle, 4077 sayılı Yasa, bir uyuşmazlığa tüketici mahkemesince bakılmasının tek koşulu olarak, uyuşmazlığın kendisinin uygulanmasıyla ilgili olarak çıkmış olmasını aramıştır. Oysa eser sözleşmesinden kaynaklanan eldeki davada 4077 sayılı Yasanın uygulanması söz konusu olmadığından, olayın çözümünün genel hükümler çerçevesinde yapılması gerekir."* gerekçesiyle yerel mahkemenin direnme kararını kaldırmış ve uyuşmazlığın genel mahkemelerde çözülmesi gerektiğini belirtmiştir. 6502 sayılı TKHK'nın 3/1-l bendinde *"tüketici işlemi, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak*

[48] "Oysa, 1999/44 sayılı AT Yönergesinin ¼ maddesine göre, sadece imal edilmiş mallar için değil henüz imal edilmemiş ve fakat edilecek malların mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşmeler de satış sözleşmesi hükümlerine tabi tutulmuştur" (ATAMER, Yeşim, "Tüketici Satım Sözleşmelerine ilişkin TKHK md. 4-Eleştiri ve Revizyon Teklifleri"- Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü *(Batider)* Yayınları, Cilt XXIV, Sayı 1, 2007, s.100).

[49] YHGK. 24.9.2003 tarih ve E. 2003/15-498 K. 2003/493 sayılı kararı (http/www.kazanci.com.tr); YHGK. 26.2.2003 gün, E. 2003/15-127 ve K. 2003/102 sayılı benzer kararı için bkz (http://www.tuketiciler.org/).

üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi" ifade eder düzenlemesi karşısında Yargıtay kararının yerinde olmadığı apaçık ortadadır. Yargıtay bu kararında tüketici işlemi kavramını dar yorumlamış ve kanunun kapsamını daraltmıştır[50]. Karardan anlaşıldığı kadarıyla Yargıtay, tüketici işlemini sadece satış sözleşmesine hasretme eğilimindedir. Yine Yargıtay kararında tüketicinin tayininde *"mesleki veya ticari olmayan saiklerle mal satın alma, hizmetten yararlanma veya krediyi edinme*" kriteri göz ardı edildiği için hatalı olarak tüketici ve tüketici işleminin dar yorumlandığı dikkat çekmektedir. Oysa, sözleşmenin türü ve niteliği ne olursa olsun taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu sözleşme, tüketici sözleşmesi (işlemi) sayılmalıdır[51]. Dolayısıyla 6502 sayılı Kanun ile birlikte bir tarafı tüketici olan eser sözleşmeleri de TKHK kapsamına alınmış olmaktadır. Bu kapsamda dişçiyle yapılan tedavi sözleşmesi, boyacı ya da oto tamircisi ile yapılan sözleşmelerde de tarafları "girişimci" (satıcı-sağlayıcı) ve "tüketici" ise tüketim işlemi sayılarak 6502 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilecektir. Mesela, abonelik sözleşmelerinde tek taraflı olarak konulmuş olan,

---

[50] "*…Dava; video çekiminden kaynaklanan manevi tazminat istemine ilişkin olup, davaya bakmaya görevli mahkemenin belirlenebilmesi için öncelikle taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tanımlanması gerekir. Somut olayda taraflar arasındaki hukuki ilişki eser sözleşmesine dayanmaktadır. Zira eser sözleşmesi, BK 470. maddesinde belirtildiği gibi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Eser sözleşmelerinde sözleşme anında eser ortada olmayıp, sözleşmeden sonra meydana getirilmesi söz konusudur. Bir uyuşmazlığa Tüketici Mahkemesinde bakılabilmesi için uyuşmazlığın 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkmış olması gerekir. Anılan Kanun'un 3/e maddesinde tüketici; bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi olarak tanım|anmıştır, Bu tanımlamaya göre yasa hazır bir mal veya hizmeti satın alarak onu günlük yaşamında kullanan veya tüketen kişiyi korumaktadır. Yasada dar kapsamlı mal ve hizmet ilişkileri olağan tüketim işleri kapsama alınmıştır. Somut olayda olduğu gibi Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerinin eser sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanması hukuken mümkün değildir"* Yargıtay 3. HD., 26.11.2012 T., 2012/20116 E., 2012/24336 K. sayılı kararı, (HAVUTÇU, 2014, s.11, dipnot 10'dan naklen); Yargıtay'ın aynı yöndeki bir başka kararı için bkz. Yargıtay 15.HD. 12.07.2004 tarih ve E. 2003/6665, K. 2004/3893 sayılı kararı. (http/www.kazanci.com.tr); ÇINAR'a göre Yargıtay'ın eser sözleşmesini TKHK kapsamında görmemesinin nedeni sözleşme taraflarının ekonomik anlamda güçlü olmaları ve korunmaya ihtiyaç duymamaları değil, tüketici sözleşmesi kapsamında kabul edilmesi durumunda, tüketici mahkemelerinin iş yoğunluğunun artacağı düşüncesidir. (ÇINAR, Ömer, Tüketici Hukuknda Haksız Şartlar, İstanbul, 2009, s. 45).

[51] GÜMÜŞ, Mustafa Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1, (Madde 1-46), İstanbul, 2014, s. 9.

abonenin, süresini geçirdiği ödemeler konusunda gecikmeyle ilgili firma tarafından önceden belirlenen cezai ücret kayıtlarının tüketici tarafından ödeneceğinin taahhüt edilmesi veya ilgili şirket tarafından sunulan hizmetin tek taraflı olarak değiştirilmesi, yenilenmesi veya kaldırılması yönündeki kayıtların tüketici tarafından öncelikle kabul edileceğinin kayıt altına alındığı sözleşmelerde, bu koşulların tüketici lehine yorumlanarak haksız kayıt olduğu belirlenmelidir. Hatta işlemin tüketici işlemi olup olmadığı hususunda bir şüphe varsa, bu şüphe tüketici lehine yorumlanmalı ve işlemin tüketici işlemi olduğu düşünülmelidir[52]. Nitekim kanun koyucu tüketicinin korunması için tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerin niteliğine bakmaksızın bunların tüketici sözleşmesi (işlemi) olduğunu belirtmiştir[53].

Tüketici sözleşmesi, klasik Borçlar Hukuku sözleşmeleri ile aynı olmakla birlikte, bu sözleşmenin diğer sözleşmelerden farkı, sözleşmenin bir tarafını tüketici, diğer tarafını ise satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin oluşturmasıdır. Bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi sayılması halinde bu sözleşmeye, öncelikle özel kanun olan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri, bu kanunda hüküm olmadığı durumlarda ise genel hükümlerin tatbik edilmesi gerekmekle birlikte burada öncelikle yarışan haklar[54] söz konusudur. Özellikle iki kanunun da aynı konuyu düzenlediği durumlarda yarışan haklar gündeme gelecektir. Hak sahibi tüketici (sözleşmenin zayıf tarafı) lehine olarak kanunda belirtilen hukuki olgular somut olayda gerçekleşmişse, lehe olan yasal düzenlemeden yararlanma imkânı vardır. Hâkim de hangi hakkın koşulları olayda gerçekleşmişse, tüketici (karşı taraf) lehine olan kuralı (TBK md. 60) olaya uygulamakla yükümlüdür (HMK md. 33). Tüketici hâkimi

[52] ÖZEL, 1998, s.35.
[53] GÜNGÖR, 2000, s.32.
[54] AKİPEK ÖCAL, Şebnem, "Bankacılık Sektöründe Tüketici Hukuku ve Uygulamaları", 2.Tüketici Hukuku Sempozyumu - Ses Çözümleri ve Makaleleri (Sempozyum), Ankara, Bilge Yayınevi, 2013, s. 61.

uyuşmazlığı çözerken, tüketicinin sadece TBK hükümlerinin uygulanmasına ilişkin bir talebi yoksa olayda haksız şart veya genel işlem koşulu söz konusuysa, TBK ve TKHK hükümleri paralellik içerdiğinden içerik denetimine ilişkin öncelikle TKHK hükümlerini, sonra kapsam denetimine ilişkin TBK hükümlerini olaya uygulayarak çözüm aramalıdır[55].

§2-TÜKETİCİNİN KORUNMASI İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR İLE UYGULAMADAKİ DURUM

Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesinde *"Bir aktin mevzuu, kanunun gösterdiği sınır dâhilinde serbestçe tayin olunabilir."* şeklindeki düzenlemeyle, sözleşmelerin içeriklerini tayin hususunda, tarafların serbest iradeleriyle hareket edebilecekleri yani sözleşme özgürlüğü ilkesinin benimsendiği açıkça vurgulanmıştır[56]. Öte yandan kanunun belirlediği sınırların dışında tanzim edilecek sözleşmeler ise kesin hükümsüz olacaktır. Sözleşmenin içeriğini belirleme hususunda taraflar serbest bırakmakla birlikte, bazı hallerde kanun koyucu sözleşmede bulunması gereken asgari unsurları bizatihi kendisi yer vermiştir.

Sözleşme serbestîsi, kural olarak iş hukukunda da geçerli olmakla birlikte buna, kamu hukukundan kaynaklanan çeşitli sınırlandırmalar getirilmiştir. Gerçekten de işverenin tartışılmaz bir ekonomik üstünlüğe sahip olduğu bir ortamda gayesi hayatını devam ettirmekten başka bir şey olmayan işçilerin gerçek anlamda eşit olmadıkları, böyle bir durumda sözleşme serbestîsinin de işçinin ezilmesine yol açmaktan başka bir fonksiyon görmeyeceği açıktır. Hukuk düzeni kural olarak,

[55] ANTALYA, O. GÖKHAN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Antalya, 2012, s. 294; EREN, 2013, s. 217.
[56] TUHR, (çeviren EDEGE, Cevat, 1983), s. 24.

kişilere diledikleri şekilde hukuki ilişkiler kurmak, değiştirmek ve ortadan kaldırmak hakkını tanımıştır. Anayasamızın 48. maddesinde yer alan: *"Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir*" hükmü, sözleşme serbestîsinin iş hukukuna direkt olarak yansımasını teşkil etmekte, ancak yine aynı maddede kanunun bu hürriyetleri kamu yararı amacıyla sınırlandırabileceği belirtilmektedir. Anayasamızın 50. maddesinde de: *"Kimse yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılamaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar, çalışma şartları bakımında özel olarak korunurlar."* hükmü ile hürriyetler sınırlandırılmış gibi gözükse de aslında korunan bir menfaat bulunmaktadır. Genel kural işverenin çalıştıracağı işçiyi seçmekte, işçinin de emrinde çalışmak üzere dilediği işverenle anlaşmakta serbest olmasıdır. Bununla beraber taraf iradeleri ve sözleşme serbestîleri ekonomik yönden zayıf durumda olan çalışanların korunması amacıyla sınırlandırılmaktadır. Kanun koyucunun getirmiş olduğu bazı sınırlamalar sadece dışarıdan bakıldığında kişilerin irade ve sözleşme hürriyetlerini tahdit ediyor gibi bir görünüm verebilir. Ancak bu sınırlamalarla kişiler ve toplumsal düzen korunmaktadır[57]. 818 sayılı Kanun yürürlükte iken Borçlar Kanunu'nda genel işlem koşulları ile ilgili düzenleme bulunmamakla birlikte, genel işlem koşulu içeren sözleşmelere hâkim, kamu düzeni, ahlaka aykırılık, kişiliğin korunması ve sosyal adalet gibi farklı hukuki dayanaklarla müdahale etmekteydi. Yargıtay'ın da bu konudaki uygulaması paralellik göstermekteydi. Yargıtay 1996 yılında verdiği bir kararında[58]: *"Ekonomik olarak güçsüz olanların korunması, Anayasamızda belirtilen 'sosyal hukuk devlet' ve 'iktisadi ve sosyal hayatın adalete göre düzenlenmesi' eş söyleyişiyle 'sosyal*

[57] KARTAL, 2008, s.18.

[58] Yargıtay 13. HD., 18.03.1996 T., E/K. 1734/2495 sayılı kararı (YKD, 1996, s. 746-750); Benzer karar için bkz. Yargıtay 3. HD., 07.04.2008 T., E/K. 5324/5974 sayılı kararı, (YENİOCAK, Umut, Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yenikliler ve Değişiklikler, 2.Baskı, Ankara, 2013, s. 45 dipnot 44).

adalet' ilkelerinin bir gereğidir. Sırası gelmişken hemen vurgulayalım ki, hâkim medeni yasanın 1. maddesinin kendisine tanıdığı yasa koyucu gibi hareket etme yetkisine dayanarak, özellikle hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde objektif iyiniyet kurallarına uyulmayı öngören MK. md. 2/1, kişiliğin korunmasını düzenleyen MK. md. 24, ahlaka aykırılığı yasaklayan BK. md. 19/2 gibi genel kurallar altında sözleşme özgürlüğüne tüketiciyi koruyucu sınırlamalar getirebilir" şeklinde karar vermiştir.

I- Bireysel (Ferdi) Tüketici İşlemi

Tarafların, sözleşmenin şartlarını müzakere ederek ve mutabakata ulaşarak tespit ettikleri, sözleşmenin içeriğini sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince istedikleri şekilde karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile oluşturdukları sözleşmelere bireysel tüketici sözleşmesi (işlemi) denir[59].

A- Karşılıklı İrade Açıklamaları

Bireysel tüketici işlemi, genel olarak Borçlar Hukuku'nun hükümlerine tabi olduğundan sözleşmenin kurulması için tarafların karşılıklı irade açıklamaları gereklidir[60]. Şöyle ki; satıcı, sağlayıcı veya kredi veren bir ivaz karşılığında tüketiciye mal satmak, hizmet sunmak veya kredi kullandırmak istemekte, buna karşılık tüketici de söz konusu malı satın almak, hizmetten yararlanmak ve krediyi kullanmak istemektedir.

---

[59] ÇINAR, 2009, s. 46.
[60] AKİPEK, 1999, s.243.

B- Birbirine Uygun İrade Açıklamaları

Bireysel tüketici işleminin kurulması için tarafların irade açıklamalarının uyuşması gerekir. Yani; satıcı, sağlayıcı veya kredi veren bir ivaz karşılığında tüketiciye mal satmak, hizmet sunmak veya kredi kullandırmak istediğini açıklarken tüketici de bu irade açıklamasına uygun bir açıklamada bulunmaktadır. Dolayısıyla karşılıklı uyumlu açıklamalarla sözleşme kurulmuş olmaktadır.

II- Standart (Genel İşlem Koşulu (GİK) İçeren) Tüketici İşlemi

Bu sözleşmeler (işlemler) satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tek taraflı olarak hazırlamış olduğu matbu şekildeki sözleşmeyi tüketici ile müzakere etmeden tüketiciye sunması ve tüketicinin kabulü ile kurulan sözleşmelerdir. Bu tip sözleşmelerde girişimci daha önceden hazırlamış olduğu yani standart sözleşme kayıtlarını kullanarak sözleşme yapmak istemektedir. Hiç kuşku yok ki bu şekilde kurulan bir sözleşmeyi Borçlar Kanunun öngördüğü biçimde, eşit durumdaki kişilerin, gereğince görüşmeler yaparak öneri ve kabul ile kurdukları sözleşmelerle bir tutmak[61] kesinlikle mümkün değildir. Burada, GİK içeren sözleşmelere taraflarca müzakere edilmeden tek taraflı olarak konulan şartların, sözleşmenin hangi unsurlarını içerdiği konusuna da açıklık getirmek gerekmektedir. Borçlar Kanununda, sözleşmelerin kurulabilmesi için tarafların esaslı unsurları müzakere etmesi ve bu hususlarda anlaşmaya varmış olması gereği vurgulanmıştır. Asli unsurlar dışında kalan noktalarda ise, tarafların bir anlaşması söz konusu değilse, bu durumda genel hükümlere gidilecek ve yedek hükümlerle sözleşmenin tali noktaları tamamlanacaktır. Bu durumda, sözleşmede yer alan haksız şartlar, ancak asli

[61] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, 2010, s. 171.

unsurlar dışında kalan noktalara ilişkin olacaktır[62].

III- Tüketici Sözleşmesinin (İşlemi) Tarafları

A-Tüketici

1- Genel Olarak Tüketici Kavramı

Tüketici kavramı tüketicinin korunması politikalarının temel hareket noktası olması sebebiyle önem taşımaktadır. Tüketicinin taraf olduğu sosyal ve ekonomik bir ilişkide, ilişkinin ekonomik ve sosyal bakımdan zayıf olan tarafını oluşturduğu, ekonomik ve hukuki anlamda tecrübesiz konumda bulunduğu gerçeği, tüketicinin korunması fikrinin odak noktasını oluşturmuştur[63]. Ancak günümüzde tüketicinin korunması kavramının daha çok önem kazanmasının temelinde zayıf ve güçsüz yanın korunmasından çok, adil ve doğru piyasa düzeninin oluşturulması düşüncesinin giderek daha baskın hale gelmesi yatmaktadır.

Tüketici işleminin bir tarafında tüketici, diğer tarafında ise satıcı, sağlayıcı veya kredi veren bulunmaktadır. Tüketici kavramı esas olarak, 19. yüzyıl sanayi devriminin "seri üretime" geçişinin had safhaya ulaştığı yıllarda ortaya çıkan bir kavramdır. Üretimde gösterilen artış doğal olarak tüketime de yansımıştır. Daha önceleri yaşamsal öneme sahip ihtiyaçlar için yapılan tüketme faaliyeti, zamanla sadece çağdaşça yaşamanın gerektirdiği tüketim alışkanlıklarına ve giderek zorunlu olmamakla birlikte sadece "tüketmek için tüketme" eğilimine dönüşmüştür. 19. yüzyıldan önceki tarihlerde "tüketiciden" değil "alıcıdan" söz edilirken, 19.

[62] ÇINAR, 2009, s. 48.

[63] OZANOĞLU, Hasan Seçkin, "Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı", Prof. Dr. M.Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 665.

yüzyıldan itibaren yavaş yavaş tüketiciden bahsedilmeye başlanması ve 20. yüzyılın başında tüketicinin korunması yönünde yasal düzenlemelerin gündeme gelmesi ve bu gündemin günümüze kadar gittikçe artan bir şekilde sürmesi, "tüketici" kavramının çağımızın bir kavramı olduğunu göstermektedir[64].

Tüketici kavramının çok değişik tanımları yapılmaktadır. Bir tanıma göre tüketici, yaşamını, varlığını ve faaliyetini sürdürebilmek için bir mal veya hizmeti edinip kullanan her varlıktır[65]. Bir başka tanıma göre de, tüketici, ister tacir olsun ister olmasın, şahsi ya da ailevi ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla hareket eden, yani malı tekrar piyasaya sürme niyeti olmaksızın o malı kendi ihtiyaçları için alan ve nihaî olarak tüketen gerçek ya da tüzel kişilere verilen isimdir[66]. 6502 sayılı TKHK'nın 3. maddesinde ise tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Yeni tanımda tüketici, belirli bir amaçla "hareket eden" birisi olarak tanımlanmış ve bu değişikliğin amacı kanunun gerekçesinde yeterince açıklanmamıştır. Burada amacın, tüketicinin sadece sözleşmenin tarafı olarak değil ve fakat sözleşmeden önce ve sonrasını da kapsayan korunma ihtiyacının olduğu söylenebilir[67]. Bu tanımdan yola çıkarak tüketici kavramının unsurları olarak, tüketicinin işlem yaparken amacının ticari ve mesleki olmaması, gerçek veya tüzel kişi olması ve hareket eden bir yapıda olması sayılabilir.

AB'nin kurucu anlaşması olan Roma Sözleşmesinde tüketicinin tanımı yapılmamış, sadece tüketicinin fonksiyonu belirtilmiştir. Avrupa Topluluğu Mahkemesi, verdiği kararlarla tüketici kavramını açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre

---

64 ASLAN, 2014, s.1.
65 AKİPEK, 1999, s. 64.
66 KARTAL, 2008, s. 23; OZANOĞLU, 2001, s.65 vd.
67 ASLAN, 2014, s.3; ASLAN'a göre, "*hareket eden*" kavramı eski tanımı daraltmamış aksine aynı kişileri kapsamakla birlikte bu kişilere karşı sözleşme öncesi ve sonrasını da kapsayan bir koruma getirmiştir (ASLAN, 2014, s. 9).

tüketici, bir malı veya hizmeti tüketim amacı ile kendi özel yaşantısı için satın alan, yararlanan veya tüketen kişidir[68]. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre ise bir mal veya hizmeti ticarî veya meslekî olmayan[69] amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiye tüketici denmekteydi. Kanundaki bu tanım noksandı. Kanaatimizce tüketicinin, bir mal, hizmet veya krediyi ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla bir ivaz karşılığı[70] edinen, kullanan, yararlanan veya bu amaçlarla hareket eden gerçek ya da tüzel kişi olarak tanımlanması daha isabetli olurdu. Öte yandan bir önceki düzenlemede tüketici ile girişimci arasındaki işlemlerin ivazlı olması tabii göründüğünden kanun koyucu tarafından ivazın ayrıca belirtilmesi gereksiz sayılmış olabilir[71]. Buna göre tüketici sayılmanın ana kriteri mal, hizmet veya kredinin ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla başka bir deyişle kişisel (kendisinin veya ailesinin) tüketim amacıyla edinilmiş, kullanılmış veya yararlanılmış olmasıdır. Yani tüketici, bir mal veya hizmetten ya da krediden nihai olarak faydalanan kişidir[72]. Mal veya hizmetin tekrar piyasaya sunulmak ya da meslekî veya ticarî faaliyette kullanılmak üzere edinildiği hallerde artık tüketici sıfatının varlığından bahsedilemez. Örneğin, duruşmaya katılmak üzere şehirlerarası otobüs firmasından bilet satın alan avukat, işyerinde kullanmak üzere bilgisayar satın alan mühendis, işyerine gitmek amacıyla araba satın alan bir eczacı, turistik faaliyette bulunmak amacıyla otobüs satın alan girişimci ya da satmak üzere bir malı edinen esnaf,

---

[68] ÖZTEKİN, Günseli, "Tüketici Akitlerinden Doğan ihtilaflarda Brüksel Konvasyonunun Kabul Ettiği Yetki Kuralına İlişkin İki Avrupa Topluluğu Mahkeme Kararı Örneği", Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU' na 65.Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s. 984.

[69] AB Direktifi'nde de tüketici, bu kritere göre tanımlanmıştır. Bkz. DEUTSCH, h.c.Ervvin, Avrupa Ortak Pazarında Tüketicinin Korunması - Avrupa Direktifi ve Alman Genel işlem Şartları Hakkında Kanun (Çeviren HAVUTÇU, Ayşe, Prof. Dr. Şükrü Postacıoğluna Armağan, İzmir, 1997, s.261.

[70] OZANOĞLU, 2001, s.70.

[71] ÇINAR, 2009, s. 37.

[72] OĞUZ, Cemal, Tüketicinin Korunması Açısından Genel İşlem Şartları, Hukuk Kurultayı 2000, Ankara, s.509-526 ; ÖZTEKİN, 1999, s.979; ÇINAR, 2009, s. 39.

tüketici sayılamaz. Yargıtay, internet cafe işletmecisi olan kişinin satın aldığı bilgisayar ve cihazların ticari işletmesi ile ilgili olması ve bunları ticari işletmesinde kullanması sebebiyle bu kişinin tüketici sayılmayacağını ve satıcıya karşı açtığı davanın Tüketici Mahkemesinde görülemeyeceğini isabetli olarak hükme bağlamıştır[73].

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un ilk metninde tüketici tanımlanırken "özel amaçla" mal veya hizmetin edinilmesi kriteri esas alınmış olup, bu nedenle tüzel kişi tacir konumunda olan ticaret şirketlerinin de mal veya hizmeti tekrar işlemek veya satmak dışındaki pasif nedenlerle edinmeleri durumunda bunların da tüketici sayılacağı belirtilmişti[74]. Bu kıstastan hareket edilmesi bir taraftan tüketici kitlesinin olabildiğince genişlemesine, diğer taraftan da aslında tüketici sayılmaması gereken ve kanunun getirdiği korumadan istifade etmemesi gerekenlerin de kanun kapsamında değerlendirilmesine sebep olmuştur. Bu yüzden yeni metinde tüketici sayılmada "ticari veya meslekî olmayan" amaçlarla mal ve hizmet edinilmiş olması kriterinin getirilmiş olması isabetli olmuştur.

Tüketici sayılmada kişinin mesleği, yaşı, kültür ve eğitim seviyesi vs. hususların hiçbir önemi bulunmamaktadır. Örneğin, bir mal, hizmet veya krediyi ticarî veya meslekî faaliyetleri dışında edinen ve kullanan iki farklı yaş kesiminden insan arasında, bir yüksek mahkeme hâkimi ile doktor arasında, bir profesör ile bir köylü arasında ya da okuryazar birisi ile okuma yazma bilmeyen bir kişi arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Aynı şekilde gerçek veya tüzel kişi olmak da tüketici sayılmada önemli değildir. Türk kanun koyucusu gerçek kişinin yanında tüzel kişilerin

---

[73] Yargıtay 19.H.D. 27.2.2003 ve E. 2001/9868 K. 2003/1544 sayılı kararı. (http/www.kazanci.com.tr/kho2/ibb/files/19hd-2001 -9868.htm).

[74] GÜNGÖR, 2000, s.31.

de tüketici olacağını kabul etmekle[75], diğer ülke mevzuatlarından ayrılmıştır[76]. Gerçekten de birçok ülke mevzuatında tüketici olarak sadece gerçek kişiler kabul edilmiştir. Örneğin 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu'nun yeni hükümlerinde sadece gerçek kişiler, tüketici olarak kabul edilmiştir[77]. İsviçre Hukukunda da tüketici olarak sadece gerçek kişiler kabul edilmektedir[78]. Avrupa Konseyinin 24.07.1990 tarihli direktifinde de tüketici olarak sadece gerçek kişilerin ifade edildiği anlaşılmaktadır[79]. Benzer şekilde Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Şartlar Hakkında 5 Nisan 1993 tarihli Avrupa Konseyi Yönergesi'nin[80] 2. maddesinde sadece gerçek kişilerin tüketici sayılacağı hükme bağlanmıştır[81].

Tüzel kişiler tüketici olabilirse de, tüzel kişilerin bir kısmının tüm faaliyetleri ticari sayıldığı için, bunların tüketici sayılması mümkün değildir. Örneğin, tüzel kişi tacir olarak tabir edilen ticaret şirketlerinin tüm işlemlerinin ticari olduğu kabul edildiği için bunlar tüketici sayılmazlar (TTK 19)[82]. Buna karşılık vakıf ve dernekler tüzel kişi oldukları halde bunların da, faaliyet alanına girmeyen özel amaçlı işlemleri

---

75 ÇINAR, 2009, s. 37.

76 Yalnız 17.05.1973 tarihli Avrupa Konseyi Tüketiciyi Koruma Sözleşmesinde de gerçek kişilerin yanında tüzel kişiler de tüketici sayılmıştır. Bkz. OZANOĞLU, 2001, s. 65.

77 HAVUTÇU, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir, 2003, s. 20.

78 İNAL, Tamer, Açıklamalı-içtihatlı Tüketici Kredileri ve Tüketici Sözleşmeleri (İsviçre-Fransız Hukuku ve Avrupa Birliği Konseyi Yönergeleri Işığında), İstanbul, 2002, s. 34.

79 ÖZEL, 1998, s.31; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004, s. 81.

80 Direktifin Türkçe çevirisi için bkz. HAVUTÇU, 1997, s. 223; GÜNGÖR, 2000, s. 50; 93/13 sayılı Tüketici Sözleşmelerindeki Kötüye Kullanılabilir Hükümler Hakkında Konsey Yönergesi, (ATRG 1993, L 95/29). Kötüye kullanılabilir kayıtlar hakkındaki bu düzenleme, bundan sonra "*Yönerge*" diye kısaltılacaktır.

81 "Türk Hukukunda 6502 sayılı TKHK öncesinde Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlattırılan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağında, taslağı hazırlamakla görevli komisyonun, tüketici tanımlaması isabetli ve AB 2008/48/CE Yönergesi'nin Art. 3/a hükmünde tanımlanan tüketici kavramına uyumlu olarak, yani tüketicinin sadece gerçek kişi olduğunu hüküm olarak getirilmiş olmasına karşın, 6502 sayılı TKHK md.3 hükmünde tüzel kişilerin de tıpkı mülga 4077 sayılı TKHK m 3/e hükmünde olduğu gibi tüketici olabileceği hususu kanunlaştırılmıştır." (İNAL, Tamer, "Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar", Terazi Hukuk Dergisi, Seçkin Yayınları, Cilt 9, Sayı 89, Ocak 2014, s. 33).

82 ÇINAR, 2009, s. 37; GÜMÜŞ, 2014, s.18; ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2012, s. 66.

bakımından, tüketici sayılmaları mümkündür[83]. Esasında kanun koyucu burada tüketici sayılmada kullanılan "ticari veya mesleki faaliyet" kriterinden ayrılmış, kamuya yararlı ve zayıf durumda bulunan dernek ve vakıf gibi bir takım tüzel kişilerin de tüketici sayılmasını ve kanunla getirilen korumadan yararlanmasını öngörmüştür. Ne var ki dernek amacını gerçekleştirmek için bir ticari işletme işletiyorsa ya da kamuya yararlı bir dernek değilse tacir sıfatını taşıyacağından (TTK 18) en azından ticari işletmesi ile ilgili faaliyetler bakımından derneklerin tüketici sayılmalarında bazı güçlükler mevcuttur. Ancak derneğin kazanç amaçlı kurulmadığı, ticari işletmenin nihai amaca ulaşmak için bir araç olduğu düşünülürse, derneklerin ticari işletmeleri dışındaki faaliyetleri bakımından tüketici sayılmalarında herhangi bir engel bulunmamaktadır[84].

4077 sayılı TKHK'nın 3. maddesi tüketiciyi: "*Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi"* olarak tanımlamıştı. Görüldüğü üzere kanun koyucu tüketiciyi bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alıp nihai olarak onu tüketen kişi olması gereğini gösterdikten sonra bu amaçlarla mal veya hizmet alan kişinin gerçek veya tüzel kişi olması arasında bir fark[85] gözetmemiştir[86]. Bunların yanında sadece mal değil, aynı zamanda

---

83 OZANOĞLU, 2001, s. 81; ÇINAR, 2009, s. 38.

84 OZANOĞLU, 2001, s. 81.

85 KUNTALP'e göre, hukuki ve teknik bilgiden yoksun müşterinin banka ile olan ilişkisinde GİK içeren hükümlere karşı korunması haklı ise de, her türlü teknik bilgiye ulaşma imkânı olan tacirin veya işletmenin bu ilişkide korunmasını gerektirir haklı neden bulunmadığından bu korumanın sınırlı olması gerekmektedir. Bunun için de kanunda ayrım yapılmamış olsa da izlenecek yol, GİK içeren sözleşme hükümlerinden karşılıklı tartışılanların bireysel sözleşme hükmüne dönüşmesini daha kolaylıkla kabul etmektir (KUNTALP, Erden, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara, 2011, s.79 vd).

86 ASLAN, 2014, s.3; Yargıtay 13.HD. 30.12.2004 Tarih, E.K. 11573/19219 sayılı kararında: "*...davalı… Dekanlığı, davacının sunmuş olduğu hizmetten mesleki amaçlarla yararlanmakta olup anılan Yasada tanımlanan "tüketici" tanımına uymadığından dolayı 4077 sayılı Kanun hükümleri değil Borçlar Kanununun genel hükümlerinin uygulanması gerekir... Bu itibarla davada görevli mahkeme Tüketici Mahkemesi değil Asliye Hukuk Mahkemesidir..."* şeklinde karar vererek tüketici mahkemesi sıfatıyla davaya bakılmasını bozma nedeni kabul etmiştir (ASLAN, 2014, s.6, dipnot 10); "*4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 3/f maddesinde tüketici, bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Somut olaya konu aracın, davacı şirketin ticari işletmesiyle ilgili işte kullanıldığı ve bu*

hizmetlerden yararlanılmasını da tüketim kavramı içerisinde değerlendirmiştir. 6502 sayılı Kanunda da aynı düzenlemeye paralel hükümler bulunmaktadır.

Yargıtay da tüketicinin bir malı nihai olarak kullanan kişi olduğunu ve başkasının ihtiyacı için veya satmak amacıyla mal alan kişinin tüketici sayılamayacağını çeşitli kararlarında ifade etmiştir[87].

Çağımızda yaşanan sosyal ve ekonomik gerçekler karşısında, tüketiciyi fahiş fiyatlara, ağır kredi şartlarına, şartlandırıcı ve yanıltıcı reklâmlara[88], malın piyasaya sürümünde rekabet ve saydamlığın giderek kalkması olgusuna, genel işlem şartları çerçevesinde hazırlanan hukuki tuzaklara, ürün bozukluklarına, ifa eksiklik ve aksaklıklarına karşı özel olarak koruma zorunluluğu bulunmaktadır[89].

Tüketicinin korunma gerekliliği, onun entelektüel ve ekonomik olarak arz eden tarafına olan bağımlılığı kavramları ile doğrudan ilgili bulunmaktadır. Bu bakımdan tüketici, sosyal olarak güçsüz kişi olarak da tanımlanabilir. Gerçekten de tüketici kavramının sosyal, ekonomik ve hukuki açılardan bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir.

---

amaçla alınmış olduğu hususları tartışmasızdır. Bu durumda 4077 sayılı yasanın tüketiciler için benimsediği hükümlerin somut olayda uygulanamayacağı gözetilmeden davaya Tüketici Mahkemesi sıfatıyla bakılıp yazılı şekilde sonuçlandırılması isabetli değildir... gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir... Yukarıda tarifi verilen düzenlemelerden çıkan sonuca göre, tüketici sayılabilecek kişinin mal ya da hizmeti ticari faaliyeti dışında özel kullanım ya da tüketimi için talep etmesi gerekir. Mal ya da hizmetin bizzat kendi kullanımı ya da yararlanmasının talep edilmesi "nihai yararlanmak" olarak anlaşılmalıdır. Tariflerde yazılı özel amaç, ticari olmayan amaçtan kastedilen ise, kişinin ticareti veya mesleği ile ilgili olmayan amaç olarak yorumlanmalıdır." Yargıtay HGK. 11.10.2000 T., E. 2000/1255, K. 2000/1249 (www.hukukinet).

87 Konuyla ilgili Yargıtay Kararları için bkz. İLHAN, Cengiz: TKHK. Şerh, TBB., Ankara, 2006, s. 4 vd.

88 "Gerçeğe aykırı olmadıkça "en iyi", "en eski" ve "en büyük" şeklinde yapılan reklâmlar aldatıcı olmamakla birlikte, reklâmda yer alan bilgi, gerçeğe uygun olsa da veriliş biçimi itibariyle tüketicilerde yanlış izlenimlere yol açıyorsa aldatıcı nitelikte sayılmalıdır" (DERYAL, Yahya, Tüketici Hukuku, Ankara, 2004, s.106 vd).

89 ÖZEL, 1998, s. 5-6.

Tüketici genellikle, ihtiyaçları, davranışları ve kararları açısından kolaylıkla etki altına alınabilir. Bazen bir karakter sorunu olarak kendini gösteren bu durum bazen de zorunlu olarak korkulardan kaynaklanabilir. Karakter sorununa örnek olarak, doğrudan ilgisizlik veya kayıtsızlık gösterilebilir. Örneğin, önündeki sözleşmeyi okumamak ya da genel işlem şartlarının içeriğini öğrenmemek gibi. TBK 37/1. maddesine göre, taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyle bağlı değildir ve sözleşmenin geçersizliği gündeme gelecektir[90]. Korkutma hukuka aykırı veya uygun olabilecektir, alıcının, sözleşme içeriğinin belirtildiği ya da sandığı halden başka şekilde uygulanacağı korkusu hukuka uygun bir korkutmadır. Kiracıya verilen mahkeme korkusu, ev çevresine alışılması sonucu tahliye zorlukları bu korkuya örnektir.

Klasik ekonomi öğretisinde tüketici, sadece bir alt kavram olarak, ekonomik değerleri yok eden ve tüketim değerinin kaybı olarak anlaşılmaktaydı. Bunun nedeni de yok denecek kadar zayıf olan talep gücü ile çok sayıdaki alıcının karşısına çıkılmasıdır. Bu sebeple tüketici pazarda oluşacakları hiçbir şekilde etkileyemeyecektir. Onun yapacağı sadece standartlaştırılmış ürünleri arz edildiği biçimiyle kabul etmek olacaktır. Alıcılar hiçbir şekilde toplu hareket edemeyecekleri için, arz edene karşı eşit nitelikte bir güç dengesi oluşturulması söz konusu olmaz. Bu sebeple alıcılar, kural olarak finansal açıdan eşit olmayıp daha güçsüz durumdadırlar. Çeşitli alternatifler arasında karşılaştırma yapma olanağından yoksun olan tüketiciler arz edenler arasında var olan rekabete karşı kural olarak zayıf tarafı oluştururlar. Zayıf olan tüketicinin ne ispat araçlarına doğrudan sahip olmaya ne hukuki olarak tavsiyeler almaya ne de yargılama giderleri rizikosuna katlanmaya gücü vardır. Bu sebeple sıklıkla haklarını

[90] EREN, 2013, s. 403; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet./ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, İstanbul, 1993, s. 449.

kullanmaktan vazgeçmekte, genel işlem koşulları içerisindeki sözleşmelere kendisini bırakıvermektedir[91]. Tam da bu noktada rekabet hukuku güçsüzün korunması bağlamında önemli bir değer oluşturmaktadır. Bu sebeple tüketicinin korunmasının temellerinden birini, kendi işlevini yerine getiren açık ve karşılıklı anlaşmalara uyularak yürüyen bir rekabet oluşturur. Bu durum, doktrinde tüketiciyi dolaylı olarak koruyan genel tüketici koruması olarak nitelendirilmiştir[92].

2-Karşılaştırmalı Hukukta Tüketici Kavramı

Karşılaştırmalı hukuk açısından esas alınan ölçütlere bağlı olarak farklı tüketici tanımlarının benimsendiği görülür. Temelde iki grup tüketici tanımından bahsedilebilir. İlk grupta yer alan tüketici tanımlarında, tüketici ticari veya bağımsız mesleki faaliyet ya da bağımsız kazandırıcı faaliyet yürütmek dışında bir amaçla hukuki ilişkiye taraf olan gerçek kişi olarak tanımlanırken diğer grupta ise kişisel, ailevi, ev işlerinde veya özel kullanım için hukuki ilişkiye giren kişiler olarak tanımlanmaktadır.

Bu kavramların ortak noktası ise tüzel kişilerin tüketici kavramının kapsamı dışında değerlendirilmesidir. Bunun temelinde tüzel kişilerin aile, ev veya kişisel kullanım gibi bir amaç güdemeyecekleri düşüncesi yatmaktadır. Türk kanun koyucusu gerçek kişinin yanında tüzel kişilerin de tüketici olacağını kabul etmekle, diğer ülke mevzuatlarından ayrılmıştır[93]. Gerçekten de birçok ülke mevzuatında tüketici olarak sadece gerçek kişiler kabul edilmiştir. Örneğin 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu'nun yeni hükümlerinde sadece gerçek kişiler, tüketici

---

91 ÖZEL, 1998, s. 12; OĞUZMAN/ ÖZ, 2013, s. 50; HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992, s. 28.

92 ÖZEL,1998, s.16.

93 Yalnız 17.05.1973 tarihli Avrupa Konseyi Tüketiciyi Koruma Sözleşmesinde de gerçek kişilerin yanında tüzel kişiler de tüketici sayılmıştır (OZANOĞLU, 2001, s. 65).

olarak kabul edilmiştir[94]. İsviçre Hukukunda da tüketici olarak sadece gerçek kişiler kabul edilmektedir[95]. Avrupa Konseyinin 24.07.1990 tarihli direktifinde de tüketici olarak sadece gerçek kişilerin ifade edildiği anlaşılmaktadır[96]. Benzer şekilde Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Şartlar Hakkında 5 Nisan 1993 tarihli Avrupa Konseyi Direktifi'nin 2. maddesinde sadece gerçek kişilerin tüketici sayılacağı hükme bağlanmıştır[97].

a-Maddi Ölçütler

Günümüzde önemini kaybeden bu ölçütte[98] sözleşme taraflarının gelirlerinin yüksekliği veya belirli tüketim tarzlarının esas alınması gibi hususlar ön plana çıkmaktadır. Tüketici işlemine taraf olanlardan belirli bir gelir seviyesini aşanların, düşük gelir grubunda yer almamaları nedeniyle tüketici hukukunun sağladığı faydalardan yararlandırılmamaları maddi ölçüte örnek olarak verilebilir. Maddi ölçüt, sadece düşük gelir seviyesindeki insanları korumanın yeterli olamayacağı, aynı zamanda adil bir piyasa düzeni oluşturmak gibi bir amacın da olması gerektiği, bu yüzden yüksek gelir grubundaki kişilerin de piyasadan mal alırken veya hizmet temin ederken tüketici hukukunun sağladığı korunmadan yararlandırılması gerektiği düşüncesiyle eleştirilmektedir[99]. Kaldı ki hukuk düzeninin, Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olarak kişilerin ekonomik güçlerine göre kıstaslar koyması da mümkün görünmemektedir[100].

---

94 HAVUTÇU, 2003, s. 20.
95 İNAL, 2002, s. 34.
96 ÖZEL, 1998, s.31, ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004, s. 81.
97 Direktifin Türkçe çevirisi için bkz. HAVUTÇU, 1997, s. 223 .
98 ASLAN, 2014, s.12.
99 OZANOĞLU, 2000, s. 669.
100 ASLAN, 2014, s. 12.

b-Kişisel Ölçütler

Gerçek-tüzel kişi ayrımı yapan, dolayısıyla tarafın tacir niteliğini esas alan düzenlemeler bu ölçüt kapsamı içinde düşünülebilecektir. Tüketici, bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır (TKHK md. 3). Tacir niteliğindeki tüzel kişileri ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işler ticari işlerdendir (TTK md. 3). Eğer, bir muamele, fiil veya iş ticari iş ise, bunlara özel ticari kurallar uygulanır. Bu tüzel kişilerin bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanmaları veya tüketmeleri söz konusu değildir. O halde, tacir niteliğindeki tüzel kişilerin "tüketici" olarak kabul edilmemeleri gerekir. Yargıtay bir kararında, tüzel kişi tacirlerin de TKHK kapsamında tüketici sayılabileceğine karar vermiştir[101]. Yargıtay başka bir kararında ise tüzel kişi tacirlerin tüketici olamayacağına ilişkin karar vermiştir[102].

c-İşlevsel Ölçütler

Tüketicinin korunması ve tüketici kavramı ile sözleşmelerinin kapsamlarının belirlenmesinde en yaygın kullanılan ölçüt işlevsel ölçüttür. Bu ölçütte belirli bir grup mal veya hizmeti sunan ya da sözleşmeden doğan edimin niteliği değil sözleşmeden doğan edimin arkasında yatan amacın belirlenmesi gerekir. Bu sebeple somut durumu

[101] Yargıtay 19 HD'nin 06.07.1999 tarih, E. 1999/3932 ve K. 1999/4621 sayılı kararında özellikle, tüketici tanımında her hangi bir ayrıma gidilmeden tüzel kişilerin de tüketici sayılacağının belirtilmiş olması üzerinde durulmuştur. Ayrıca, amaç maddesinde belirtilen amaçların elde edilmesi bakımından da tüzel kişi tacirlerin tüketici sayılmaları gerektiği, aksi halde gerçek kişi tacirler tüketici sayıldıkları için, anayasanın eşitlik ilkesine aykırılık ortaya çıkacağı ileri sürülmüştür. Aynı kararın karşı oy yazısında ise tüzel kişi tacirlerin tüm işlerinin ticari iş olması, gerçek kişi tacirler için tanınan istisnanın tüzel kişi tacirler için tanınmamış olması, bu nedenle de tüzel kişi tacirlerin tüketici olarak kabul edilemeyeceği, TKHK'da belirtilen tüzel kişilerin dernek ve vakıflar olması gerektiği ileri sürülmüştür (http://www.turkhukuksitesi.com/makale).

[102] Yargıtay HGK. 11.10.2000 T., E. 2000/19-1255, K. 2000/1249 sayılı kararı (http://www.turkhukuksitesi.com/makale462.htm/).

esas alan bir yöntemdir. Bir başka ifade ile günümüzde tüketicinin korunması hukukunda, tüketicinin fakir ya da zengin, eğitimli ya da eğitimsiz, tecrübeli ya da tecrübesiz olması önem taşımamaktadır. Önemli olan sözleşmenin taraflarının sıfatları değil mal ya da hizmeti ne amaçla elde ettikleridir[103].

Avrupa Birliği ve buna uygun olarak çıkarılan muhtelif ülke düzenlemelerinde ve gerekse uluslararası anlaşmalarda, tüketici, düzenleme kapsamında yer alan işlemleri yaparken, ticari ya da mesleki faaliyetini yürütmek dışındaki bir amaçla davranan kişi olarak tanımlanmaktadır. Ticari faaliyetin yürütülmesinden neyin anlaşılması gerektiği konusunda ticaret hukuku yaklaşımlarından farklı ve kendine özgü ayırıcı unsurlar bulunmamaktadır. Bundan hareketle ticari faaliyetten bahsedebilmek için öncelikle faaliyetin kısa süreli değil belirli bir süre devam etmesi aranmakta, buna ek olarak faaliyetin bağımsız olması yani işlem rizikosuna kendisinin katlanması aranmaktadır[104].

Mesleki faaliyet ölçütü yönünden, bağımsız bir mesleki faaliyet yürütenlerin tüketici kavramı dışında mütalaa edilmeleri genel olarak kabul görmekle birlikte, bağımlı mesleki faaliyetler açısından literatürde fikir birliği mevcut değildir. Faaliyetin bağımsızlığı, faaliyeti yürütenin kendi sorumluluğunda, kendi hesabına hareket etmesini ifade eder. Bu özellikte olan faaliyetler tüketici kavramı dışında mütalaa edilmektedir.

Bir mal veya hizmeti mesleki veya ticari amaçlarla satın alanlar tüketici sayılmayacaktır. Tüketici belirli bir mal veya hizmeti edinen kişidir yani mal ya da

[103] ASLAN, 2014, s. 4; OZANOĞLU'na göre, özel kullanım veya tüketimden kasıt "malın satın alan kişinin kullanması sonucu aşınması, biçim değiştirmesi, tükenmesi, azalması, değer yitirmesi"dir. Nihai olarak satın almada "olduğu gibi veya bir başka malla birleştirerek satmamak, çıkar karşılığı devretmemek üzere yani kendisi tarafından kullanılmak ve yararlanmak üzere satın alınma" şeklinde ifade edilebilir. (OZANOĞLU, 2000, s. 671-672).

[104] ARKAN, 2012, s. 26.

hizmetin maliyeti, alıcının uhdesinde kalmaktadır. Dolayısıyla ödenen maliyet geri kazanılamamaktadır. Bir ticari işletmenin, satın alarak hem ticari işlerinde kullandığı hem de özel işlerinde kullandığı bir otomobilin maliyeti ticari işletmenin kayıtlarına geçeceğinden ve böylece geri döneceğinden bu gibi işlemler tüketici işlemi sayılamaz[105]. Burada, söz konusu mal veya malların maliyetinin geri dönüp dönemeyeceği kıstasına göre hareket etmek gerekir[106]. Bir başkasının taksisini işçi sıfatıyla çalıştıran şoför, bu taksi için benzin satın aldığında tüketici sayılacaktır. Bir başkasının terzihanesinde el işçisi olarak çalışan işçi, iş yerinde kullanmak üzere malzeme satın aldığında yine tüketici sıfatıyla mal satın almaktadır. Ancak bir görüşe göre, burada alınan şeyler, alan kişinin yararlanması, kullanması veya edinmesi amacını taşımamakta, aksine başkasının yararına olarak işlem yapılmaktadır. Bu işlemlerde, işçi temsil yetkisine dayanarak, işletme hesabına bir sözleşme yapmaktadır. Bu nedenle tüketici işlemi sayılması mümkün değildir[107].

93/13 sayılı Avrupa Birliği Konsey Yönergesinde (Yönerge) tüketici: "Mesleki faaliyet kapsamında mütalaa edilmeyecek bir amaçla hareket eden gerçek kişi", girişimci ise "yürütülen faaliyet kamu hukuku alanına da dâhil olsa mesleki faaliyet çerçevesinde hareket eden gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanmıştır[108]. Söz konusu yönergede ifade edilen bu amaç ve tanımlar karşısında ilk değerlendirmede özellikle bağımlı faaliyet yürütenlerin tüketici olarak değerlendirilemeyecekleri sonucu çıkmaktadır[109].

[105] ÇINAR, 2009, s. 39.
[106] ASLAN, 2014, s. 5.
[107] ASLAN, 2014, s. 6.
[108] ÇINAR, 2009, s. 36.
[109] OZANOĞLU, 2000, s. 676.

Bağımsız kazandırıcı faaliyet ölçütünde ise, faaliyet, kişinin kendi nam ve hesabına sorumluluğu kendisine ait olmak üzere icra edilmektedir[110]. Sadece tacir ve esnafların faaliyetleri değil; doktor, avukat ve mühendis gibi serbest meslek erbabı faaliyetlerinin de kanunun koruma alanı dışında değerlendirilmesi gerekir.

B-Satıcı, Sağlayıcı ve Kredi Veren Kavramları

Satıcı, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişileri ifade eder (TKHK md.3/i). Sağlayıcı, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişileri ifade eder (TKHK. md.3/ı). Kanunun 4077 sayılı kanundan önceki ilk metninde hem mal satan hem hizmet sağlayanı ifade etmek üzere "satıcı" kavramı kullanılmış, "sağlayıcı" kavramına ise yer verilmemişken 4077 ve 6502 sayılı kanun metinlerinde hizmet sağlayanın ayrıca sağlayıcı kavramı ile belirtilmesi suretiyle kavram karmaşası önlenmiştir. Eski kanunun md.3/f,g bentlerinde satıcı ve sağlayıcı tanımı ile yeni yasadaki tanımlar farklıdır. Eski Kanun hükmünün mal ve hizmet sunan kişiye yönelik tabiri "ticari ve mesleki faaliyet kapsamında" şeklinde iken yeni Kanunla birlikte bu ibare "ticari ve mesleki amaçlarla" biçimine dönüşmüştür. Bu iki ifade arasındaki fark önemlidir. Şöyle ki bu ifadeyle girişimcinin kapsamı genişletilmekte, girişimci yürüttüğü faaliyeti kapsamında olmasa bile ticari veya mesleki amaçla bir işlemde bulunmuş olması halinde de tüketici işlemi meydana gelecektir. Örneğin plak koleksiyonundan bir plağı ticari ve mesleki faaliyet kapsamında olmamakla birlikte

[110] ARKAN, 2004, s. 20.

ticari amaçla satan kişi, ticari amacından dolayı TKHK kapsamında değerlendirilecektir. Ancak bu durumun tüketici hukukunun temel ilkeleri ile bağdaşmadığı açıktır[111]. Bu yüzden yeni Kanundaki tanımı eski düzenlemede olduğu gibi "ticari ve mesleki faaliyet kapsamında hareket eden" olarak anlamak gerekir[112]. Yeni TKHK ile getirilen girişimci adına dolaylı temsile yetkili kişi ya da kişilerin tüketici ile yaptıkları tüketici işlemlerinin geçerliliği de sorun doğurmaya aday bir düzenlemedir[113]. Doktrinde[114] savunulduğu üzere, düzenlemenin lafzına bakıldığında, her ne kadar temsilci yaptığı sözleşme sonucunda kendisi girişimci olmasa bile tüketiciye karşı yaptığı sözleşmeden kaynaklı olarak "ayıplı mal ve hizmetten" dolayı sorumlu olacağından dolayı, temsilciyi, sözleşmenin bu türden ağır mali yükümlülükleri altına sokmak doğru olmayacaktır. Burada da kanun boşluğu tartışmasına girmeden daraltıcı yorumla eğer tüketici ile sözleşme yapan dolaylı temsilcinin kendisi de bizzat "girişimci yani satıcı ve sağlayıcı" ise yaptığı işlem tüketici işlemi sayılmalıdır. Burada belirleyici unsur temsil edilen kişinin öncelikle "girişimci" sıfatına haiz olmasıdır. Eğer temsil olunan kişi girişimci değilse onu temsil eden kişi girişimci olsa da tüketici ile yaptığı sözleşme tüketici işlemi olmayacaktır[115]. Öte yandan Kanunun 4077 sayılı TKHK'nın önceki ilk halinde mal kavramı, sadece ticaret konusu taşınır eşyayı tarif etmek üzere kullanılırken 4822 sayılı kanun ile değişik 4077 sayılı Kanun ve 6502 sayılı Kanun'un yeni halinde; alışverişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi şeyleri de kapsamaktadır

[111] GÜMÜŞ, 2014, s. 14.
[112] GÜMÜŞ, 2014, s. 14.
[113] HAVUTÇU'ya göre, tüketici işlemleri alanında bu düzenleme, özellikli doğrudan temsil yoluyla yapılan işlemlerde hukuk bilgilerini zorlayıcı niteliktedir. Çünkü hukuki işlemin tarafı, adına hareket ettiği satıcı veya sağlayıcıdır. Hukuki işlemden kaynaklanan sorunlarda işlemin tarafı olmayan doğrudan temsilcinin muhatap alınması mümkün değildir (HAVUTÇU, 2014, s.17).
[114] GÜMÜŞ, 2014, s. 16.
[115] GÜMÜŞ, 2014, s. 16.

(TKHK md.3/h). Kredi veren ise, mevzuatları gereği tüketicilere kredi vermeye yetkili olan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder (TKHK md.3/ğ).

Burada özellikle hizmet tanımının genişliği göz önüne alındığında, sağlayıcı kavramının çok geniş olduğu ve tüketici karşısında çok değişik tipte hukuki işlemlerin var olacağı anlaşılmaktadır. Yargıtay bir kararında[116] dershane ile üniversiteye hazırlık amacıyla yapılan sözleşmenin TKHK kapsamında bir hizmet sözleşmesi olduğuna karar vermiştir.

IV-Uygulamadaki Durum

Yargıtay uygulamasını incelediğimizde, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin bir kararında tacirleri tüketici olarak kabul etmediğini ve davanın tüketici mahkemesinde değil ticaret mahkemesinde karara bağlanmasını öngördüğünü görmekteyiz[117]. Yargıtay internet cafe işletmecisi olan kişinin satın aldığı bilgisayar ve cihazların ticari işletmesi ile ilgili olması ve bunları ticari işletmesinde kullanması sebebiyle bu kişinin tüketici sayılamayacağını ve satıcıya karşı açtığı davanın tüketici mahkemesinde görülemeyeceğini hükme bağlamıştır[118]. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu verdiği bir kararda tüketici sayılabilecek kişinin mal ya da hizmeti ticari faaliyeti dışında özel kullanım ya da tüketimi için talep etmesi gerektiğini belirtmiştir. Mal ya da hizmetin bizzat kendi kullanımı ya da yararlanmasının talep edilmesi "nihai yararlanmak" olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiş, tariflerde yazılı özel amacın, ticari olmayan, kişinin ticareti veya mesleği ile ilgili olmayan amaç olduğunu

[116] Yargıtay 13.HD., 09.11.1998 T., E. 6965, K. 8859 sayılı kararı (ASLAN, 2014, s.19 dipnot 44'ten naklen).
[117] Yargıtay 19. HD., 05.07.2001 T., E.2001/1782, K. 2001/5240 sayılı kararı (http://www.turkhukuksitesi.com/makale 462.htm).
[118] Yargıtay 19. HD., 27.02.2003 T., E. 2001/9868, K. 2003/1544 sayılı kararı (http://www.turkhukuksitesi.com.).

ifade etmiştir[119].

§3. TÜKETİCİNİN KORUNMASI MECBURİYETİ

Tüketiciyi daha bilinçli satın almaya ve satın aldıklarını kullanmaya yöneltme ve bu konuda örgütlenmeler yaparak sosyal bir güç olmalarını gerçekleştirme hareketi tüketicinin korunması olarak adlandırılır. Geniş anlamda bir tanım vermek gerekirse, tüketicinin korunması, tüketici ile üretici arasındaki tüm ilişkileri belirleyen, özellikle tüketici haklarına zarar veren uygulamalara karşı bu hakları korumayı amaçlayan, idari, teknik, hukuki ve ekonomik önlemlerle, bu yönde devletin, işletmelerin, bağımsız örgütlerin ve bizzat tüketici ile üreticilerin

[119] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 11.10.2000 Tarihli, E.2000/19-1255, K.2000/1249 sayılı kararı. (http://www.turkhukuksitesi.com/makale462.htm/); Yargıtay 19. HD., 05.07.2001 tarihli, E.2001/1782, K. 2001/5240 sayılı kararında*: "Taraflar arasındaki aynen teslim davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün davalı vekilince duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmiştir. Belli günde taraflardan kimse gelmemiş olduğundan incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten ve temyiz dilekçesinin süresinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü:*
KARAR: *Davacı vekili, müvekkili şirketin davalıdan 12.10.1998 tarihinde bir araç satın aldığını, birçok kez arızalanması üzerine Tüketici Hakem Heyetine müracaat edildiğini, heyetin 23.3.1994 tarihli kararla aracın yenisi ile değiştirilmesine karar verildiği halde değiştirilmediğini ileri sürerek satım konusu aracın yenisi ile değiştirilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.*
Davalı vekili cevabında, ayıplı malın değiştirilmesinin malın alındığı tarihten onbeş gün içinde istenebileceğini, bu sürede müracaat etmeyen ve aracı teslim etmeyen davacının talebinin dinlenemeyeceğini tercih hakkını onarım olarak kullanan davacının bundan dönüp aracın yenisi ile değiştirilmesini isteyemeyeceğini belirterek davanın reddi gerektiğini savunmuştur. Mahkemece iddia, savunma ve toplanan delillere göre davacının aracı 12.10.1998 tarihinde satın aldıktan sonra 1.12.1998 tarihinde vites kutusunun değiştirildiği, sonradan yapılan onanma rağmen aynı arızanın üç defa ortaya çıktığı, bu nedenle davacının aracın yenisi ile değiştirilmesini isteme hakkı doğduğu gerekçesiyle satım konusu aracın yenisi ile değiştirilmesine karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.
Davacı Orimpaş Ltd. Şti. davalı firmadan alınan aracın ayıplı olduğunu ileri sürerek satım konusu aracın yenisi ile değiştirilmesini talep etmiştir. 4077 sayılı Yasanın 3/8 maddesinde tüketici, bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan ve tüketen gerçek veya tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır. Davacı ve davalı tacir olup yasanın tanımladığı tüketici olarak kabul edilemeyeceğinden davanın genel mahkemede görülmesi gerekir. (TKHK. md. 23/1). Mahkemece bu yön gözetilmeksizin tüketici mahkemesi sıfatıyla davaya bakılarak sonuçlandırılması bozmayı gerektirmiştir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine, 5.7.2001 gününde oybirliğiyle karar verildi.
(http://www.turkhukuksitesi.com/makale 462.htm).

giderek genişleyen çalışmaları dizisidir[120]. Tüketicinin korunması sorunu, genel olarak zayıfların korunması sorununun bir parçasını teşkil etmekte olup, ekonomik bakımdan güçsüz olanların korunması Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan "sosyal hukuk devleti" ilkesinin gereğidir[121]. Özellikle son yıllarda, başta gelişmekte olan ülkelerde olmak üzere, ekonomik gelişmenin bir sonucu ortaya çıkan tüketim toplumunda[122], kişilerin gereksiz ölçüde mal tüketmeye itildiği, çeşitli sebeplerle satın aldıkları mal ve hizmetlerin teknik özelliklerini tam olarak araştırmaya ve değerlendirmeye imkân bulamadıkları ve böylece hızla dönen bir tüketim çarkının içine düştükleri görülmektedir. Taraflardan birinin GİK içeren sözleşmelerle kendi şartlarını diğerine dikte etmesine[123] yol açan bir sözleşme özgürlüğü, özgürlük olmaktan çıkıp, bir taraf için ayrıcalık halini kazanmıştır[124]. Tüketici kredisi büyük ölçüde gelişmiştir. Bu sebeple tüketiciler, kredinin şartlarını bile doğru dürüst hesap etmeden mal ve hizmet satın almaktadırlar[125]. Reklâm usulleri neredeyse iradeyi bozacak şekil kazanmıştır. Reklâmlarda her türlü mal tanıtılmakla birlikte bununla yetinilmeyip, o malın bir ihtiyaç olduğu ve alınması gerektiği çeşitli yöntemlerle tüketicinin bilinçaltına işlenmektedir. Pazarlama tekniklerinde çok büyük gelişmeler olmuş, üretici firmalar özellikle son zamanlarda, zaten zayıf durumda olan tüketicinin karşısına fiilî tekeller olarak çıkmaya başlamışlardır. Nitekim kullanılan aldatıcı ve

---

120 AKİPEK, 1999, s. 66.

121 TANDOĞAN, 1977, s. 11.

122 "Tüketim toplumunun en ayırt edici özelliği, kişilerin, ihtiyaç olduğu için tüketmesi yerine tüketimin başlı başına bir amaç haline gelmesidir. İnsanlar boş zamanlarını evlerinde geçirmek yerine büyük marketlerde ve alışveriş merkezlerinde "*gezmeye"* çıkarak geçirmekte ve ihtiyacı olup olmadığına bakmaksızın çeşitli ürünleri sepetlerine koyarak hiç hesapta olmayan alışverişler yapmaktadırlar. Örneğin, toplumun en küçük bireyleri olan çocukların ebeveynlerinden aldıkları paranın bakkalda bulunan hangi ürüne yettiğine bakarak bakkala "bana 1 liralık bir şey ver" demesi ve herhangi bir şey satın alarak onu tüketmesi tüketim toplumunun en belirgin özelliğini apaçık ortaya koymakta ve durumu özetlemektedir" (ASLAN, 2014, s. 31 vd).

123 ATAMER, Yeşim, M, "Tüketici Hukukunun Gelişimi: Dünü, Bugünü ve Yarını", Tüketicilerin Korunması Semineri, Ankara, 2006 (Editör Ebru Ceylan), s.21 vd.

124 TANDOĞAN, 1977, s. 25.

125 ASLAN, 2014, s. 33.

yanıltıcı reklâmlar[126] ve pazarlama teknikleri tüketicinin mantıki değil, hissi satın alma saiklerini etkilemekte[127], böylelikle onun özgür bir şekilde hareket etmesini engellemektedir. Tüketicinin korunmasını gerektiren diğer bir neden de özellikle gelir dağılımı dengesiz olan gelişmekte olan ülkelerde düzenli bir ekonomik gelişmeye ve bilgi birikimine sahip olmayan tüketicilerin, üreticiyle doğrudan muhatap olamadan sadece aldatıcı reklâmların etkisiyle mal ve hizmet alımı tercihine zorlanmalarıdır.

Tüm bu gelişmeler karşısında zaten yeterli bir şekilde teşkilatlanamamış ve güçsüz olan tüketiciler, mal ve hizmetleri arz edenlere karşı zayıf bir duruma düşmekte, bilgi noksanlığı, hukukî düzenlemelerin eksikliği ve davaların çok uzun sürmesi gibi sebeplerle menfaatlerini koruyamayacak bir hale gelmektedir. Bu durumda tüketicinin korunması bir mecburiyet olmaktadır[128].

Borçlar hukukundaki liberalizm mantığı çerçevesinde bireyler irade bozukluğu, gabin ve ahlaka aykırılık sınırına kadar hangi şartlarda olursa olsun serbestçe sözleşebilirler. Bu ilke, eşit bireyler arasında serbest pazarlıkla dengeli, adaletli sözleşmeler kurulabileceği gerçeğine dayanır. Oysa somut yaşam gerçeği farklıdır. Her ne kadar iyi işleyen bir piyasa ekonomisinde serbest rekabet ortamının tüketici yararına işlediği söylenebilirse de, bu olgu, sadece edim ve karşı edim açısından olumlu sonuçlar doğurur. Buna karşılık, sözleşmelerde yer alan haksız şartların rekabet ortamından olumlu etkilenmeyeceği, bilakis işletmelerin edim ve karşı edim konusunda rekabet ortamında verdikleri tavizleri sözleşme şartlarını tüketici aleyhine olacak şekilde ağırlaştırmaları örneğin, garanti süresini kısaltmak,

---

126 "Aldatıcı reklâm, tamamen ya da kısman yalan olan reklâmdır" (AKİPEK, 1999, s. 69).

127 AKAN, Perran, Tüketici ve Tüketicinin Korunması, İstanbul, 1995, s. 21.

128 AKİPEK, 1999, s. 67 vd.; ALTUNKAYA, Mehmet, "Sözleşmenin Kuruluşundan Önce Tüketicinin Korunması", GÜHFD., Haziran- Aralık 2004, C.VIII, s. 95; BUDAK, Ali Cem, "Mukayeseli Hukukta Tüketicinin Gayriadil Sözleşme Hükümlerine ve Özellikle Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması", Yasa Hukuk Dergisi, C. XIV, S. 05, Mayıs 1991, s. 766; OĞUZ, 2000, s. 509.

sorumsuzluk kayıtları koymak suretiyle biraz daha tüketici aleyhine düzenlemeleri söz konusu olabilmektedir.

Tüketiciyi en iyi koruyacak olanın yine kendisinin olacağı, bunun da tüketicinin eğitilmesi suretiyle sağlanacağı söylenebilirse de, bu olgunun tüketicinin haksız şartlara karşı korunmasında çok büyük bir etkisinin olmayacağı açıktır[129]. Nitekim tüketici entelektüel açıdan ne kadar güçlü olursa olsun, satıcı, sağlayıcı ve kredi veren karşısında örgütsel ve mali açıdan ve hatta entelektüel açıdan da yine güçsüz bir durumdadır[130]. Çünkü satıcı, sağlayıcı veya kredi veren bir taraftan sözleşme hükümlerini çok önceden geniş bir zaman dilimi içinde ve konunun uzmanı olan hukukçulara hazırlatmakta diğer taraftan caydırıcı, etkili satış ve pazarlama tekniklerini kullanmakta, buna karşılık entelektüel açıdan ne kadar donanımlı olursa olsun zaman baskısı altında olan tüketicinin kısacık bir zaman diliminde yüzlerce maddeyi bulan sözleşmeyi okuması ve anlaması mümkün olamamaktadır. Müşteri (tüketici) açısından söz konusu sözleşmeyi incelemek ve karşılaştırma yapmak ekonomik açıdan da pek mümkün görülmemektedir. Buna zamanı da yetmeyecektir. Bir tüketici aynı gün içinde arabasını tamire bırakıp bir araba kiralayabilir, bir buzdolabını taksitle satın alabilir, ailesi ile yapacağı tatil için bir tur operatörü ile anlaşabilir ve akşam gittiği operada paltosunu vestiyere bırakabilir. Bu durumda onun, tamircinin, araba kiralayan şirketin, taksitle satış yapan işletmenin, tur operatörünün ve de vestiyer işleticisi tarafından kendisine sunulan genel işlem şartlarını okuması, anlaması ve bunun pazarlığını yapması konusunda yeterli vaktinin olacağı iddia edilemez. Hatta denebilir ki tüketici çoğu zaman edim ve karşı edim dışındaki hususları dikkate dahi almayacaktır. Bir an için tüketicinin entelektüel

[129] AKAN, 1995, s. 4.
[130] ATAMER, 2001, s.74.

açıdan yeterli donanıma sahip olduğu ve sözleşmede kendi aleyhine olan hükümleri tespit ettiği varsayılsa dahi satıcı, sağlayıcı veya kredi veren bunları müzakere etmekten çekinecek; mal, hizmet veya krediyi tüketiciye bu şartlar altında verebileceğini, bu şartlar olmadan ise sözleşme yapmayacağını bildirecektir ki tüketicinin bu durumda sözleşmeyi kendisine dayatılan şartlarla yapmaktan başka çaresi bulunmayacaktır[131]. Piyasadaki tüm satıcı, sağlayıcı veya kredi verenlerin aynı şartları kullandıkları düşünüldüğünde tüketicinin içinde bulunduğu kısır döngü daha iyi anlaşılacaktır. Tüketicinin içinde bulunduğu müzayaka hali sebebiyle bu durum TBK 28. maddesi anlamında aşırı yararlanma (gabin) olarak nitelendirilebilir[132]. Ancak aşırı yararlanma edimler arası dengesizliklerde söz konusu olacağı için, burada teknik anlamda bir gabinden bahsedilemez.

Günümüzde gelinen noktada tüketicinin birtakım haklarının ve tüketiciyi koruyacak bir kısım yasal düzenlemelerin[133] bulunduğu ileri sürülebilir ise de, klasik yasaların tüketiciyi korumadaki yetersizliği ve etkin bir denetim mekanizmasının olmaması dikkate alındığında tüketici haklarının ve tüketicinin korunması olgusunun yazılı metinler üzerinde kalacağı da bilinen bir gerçektir[134]. Dünyada tüketicinin korunması olgusu 20.yüzyıl başına uzansa da ülkemizde bu çalışmaların çok yeni ve yetersiz olduğu rahatlıkla söylenebilir[135].

---

[131] ÖZEL, 1998, s.10.

[132] AKMAN, Galip Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul, 1976, s. 98.

[133] "... Anayasada yer alan sosyal hukuk devleti ilkesi, sosyal adalet ilkesi, Medeni Kanun'un hâkime hukuk yaratma olanağı tanıyan 1. maddesi, hakkın kötüye kullanılmasını yasaklayan 2. maddesi, Borçlar Kanunu'nun ahlaka aykırı sözleşmeleri yasaklayan 27. maddesi, cezai şarta ilişkin hükümler, hizmet akdine ilişkin işçiyi koruyucu hükümler, gabine ilişkin hükümler, TTK'daki haksız rekabet hükümleri, 1580 sayılı Belediyeler Kanununda bulunan bir kısım düzenlemeler vb. bu tarz hükümlere örnek olarak verilebilir" (ASLAN, 2014, s.34).

[134] Tüketici haklarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK, 1999, s.100.

[135] Devlet Planlama Teşkilatı Özel İhtisas Komisyonları Türkiye-AT Mevzuat Uyumu Sürekli Özel İhtisas Komisyonu Raporları (DPT), Cilt 2, Tüketicinin Korunması Alt Komisyonu, Ankara, Kasım 1995, s. 3.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında satıcı, sağlayıcı veya kredi veren karşısında pek çok yönden (örgütsel, mali, piyasa tecrübesi ve zaman açısından vs.) zayıf[136] durumda olan tüketicinin korunması ve haksız sözleşme hükümlerinin denetlenmesi ihtiyacı nedeniyle etkin bir hukuki ve idari denetim yapılması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır[137]. İdari denetim esnasında, tüketicinin haksız sözleşme koşullarına karşı korunmasında önleyici bir rol oynanmalı; idari denetimde denetlenemeyen haksız sözleşme hükümleri olursa bunlar da hukuki denetime tabi tutularak etkili ve giderici bir şekilde denetlenmelidir.

[136] ATAMER, 2001, s.74 vd.; AKİPEK, 1999, s. 69.
[137] ATAMER, Yeşim, Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması, İÜHF Mecmuası, Cilt LV, Sayı 1-2, İstanbul, 1996, s. 422; HAVUTÇU, 2003, s.11.

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL İŞLEM ŞARTI (KOŞULU) VE HAKSIZ ŞART KAVRAMLARI, HAKSIZ ŞARTLARIN TEMEL ÖZELLİKLERİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

§4-GENEL İŞLEM KOŞULU KAVRAMI

I-Genel Olarak

Ülkemizde, 4822 Sayılı kanunla değişik 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 6. maddesi ile getirilen düzenlemeye kadar ne haksız şartlar ne de genel işlem koşulu ile ilgili genel bir hukuk kuralı bulunmaktaydı[138]. Her ne kadar bazı kanunların muhtelif maddelerinde özel hükümler düzenlenmiş ise de bunların tüm sözleşmelere uygulanması imkânı bulunmamakta olup, doktrinde bu özel hükümlerin kıyas yoluyla tüm sözleşmelere uygulanabileceği yolunda görüşler ortaya atılmasına rağmen uygulama bu yönde gelişmemiştir[139]. 4077 sayılı kanun öncesinde sadece bir kısım yasal metinlerde genel işlem şartlarından kaynaklı bir tarafın menfaatlerini hakkaniyete aykırı sınırlayan hükümleri bertaraf eden bazı düzenlemeler bulunmaktaydı. Örneğin, 6762 sayılı eski TTK'nın 766. maddesinde, taşıma işleri ve taşıma senedi konusunun altında, "*Mesuliyetin kaldırılmasına ve hafifletilmesine ait şartların hükümsüzlüğü*" düzenlenmiştir. Maddeye göre; *"Taşıma akdinde kanunun taşıyıcıya ve hususiyle faaliyetleri devletin iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği mesuliyetlerin önceden hafifletilmesi veya kaldırılması neticesini doğuran bütün kayıt ve şartlar hükümsüzdür. Bu kayıt ve şartların işletme nizamnamelerine, umumi şartnamelere,*

---

[138] YÜCE, Aydın Alber, "Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nazım Kaynak'a Armağan, C. 1, Sayı 10, Temmuz 2012, s. 190.

[139] ASLAN, İ.Yılmaz/ŞENYÜZ, Doğan/ERGÜN, Mevci, İşletme Hukuku, Bursa, 2002, s. 201.

tarifelere veya bunlara benzer diğer vesikalara konulmuş olması halinde de hüküm aynıdır." ibaresi yer almaktaydı. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yapılan değişiklik ile haksız şartların denetlenmesinin dogmatik dayanağı oluşturulmuş, satıcı, sağlayıcı veya kredi veren karşısında örgütsel, mali ve entelektüel açıdan fiili bir zayıflık içinde bulunan tüketicinin haksız şartlara karşı korunması için önemli bir adım atılmıştır. Bazı noksanlıklarına[140] ve kavram karmaşalarına karşın çok faydalı ve gerekli olan bu hükmün kanunda yer alması son derece isabetli olmuş, bu alandaki büyük bir eksiklik giderilmeye çalışılmıştır. Yine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20–25. maddeleri arasında tüm sözleşme türlerinde uygulanmak üzere genel işlem şartlarına yer verilmiştir[141]. Buna göre, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre genel kanun niteliğinde olan Türk Borçlar Kanunu'nun GİK'e ilişkin hükümleri TKHK'da hüküm olmayan hallerde tüketici işleminde uygulama imkânı bulacaktır. Ancak günümüzde GİK'in hemen her sektörde giderek artan miktarlarda kullanılması, ferdi sözleşmelerin giderek yerini GİK içeren sözleşmelere bırakması ve konunun arz ettiği önem dolayısıyla Borçlar Kanunundaki düzenlemenin yetersiz olduğu, konunun daha çok maddede ve daha kapsamlı olarak düzenlenmesinin ve hatta haksız şartlar ile ilgili özel bir kanun çıkarılmasının daha isabetli olacağı düşünülmektedir[142].

Kısaca GİK (Genel İşlem Koşulu) (şartını) tanımlamak gerekirse, sözleşme taraflarından birinin (satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin), ileride yapacağı çok sayıdaki sözleşmelerde kullanılmak[143] üzere, önceden tek başına (tek taraflı olarak) hazırlayıp

[140] "4077 sayılı TKHK ile haksız şart kavramı düzenlenmiş ancak genel işlem koşulu kavramına yer verilmemiştir. Genel işlem koşulu 6098 sayılı TBK ile mevzuatımıza girmiştir" (AKİPEK ÖCAL, Sempozyum, 2013, s.55).

[141] Borçlar Kanunu metni için bkz, http://www.mevzuat.gov.tr/; ÖZ, M.Turgut, Yeni Borçlar Kanunun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 2.Baskı, İstanbul, 2012, s. 8; KUNTALP, 2011, s. 91

[142] YAVUZ, 2007, s. 33.

[143] ATAMER, 2001, s. 6.

karşı tarafa (tüketiciye) sunduğu[144] sözleşme şartlarına "genel işlem şartları" denir[145]. Diğer bir görüşe[146] göre, iktisadi açıdan güçlü[147] olan tarafın, önceden belirlediği şartlar dâhilinde düzenlediği ve zayıf tarafa sözleşmenin kurulmasını sağlamak için dayattığı; önüne koyarak imzalamasını istediği, hükümleri tipik ve standartlaştırılmış olan ve tarafların teşekkülünden önce tip sözleşme olarak formüle edilmiş bulunan sözleşmenin taşıdığı şartlara, genel işlem şartları denmektedir. Alman kanununda[148] da "çok sayıda sözleşmeler için önceden formüle edilen ve sözleşmenin kurulması sırasında taraflardan birinin diğerine koştuğu şartlar" olarak tanımlanmıştır[149]. Aynı maddenin 2. fikrasında ise sözleşme şartlarının taraflar arasında tek tek müzakere edildiği hallerde genel işlem şartlarından söz edilemeyeceği belirtilmiştir. Aynı tanım, Alman Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklik sonucu genel işlem şartlarının (Allgemeine Geschaftsbedingungen - Vertragsbedingungen)[150] düzenlendiği Yeni Alman Medeni Kanunu'nda da yer almıştır. İsviçre'deki gelişim ise farklı biçimde olmuş genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeler "Haksız Rekabete Karşı Kanun" içerisine dâhil edilerek tüketiciler gibi tacirler de koruma altına alınmıştır[151]. Seri üretime geçen kuruluşlar gerek kendi menfaatlerini ön planda tutabilmek gerek zaman kazanabilmek için güçlü konumlarından yararlanarak şartlarını önceden kendileri belirledikleri standart sözleşmeler yani genel işlem şartlarını havi sözleşmeler hazırlamışlardır. Kurumlarca önceden tek taraflı olarak belirlenip birden çok

[144] YENİOCAK, 2013, s. 50.
[145] BAYKAN, Renan, Tüketici Hukuku Mevzuata İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri, İstanbul Ticaret Odası Yayını, İstanbul, 2005, s.198.
[146] İNAL, 2014, s. 48.
[147] KAPLAN, 2012, s. 84.
[148] "Almanya'da 10.11.1976 tarihinde Alman Genel İşlem Şartlan (GİŞ) Yasası kabul edilmiş ve 1.4.1977 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Tek tek yasada sayılmış olan bazı genel işlem şartları hâkimin takdirine bağlı olmaksızın her halde geçersiz addedilmiştir. Buna göre GİK içinde yer alan ve müşteriyi dürüstlük kuralına aykırı şekilde ölçüsüz derecede mağdur eden hükümler batıldır." (OĞUZ, Cemal, "Standart Sözleşmelerin BK. 21 ile 99/2 ve 100/3 Hükümlerine Göre Hâkim Tarafından Kontrolü", TBB Dergisi, 1998, s.25 vd.).
[149] TANDOĞAN, 1977, s. 29.
[150] AKİPEK, 1999, s. 223.
[151] ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004, s. 157.

sayıdaki kişi için hazırlanmış aynı tipteki sözleşmelerin görüşülmeksizin içeriğini oluşturan genel ve soyut şartlara genel işlem şartları, bu şartların yer aldığı önceden hazırlanmış sözleşmelere de standart - iltihaki sözleşmeler adı verilmektedir[152]. Bu durumda sözleşmeler karşılıklı iki tarafın yapacağı görüşmeler ve fedakârlıklarla değil bir tarafın hazırladığı şartların tartışılmaksızın[153] diğer tarafça kabul edilmesi ile kurulmaktadır[154]. Bu durum tabii ki irade özerkliği ilkesi çerçevesinde kişilerin kendi kaderlerini kendilerinin tayin edebilecekleri düşüncesini ve sözleşmeden beklenen adalet düşüncesini ortadan kaldırmıştır. Borçlar Kanunumuzda sözleşmenin asli unsurları belirlendikten sonra bunlar dışındaki yan unsurların belirlenmesi taraf iradesine bırakılmıştır. Bu durumda tarafların bilerek veya bilmeyerek düzenlemedikleri bölümler genel işlem şartları yoluyla düzenlenmekte ve böylece tek taraflı olarak şartları hazırlayan lehine, külfetler bertaraf edilebilmektedir.

Uçak bileti satın alırken, turistik bir tura çıkarken ya da tüketici kredisi alırken yapılan sözleşmeler genel işlem koşulu içeren sözleşmelere birer örnektir. İşçilerin imzaladıkları iş sözleşmeleri, üretici veya ithalatçı firmanın bayileri ile imzaladığı sözleşmeler, büfelerde veya kırtasiyelerde satılan formüle şekilde basılan kira sözleşmeleri ve benzeri sözleşmeler de bu niteliktedir.

Sözleşmenin kuruluşunu hızlandırması ve basitleştirmesi[155], tüm tüketicilerle aynı sözleşmenin imzalanması, sonucunda tüketiciler arasında eşitliğin sağlanması ile tüketicinin diğer tüketicilerin yaptığı sözleşme hükümleri ile aynı hükümlere tabi olduğunu düşünerek psikolojik olarak rahatlaması tüketici açısından GİK'in

[152] AKİPEK, 1999, s.224; EREN, 2013, 214; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004, s.158; OĞUZ, 1998, S.1, s. 25.
[153] YÜCE, 2012, s. 188.
[154] "Karşı tarafın sözleşme şartlarını kabul etmesine 'üstlenme sözleşmesi' de denir" (EREN, 2013, s. 217).
[155] ANTALYA, 2012, s. 285.

yararlarıdır. Pazarlığı önleyerek zaman kazandırmak[156] belirli ticaret kollarında yeknesaklığı ve gelişmeyi sağlamak gibi faydaları bulunsa da zayıf ve ihtiyaç sahibi durumunda olan tüketiciyi "*ya kabul et ya da mukaveleden vazgeç"* diktası ile karşı karşıya bırakması ve böylece sözleşme serbestîsinin yerini adeta sözleşme bağımlılığına bırakması bu şartların tehlikeli nitelikleridir[157].

Doktrinde bazı yazarlar[158] genel işlem koşullarının tarifini yaparken bunları kullanan kişinin hazırladığı şartlar olarak ifade etmektedirler. Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinin 1. fıkrasında GİK için "*düzenleyenin tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu*" ibaresi kullanılmıştır. TKHK'nın 6. maddesinde ise bunlar için isabetli olarak satıcı veya sağlayıcının *"sözleşmeye koyduğu*" şartlar ibaresi kullanılmaktaydı. Genel işlem koşullarını, kullananın hazırladığı koşullar olarak tanımlamak, bu koşulların genelde kullanandan ziyade üçüncü kişi ya da mesleki birlik tarafından hazırlandığı gerçeği karşısında, birtakım genel işlem koşullarının sırf bu nedenle denetim dışı kalmasına yol açacağı ve bunun da amaca uygun bir netice olmayacağı yönüyle eleştirilmektedir[159]. 6502 sayılı TKHK'nın 5. maddesiyle yerinde bir ifadeyle "*dahil edilen*" ibaresi kullanılmıştır.

Kitle halinde malların üretimi ve dağıtımının, kitlelere mal ve hizmet sunan büyük teşebbüslerin gelişmesiyle, bu kurumların tek taraflı, kendilerinin yahut mensuplarının yararlarını korumak için tespit ettikleri genel işlem koşulunu içeren sözleşmeler ile sorumluluktan kurtulmaya, yetkili mahkemeye, hak düşürücü sürelere veya davranışlara, sözleşmenin sona erdirilmesine, kısmî ödemelerin muacceliyet

[156] EREN, 2013, s. 215.
[157] POROY, 1978, s. 532.
[158] AKMAN, 1976, s.87; BAHTİYAR, Mehmet, "Genel İşlem Şartlarına Karşı Tüketicinin Korunması", YD. S. 1-2 Ocak-Nisan, 1996, s.79; GÜLTEKİN, 1999, s.20; OZANOĞLU, Hasan Seçkin, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara, 1999, s.201; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1993, s. 155.
[159] YAVUZ, 2007, s. 34.

kazanmasına, masrafların ve vergilerin yüklenmesine ilişkin çeşitli şartlar koydukları görülmektedir[160]. Bu konuda, bankacılık uygulamasından alınan şu örnek, durum hakkında bir fikir verebilir: Bilindiği üzere, hukukumuzda, icap (öneri), kabul, takas, fesih (bozma) gibi karşı tarafa yöneltilen irade açıklamalarında, hakim görüşe göre, "varma" esastır. Ancak, Borçlar Hukuku kurallarının çok büyük bir bölümü gibi, bu ilkenin tersinin kararlaştırılmasına da bir engel yoktur. Gerek Türk bankalarının gerekse yabancı bankaların Türkiye şubelerinin bankacılık işlemlerinde kullandıkları genel işlem koşullarında, bunun yerine, tamamen bankanın lehine olmak üzere, banka tarafından yapılan bildirimlerde bunun postaya verildiği (gönderildiği) anın, müşterinin bankaya karşı yapacağı bildirimlerde ise, bankanın bildirimi içeren yazıyı okuyup öğrendiği anın esas alındığı görülmektedir[161]. Benzer durumlarda hukukun, bozulan bu denge için tüketiciyi koruması gerekmektedir. Ekonomik bakımdan güçsüz ve örgütlenememiş olan tüketicilerin, bu şekilde sözleşme şartlarının onlar lehine yorumlanması veya hükümsüz sayılması suretiyle korunması yolunda Alman ve İsviçre mahkemeleri büyük ilerlemeler göstermektedir[162].

II-Genel İşlem Koşullarının Özellikleri (TBK'ya Göre)

A-Genel ve Soyut Olma

Genel işlem koşulları tıpkı yasa hükümleri gibi genel ve soyut bir şekilde hazırlanır[163]. Bu koşulların genel nitelikte olmaları belirli bir sözleşme tarafı göz önüne alınmadan belli kişi veya gruplar düşünülmeden hazırlanmış olmaları

[160] TANDOĞAN, Haluk, "Yürürlüğe Girişinin 50. Yılında Türk Borçlar Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü *(Batider)* Yayınları, Ankara, 1976, C. VIII, S. 4, s.24-25 (Tandoğan - Makale).
[161] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, 2010, s. 227.
[162] TANDOĞAN (Makale), 1976, s. 26.
[163] EREN, 2013, s. 219.

anlamına gelir[164]. Örneğin bir bankanın kullandığı kredi genel şartları[165] bu niteliktedir. Çünkü banka bu şartları sadece belirli bir sözleşme ilişkisini düzenlemek için değil, ilerde bu türden yapacağı tüm sözleşmelerde kullanmak üzere hazırlamakta ve hazırlatmaktadır[166]. Soyut nitelikte olması ise genel işlem koşullarının düzenlenme aşamasında zaman ve yer bakımından tamamen belirsiz bir sözleşmeye yönelik olmalarını ifade eder. Ancak genel ve soyut nitelikte olma objektif olma anlamına gelmez. Çünkü çoğu zaman bu şartlar hazırlayan veya kullanan lehine hükümler içermektedir.

B-Müzakere Edilmemiş Olma

Genel işlem koşulları, ekonomik olarak daha güçlü olan tarafça önceden tek yanlı olarak hazırlanıp tek taraflı olarak belirlenir ve bu koşullar tüketiciyle müzakere edilmez[167]. Sözleşme hükümleri taraflar arasında müzakere edilmişse, teker teker pazarlık konusu yapılmışsa ve muhatap içeriğine etki etme imkânı bulmuşsa artık genel işlem şartlarından bahsedilemez[168].

[164] SOYER, M. Polat, Genel İş Koşullan, İZMİR, 1987, s. 30; OĞUZ, 2000, s.511; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004, s.158.

[165] "Banka kredi sözleşmeleri, genel şartlar ve özel şartlar adı altında iki ayrı bölümden oluşur. Özel şartlar kısmında, verilen kredinin miktarı, nerede kullanılacağı, faiz oranı ve geri ödeme süresi gibi hususlar belirlenir. Bu şartlarda anlaşıldıktan sonra*, sözleşmenin kurulması*, kredi alanın, bankaca daha önceden ayrıntılı olarak hazırlanan ve bankayı koruyan genel şartları da kabul etmesine bağlıdır" (REİSOĞLU, 2013, s. 71); Aynı konuda bkz. EREN, 2013, s. 217.

[166] OĞUZ, 2000, s. 511.

[167] AKİPEK,1999, s.224; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004, s. 159.

[168] ATAMER, 2001, s.61; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1993, s.158; REİSOĞLU, 2013, s. 73.

C-Çok Sayıda Sözleşmede Kullanılmak Üzere Hazırlanma

Genel işlem koşulları, bir sözleşmenin içeriğinin oluşturmak[169] için ve ileride aynı türdeki çok sayıda sözleşmede[170] kullanılmak üzere hazırlanırlar. GİK'in fiilen tek bir defa kullanılmış olması bunların bu niteliğini ortadan kaldırmaz[171]. Öte yandan bu amaçla hazırlanan metin bir kere kullanılmış olsa dahi genel işlem koşulu sayılması gerekecektir, aksi bir yorum GİK'in uygulama alanını daraltacak ve normun koruma amacına uygun düşmeyecektir[172]. Şu halde satıcı veya sağlayıcı bir defa kullanmış olsa bile daha önceden hazırlanan şartlara dayanıyorsa, GİK'in varlığını kabul etmek gerekir. Örneğin, kira sözleşmesi akdeden kişinin matbu kira sözleşmesinden faydalanmış olması durumunda da GİK kullanılması kabul edilecektir. Buna rağmen doktrinde bazı yazarlar, yazılı ve basılı olmasına karşın, tarafların ilerde çok sayıda kira sözleşmesi yapma amaçları olmadığı ve bu koşullar taraflardan birisince önceden hazırlanmış olmadığı için kira sözleşmesinde yer alan hükümlerin genel işlem koşulları olmadığını ileri sürmektedirler[173]. Oysa matbu kira sözleşmeleri üçüncü kişiler tarafından ve ilerde yapılacak çok sayıdaki sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanırlar. Bunların ille de kullanan tarafından hazırlanmış

---

[169] ATAMER, Yeşim, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK md.6 ve TTK md.55, F.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu- Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (*Batider*) Yayınları, Ankara, 2011, s.13.

[170] YENİOCAK, 2013, s. 51; BAŞ, Ece, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013, s.286; ÇINAR'a göre, 4077 sayılı TKHK 6. maddesi kapsamında bir genel işlem şartının birden çok sözleşmede kullanılmak üzere düzenlenmiş olmasına gerek yoktur (ÇINAR, 2009, s.27).

[171] REİSOĞLU'na göre GİK ilerde yapılacak çok sayıdaki sözleşmenin içeriğini oluşturmak amacına yönelik değilse ve tek bir sözleşme kurma amacıyla tek taraflı olarak da hazırlansa artık GİK olma niteliğinden söz edilemez (REİSOĞLU, 2013, s.72); Benzer görüş için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, 2013, s.166; AKİPEK ÖCAL, Sempozyum, 2013, s.58.

[172] BAŞ, 2013, s.286.

[173] YAVUZ, Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt 1, (Madde 1-338), Ankara, 2013, s. 267; AKMAN, 1976, s.87; BAHTİYAR, 1996, s.79; GÜLTEKİN, 1999, s.20; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, 1993, s.156.

olması da gerekmez[174]. Bu nedenle bu görüşe katılmak mümkün görülmemektedir[175].

GİK'in varlığından bahsedebilmek için bunların ya sözleşme kurulmadan yazıya dökülmüş olması ya da en azından işletme tarafından yazılı olmadan belirlenmiş olması gerekir. Yazıya dökme el yazısı, daktilo, bilgisayar çıktısı yolu ile koşulların kaleme alınması ve müşteriye bir nüshasının verilmesi şeklinde veya sözleşme mekânına asılmak suretiyle gerçekleştirilebilir. Yazılı olmayan GİK'in varlığından bahsedebilmek için bunların GİK kullananın kafasında şekillenmiş olması ve örneğin onun tarafından tüm temsilcilerine bu şartın ezberletilerek ileride yapılacak sözleşmede müşteriye sözlü olarak kabul ettirilmesinin tembihlenmiş olması gereklidir ki hiç kuşkusuz bu durumla çok nadir karşılaşılacaktır[176].

D-Sözleşmenin Kurulmasından Önce Tek Taraflı Hazırlanmış Olma

Genel işlem koşulları, sözleşmenin kurulması sırasında değil ve fakat sözleşmenin kurulmasından önce belirlenmektedir. Genel işlem koşulları, önceden satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından hazırlanmış olabileceği gibi bir meslek kuruluşu tarafından veya üçüncü bir kişi tarafından da hazırlanmış olabilir[177]. Önemli olan genel işlem koşullarını kimin hazırladığı değildir, önemli olan muhatabın bu koşulların hazırlanması sırasında herhangi bir katılımının olmamasıdır[178]. Genel koşulların ayrı bir kısımda belirtilmeden sözleşme metnine

---

[174] HAVUTÇU, 2003, s.76; Aksi görüş için bkz. AKİPEK, 1999, s.224; BATTAL, Ahmet, Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2001, s.182 (BATTAL-Banka).

[175] YAVUZ, 2007, s.37; ARIKAN, Mustafa, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3-4 Haziran 2011, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Sempozyum III, İstanbul, 2011, s.69

[176] ATAMER, 2001, s. 65; KARTAL, 2008, s. 53.

[177] AKİPEK, 1999, s.224; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004, s.159; GÜMÜŞ, 2014, s.52.

[178] DERYAL, Yahya, "Tüketici Kredilerinde Haksız Şart Örnekleri ve 6502 Sayılı Kanunla Getirilen Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi", Terazi Hukuk Dergisi, Seçkin Yayınları, Cilt 9, Sayı 89,

alınmış olması, kapsamının çok veya az olması, farklı dillerde kaleme alınmış olması[179], makine veya el yazısı ile yazılmış olması, basılı olması veya basılı metne el yazısı ile eklenmiş olması sözleşmenin adi, yazılı veya resmi şekilde yapılmış olması fark etmemektedir[180]. Kanun, tüzük ve yönetmelik ile getirilen koşulların sözleşmenin bir tarafınca hazırlanmamış olmaları nedeniyle bunlar hakkında GİK'lere ilişkin hükümler uygulanamaz[181].

E-Sözleşmenin Kurulması Sırasında Bunlara Dayanılması

Bu koşullar ekonomik olarak güçlü olan tarafın arzusu ile önceden hazırlanan kuralların sözleşmeye dâhil edilmesini, bu koşulları sözleşmenin içeriği haline getirmek istemesini ifade etmektedir. GİK'in sözleşmeye alınmasını satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin bağlı olduğu meslek kuruluşunun sağlaması ya da önermesi ile üçüncü bir kişinin önermesi arasında bir fark da bulunmamaktadır. Aynı şekilde, 93/13 sayılı AB Direktifi'nde de genel işlem koşullarının bizzat satıcı, sağlayıcı veya kredi veren ya da 3. kişi tarafından hazırlanmış olması arasında bir fark olmayacağı belirtilmiştir[182]. Nitekim madde içeriğinde de açıkça "*hazırlama"* ifadesi kullanılmamış, sözleşmeye konulmaktan söz edilmiş ve bu ifade doktrinde de kabul edildiği üzere yerinde olmuştur[183]. Yine Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinde de, GİK'in sözleşme metninde veya sözleşmenin ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şeklinin önemli olmayacağı açıkça belirtilmiştir. Muhatap, çoğu zaman ekonomik açıdan zayıf olma, zaman darlığı, bilgi eksikliği, okuma zorluğu gibi

---

Ocak 2014, s. 59.
[179] KILIÇOĞLU, 2013, s. 116.
[180] BAŞ, 2013, s.280; TANDOĞAN, 1977, s. 30.
[181] KILIÇOĞLU, 2013, s. 117.
[182] DEUTSCH (Çev. HAVUTÇU), 1997, s. 264.
[183] ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004, s. 160.

nedenlerle bunların sözleşmeye dâhil edilmesine bir müdahalede bulunamaz. Satıcı veya sağlayıcı, GİK içeren bir sözleşme koşulunun münferit olarak tartışıldığını iddia ediyorsa bunu ispat yükü ona aittir. Muhatabın tüm GİK'i içeren sayfalar için imza attığını, genel işlem koşullarını okuması gerektiği konusunda uyardığını ya da okuduğuna dair genel bir imza attığını ileri sürerek ispat yükünü yerine getirmiş sayılmamalıdır. Bireysel görüşmenin varlığını kabul edebilmek için yasanın düzenleyici hükümlerinden sapan koşulların özü muhataba sunulmalı ve bunlarda müzakereye açık olunduğu ciddi biçimde ortaya konulmalıdır[184].

III-Genel İşlem Koşullarının Yararları ve Sakıncaları

A-Genel İşlem Koşullarının Yararları

Genel işlem koşulları satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin genellikle yararına olup, satıcı, sağlayıcı veya kredi veren, lehine olduğunu bildiği için bunların sözleşme içeriği haline gelmesini istemektedir. Hatta satıcı, sağlayıcı veya kredi veren bu koşulların sözleşme içeriği haline getirilmesine muhatabın itiraz etmesi halinde muhatabı sözleşme yapmama tehdidi ile karşı karşıya bırakmaktadır. Hatta denebilir ki, genel işlem koşulları kullanımı çoğu halde sözleşme özgürlüğünü ortadan kaldırmakta bunun yerine satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin istediği koşulları karşı tarafa dayatması özgürlüğüne yol açabilmektedir.

Genel işlem koşullarının satıcı, sağlayıcı veya kredi veren (kullanan) açısından yararları, pazarlığı önleyerek sözleşmenin kuruluşunu çabuklaştırması ve bu suretle zaman kaybını önlemesi, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin aynı türdeki sözleşmeler için her defasında yeniden sözleşme kurmasını ortadan kaldırması,

[184] ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004, s. 161.

zamanla biriken tecrübeye dayandığından ve mevzuattaki eksikliklere göre hazırlanması nedeniyle hukuki belirsizliği ortadan kaldırması ile psikolojik bir baskı altında olmadan ileride ortaya çıkması muhtemel her türlü rizikoyu en baştan öngörerek bunları GİK içine alarak bu şekilde kendisini önceden garanti etmesi sayılabilir[185].

Bazı iş alanlarında aynı veya benzer sorunların ortaya çıkacağı dolayısıyla genel işlem koşullarının yeknesaklığı ve gelişmeyi sağlayacağı ileri sürülmüşse de[186] belirli iş kollarında aynı genel işlem koşullarının kullanılmasının, önceden idari denetime tabi tutulmaması halinde bunların sözleşmenin karşı tarafının zaten sınırlı olan sözleşme özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırıcı nitelikte olacağı, bir nevi "kelepçeleme"[187] durumunun söz konusu olacağı, bu nedenle bunun yarardan ziyade sakınca olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür[188].

Sözleşmenin kuruluşunu hızlandırması, basitleştirmesi ve hukuki belirsizliği gidererek güvenliği sağlaması genel işlem koşullarının aynı zamanda muhatap lehine de olan yararlarıdır. GİK içeren sözleşmeler birden çok sözleşmede kullanılma amacıyla düzenlendiklerinden muhatap açısından öngörülebilir bir nitelik de taşımaktadırlar. Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tüm taraflarla aynı GİK içeren sözleşmeler imzalaması nedeniyle taraflar arası eşitlik sağlanmış[189] ve muhatap, diğerlerinin de aynı şartlarla malı satın aldığını, hizmetten faydalandığını veya

[185] YELMEN, Adem, Türk Borçlar Kanuna Göre Genel İşlem Şartları, Ankara, 2014, s. 62; İNAL, 2014, s. 50.
[186] SOYER, 1987, s. 48.
[187] "Kelepçeleme sözleşmelerinde karşı taraf, yapmış olduğu sözleşme ile ekonomik hürriyetinin aşırı derecede sınırlanmasına sebebiyet verir. Ayrıca kullanana bağımlı, adeta onun bir uydusu haline gelir". Kelepçeleme sözleşmeleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. BAŞPINAR, Veysel, "Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri", Ankara Barosu Dergisi (ABD), 1999, S.1, s. 17 vd.
[188] YELMEN, 2014, s. 67.
[189] ANTALYA, 2012, s. 286.

krediyi edindiğini düşünerek bir nevi psikolojik rahatlama hissedebilmektedir[190].

GİK kullanan satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin, yer vereceği sorumsuzluk kaydı ile rizikoları muhataba yüklemesi nedeniyle bunu fiyatlara yansıtacağı, bu şekilde fiyatların düşeceği de GİK'in muhatap lehine olan yararı olarak ileri sürülmekle birlikte, GİK içinde yer verilen sorumsuzluk kayıtları, fiyatları belirleyen birçok faktörden yalnız biri olup, sorumsuzluk kayıtları ile fiyatların düşmesi olgusu arasındaki illiyet bağının tespiti de kolay değildir[191].

B-Genel İşlem Koşullarının Sakıncaları

Genel işlem koşulları ticari hayatı çabuklaştırıp kolaylaştırsa da hem kullanan hem de muhatap açısından önemli sakıncaları da beraberinde getirmektedir[192]. Genel işlem koşullarının kullanan aleyhine olan sakıncalarından en önemlisi TBK 21. maddesi uyarınca muhataba bilgi verilip GİK içeriği hakkında öğrenme imkânı sağlanmaması halinde ilgili GİK'in yazılmamış sayılması, aynı şekilde diğer hükümlerin ise geçerliliğini korumaya devam etmesi riskidir. Yine GİK'i kullanan, bu durumda geçersiz sayılan hükümler olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağına dair bir itirazda bulunma hakkını da kaybetmektedir. Bireysel bir sözleşme içinde itiraz edilemeyecek olan hafif kusur için konulmuş olan sorumsuzluk kaydı GİK içinde yer alması halinde denetlenebilir ve batıl sayılabilmektedir. Nihayet TBK 23. maddesiyle genel işlem koşullarında yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi halinde kullananın aleyhine ve karşı taraf lehine

[190] İNAL, 2002, s. 134.
[191] AKMAN, 1976, s. 91.
[192] AKİPEK, 1999, s. 225.

yorum yapılmaktadır[193].

Genel işlem koşullarının muhatap açısından ise önde gelen sakıncalarından biri, muhatabın içeriğine etki etme imkânı bulamadığı şartlarla satıcı, sağlayıcı veya kredi veren, ilerde doğması muhtemel tüm rizikoları muhatabın üzerine bırakmakta, tarafların çıkarlarını adil ve hakkaniyete uygun bir şekilde dengeleme amacına matuf olarak düzenlenmiş olan tamamlayıcı hukuk kurallarını sürekli bir biçimde ortadan kaldırmaktadır[194]. Böyle bir uygulamanın ise sözleşmenin karşı tarafını haksız olarak dengesiz bir konuma sokacağı açıktır.

Yine, genel işlem koşullarının kullanıldığı GİK içeren sözleşmelerde sözleşme özgürlüğü adeta ortadan kalkmakta, bu özgürlük satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tek taraflı özgürlüğüne dönüşmekte olup sözleşme, müzakereler, pazarlıklar ve karşılıklı ödünler neticesinde kurulmamakta ve daha da önemlisi karşı tarafın iradesi sözleşmeye neredeyse hiç yansımamaktadır. Sözleşme tamamen satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin muhataba sunduğu ve muhatabın çoğu zaman pazarlık konusu yapamadığı ve içeriğine etki edemediği genel işlem şartları ile birlikte kurulmakta, muhatap, bu şartları kabul etmediği hallerde ise sözleşmenin kurulmaması ve dolayısıyla ihtiyaç duyulan mal, hizmet veya krediden vazgeçilmesi şeklinde bir sonuçla karşılaşılmaktadır[195]. Dolayısıyla muhatap zayıf pozisyonda olduğu için bu ikinci alternatifi çoğu halde tercih etmemekte ve mecburen sözleşme koşullarını kabul etmektedir.

[193] YELMEN, 2014, s. 64.
[194] OZANOĞLU, 1999, s.204; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1993, s. 160.
[195] OZANOĞLU, 1999, s.202; YELMEN, 2014, s. 65; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1993, s. 155.

Genel işlem koşullarının kanunlardaki boşluğu doldurduğu ve bu şekilde bir uzmanlaşmayı getirdiği şeklinde bir yararı olduğu ileri sürülmüşse de[196], bu uzmanlaşmanın zamanla bir takım sakıncaları da beraberinde getirdiği, yarar bir yana mücadele edilmesi gereken, önlem alınması gereken ve çağdaş toplumun değer yargıları ile bağdaşmayan bir olgu olduğu da ifade edilmiştir[197]. Genel işlem koşullarının yukarıda saydığımız sakıncaları nedeniyle bu görüşe katılmamak mümkün değildir; ancak tüm GİK'i aynı kefeye koymak da doğru değildir. Sözleşme özgürlüğünü engellediği gerekçesiyle GİK'i peşinen yasaklamak, kullanılmasını önlemek doğru bir yaklaşım olmadığı gibi, böyle bir yaklaşım ticari hayatın gereklerine de uygun düşmemektedir[198].

§5- HAKSIZ ŞART KAVRAMI

I-Genel Olarak Haksız Şart Kavramı ve Haksız Şartın Unsurları

Haksız şart, *"satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek şekilde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşullarıdır"* (4077 sayılı TKHK md. 6). Kanundaki bu tanım neredeyse 93/13 nolu AB Direktifi'nin[199] 3. maddesinden aynen alınmıştır[200]. Buna göre satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sorumluluğunu tek taraflı

[196] GÜLTEKİN, 1999, s. 23.
[197] İNAL, 2002, s.144; TEKİNALP, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul, 2009, s.374 vd.
[198] HAVUTÇU, 2003, s. 39.
[199] "Direktif, güçlü pazar konumları itibarıyla müteşebbislerin, tüketicilerin zayıflıklarından keyfi olarak yararlanmalarını, onları sömürmelerini önlemek istemektedir. Direktifin 1. paragrafının 1. fıkrasına göre, içerik denetiminin konusu tüketici ile müteşebbis arasında yapılan sözleşmelerdeki (tüketici sözleşmelerindeki) dürüst olmayan şartlardır" (DEUTSCH, Erwin, Çev. HAVUTÇU, 1997, s. 261).
[200] ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004 s. 157.

olarak daraltan veya ortadan kaldıran, yükümlülüklerin dağılımında önemli ve haksız bir orantısızlık oluşturan, tüketiciye ağır cezai şart öngören ve dürüstlük kuralına[201] aykırı olan hükümler haksız şarttır. *Kısacası haksız şartın tüketiciyi bağlamaması koşulları*[202] *olarak; ortada GİK içeren bir sözleşme olması, bu sözleşmede genel işlem şartlarının bulunması ve genel işlem şartlarının tüketici aleyhine haksız şart içermesi* gerekmektedir. Ancak kanun ve yönetmelikte bir kaydın haksız şart olarak değerlendirilmesi için *"önemli ve haksız orantısızlık"* koşulu aranmamıştır. Bundan dolayı Türk hukuku açısından tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konan ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak tüketici aleyhine orantısızlık meydana getiren her kayıt, haksız şart niteliğinde olacaktır[203]. Oysa hukuki olmaktan ziyade ekonomik bir terim olan "orantısızlık" ölçütü kullanılabilse tüketici işlemlerinde tüketicinin karşısında bulunan tarafın pozisyonu yani güç ilişkisi göz önünde bulundurularak kullanılan koşulların haksızlığı daha açık bir biçimde belirlenebilecektir[204].

Haksız şartların düzenlendiği 4077 sayılı TKHK'nın 6. maddesinin 1.fıkrasına göre haksız şartların sadece "satıcı veya sağlayıcı" tarafından konulabileceği şeklinde hatalı ve noksan bir tanımlamaya yer verilmişti[205]. Kanunda yer verilen bu tanımda sadece satıcı ve sağlayıcının zikredilmiş olması buna karşılık "kredi veren"in belirtilmemiş olması kanunun getirdiği korumanın kapsamını daraltıcı niteliktedir. Buradaki noksanlığın unutkanlık sonucu olduğu ve tüketicinin kredi verenle yaptığı sözleşmelerin de tüketici işlemi sayılması ve bu işlemlerdeki hükümlerin de denetime tabi tutulması gerektiği açıktır. Nitekim 13 Haziran 2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar

[201] ÇINAR, 2009, s. 23.
[202] ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004, s. 158.
[203] ÇINAR, 2009, s. 24-145; İNAL, 2014, s. 33.
[204] ÇINAR, 2009, s. 32.
[205] ÇINAR, 2009, s. 22.

Hakkında Yönetmelikte[206] kanundaki bu noksanlık giderilmeye çalışılmış, "satıcı" ve "sağlayıcı" nın yanında "kredi veren" de zikredilmiştir. Ancak amacı kanunun uygulanması olan yönetmelikte bu şekilde kanunun kapsamının genişletilmesinin doğru olmadığı ve yönetmeliğin bu yönden kanuna aykırılığı ileri sürülerek iptalinin istenebileceği kanaatinde olan yazarlar bulunmaktadır[207]. Nihayetinde yeni yürürlüğe 6502 sayılı TKHK'nın 5(1). maddesinde ise haksız şart şu şekilde tanımlanmıştır*:"Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır".* Görüldüğü gibi, yeni düzenlemede yukarıda değinilen noksanlık giderilmiş, iyiniyet ölçütü yerine de Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlemeler de dikkate alındığında daha doğru bir ifadeyle dürüstlük ibaresi kullanılmıştır[208].

Öte yandan kanun koyucunun "haksız şart" ifadesini kullanmış olması da isabetli değildir. Bu kavram teknik bir kavram olmadığı gibi teknik terimlerle de karıştırılabilir niteliktedir. Bunun yerine "gayri adil sözleşme hükümleri" ya da "haksız sözleşme hükümleri" ifadelerinden birisi amaca daha uygun ve daha teknik bir kavram olurdu[209].

II-Bireysel (Ferdi) Sözleşme - Standart (Genel İşlem Koşulu (GİK) İçeren) Sözleşme Ayrımı

Bir sözleşmenin bireysel sözleşme veya GİK içeren sözleşme olması, bu sözleşmede yer alan hükümlerin tüketici ile müzakere edilip edilmediğinin tespitinde önem taşır. Türk hukuku bireysel sözleşme modeli üzerine kurulu olup, sözleşme denilince

[206] Yönetmelik için bkz. www.sanayi.gov.tr.
[207] YAVUZ, 2007, s. 26; ÇINAR, 2009, s. 23.
[208] ASLAN, 2014, s. 317.
[209] YAVUZ, 2007, s. 26.

akla ilk gelen ferdi sözleşmedir. Buna göre, ferdi sözleşmelerde sözleşmenin içeriği, sözleşmeyi yapan tarafların müzakeresi ve pazarlık yoluyla (icap-öneri), karşı icap (öneri), kabul vs.) belirlenmekte, taraf iradeleri uyuşuncaya kadar her nokta üzerinde müzakere ve pazarlıklar yapılmakta, taraf iradeleri birbirine uygun olduğunda ise sözleşme kurulmaktadır[210].

Ferdi sözleşmelerin karşıtı olarak da ifade edilebilecek olan standart (GİK içeren) sözleşmeler ise, içeriğini kısmen[211] veya tamamen genel işlem koşullarının oluşturduğu, karşılıklı görüşme ve pazarlık sonucu kurulmayan aksine önceden hazırlanmış hükümlerin kullanıldığı ve müzakere konusu dahi yapılmayan sözleşmeleri ifade etmektedir[212]. Standart sözleşme, genel işlem koşullarının kullanıldığı sözleşme; genel işlem koşulları ise, bu sözleşmenin içeriğini oluşturan sözleşme hükümleridir[213].

GİK içeren sözleşmeler 16. yüzyılın ilk yarısından itibaren ticaretle uğraşanların ihtiyaçları doğrultusunda meydana gelmeye başlamış ve ilk olarak da deniz sigortası poliçesi ile taşıma sözleşmelerinde[214] kullanılmıştır. Daha sonra ise tüm sektörlerde ve giderek artan miktarlarda kullanılmaya başlanmıştır. Ancak bugüne kadar GİK içeren sözleşme kavramına İsviçre ve Türk Borçlar Kanunları'nda yer verilmediği gibi Alman Medeni Kanunu'nda da yer verilmemiştir[215]. TKHK'da, 2003 yılında yapılan değişiklik sonucu 6. maddede her ne kadar "standart sözleşme" kavramına değinilmekte ise de standart sözleşmenin tanımı yapılmamıştır. Standart sözleşmeyi satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin ileride akdedeceği çok sayıdaki sözleşme için önceden tek taraflı olarak belirlediği ve

[210] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1993, s. 154.
[211] ÇINAR, 2009, s. 49; AKİPEK'e göre, eğer taraflar, sözleşmenin hükümlerini kısmen düzenleyip, kısmen genel işlem şartlarına yollama yaparlarsa, bu tip sözleşmenin standart sözleşme şeklinde adlandırılması artık mümkün değildir (AKİPEK, 1999, s. 224).
[212] HAVUTÇU, 2003, s.12; KAPLAN, 2013, s. 74.
[213] YAVUZ, 2007, s. 27.
[214] GÜNGÖR, 2000, s. 35.
[215] BARLAS, Nami, "Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri", Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65.Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s. 809.

müzakere konusu yapmadığı hükümlerden oluşan sözleşme olarak tanımlayabiliriz[216].

Doktrinde standart sözleşmeyi ifade etmek üzere "kitlesel sözleşme"[217], "kitle sözleşme"[218], "tip sözleşme"[219], "formüler sözleşme"[220] , "çerçeve sözleşme"[221] ve "iltihakı sözleşme"[222], "katılım sözleşmesi"[223], "numune sözleşme"[224] kavramları da kullanılmaktadır.

Doktrinde hatalı olarak genel işlem şartları (koşulları) ile standart sözleşme kavramları eş anlamlı addedilmekte[225] ve bu farklı iki kavram birbiri yerine kullanılmaktadır. Oysa genel işlem koşulları kavramı ile standart sözleşme kavramları farklı[226] kavramlardır. Standart sözleşme, müzakere ve pazarlık ile kurulmayan sözleşmeleri, genel işlem koşulları ise bu sözleşmelerin kısmen veya tamamen içeriğini

---

[216] ÇINAR, 2009, s. 49.
[217] BATTAL, 2001, s. 182 (BATTAL-Banka); ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004, s.158.
[218] ÖZEL, 1999, s. 53.
[219] DERYAL, 2004, s. 58; GÜNGÖR, 2000, s.37; TANDOĞAN, 1977, s. 24.
[220] OZANOĞLU, 1999, s.203; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,1993, s. 155.
[221] BARLAS, 1999, s.807; AYDOĞDU, Murat, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 13, Sayı: 2, 2011, s. 6 (Basım Yılı: 2013), (web.deu.edu.tr/murataydoğdupdf).
[222] İNAL, 2002, s.137.
[223] REİSOĞLU, 2013, s. 71.
[224] KAPLAN, 2012, s. 71.
[225] BAHTİYAR, 1996, s.78; GÜLTEKİN, Mehmet Ruşen, Tüketicinin Korunması Açısından Tüketici Kredileri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1999, s.19; ANTALYA, 2012, s. 285.
[226] BARLAS, 1999, s.811; HAVUTÇU, 2003, s. 13; İNAL, 2002, s.137; KAPLAN, İbrahim, Banka Sözleşmeleri Hukuku, Cilt 1. Ankara, 1996, s.12 (Banka Sözleşmeleri); AKİPEK'e göre, Eğer taraflar, sözleşmenin hükümlerini kısmen düzenleyip, kısmen genel işlem şartlarına yollama yapmışlarsa, bu tip sözleşmenin iltihakî sözleşme, diğer bir ifade ile standart sözleşme şeklinde adlandırılması artık mümkün değildir. Standart sözleşme uygulaması, özellikle kara, deniz ve hava yolları şirketleri ile yapılan taşıma sözleşmelerinde görülmektedir. Ayrıca banka sözleşmelerinden bazıları da banka standart sözleşmesi şeklinde akdedilmektedir (AKİPEK, 1999, s. 224); Benzer görüş için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, 2013, s. 26 vd; "Genel işlem şartları ile standart sözleşmeler arasındaki en önemli fark, standart sözleşmelerin sözleşmeyi hazırlayanın karşısında yer alan diğer sözleşen tarafından kabul edilmesi ile kuruluyor olmasıdır. Oysa genel işlem şartlarının sadece kabulü ile taraflar arasında bir borç ilişkisi doğmaz, dolayısı ile salt kabul genel işlem şartlarının bağlayıcılığı için yeterli değildir" (KOCA, Güneş, TKHK Açısından Abonelik Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004, s.54, dipnot 144'ten naklen); ATAMER'e göre, "Standart sözleşme", genel işlem şartları kullanılarak akdedilen sözleşmeyi bir bütün olarak ifade etmek için kullanılmış olan terimdir (ATAMER, 2001, s.7).

oluşturan ve pazarlık konusu yapılmamış hükümlerini ifade eder[227]. Tarafların sözleşme hükümlerini kısmen düzenleyip kalan kısım için genel işlem koşullarına yollama yapmaları halinde standart sözleşmeden bahsedilmeyeceği ileri sürülmektedir[228].

Standart (GİK içeren) sözleşme ile iltihakî sözleşme kavramları da birbiriyle karıştırılmaktadır[229]. İltihakî sözleşme terimi, daha çok hukuki veya fiili bir tekele, devlet tarafından verilen bir imtiyaza dayanarak topluma kamu hizmeti niteliğinde sayılan, konusu su, elektrik, doğalgaz gibi hizmetlerin verilmesine ilişkin olan ve bu hizmetleri sağlayan kişi veya kurumların hizmetten faydalanmak için kendilerine başvuran herkesle sözleşme yapmak zorunda oldukları sözleşmeleri ifade etmek için kullanılmaktadır[230]. İltihakî sözleşmelerde yer alan şartlar ile genel işlem şartlarının hiçbir farkı yoktur, iltihaki sözleşmelerde de, standart sözleşmelerde olduğu gibi sözleşmenin içeriği genel işlem koşullarından meydana gelmektedir. Genelde iltihaki sözleşmenin konusunu teşkil eden mal veya hizmet tekel konumundaki bir kurum tarafından sağlandığından ve tüketicinin bu kurum dışında başka bir kişi veya kurumla sözleşme yapma bir başka deyişle sözleşmenin karşı tarafını seçme imkânı olmadığı için iltihaki sözleşmelerde, sözleşme özgürlüğü tüketici açısından minimum düzeydedir[231]. Mesela, internet aracılığı ile kurulan sözleşmelerden, özellikle web sayfası üzerinden kurulan sözleşmeler, iltihaki sözleşme özelliği taşımaktadır ve bu sözleşmeye tüketicinin müdahil olma şansı yok denecek kadar azdır. Bu nedenle iltihakî sözleşmelerdeki koşullar da genel işlem koşulları gibi değerlendirilmelidir. Öte

[227] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1993, s. 155.
[228] AKİPEK, 1999, s.224; İNAL, 2014, s. 48.
[229] AKİPEK'e göre her iki kavram aynı anlama gelmektedir (AKİPEK, 1999, s. 224); ASLAN'a göre ise, standart sözleşme kavramı, iltihakî sözleşme kavramını da içeren üst bir kavramdır. GİK ise sözleşmeye ayrıca dâhil edilmesinin gerekmesi ve sözleşmenin bir kısmını oluşturması yönüyle diğer iki kavramdan da ayrılır (ASLAN, 2014, s.310, dipnot 10'dan naklen).
[230] ATAMER, 2001, s. 7.
[231] İNAL, 2014, s. 47; ATAMER, iltihaki sözleşmede yer alan hükümlerin GİK olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. ATAMER, 2001, s. 63.

yandan standart sözleşme kavramı, iltihakî sözleşme kavramını da içeren üst kavramdır[232]. Bu nedenle iltihakî sözleşme de dâhil bu sözleşmeleri ifade etmek için "standart sözleşme" kavramı kullanılmaktadır[233].

A-Bireysel (Ferdi) Sözleşmelerde Yer Alan Haksız Şartlar

Her ne kadar ferdi sözleşmelerde sözleşme içeriği, sözleşmeyi yapan tarafların müzakeresi ve pazarlık yoluyla (öneri, karşı öneri, kabul vs.) belirlenmekte ve taraf iradeleri uyuşuncaya kadar her nokta üzerinde müzakere ve pazarlıklar yapılmakta ise de bazı hallerde sözleşmenin tümü veya bazı hükümleri satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tek taraflı olarak belirlenmekte, tüketici sözleşmenin içeriğine etki edememektedir. Özellikle tüketici ile edim ve karşı edimin müzakere edildiği buna karşılık diğer yan edim yükümlülüklerinin müzakere edilmediği hallerde bireysel sözleşmelerde haksız şart olarak nitelendirdiğimiz hükümlerin bulunması mümkündür. Ayrıca 4077 sayılı TKHK'nın 6. maddesine göre bir kaydın tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulduğunun kabulü için ‘‘önceden düzenlenmiş olması" yeterli görüldüğünden, önceden düzenlenmiş olmakla birlikte, genel işlem koşullarının unsurlarını taşımayan kayıtlarla ilgili olarak da aynı hükümlerin geçerli olacağı ileri sürülmektedir[234].

[232] ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004, s. 159.
[233] YAVUZ, 2007, s. 30.
[234] "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesinde, bir sözleşmenin girişimci tarafından önceden düzenlenmiş olması nedeniyle, tüketicinin sözleşmenin içeriğine etki edememiş olması, haksız şartlara ilişkin hükümlerin uygulanması için yeterli kabul edildiğinden, söz konusu sözleşmenin birden çok tüketici ile yapılmış olup olmadığının önemi yoktur" (ÇINAR, 2009, s. 27-47).

B-Standart Sözleşmelerde (Genel işlem koşulu içeren) Yer Alan Haksız Şartlar

Ferdi tüketici işlemlerinde olduğu gibi standart (GİK içeren) tüketici işlemlerinde de haksız şartlarla karşılaşmak mümkündür. GİK içeren tüketici işlemlerinde haksız şartların yer alması ferdi tüketici işlemlerinden daha fazla olmaktadır. Hatta denebilir ki GİK içeren tüketici işlemlerinin haksız şartlar ihtiva ettiği karine olarak kabul edilebilecek düzeydedir. Haksız şartların bir unsuru olan satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tek taraflı koyma ve tüketici ile müzakere etmeme hususu GİK içeren sözleşmelerde daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. Çünkü GİK içeren sözleşmelerde sözleşmenin içeriğini genel işlem koşulları ihtiva etmekte olup, tüketicinin sözleşmenin içeriğine müdahale etme, içeriği değiştirme imkânı bulunmamaktadır.

III-Genel İşlem Koşulunu Haksız Şart Haline Getiren Özellikler

Yukarıda da değinildiği üzere 6502 sayılı TKHK'nın 5(1). maddesinde haksız şart şu şekilde tanımlanmıştır: "*Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine*[235] *dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır"*. Görüldüğü gibi, burada GİK'ten farklı olarak çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanan sözleşmelerden daha geniş bir tanımlama yapılmıştır[236]. Haksız şart tanımlanırken önceden hazırlanma, çok sayıda sözleşmede

[235] "Taraflardan birisinin tüketici olmadığı sözleşmelerdeki genel işlem şartlarının sınırlandırılması TBK'nın 20-25. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Örneğin, bir banka ile konut kredisi sözleşmesi yapan tüketici, TKHK 5 vd. maddeleri göre korunurken aynı banka ile ticari kredi almak için sözleşme yapan tacir TBK 20-25. maddeleri uyarınca korunacaktır. TKHK 5 vd. maddeleri TBK'ya göre özel hüküm durumundadır" (OĞUZMAN/ÖZ, 2013, s.164); Aynı yöndeki görüş için bkz. ÖZ, 2012, s.8; EREN, 2013, s. 216.

[236] GÜMÜŞ, 2014, s. 61; AKİPEK ÖCAL, Şebnem, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Yer Alan Haksız Sözleşme Şartları İle Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel İşlem Koşullarının

kullanma şartları çıkarılmıştır. Burada kritik nokta, şartın tüketici ile müzakere edilip edilmemesi ve tüketici aleyhine dengesizlik yaratıp yaratmamasıdır[237].

TBK'nın 20. maddesi incelendiğinde haksız şartın değil, "genel işlem koşulu"nun tanımlandığı görülmektedir. Hükümde, hem genel işlem koşulunun tanımlaması yapılmış hem de genel işlem koşulu olmayı engellemek için yapılacak bazı küçük oyunların bu durumu değiştirmeyeceği de vurgulanmıştır. Buna göre; *"Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.*

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

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

Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır."

TBK'nın 20. maddesi, genel işlem koşulunu tanımlamış; ama bunların hangi durumda haksız sayılacağı ve sonuçlarını devam eden hükümlerde düzenlemiştir. Nitekim TBK 21. maddesine göre; *"Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem*

Bankacılık Sektörü Açısından Değerlendirilmesi", 2.Tüketici Hukuku Sempozyumu - Ses Çözümleri ve Makaleleri (AKİPEK-Makale), Sempozyum, Ankara, Bilge Yayınevi, 2013, s.331 vd.; ANTALYA, 2012, s. 293.

[237] ASLAN, 2014, s.315; ÇINAR, 2009, s. 26.

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

Görüldüğü gibi, TKHK ile TBK arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. TKHK önceden hazırlanmış GİK içeren sözleşmelerle ilgili olarak bir düzenleme getirmiştir. Gerçekten, TKHK 5(3). maddesine göre, önceden hazırlanmış bir GİK içeren sözleşme söz konusu ise, zaten tüketici ile tartışılmamış ve tüketici bunun içeriğini etkileyememiş kabul edilecektir[238]. Bu düzenleme esasen tüketicinin korunması mantığına da uygundur. Zira Borçlar Kanununa göre Tüketici Kanununun daha alıcı ya da tüketici lehine davranması beklenen bir durumdur.

Konsey Yönergesi'nde yer alan GİK tanımı, 6502 sayılı Kanun'da olduğu gibi, daha geniş bir alanı kapsamaktadır. Yönerge, GİK'in önceden ve çok sayıda sözleşme için düzenlenmiş olması koşullarını aramamaktadır. Buna göre, 'bir tüketici ile bir satıcı veya sağlayıcı arasında akdedilen sözleşmelerdeki haksız koşullar' yönergenin konusunu oluşturmaktadır. Yönerge, "münferiden tartışılma" kıstasını getirmiştir. Önceden yazılı olarak hazırlanmış olan sözleşme koşullarının, münferiden tartışılmadığını karine olarak kabul etmiştir[239].

Konsey Yönergesi, hangi sözleşme koşulunun haksız olduğunu, hem genel olarak tanımlamış, hem de çeşitli örnekler vermiştir. Ayrıca, bir koşulun haksızlığının tespitinde, nasıl hareket edilmesi gerektiği de Yönerge'de

[238] ASLAN, 2014, s. 316.

[239] ASLAN, 2014, s. 316; "Buradaki yazılmamış sayılma ölçütü, sözleşmedeki hükmün içeriğinden çok karşı tarafın sözleşme içeriğini kabul ederkenki durumuna ilişkindir. Karşı taraf, yeterince tek taraflı sözleşme hükmünü inceleyememiş ve ileride doğacak sonuçlarını göz önüne almadan bu şekilde sözleşmeyi imzalamışsa, yazılmamış sayılma durumu gerçekleşecektir" (OĞUZMAN/ÖZ, 2013, s. 167).

düzenlenmiştir. Yönerge'nin 3. maddesine göre, "münferiden tartışılmamış olan bir sözleşme koşulu, iyi niyet kurallarına aykırı olarak, tüketicinin zararına olacak şekilde, tarafların sözleşmeden doğan hak ve borçlarında önemli[240] bir dengesizliğe sebep olmuşsa, haksız olarak kabul edilir". Yönerge, bu şekilde genel bir tanım vermekle birlikte, Yönerge'nin sonuna bir haksız koşullar listesi eklemiştir. Bakanlık tarafından çıkarılan Yönetmelikte de haksız sözleşme şartlarının bir listesi verilmiştir[241]. Bu listede yer alan koşullar sınırlayıcı değildir, sadece örnek kabilinden sayılmıştır.

Görüldüğü gibi, aynı hususlar 5. maddede de yer almaktadır. TKHK'nın 5. maddesinin 1. fıkrasında yer alan bu tanımlamadan da anlaşılacağı gibi, bir sözleşme hükmünün haksız sayılabilmesi için, bazı koşullar aranmaktadır. Bir sözleşme koşulunun haksız sayılabilmesi için, sözleşme şartının;

— tek yanlı olarak konması (müzakere edilmeden),

— tarafların hak ve yükümlülüklerinde, tüketici aleyhine bir dengesizlik olması,

— bu durumun dürüstlük kurallarına aykırı olması aranır.

Bu üç koşul birlikte bulunduğu takdirde, ilgili sözleşme koşulu haksız sözleşme koşulu olarak kabul edilecektir[242]. Yani şart, tek yanlı olarak konulmamışsa, tüketici ile müzakere edilerek konulmuşsa, tüketici aleyhine dengesizlikler yaratsa bile, haksız sözleşme koşulu olarak kabul edilmeyecektir.

[240] "6502 sayılı kanunda da eski düzenlemeyle paralel şekilde tüketici aleyhine olan dengesizliğin 'önemli/anlamlı' olması aranmamış sadece dürüstlük kuralına aykırılık ölçütü ile yetinilmiştir" (ANTALYA, Gökhan, "6098 Sayılı TBK'nın 20-25. Maddede Yer Alan Genel İşlem Şartları ile 6502 Sayılı TKHK'nın 5. Maddesinde Yer Alan Haksız Şartların Karşılaştırılması", Terazi Hukuk Dergisi, Seçkin Yayınları, Cilt 9, Özel Sayı, Kasım 2014, s. 44; GÜMÜŞ, 2014, s. 64).
[241] ASLAN, 2014, s. 317.
[242] AKİPEK ÖCAL, Sempozyum, 2013, s. 56.

Sözleşme, tek taraflı olarak hazırlanmış bile olsa, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde tüketici aleyhine bir dengesizlik bulunmuyorsa, sözleşme koşulları yine haksız sayılmayacaktır. Hak ve yükümlülüklerdeki dengesizliğin, dürüstlük kurallarına aykırı olacak derecede olması gerekmektedir. Gerçekten bir miktar dengesizlik olsa bile, bu dengesizliklerin dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edecek derecede olmaması halinde, yine haksız sözleşme koşullarından söz edilemeyecektir. Yukarıda yer verilen, TBK'nın GİK tanımından anlaşılacağı üzere, GİK'in haksız olması zorunlu değildir. GİK'lerin karşı taraf aleyhine hükümler içermemesi durumunda, bunlara müdahale edilmesi söz konusu değildir[243]. Sonuç olarak TBK ve TKHK'daki düzenlemeler kıyaslandığında içerikleri itibariyle birbirlerine yakın kurallar taşımakla birlikte TKHK'nın "haksız şart" kavramının kapsamının TBK'daki "genel işlem koşulu" (şartı) kavramına nazaran daha geniş olduğu görülmektedir[244].

§6- TKHK'DA ÖNGÖRÜLEN HAKSIZ ŞARTLARIN ÖZELLİKLERİ

I-Sözleşme Hükmü, Satıcı, Sağlayıcı Veya Kredi Veren Tarafından Tüketici İle Müzakere Edilmeden Tek Taraflı Olarak Sözleşmeye Konulmuş Olmalıdır

Sözleşmede yer alan bir hükmün, haksız şart olarak nitelendirilebilmesi için bu hükmün, satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tek taraflı olarak sözleşmeye konulmuş olması gerekir. Hükmün haksız olarak kabul edilebilmesi için tüketici ile müzakere edilmemiş, pazarlık konusu yapılmamış ve tüketiciye sözleşme hükmünün

[243] ASLAN, 2014, s. 317.
[244] GÜMÜŞ, 2014, s. 60; AKİPEK ÖCAL, Sempozyum, 2013, s.57 vd.

içeriğine etki etme imkânı verilmemiş olmalıdır[245]. Standart sözleşmelerde yer alan GİK'in tüketici ile müzakere edilmediği karine olarak söylenebilir[246].

TBK'nın 21(1). maddesine göre*; "Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır."* Yani TBK, önceden standart olarak hazırlanmış bir sözleşmenin alıcıya anlatılması ve onun da bu koşulu ve sonuçlarını anlaması ve bu şartlar altında kabul etmesini, GİK'in haksız sayılmayarak sözleşmenin bir parçası olması olanağını kabul etmiş bulunmaktadır. 6502 sayılı TKHK'nın 5(3) hükmü[247] ise, tüketiciye standart şartın anlatılmasını ve onun kabul etmesini yeterli görmeyerek onunla müzakere edilmesini aramıştır. Müzakere etmek demek, önceden yazılmış bir şartın anlatılması ve öğrenilmesinden daha ileri bir durumu ifade etmektedir. Tüketicinin serbest iradesinden bahsedebilmek için, tüketicinin bu hükmü gerekirse değiştirebileceğini tam olarak bilmesi, kendi fikir ve düşüncelerini bu hükmün yansıtıp yansıtmadığını

---

[245] Yargıtay 13. HD. T., 01.02.2007, E. 2006/13233, K. 2007/1091 sayılı kararı; "Davalı şirket sözleşmede belirtilen ve yapılan olağan işletme giderlerini yıllık servis bedeli olarak tüketiciden talep edebilir. Sözleşmede belirtilmeyen masraflar talep edilemez. Tüketici aleyhine hüküm getiren sözleşme şartları geçersizdir. *Somut olayda, Sözleşmenin ilgili 27/son maddesinde davalı şirketin tespit ettiği işletme giderlerine itiraz edilmeyeceği belirtilmiş ise de, davacılar ile müzakere edilerek sözleşmeye konulduğu kanıtlanmayan ve sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde davacılar aleyhine dengesizliğe neden olabilecek bu hüküm,* (6502 sayılı TKHK md.5/3) *4077 sayılı TKHK md. 6 hükmü kapsamında haksız şart niteliğinde olduğundan geçersizdir. İşletme giderinin belirlenmesi hakkı davalıya tanınmış ise de, bu hak TMK md. 2/1 hükmünde düzenlenen iyi niyet kurallarına uygun olarak kullanılmalı ve sözleşmede işletme giderleri için yabancı para cinsinden belirlenip ödeneceğine ilişkin bir kararlaştırılma olmadığından, işletme gideri Türk para birimi cinsinden belirlenmelidir."* (İNAL, 2014, s. 37).

[246] YÜCE, 2012, s. 186; İNAL, 2014, s. 36.

[247] "Kanunun ilgili fıkrasında ….*sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse*…..ifadesi incelendiğinde hükümde önceden hazırlanmış standart sözleşmeden bahsedilmesinin isabetsiz olduğu ortadadır. Zira "standart sözleşme" kavram itibariyle önceden hazırlanmayı zorunlu kılar; diğer bir deyişle önceden hazırlanmamış standart sözleşme olmaz" (GÜMÜŞ, 2014, s. 62).

anlaması ve ona göre bir karar vermesi gerekir[248].

Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren, söz konusu sözleşme hükmünü tüketici ile müzakere etmeye, gerekirse değiştirmeye hazır olduğunu belli etmelidir. Tüketiciye sadece sözleşmeye böyle bir hüküm konulduğunun söylendiği ancak bu hükmün müzakere edilebileceği ve değiştirilebileceği hissettirilmediği hallerde bu hüküm, eğer diğer unsurları da varsa haksız şart olarak nitelendirilebilir.

Öte yandan 6502 sayılı TKHK'nın 4/1. maddesinde sözleşmenin şekil şartlarında eksiklik bulunması halinde, bu eksikliğin sözleşmeyi düzenleyen tarafından tek yanlı olarak giderilmesi noktasında yükümlülük yüklediği görülmektedir[249]. Ancak girişimci tarafından bu eksiklik giderilirken tek taraflı olarak sözleşmeye haksız şart konulması ihtimali de gündeme gelebilecektir. Bu durumda, Kanunun bu dengesizliği giderme noktasında ya satıcıya müzakere etme zorunluluğu getirmesi ya da tüketiciye de bunu dengeleyecek bir hak vermesi gerekirdi. Örneğin, sözleşmeyi feshetme veya tek yanlı belirlenen hükme itiraz ederek değiştirilmesini mahkemeden isteme gibi bir hakla dengelenmesi gerekirdi. Bu şekilde sözleşmeye eklenecek bir hükmün de 5. madde kapsamında denetime tabi olacağı kuşkusuzdur[250].

[248] ASLAN, 2014, s. 319.
[249] "Buradaki yükümlülüğün konusu, saydamlık ilkesi gereği tüketiciyi aydınlatma ve bilgilendirme işlevini haiz olduğundan satıcı ve sağlayıcının tek taraflı olarak tamamlama imkânı ancak bu tür kayıtlar için geçerli olacaktır" (SİRMEN, 2011, s. 118).
[250] ASLAN, 2014, s. 325.

II-Sözleşme Hükmü, Tarafların Sözleşmeden Doğan Hak Ve Yükümlülüklerinde Dürüstlük Kuralına Aykırı Düşecek Biçimde Tüketici Aleyhine Dengesizliğe Neden Olmalıdır

Bir hükmün, müzakere edilmeden, tek yanlı olarak konmuş olması, o hükmün haksız şart[251] olarak sayılması için yeterli değildir. Çünkü tek yanlı olarak getirilen hükümlerin tümünün tüketici aleyhine dengesizliğe yol açacağı söylenemez. Bu nedenle, bir hükmün haksız şart olarak kabul edilebilmesi için, sözleşmenin taraflarının hak ve yükümlülüklerinde tüketici aleyhine olarak dengesizlikler getirmiş olması gerekir. Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tek taraflı olarak sözleşmeye konulan ve sözleşmenin içeriği haline getirilmek istenen bir hükmün haksız olarak nitelendirilebilmesi için bu hükmün tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde objektif iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması gerekir. ZEVKLİLER'e göre, kanunda her ne kadar "iyiniyet" ifadesi kullanılmışsa da burada bahsedilenin aslında "objektif iyiniyet, yani dürüstlük kuralı" olduğu açıktır. Nitekim 17.06.2014 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan yeni Haksız Şartlar Hakkındaki Yönetmeliğin 4/c maddesinde de, haksız şart tanımlanırken "dürüstlük kuralı" ifadesi kullanılmıştır[252]. Buna karşılık tüketicinin sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde hiçbir değişiklik yapmayan ya da tüketici lehine olan hükümler sırf tüketiciyle müzakere edilmediği için haksız şart olarak nitelendirilemez. Bir hükmün haksız şart olup olmadığının değerlendirilmesinde tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi

[251] GÜMÜŞ'e göre, bu ifade öbeği, aslında bir sözleşme şartının içerik denetimine dayalı olarak geçersiz sayılabilmesinin şartını ortaya koymakta olup içerik denetiminden geçmemiş "tüketici sözleşmesi şartına" verilen isimdir. Bir tüketici sözleşmesi genel işlem şartı niteliği taşıyabilir de taşımayabilir de. Bu nedenle "tüketici sözleşmesi şartı" ile GİK karşılaştırılmalıdır. Eğer TKHK kapsamında içerik denetimini geçemezse haksız şart adını alabilir (2014, s. 63 dipnot 65'ten naklen).

[252] ASLAN, 2014, s. 317.

niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olup olmadığının tespiti önem taşımaktadır. Bir sözleşme şartının haksız sözleşme şartı olup olmadığına karar verirken sözleşmenin bütün hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır, zira sözleşmenin bir hükmü tüketici aleyhine yükümlülük getirirken başka bir hüküm bu dengesizliği giderecek nitelikte olabilir[253]. Örneğin finansal kiralama sözleşmesinde kiraya verenin her türlü ayıptan sorumluluğu bertaraf etmesi, buna karşılık satıcıya karşı ayıptan doğan haklarını da kiracıya temlik etmesi; hafif ihmalden sorumsuzluk anlaşması yapılmasına karşılık müşteriye sigorta koruması sağlanması gibi. Kuşkusuz sağlanan menfaatin, değer itibariyle, aleyhte düzenlemeyi dengeleyecek nitelikte olması da gerekir. Örneğin sorumsuzluk anlaşmasına karşılık verilen sigorta koruması, kapsam itibariyle çok dar tutulmuşsa bu tür bir denge kurulmuş sayılmayacaktır[254].

Tüketici işlemine konu mal ve hizmetin niteliği de şartın haksızlığının tespitinde göz önüne alınacaktır. TKHK md. 5/6'da, "*Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir."* düzenlemesi ile bu husus belirtilmiştir. Öte yandan ileride de değinileceği üzere 6502 sayılı TKHK'nın 5/7. maddesinde, tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye alınan şartların haksızlığının takdirinde bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmış olmak koşuluyla asli edim yükümlerine ilişkin hükümlerin değerlendirme dışında kalacağı belirtilmiştir. Girişimci ya da satıcı ve sağlayıcının, malını veya hizmetini satarak gelir elde etmeyi amaçladığı aşikârdır.

[253] ASLAN, 2014, s. 320.
[254] ATAMER, 2001, s. 216.

Kar etme doğal bir ticari amaçtır. Bu nedenle, satıcının karının aşırı olup olmaması veya tüketicinin ödediği bedelin fahiş olup olmadığı, bu hükümler çerçevesinde değerlendirme kapsamı dışındadır. Ancak, diğer sözleşme koşulları ile, ileride çıkabilecek sorunlar hakkında, bugünden tüketicinin hiçbir hak iddia edemeyeceği şekilde veya iddia edebileceği hakları önemli ölçüde sınırlayarak, kendi sorumluluğunda kalması gereken zararların, tüketici üzerinde bırakılmasına çalışılması, dürüstlük ve doğruluk kuralları ile bağdaşmaz. Nitekim TKHK 5(1) ve TBK 25. madde hükümleri "dürüstlük kuralına aykırı olarak" ifadelerine yer vermişlerdir[255]. Sonuçta bir sözleşmenin düzenlenmesi esnasında edimlerin değerinin birbirine eşit olması bir zorunluluk değildir ve madde gerekçesinde de belirtildiği üzere serbest piyasa ekonomisi kurallarının hâkim olduğu bir ortamda edimler arası dengede objektif adaletin yerini "piyasa adaleti" almaktadır. Ancak kanun koyucu bu ilkeyi TKHK 4/3. maddesindeki düzenlemeyle ihlal etmiştir[256]. TKHK 4/3. maddesinde tüketici işlemlerinde, tüketicinin, haklı olarak karşı tarafça yapılmasını beklediği hususlarda, girişimcinin kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar için ek bir talepte bulunamayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla bankacılık işlemleri esnasında sık görülen kiralık kasa açım masrafı, dosya ve ekspertiz ücretleri ile komisyon ücreti vb. isim altındaki talepler haksız kabul edildiği için girişimci yani banka tarafından istenemeyecektir (TKHK 4/3).

17.06.2014 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan yeni Haksız Şartlar Hakkındaki Yönetmeliği'nin 5/4. maddesinde *"Bu Yönetmeliğin ekinde yer alan listede sayılan şartlar haksız şart olarak kabul edilir. Bu listedeki şartlar sınırlayıcı olmayıp örnek niteliğindedir"* hükmüne yer verilmiş ve yönetmeliğin

[255] ASLAN, 2014, s. 321.
[256] GÜMÜŞ, 2014, s. 67.

ekine de bir liste eklenmiştir. Aşağıda kısaca değinilecek olan bu örneklerin ortak özellikleri, sınırlayıcı olmamaları, yol gösterme amacıyla verilmiş olmaları ve bunların haksız olarak kabul edilebilecek olmalarıdır. Yani bunların dışında da haksız sözleşme koşulları olabileceği gibi bu şartlar da bazı koşullar altında haksız olarak kabul edilmeyebilecektir. Örneğin, burada yer alan bir şart başka bir şart ile dengelenmiş olabilir. Bu nedenle, her bir olayın somut koşullarına göre değerlendirme yapılması gerekmektedir. Haksız şartlar yönetmeliğinin 5/4. maddesi uyarınca yönetmelik ekinde yer alan haksız şartları kısaca başlıklar altında toplamak gerekirse şöyle gruplandırmak mümkün görünmektedir. Ek 1.maddenin (a) ve (d) nolu bentlerdeki örneklerin tazminat sorumluluğunu sınırladığı; 1.maddenin (b) ve (c) nolu bentlerdeki örneklerin ifa ile ilgili sorumluluğu sınırladığı; 1.maddenin (ç), (d), (e), (f) ve (g) nolu bentlerdeki örneklerin sözleşmeden dönme ve fesih hakkını sınırladığı; 1.maddenin (h), (ı), (i), (j) ve (m) nolu bentlerinde sözleşmenin tek taraflı olarak değiştirilmesi hakkının sınırlandığı; 1.maddenin (k) ve (l) nolu bentlerdeki örneklerin yükümlülükleri kısıtlayan kayıtları sınırladığı; 1.maddenin (ğ) ve (n) nolu bentlerdeki örneklerin ise dava ve ispat hakkını sınırlamaya çalışan haksız kayıt örnekleri olduğu anlaşılmaktadır[257].

Yargıtay uygulamasında aşağıdaki durumlarda bir haksız şart mevcuttur:

—Tüketici aleyhine tek taraflı kararlaştırılan cezai şart[258].

[257] ASLAN, 2014, s.330 vd; Yargıtay 13. HD. 25.09.2006 T., E.2006/7789, K. 2006/12275 sayılı kararında "*Tüketiciyle müzakere edilmeden tek taraflı olarak sözleşmeye konulan şartlar, tüketici için bağlayıcı değildir. Bu nedenle, taraflardan birinin davacı tüketici olduğu genel işlem şartlarını içeren standart nitelikli sözleşmedeki tahkim şartı geçerli değildir*", demek suretiyle bu tür şartların yasanın 6. maddesi anlamında "haksız şart" olduğunu kabul etmektedir (KILIÇOĞLU, 2013, s.114, dipnot 93'ten naklen).

[258] Yargıtay 13.HD., 02.07.2010 T., E. 2009/10480, K. 2010/9823 (KIRMIZI, Mustafa, Tüketici Hukuku, Ankara, 2011, s. 234); Yargıtay 13.HD. 15.12.2011 T, E/K 9823/19204 sayılı kararıyla, yerel mahkemenin, konut kredisi kullanan tüketicinin, kredi faizlerindeki düşüşten faydalanarak yeniden yapılandırma istemesi üzerine bankanın erken ödeme ücreti ve ödeme planı değişiklik

—Kredi kartı sözleşmelerindeki üyelik yenileme (yıllık kart üyeliği) ücretleri[259].

—Müşterinin kredi kartı borcu için bankadaki mevduat hesabına yatan maaşı bloke etme yetkisini bankaya mahsup-takas imkânı tanıyan sözleşme hükümleri[260].

—Devre tatil sözleşmelerinde "yönetim tarafından tespit edilen işletme giderlerine itiraz edilemeyeceği" yönündeki sözleşme hükümleri[261].

—Tüketiciyi konut kredisi verilmesi işlemi ile ilgili ve kredinin yeniden yapılandırması sırasında "Masraf[262] ve Konut ücreti" adı altında bir kısım bedelleri ödemeye mecbur bırakan banka uygulaması[263].

ücreti istemesi üzerine açtığı davada davayı kabul ederken verdiği kararın sonuç kısmında "*Dosya içerisinde toplanan tüm deliller, Hakem Heyeti kararı, Konut Kredisi Sözleşmesi, ödeme planı, bilirkişi raporu ve tüm dosya içeriğine göre, faiz oranlarındaki düşüş nedeniyle bankanın yeniden yapılandırma talebini kabul ettiği, bu nedenle masraf, komisyon adı altında ücret talep etmesinin usul ve yasaya uygun olmadığı, aksi halin haksız şart niteliğinde olacağı, yapılandırmanın tümüyle bankanın inisiyatifinde olduğu, bu işlem kabul edildiğinden ayrıca masraf ve komisyon talebinin usul ve yasaya uygun olmadığı anlaşıldığından, davanın kabulüne, hakem heyet kararının iptaline, dava konusu 1.930,-TL'nin davalıdan tahsiline ve davacı tarafa ödenmesine karar verilmesi gerekmiştir"* şeklindeki gerekçeyi onamıştır (DERYAL, 2014, s. 60).

259 Yargıtay 13.HD., 4.2.2010 T., E. 2009/15504, K. 2010/1253, (KIRMIZI, s.236); Yargıtay 13.HD. 14.06.2010 T., E. 2009/13247, K. 2010/8558, (KIRMIZI, s.241-242.); Yargıtay 13.HD. 20.04.2009 T, E.2008/15042, K. 2009/5386 sayılı kararında, "*tüketici ile kredi kartı çıkaran kuruluş arasındaki sözleşmede, kart hamilinin haklarını zedeleyici ve kart çıkaran kuruluş lehine tek taraflı haksız şartlar sağlayan hükümlere yer verilemez. Bu nedenle üyelik ücreti alınacağına ilişkin sözleşme hükmü, haksız şart niteliğinde olup kesin hükümsüz (6502 sayılı TKHK 5/2 maddesi) olduğundan buna dayanarak kredi kartı üyelik bedeli talep edilemez"* demiştir (İNAL, 2014, s.39); 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 13/2 ve 24/4 maddelerine göre, bankaların kredi kartlarından yıllık üyelik ücretleri almalarına imkân tanınmış olmakla birlikte, uygulamada bankaların düzenledikleri sözleşmelerde yıllık üyelik ücreti tutarını açıkça belirtmedikleri veya ilgili bölümü boş bıraktıkları görülmektedir. Bu durum, tüketici mağduriyetlerine sebep olmaktadır. Nitekim tüketici hakem heyetlerine ve tüketici mahkemelerine binlerce tüketicinin başvurduğu bilinmektedir (DERYAL, 2014, s. 66).

260 Yargıtay 13.HD., 14.4.2010 T., E. 2009/14991, K. 2010/5048 (KIRMIZI, s.238).

261 Yargıtay 13.HD., 01.02.2007 T., E.2006/13233, K. 2007/1091 (KIRMIZI, s.244).

262 Yargıtay 13. HD, 27.06.2011 T., E. 2011/3576, K. 2011/10221 sayılı kararında; "*Davacı, davalı bankadan konut kredisi aldığını, bu esnada dosya masrafı ve ipotek ücreti adı altında 1645 TL ücret tahsil edildiğini, bunların sözleşmede yer alsalar dahi haksız şart olduğunu, hakem heyeti kararı ile bu paranın iadesine karar verildiğini ancak ödeme yapılmadığını belirterek, 1645 TL'nin davalıdan tahsilini istemiştir. Mahkemece, davanın kabulüne, 1.645,00 TL'nin davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiş, hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir. Taraflar arasında düzenlenen 10.2.2010 tarihli Konut Kredisi Sözleşmesinin 6. maddesinde, "Müşteri iş bu sözleşme hükümleri çerçevesinde kullandırılan kredi dolayısıyla, ödenmesi gereken her türlü vergi, resim, harç, sigorta primi, operasyon masrafını Bank Asya'ya ödemekle yükümlü olduğunu kabul ve*

—Kuru temizleme emanet fişi üzerindeki sorumsuzluk kayıtları[264].

Yargıtay, telekomünikasyon şirketlerinin aldıkları sabit ücretleri ise haksız şart olarak değerlendirmemiştir[265].

Özellikle bankacılık uygulamasında müşteriye sunulan kredi karşılığı faiz geliri tahakkuk ettirilip geri ödeme planına yansıtıldığından; ayrıca müşteriye kredi tahsis edilmesi nedeniyle kendisinden bir ücret talep edilmesi anlaşılabilir değildir (6502 sayılı TKHK 4/3[266]). Bankanın, kredi verme prosedürü içinde yer alan her işlemi, bu şekilde tek taraflı olarak bir masraf kalemine dönüştürerek talep etmesi hakkaniyetle de bağdaşmaz. Bu durumda bankanın ayrıntılı geri ödeme planı hazırlamasını da, uzmanlık gerektiren nitelikli bir işlem olarak masraf kalemlerine dâhil etmesi düşünülebilir ki bunun tüketici aleyhine sonu alınamayacak yükümlülükler getireceği ortadadır. Yargıtay'ın, *"...davalı bankanın tacir olup, yaptığı masrafları tüketiciden isteme hakkı bulunduğu anlaşılmakta ise de, somut uyuşmazlığın tüketici hukukundan kaynaklandığı da gözetildiğinde, bankanın ancak davaya konu kredinin verilmesi için zorunlu, makul ve belgeli masrafları tüketiciden*

---

*taahhüt eder" hükmü mevcuttur. Ancak, bu ücret ve masrafların hangi sebeplerle alınacağına dair sözleşmede ve bilgi formunda açıklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Öyle olunca, mahkemece, davalı bankadan bu yönde delilleri sorulduktan sonra, konusunda uzman bilirkişi ya da heyetinden kredinin kullanılması için zorunlu masrafların neler olduğunun ve miktarının tespiti için bilirkişi raporu alınması ve hâsıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, bu yönler gözetilmeksizin eksik inceleme ile yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir."*denmiştir (İNAL, 2014, s.39, dipnot 25'ten naklen).; Benzer karar örneği için bkz. Yargıtay 13.HD. 26.01.2012 T., E.2011/8196, K. 2012/1183 sayılı kararı (İNAL, 2014, s. 41).

[263] Yargıtay 13.HD.,10.3.2014 T., E. 2014/5446, K. 2014/6598 (www.kazanci.com).

[264] Yargıtay 13.HD., 03.4.2013 T., E. 2013/3231, K. 2013/8572 (www.kazanci.com).

[265] YHGK, 13.10.2010 T., E.2010/13-406, K. 2010/503 (www.kazanci.com).

[266] AKİPEK ÖCAL'a göre tüketici kredisinde tüketiciye verilen hizmet karşılığında tüketicinin faiz dışında ödemesi gereken ücret, komisyon vb. masraf türlerinin belirlenmesi konusunda Bakanlığın görüşü alınarak bu kanunun ruhuna uygun şekilde ilgili usul ve esasların Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından belirleneceği hüküm altına alınmış olmakla birlikte Bakanlığın sadece görüş bildiren konumunda olması eleştiriye açık bir husustur (AKİPEK ÖCAL, Şebnem, "Tüketici Kredisi ve Kredi Kartları Bakımından Tüketicinin Korunması", Terazi Hukuk Dergisi, Seçkin Yayınları, Cilt 9, Özel Sayı, Kasım 2014, s. 62).

isteyebileceğinin kabulü gerekir"[267] şeklindeki isabetli kararında da görüleceği üzere ancak zorunlu gider gerektiren masrafların tüketiciden istenmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Yargıtay'ın benzer yönde başka kararları da bulunmaktadır[268].

Tüketicinin kullandığı kredinin teminatı olarak gösterdiği ipotek işleminin tesisi için, kredi alacaklısı bankanın tapuya yönelik bir yazı göndermesinden ibaret eyleminde her bir işlem için 150–200 TL civarında bir ücretin neye göre takdir edildiği ve tüketiciden tahsil edildiği anlaşılabilir değildir. Bankanın, kredi alacağını tahsil ettiği tespitiyle ipoteğin kaldırılmasına rıza gösterdiği iradesini yazıya dökerek tüketici eline vermesinden ibaret ipoteğin fekki işlemi gibi bu işlem de, kredi sözleşmesine ve teminat prosedürüne bağlı gayet rutin bir işlem sayılmalıdır. Ayrıca, kredi borcunu kapatan tüketicinin talebi üzerine bankanın tapu idaresine hitap eden ipoteğin fekki[269] talebi gibi; ipotek tesisi talebine ilişkin böyle bir yazıyı yazması da

---

[267] Yargıtay 13.HD. 06.05.2013 T, E. 2013/10645, K. 2013/11311 sayılı kararında *"...Dosya kapsamına göre; taraflar arasında konut kredisi sözleşmesi düzenlenmiş olup, kredi sözleşmesinin 6.maddesinde genel bir ifade ile, ileride konulabilecek tüm vergi ve masrafların borçlu müşteriye ait olacağı, borçlunun bunları ödemeyi kabul ve taahhüt ettiği belirtilmiş ise de; anılan maddenin taraflarca ayrıca ve açıkça müzakere edildiği hususu kredi veren tarafından ispatlanmadığı gibi diğer ücret ve masraflar başlığı altında, miktarı sözleşme tarihi itibariyle belirlenmeyen ve ileride doğması muhtemel masrafları da tüketiciden alınacağına dair, tek taraflı olarak tanzim edilen hükmün, yukarıda açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğunun kabulü gerekir.*

Davalı bankanın tacir olup, yaptığı masrafları tüketiciden isteme hakkı bulunduğu anlaşılmakta ise de, somut uyuşmazlığın tüketici hukukundan kaynaklandığı da gözetildiğinde, bankanın ancak davaya konu kredinin verilmesi için zorunlu, makul ve belgeli masrafları tüketiciden isteyebileceğinin kabulü gerekir..." (YELMEN, 2014, s. 173); Benzer karar için bkz. Yargıtay 13. HD, 08.11.2012 T., E/K. 23738/25211 sayılı kararı (www.kazanci.com).

[268] Yargıtay 13. HD, 05.03.2013 T., E/K. 3682/5249 sayılı kararında; *"...Dürüstlük kuralına aykırı olarak tüketicinin aleyhine olan ve durumunu ağırlaştıran, herhangi bir hizmet karşılığı olmaksızın dosya masrafı alınmasına ilişkin sözleşme şartının geçersiz olduğunu, herhangi bir hizmet karşılığı olmaksızın erken kapama ücreti adı altında ücret alınmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğunu ve alınan ücretin tüketiciye iade edilmesi gerektiğini"* vurgulamıştır. Benzer karar için bkz. Yargıtay 13.HD., 22.03.2013 T., E/K. 189/4261 nolu kararı (DERYAL, 2014, s. 62).

[269] Yargıtay 13.HD. 21.05.2012 T., E/K. 2012/9039-12890 sayılı kararında, davacı bankanın ipotek fek ücretinin iadesine ilişkin Tüketici Hakem Heyetinin kararının iptaline karşı açmış olduğu davada, ipotek fek ücreti tahsilinin yasa ve yönetmelik hükümlerine aykırı olması nedeniyle, davanın reddi yerine kabulüne ilişkin yerel mahkeme kararını yerinde bulmamış ve kararı bozmuştur (İLGÜN, Candaş, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve İlgili Mevzuat, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 106).

akdi bir borcu ve yasal bir yükümlülüğüdür[270]. Zira banka kredi kullandırması nedeniyle talep etme hakkına sahip olduğu ücreti kredi sözleşmesine ekli geri ödeme planına bağlı olarak zaten tahsil etmiş olmaktadır.

Tüketicinin bankadan kullanacağı kredi nedeniyle hayat sigortası yaptırmak zorunda bırakılması da, 6502 sayılı Kanunun 6/3. maddesine açıkça aykırıdır. Bu emredici kurala göre, *"Ticari veya mesleki amaçlarla hareket edenler; aksine bir teamül, ticari örf veya adet ya da haklı bir sebep yoksa; bir mal veya hizmetin satışını o mal veya hizmetin, kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı, ebat gibi koşullara ya da başka bir mal veya hizmetin satın alınması şartına bağlayamaz…"* Hayat sigortası şartı, genellikle bankanın tüketici ile imzaladığı "sabit faizli konut finansmanı kredisi sözleşmesi"nin bir parçası olarak tüketiciye zorla dayatılmaktadır. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu 13. maddesi kapsamında yapılması "zorunlu sigortalar"dan olmayan bu sigorta uygulaması, tamamen kredi veren bankanın kredi alacağını güvence altına almayı amaç edinen[271] bir uygulamadır. Ayrıca hiç bir tüketici, ortalama 500 – 1000 TL civarında bir ihtiyari sigorta primini ödeyerek kredi maliyetlerini artırmak istemez. Zira kredi borcunu güvence altına alacak yeterli ayni (ipotek) ve şahsi (kefalet) teminatlar vermiş bulunmaktadır. Öte yandan ayrıca hayat sigortasının kredi veren bankanın sigorta şirketine yaptırılması, yani tüketicinin buna razı edilmesi de ayrı bir problemdir. Çünkü Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı'nca hazırlanan Bireysel Kredilerle Bağlantılı Sigortalar Uygulama Esasları Yönetmeliği'nin 10/2 maddesindeki "*zorunlu veya ihtiyari sigortalarda, kredi kullanan kişinin sigorta şirketini seçme hakkı sınırlandırılamaz"* hükmü gereğince sigortanın belirli bir sigorta şirketine yaptırılmasını zorunlu kılan her türlü şart

[270] DERYAL, 2014, s. 62.
[271] Yargıtay 13.HD., E/K. 2011/7204-18447 sayılı kararı (İLGÜN, Ankara, 2013, s. 105).

hükümsüz olacaktır[272]. Tüketicinin sigortalanması konusunda, 4077 sayılı kanunda herhangi bir düzenleme olmadığı halde, yeni kanun ayrıntılı bir düzenleme yapmayı isabetli olarak tercih etmiştir. Buna göre öncelikle, tüketicinin yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığı ile açık talebi olmaksızın kredi ile ilgili sigorta yaptırılamayacağı 6502 sayılı TKHK'nın 29. maddesinde belirtilmiştir. Bunun yanında tüketicinin sigorta yaptırmak istemesi halinde, istediği sigorta şirketinden sağladığı teminat, kredi veren tarafından kabul edilmek zorundadır. Anılan hüküm kredi verenin tüketiciyi belli bir sigortacı ile sözleşme yapmaya zorlama imkânını tamamen ortadan kaldırmaktadır. Son olarak bu sigortanın kredi konusuyla, meblağ sigortalarında kalan borç tutarıyla ve vadesiyle uyumlu olması gerekir[273].

§7-HAKSIZ ŞART ve GENEL İŞLEM ŞARTI –KOŞULU (GİK)'İN HUKUKİ NİTELİĞİ

I-Haksız Şartın Hukuki Niteliği

Haksız şartların hukuki niteliğinin belirlenmesi, bunların geçerliliğinin koşulları ile hangi hallerde geçersiz olduklarının tespitinde önem taşır. Örneğin haksız şart niteliği taşıyan hükümlerin yasa normu olarak nitelendirilmesi halinde tüketicinin herhangi bir irade açıklamasına bakılmaksızın bunların tüketici hakkında geçerli olacakları söylenebilecektir[274]. Buna karşılık bunların sözleşme karakterli hükümler oldukları kabul edildiğinde ise bunların sözleşme içeriği haline gelmesinin tüketicinin bunları kabul etmesine bağlı olacağı açıktır. Yine bu hükümlerin denetlenmesi de bunların hukuki nitelendirmesine bağlı olarak değişkenlik arz edecektir.

[272] DERYAL, 2014, s. 62.
[273] AKİPEK ÖCAL, 2014, s. 61.
[274] TEKİNALP, 2009, s. 377.

Bireysel sözleşmelerde yer alan haksız şartların hukuki niteliği konusunda herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır. Bunlar sözleşme kökenli hükümlerdir. Nitekim TKHK'nın 5. maddesinde haksız şartın tanımı yapılırken bunların sözleşme hükümleri oldukları açıkça ifade edilmiştir. Asıl ihtilâf haksız şartların esasını teşkil eden genel işlem şartlarının (koşullarının) hukuki niteliği konusundadır.

II-Genel İşlem Koşulunun Hukuki Niteliği

Genel işlem koşullarının hukuki niteliği ile ilgili olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler genel itibariyle genel işlem koşullarının norm, örf adet kuralı ya da sözleşme nitelikli hükümler oldukları noktasında toplanmaktadır.

A-Norm Görüşü

Haksız şartların büyük bir kısmını teşkil eden genel işlem koşullarının soyut ve genel olma özelliğinden dolayı doktrinde bunların yasa normu olduğu, bu nedenle herkes için bağlayıcı olduğu ileri sürülmüştür. Hatta Alman Yüksek Mahkemeleri, önceleri bunları hukuk normu olarak nitelemiş, daha sonra bu görüş terkedilmiştir[275].

Genel işlem koşullarının hukuk normu olarak nitelendirilmelerine olanak yoktur. Hukuk normlarının yasama organı tarafından ihdas edildiği, buna karşılık genel işlem koşullarını hazırlayanların bu vasfı taşımadığı[276] son derece açıktır. Ayrıca hukuk normları, objektif nitelikte normlar olup tarafların hak ve menfaatlerini adil olarak dengelemeye çalışmakta, buna karşılık objektif nitelikten yoksun olan genel işlem koşulları ile sadece kullanan lehine hükümlere yer verilmektedir[277]. Yine

[275] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1993, s. 157.
[276] AKMAN, 1976, s.89; REHBİNDER, Manfred, "Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması", (Çeviren: Ömer Teoman), İÜHFM, C.XLII, s.1-4, 1976, s. 648 (Genel İşlem Şartları); AKİPEK, 1999, s. 226.
[277] AKMAN, 1976, s.89; SOYER, 1987, s. 55.

yasalar kişiler hakkında onların iradesine bakılmaksızın uygulanırken genel işlem koşulları, sözleşmenin tarafları kabul etmediği sürece haklarında uygulanmaz[278].

B-Sözleşme Görüşü

Sözleşme ya da hukuki uyuşma[279] görüşüne göre, genel işlem koşulları sözleşme içeriği haline gelene kadar hiçbir değer ifade etmez[280], bunlar sözleşme özgürlüğü içerisinde geçerlilik kazanır. Genel işlem koşullarının hukuksal açıdan değer kazanması ve taraflar için bağlayıcı olması için, bunların diğer tarafça açık veya örtülü irade açıklamasıyla kabul edilmeleri gerekir[281]. Tarafların uygun irade açıklamasıyla sözleşme ile ilişkilendirilmeden, sözleşme içeriği haline gelmeden evvel genel işlem koşulları, sıradan bir kâğıt parçasından veya en iyi olasılıkla sözleşmenin kurulması için yapılacak öneriye temel teşkil eden bir tasarı ve projeden başka bir şey değildir[282].

C-Örf Adet Görüşü

Bu görüşe göre genel işlem koşullarını örf ve adet veya teamül şeklinde nitelendirmek ve bu şekilde onların bağlayıcılıklarına dayanak bulmak mümkündür[283].

Ticari örf ve adet kuralının varlığından bahsetmek için iki unsurun bulunması gerekir: Birincisi ticari örf ve adet kuralının uzun süreden beri uygulanıyor olması,

---

[278] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1993, s. 157.
[279] AKİPEK, 1999, s. 227.
[280] OĞUZ, Cemal, Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları, Doktora Tezi, Ankara, 1993, s. 9.
[281] AKİPEK, 1999, s. 228.
[282] ATAMER, 2001, s. 78; AKMAN, 1976, s. 89; SOYER, 1987, s. 69; TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, 1993, s.157; AKÜNAL, Teoman, Avusturya'da ve Türkiye'de Tüketicinin Korunması, İstanbul, 1983, s.12.
[283] AKİPEK, 1999, s.226; KAPLAN'a göre, GİK'lerin, genellikle bir örf ve adet kuralının veya teamülün varlığını göstermekle birlikte hiçbir zaman bir örf ve adet kuralı yarattıkları söylenemeyecektir (2012, s. 85).

ikincisi ise toplumda bu ticari örf ve adet kuralına uyulması gerektiğine ilişkin genel bir inanış olmasıdır. Genel işlem koşullarının ise bu iki unsuru birden sağlamadığı açıktır. Bu nedenle genel işlem koşullarını ticari örf ve adet kuralı olarak nitelendirmek mümkün değildir. Türk hukuku açısından, doktrinde kabul edilen görüşe[284] göre, genel işlem koşulları, uzun süren toplu bir uygulama sonucunda oluşmadığı için ve ayrıca tüketiciler tarafından da bu koşulların bilinmediği göz önünde tutularak, genel işlem koşullarının örf ve adet kuralı haline gelmediği ve tüketicilere uygulanmayacağı kabul edilmektedir[285]. Öte yandan, Türk hukukunda tacirler arasındaki genel işlem koşullarının da ticari teamül niteliğinde oldukları, henüz örf ve adet kuralı niteliğini kazanmadıkları kabul edilmektedir[286].

Yukarıdaki tüm açıklamalar dikkate alındığında, genel işlem koşullarının da bireysel sözleşmelerde yer alan hükümler gibi sözleşme nitelikli hükümler olduğu ve sadece içine alındıkları sözleşmenin tamamlanmasına yardımcı oldukları anlaşılmaktadır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nda genel işlem koşullarının sözleşme nitelikli hükümler olduğu açıkça ifade edilmiştir. Bunların sözleşme nitelikli hükümler olmaları nedeniyle bunların tarafları bağlaması için tarafların ortak açıklamasıyla sözleşmeye dâhil edilmeleri gerekir. Tıpkı diğer sözleşme hükümleri gibi genel işlem koşulları da tarafların kabulü ile taraflar hakkında hüküm doğurur. Tüm sözleşme hükümleri gibi genel işlem koşulları da yargısal denetime tabi olup, bunlardan haksız olarak nitelendirilebilenler olursa hâkim bunların iptaline karar verebilecektir.

[284] ÇINAR, 2009, s. 94.
[285] AKİPEK, 1999, s. 227.
[286] ARKAN, 2012, s. 90 vd.; ERİŞ, Gönen, Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret Hukuku, Ticari İşletme ve Şirketler, C. 1, Ankara, 2007, s.170; ATAMER, 2001, s. 106.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GENEL İŞLEM KOŞULUNUN (GİK) YÜRÜRLÜK DENETİMİ VE YORUMU

§8-GENEL OLARAK GENEL İŞLEM KOŞULUNUN (GİK) DENETİMİ

Tüketicinin içeriğine etki edemediği sözleşmelerde ve genel işlem koşullarından oluşan standart sözleşmelerde ortak olan nokta, sözleşme hükümlerinin iki tarafça karşılıklı müzakere edilmeden oluşturulmasıdır. Ancak, günümüzün piyasa şartları göz önünde bulundurulduğunda, sözleşme kayıtlarının taraflarca müzakere edilmediği her durumda, sözleşmenin karşı tarafının sözleşme özgürlüğünün ve dolayısıyla menfaatlerinin ihlal edildiği sonucuna varılmamalıdır. GİK içeren sözleşmeler ticari hayatı çabuklaştırıp kolaylaştırdığı için, günümüz ticari hayatının vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiştir. Bundan dolayı, sözleşmedeki haksız şartların denetimi yapılırken, GİK içeren sözleşmelerin işlevselliği ortadan kaldırılmamalı, tüketicinin menfaatlerinin ihlal edildiği durumlarda gerekli önlemler alınıp, onların haksız sözleşme hükümlerine karşı korunması sağlanarak, birbirine zıt olan bu iki menfaat arasındaki denge sağlanmalıdır. Bir taraftan yaşamın bir parçası haline gelen GİK içeren sözleşmeleri geliştirmek[287] bu suretle ticari hayatı çabuklaştırmak ve kolaylaştırmak, diğer taraftan da tüketicinin (muhatabın) bu sözleşmelerde yer alan haksız şartlara karşı korunması için bu şartların denetlenmesi

[287] AKİPEK, 1999, s. 226.

gerekir. Nitekim sosyal hukuk devleti ve tüketicinin korunması prensibi de[288] bunu gerektirir. Kısacası, GİK'in denetiminde, bir taraftan ticari hayatın ayrılmaz bir parçası haline gelen GİK içeren sözleşmelerin geliştirilmesi, diğer taraftan örgütsel, mali ve entelektüel açıdan zayıf muhatabın korunması gibi çatışan iki değerin uzlaştırması gerekmektedir[289]. Yasal düzenlemeler yetersiz[290] olmakla birlikte bu anlamda idari ve yargısal olmak üzere başlıca iki tür denetim yolunun olduğu söylenilebilir. İdari denetim yolunda genel işlem koşulu öngören sözleşme hükümlerinin önceden ilgili idare tarafından denetlenerek muhatap için sakınca taşıyan sözleşme kayıtlarının genel işlem koşulları arasından çıkartılması sağlanmakta, böylece, yargı yoluna başvurulmadan, sözleşmenin karşı tarafının korunması amaçlanmaktadır. Özellikle, haklarından tam olarak haberdar olmayan ya da ekonomik veya entelektüel güçsüzlüğü nedeniyle mahkemeye başvurarak hakkını arayamayan tüketiciler için, bu denetim mekanizmasının faydalı olduğu söylenebilir. Ancak, genel işlem koşulları kullanılmadan meydana gelen, yani bireysel sözleşmelerde yer alan haksız şartlar açısından, bu yöntemle bir denetim yapma imkânı hemen hemen mümkün olmayacaktır. İdari denetimin, GİK içeren sözleşmelerin denetimi açısından yararlı olması için, çeşitli sektörler açısından, tüketici örgütleri ile girişimciyi temsil eden kuruluşlar arasında genel işlem koşullarının tespit edilmesi ve tespit edilen bu koşulların kullanılması gerekmektedir[291]. Genel işlem koşullarının yargısal denetiminde ise, öncelikle, genel işlem koşulunun sözleşme içeriği haline gelip gelmediğinin tespiti yapılır, buna

[288] BAHTİYAR, 1996, s. 28.
[289] ÇINAR, 2009, s. 64.
[290] SEROZAN, Rona, "Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri", İÜHF Mecmuası, Cilt LXI, Sayı 1-2, İstanbul, 2003, s. 342.
[291] SEROZAN, 2003, s. 65.

bağlayıcılık denetimi de denir[292]. Akabinde sözleşme içeriğine dâhil olan sözleşme koşullarının belirli kriterleri taşıyıp taşımadığı belirlenir. Bu denetimden amaç sözleşme içeriği haline gelmiş, ancak haksız şart niteliğinde olan kayıtların denetlenerek geçersiz sayılması ve bu şekilde muhatabın korunmasıdır[293]. Doktrinde bu denetime, "içerik denetimi" de denilmektedir[294]. Genel işlem koşullarının gerek yürürlük denetimi gerekse içerik denetimi yapılırken, yorum kurallarından yararlanılır. Ancak, söz konusu yorum kuralları daha çok yürürlük denetiminden geçerek sözleşmenin içeriğine dâhil olmuş sözleşme kayıtları açısından söz konusu olur.

Öte yandan uygulamada yargısal denetimin daha etkin şekilde ön plana çıktığı rahatlıkla söylenilebilir. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda: *"...Prensip olarak Türk Hukukunda genel işlem şartlarının önceden idari kontrolünün veya sonradan yargısal kontrolünün yapılmasını öngören bir kanuni düzenleme mevcut değildir. Bu durumda genel işlem şartlarındaki kayıtların kontrolü ancak, dava halinde özellikle kayıtların yorumu, tamamlanması ve değiştirilmesi veya geçersiz sayılması hâkimin görevine dâhil olmaktadır. Gerek ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre Mahkeme içtihatları ile bilimsel öğretisinde genel işlem şartlarının uyuşmazlık halinde hâkim tarafından kontrolünde, açık olmayan kayıtların metni kaleme alan aleyhine yorumlanacağı, alışılmamış kayıtların geçersiz, şaşırtıcı kayıtların ise sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmayacağı, münferit sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanmayacağı, kişilik haklarını sınırlayan kayıtların ise hükümsüz olacağı ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır"*[295] şeklinde

[292] ATAMER, 2001, s. 81; ÇINAR, 2009, s. 66.
[293] SİRMEN, 2011, s.113 vd.
[294] ATAMER, 2001, s. 143; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004, s. 164; ÇINAR, s. 66.
[295] Yargıtay 3. HD. 02.06.1998 tarih ve E/K.4263/6098 sayılı kararı (YKD. 1998, 1140, 1141),

karar vermek suretiyle hukukumuzda ve özellikle Batı hukukunda gerçekleşen gelişmeleri dikkate aldığını göstermiştir.

I-Genel İşlem Koşulunun İdari Denetimi

Muhatabın genel işlem koşullarına karşı korunmasında idari denetim büyük önem arz etmektedir[296]. Nitekim idari denetimde genel işlem koşulu daha sözleşmenin karşı tarafıyla muhatap olmadan veya olay yargıya intikal etmeden tespit edilmekte ve haksız olanlar var ise bunların iptali sağlanmaktadır. Dolayısıyla idari denetim, önleyici bir denetim işlevi görmektedir. Birçok tüketicinin entelektüel bilgi ve mali açıdan zayıflığı nedeniyle haksız şartların iptali için dava açmayacağı düşünüldüğünde idari denetimin yapılmasının gerekliliği ortaya çıkmaktadır. İdari denetimin bir diğer faydası yargısal denetimin iş yükünü hafifletmesidir. Zira genel işlem koşulunun idari denetimden geçmesi sonucu sözleşmedeki haksız şartların büyük bir kısmı ortadan kalkacak, geriye kalan az sayıdaki GİK mahkemelerin önüne gideceğinden hem yargısal denetim kolaylaşacak hem de mahkemelerin iş yükü azalacaktır. Sözleşme hükümlerinin idari denetimi konusunda Türk hukukunda genel yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. TKHK'nın 5/8. maddesinde Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na GİK içeren sözleşmelerde yer alan haksız şartların tespit edilmesi ve bunların sözleşme metninden çıkarılmasının sağlanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemesi noktasında yetki vermiştir[297]. 4077 sayılı TKHK'nın 6.

(http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-107-1288-11.02.2014); YÜCE, 2012, s.191.

[296] ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004, s.162.

[297] Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliği'nin 8. maddesinde Bakanlığın idari denetimini şu şekilde düzenlemiştir:

"(1) Bakanlık, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşmelerde yer alan haksız şartların, sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alır.

(2) Genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış tüketici sözleşmelerinde haksız şartların yer alması durumunda, bu şartların sözleşme metninden çıkarılması için sözleşmeyi düzenleyene Bakanlıkça otuz gün süre verilir. Bakanlık gerekli gördüğü hallerde bu süreyi doksan güne kadar uzatabilir.

maddesinde de aynı yetki verilmiş olmasına rağmen Bakanlıkça çıkarılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelikte bu hususta herhangi bir düzenleme yapılmamıştı.

GİK'in idari denetimi ile ilgili bir düzenlemenin olmaması eleştirilmiş ve idari denetimin ne şekilde yapılabileceği konusunda doktrinde çeşitli görüşler[298] ileri sürülmüştür; Genel işlem koşulları ile ilgili genel ve zorunlu bir onaylatma yükümlülüğü konulması, isteğe bağlı onaylatma ve genel işlem koşullarının tescili yükümlülüğü konulması suretiyle denetim şeklinde üç denetim şekli olduğu, bunlardan ilkinin en etkilisi olduğu ileri sürülmektedir[299]. Genel işlem koşulu ile ilgili genel ve zorunlu idari denetim Türk hukukunda sigorta alanında uygulanmaktadır[300]. Sigorta Murakabe Kanunu'nun 28. maddesine göre, sigorta şirketleri ilk defa uygulayacakları sigorta teminatını on beş gün öncesinde Müsteşarlığa göndermek, mevzuata ve sigortacılık esaslarına aykırı nitelikte bulunan sigorta teminat ve esaslarını, Müsteşarlığın talebi halinde değiştirmek zorundadırlar. Dolayısıyla sigorta alanında Bakanlık izni olmadan söz konusu genel işlem koşulu

(3) Haksız şart olarak tespit edilen sözleşme şartlarının, tüketiciler açısından kesin olarak hükümsüz olduğunun sözleşmeyi düzenleyen tarafından tüketicilere açık ve anlaşılır biçimde yazılı veya elektronik ortamda bildirilmesi durumunda, tespit tarihinden önce tüketicilerle kurulan ve halen geçerli olan sözleşme metinlerinden bu şartların çıkarıldığı kabul edilir.
(4) Bakanlıkça verilen sürenin bitimine kadar, sözleşmeyi düzenleyen tarafından haksız şartların sözleşme metninden çıkarılmaması halinde, aykırılığın tespit edildiği her bir sözleşme için Kanunun 77 nci maddesi uyarınca idari para cezası uygulanır". Yönetmelikteki düzenleme ve Bakanlığa verilen yetkiler göz önüne alındığında kanunda verilmemiş olan yetkinin yönetmelik ile düzenlendiği ve bu şekilde amacı kanunun uygulanmasını göstermek olan yönetmeliğin kanuna aykırı hale geldiği düşüncesindeyiz.

[298] ASLAN'a göre Bakanlığın bu yetkisini yerine getireceği açık olmamakla birlikte, Bakanlık bu görevi, düzenli sözleşme denetimi suretiyle değil gerektiğinde Tüketici Mahkemelerinde dava açmak suretiyle ve idari yaptırımlarla kullanmalıdır. Tek tek sözleşme denetimi oldukça güçlük yaratabileceği gibi piyasaya müdahale şeklinde de algılanabilecektir. Zira son sözü yargı söylediği için uygulamada da Bakanlık idari denetim yerine yargısal denetimi tercih etmektedir (ASLAN, 2014, s. 329); Genel işlem şartlarının idari ve yargısal yönden denetimi konusunda kısmen benzer yöndeki görüş için bkz. AKİPEK, 1999, s. 240.

[299] TANDOĞAN, 1977, s. 35.

[300] AKİPEK, 1999, s. 232.

kullanılamaz. Bir görüşe göre[301], genel işlem koşullarının özellikle de tüketicinin istismarına açık alanlarda sektörel bazda tüketici örgütleri ile meslek birlikleri arasında tıpkı toplu iş sözleşmesinde olduğu gibi o alanda geçerli olacak sözleşme hükümlerinin tespit edilmesi gerekir[302]. Bunun için güçlü ve yeterli kaynağa sahip tüketici örgütlerinin varlığına ihtiyaç vardır. Ancak belirtmek gerekir ki geçmişte olduğu gibi günümüzde de tüketici örgütleri mali açıdan olduğu gibi entelektüel bakımdan donanımlı personel konusunda da sıkıntı içerisindedirler[303]. Bu şekilde yetersiz yapılanmış tüketici örgütlerinin güçlü satıcı, sağlayıcı veya kredi verenler ile bunların mesleki birlikleri karşısında ne kadar etkin olabileceği tartışmaya açık bir husustur. Yine haksız şartların önemli bir bölümünü oluşturan genel işlem koşullarının önceden idari denetime tabi tutulmuş olması onun haksızlığını ortadan kaldırmayacağı gibi bunların sonradan ayrıca yargısal denetime tabi tutulmasına da engel olmaz. Nitekim Yargıtay 11.Hukuk Dairesi[304], sigorta poliçesi genel şartlarının ilgili bakanlıkça tanzim ve tasdik olunmasına rağmen emredici hükümlere aykırı olması halinde bu şartların da geçersiz olacağını belirtmek suretiyle sözleşme hükümlerinin önceden idari denetime tabi tutulmuş olması veya ilgili makamca tasdik edilmiş olması halinde dahi yargısal denetime tabi olacağını ve emredici hükümlere aykırı olmaları halinde ise geçersiz olacaklarını belirtmiştir.

[301] BAYKAN, Renan, Tüketici Hukuku, 2004, İstanbul, s.206; TEKİNALP, 2009, s. 374 vd.

[302] Bu görüşün eleştirisi için bkz. ATAMER, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GİŞ, 2001, s. 50 vd.; GÜMÜŞ'e göre bu düzenleme belirli bir hizmet alanında örneğin, beyaz eşya satış sözleşmesi genel şartları vs. adı altında, sözleşme içeriğini belirleme yetkisini Bakanlığa vermemektedir (GÜMÜŞ, 2014, s.74).

[303] AKAN, 1995, s. 57; KILKIŞ, Yıldırım, Tüketicinin Korunması, Pazarlamacı Karşısında Tüketici, İstanbul, 1980, s. 65.

[304] Yargıtay 11.HD., 14.04.1995 T., E. 1995/1993, K. 1995/3369 sayılı kararı. (http/www.kazanci.com.tr).

II-Genel İşlem Koşulunun Hukuki Denetimi

A-Genel Olarak Hukuki Denetim

Genel işlem koşulunun, yargısal denetiminde iki aşamalı bir denetimden söz edilmektedir. Birinci aşamada bu hükümlerin satıcı, sağlayıcı veya kredi veren ile sözleşmenin karşı tarafı arasında yapılmış olan sözleşme ile ilişkilendirilip ilişkilendirilmediği bir başka anlatımla bunların sözleşme içeriği haline gelip gelmediğine bakılacak, sözleşme içeriği haline geldiği tespit edildikten sonra bunların açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınıp alınmadığı inceleme konusu yapılacaktır. Açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmamış olan hükümler yoruma tabi tutulacak, ortaya çıkan birden çok yorumdan muhatap açısından en lehe olanı dikkate alınacaktır. Üçüncü aşamada ise sözleşme içeriği haline gelmiş, açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmış olan (yoruma mahal vermeyen) sözleşme hükümlerinin içerik olarak hakkaniyete ve dürüstlük kurallarına uygun olup olmadığı değerlendirilecektir[305].

1-Bağlayıcılık Denetimi

Bir sözleşmenin içeriğinin haksız şartlar içermesi için öncelikle sözleşmenin geçerli olarak kurulması gerekir. Başka bir ifadeyle kuruluşu aşamasında hükümsüzlük söz konusu ise veya bir kayıt hüküm ifade etmiyorsa, artık o sözleşmenin içeriğinin denetimine gerek kalmaz. Sözleşmenin ikincil nitelikteki noktalarını oluşturan ve muhatap ile müzakere edilmeden sözleşmenin içeriği haline gelmesi istenen kayıtların sözleşmenin muhatabı tarafından varlığının bilinmesi

[305] YAVUZ, 2007, s. 52; ANTALYA, 2012, s. 303 vd.

gerekir[306]. Alman Medeni Kanununun 305/2. fıkrasında da girişimci tarafından sözleşmenin içeriği haline getirilmek istenen genel işlem koşullarının, muhatap tarafından incelemesine imkân tanınması gereği açıkça vurgulanmıştır. Türk hukukunda ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yürürlük denetimine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildi. Ancak, Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinde "yazılmamış sayılma" başlığı altında[307], yürürlük denetimine ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Bu şekilde sözleşme ile ilişkilendirilmeyen sözleşme kayıtlarının yazılmamış[308] sayılacağı belirtilerek, bu kayıtlar hakkında bir hukuki yaptırım öngörülmüştür. Taraf iradeleri genel işlem koşullarının sözleşme içeriği haline gelmesi konusunda uyuşursa, muhatabın müzakere etme imkânının olup olmaması genel işlem koşullarının sözleşme içeriği haline gelmesini engellemez[309]. Muhatabın pazarlık şansının olup olmadığı, genel işlem koşullarının içerik olarak hakkaniyete uygun olup olmadıkları hususları içerik denetimi safhasında önem arz eder.

Bağlayıcılık denetiminde genel işlem koşullarının sözleşme içeriği haline gelip gelmediği denetlenmekte, sözleşme ile ilişkilendirilmemiş veya sözleşme içeriği haline gelmemiş hükümlerin tespit edilmesini sağlayarak muhatabın bunlarla bağlı olması önlenmek istenmektedir. Eğer bağlayıcılık denetimi sonucu genel işlem koşullarının sözleşme içeriği haline geldiği sonucuna varılıyorsa bu durumda bu hükümlerin muhatabı bağlayacağı açıktır. Bir başka ifade ile bağlayıcılık denetiminin konusu, genel işlem koşullarının satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin muhatap ile akdettiği sözleşmeye alınmasına ilişkin anlaşmanın hangi hallerde geçerli olacağı ve anlaşmanın kapsamına hangi şartların

[306] EREN, 2013, s. 229.
[307] "Maddenin üst başlığındaki 'kapsamı' ibaresiyle amaçlanan, genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına dâhil olup olmadığına ilişkin 'yürürlük' denetimidir" (YENİOCAK, 2013, s. 52).
[308] "Kavram itibariyle öğretide eleştiri konusu yapılan hususlardan birisi de genel işlem koşulları bakımından, yazılı şart aranmamasına rağmen kavramın bunu çağrıştırdığı yönündedir, Oysa 20. maddede GİK'te şeklin önemli olmadığı vurgulanmaktadır" (YENİOCAK, 2013, s. 53).
[309] TEKİNALP, 2009, s.381.

dâhil olacağıdır[310]. Kısaca bu tür denetimde genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriği haline gelip gelmediği denetlenir. Bu tür denetime doktrinde bağlayıcılık[311], geçerlilik[312] veya yürürlülük denetimi[313] adı da verilmektedir.

a-İlişkilendirme Anlaşması

Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tüketici (muhatap) ile kuracağı sözleşmede kullanmak istediği genel işlem koşullarının sözleşmenin bir parçası haline gelmesi, bunların sözleşme içeriği sayılması ancak taraflar arasında yapılacak bir ilişkilendirme anlaşması yoluyla olur. Girişimcinin sözleşmeye dahil etmek istediği kayıtlar konusunda, iradesini mutlaka yazılı olarak ortaya koyması gerekmez; onun, bu açıklamasını sözlü olarak ya da sözleşmenin yapılacağı yerde, açık ve görülebilecek şekilde, mesela, ilan vb., muhataba iletmesi yeterlidir. Taraflar ilişkilendirme anlaşmasına rağmen GİK'in bazı hükümlerinin sözleşme içeriğinden çıkarılmasını da kararlaştırabilirler. Örneğin, Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta taraflarca matbu sözleşmedeki bir hükmün üzerinin çizilmiş olmasını tarafların bu hükmün sözleşmeden çıkarılmasına yönelik beyanı olarak yorumlamıştır[314]. İlişkilendirme anlaşması, iki yönlü bir etkide bulunarak bir taraftan genel işlem koşullarının sözleşme ile ilişkilendirilmesine, sözleşme içeriği haline getirilmesinde etkili olmakta, diğer taraftan ise sözleşme ile ilişkilendirilen koşullardan geçerli

[310] HAVUTÇU, 2003, s.105.
[311] HAVUTÇU, 2003, s.105; ZEVKLİLER/AYDOĞDU 2004, s.164.
[312] ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004, s. 164.
[313] ÇINAR, 2009, s. 67; ATAMER, 2001, s.81; "TKHK'da yürürlük denetimi öngörülmemiştir. Dolayısıyla TBK'daki yürürlük denetimine ilişkin hükümler TKHK bakımından da uygulama alanı bulacaktır" (AKİPEK ÖCAL, Sempozyum, 2013, s.61); SİRMEN, (Sempozyum), 2011, s.113; YAVUZ, 2013, s. 278.
[314] Yargıtay 13.HD., 05.03.2002 T., E. 2001/4613, K. 2002/1457 sayılı kararı. (http/www.kazanci.com.tr/).

olacakların çerçevesini çizmektedir[315]. İlişkilendirme anlaşması, asıl sözleşme taraflarının, sözleşmenin içeriğinin kısmen veya tamamen genel işlem koşulları ile düzenlenmesi konusunda TBK 1. maddesi anlamında karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarında bulunmaları ile meydana gelir[316]. İlişkilendirme anlaşmasının olmadığı hallerde, hiçbir zaman sözleşme unsuru haline gelmemiş standart şartlar yok hükmünde olduğu için hem tüketiciyi hem de satıcı ve sağlayıcıyı bağlamayacaktır; ayrıca tereddüt halinde tüketici lehine örtülü kabulü reddetmek gerekir[317].

TKHK kapsamında, satıcı, sağlayıcı veya kredi veren kısmen veya tamamen tüketici işleminin içeriği haline getirmek istediği genel işlem koşullarını sözlü veya yazılı olarak tüketicinin bilgisine sunmakta, açıkça bunlara atıfta[318] bulunmakta ve tüketicinin açık veya örtülü kabulüyle genel işlem koşulları, tüketici işleminin kısmen veya tamamen içeriği haline gelmekte ve taraflar için bağlayıcılık kazanmaktadır. Ancak genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriği haline gelmesi için bunların tüketiciye sunulması yeterli olmayıp, ayrıca tüketicinin bunların içeriği hakkında bilgi edinmesi olanağının da sağlanması gerekir[319]. Sözleşmenin meydana gelmesi için gerekli olan tüm hususlar, ilişkilendirme anlaşması için de geçerlidir. Öte yandan genel işlem koşulları hakkında sözleşmenin karşı tarafını uyarma ve GİK metninden haberdar olma imkânı tanınması gerekmekle birlikte GİK'in içeriği hakkında bir bilgi verme yükümlülüğü kesinlikle yoktur, madde bu şekilde yorumlanmamalıdır[320]. REİSOĞLU'na[321] göre, müşterinin, sözleşme yapılması

[315] OĞUZ, 2000, s. 515.
[316] HAVUTÇU, 2003, s.106.
[317] ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004, s. 164.
[318] TANDOĞAN, 1977, s. 30.
[319] ATAMER, 2001, s.83; TANDOĞAN, 1977, s. 30.
[320] ATAMER, Sempozyum, 2011, s.28; ÇINAR, 2009, s. 80.

esnasında GİK hakkında kendisine bilgi verildiğini, böylece bunların içeriğini öğrendiğini ve kabul ettiğini açıklaması TBK 20/3 maddesine göre kesin hükümsüz olacaktır[322].

GİK metninin muhataba verilmesine rağmen sözleşmede bunlara atıf yapılmamışsa bunlar sözleşme içeriği[323] haline gelmezler. Aynı şekilde kural olarak GİK'e atıf yapılan ve fakat GİK metninin muhataba verilmediği hallerde de GİK'in sözleşme içeriği haline gelmediği kabul edilmelidir. Nitekim Borçlar Kanununun 21.maddesinin 1.fıkrasında *"Karşı tarafın menfaatine aykırı*[324] *genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme olanağı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır."* denmektedir.

Genel işlem koşullarının münferit sözleşme içerisine alınması meselesi, aynı zamanda bu şartların hâkim tarafından nasıl kontrol edileceği sorununun çözümünde de önem taşımaktadır. Çünkü genel işlem koşullarının kendisine karşı hüküm ifade etmediğini ileri süren kişi bakımından, diğer sözleşme tarafının iddiası araştırılırken, her şeyden önce bu koşulların sözleşme içeriği haline gelip gelmediklerinin tespiti gereklidir. Hâkim böyle bir durumda, öncelikle koşulların sözleşme tarafları için

---

[321] REİSOĞLU, Seza, "Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi", Bankacılık Dergisi, Sayı 77, 2011, s. 108.

[322] ATAMER, TBK 20/3 teki düzenlemede, sadece GİK'e konulan ve bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtların tek başına bunları GİK olmaktan çıkarmaya yetmeyeceğinin ifade edildiğini ileri sürerek bu görüşe iştirak etmemiştir. ATAMER, Sempozyum, 2011, s.28 (Dipnot 57'den naklen).

[323] Aksi görüş için bkz. KAPLAN, 1996, s.16.

[324] " 'Karşı tarafın menfaatine aykırı' ibaresinin temel bir probleme neden olduğu açıktır. Hâlbuki genel işlem koşulunun sözleşme kapsamına girmesi aşamasında, koşulun, karşı tarafın menfaatine aykırı olup olmadığı meselesi üzerinde durulmaz" (YELMEN, 2014, s. 82); AKİPEK ÖCAL, Sempozyum, 2013, s. 59.

bağlayıcılık kazanıp kazanmadığına bakacak, bu şart gerçekleşmişse kayıtların içerik incelemesine geçecektir.

İlişkilendirme anlaşması iki şekilde yapılabilir;

aa-İlişkilendirme Hususunda Taraflar Arasında Açık Bir Anlaşmanın Olması (Açık İrade Açıklamasıyla)

Açık irade beyanında kişi, hukuksal işlem yapma iradesini başka davranış biçimlerini ve bunların yorumunu gerektirmeyecek tarzda[325] açıklamaktadır. İlişkilendirme anlaşmasının açık irade beyanıyla yapılacağı hallerde genel işlem koşullarını kısmen veya tamamen sözleşmenin içeriği haline getirmek isteyen satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin genel işlem koşullarına dayandığını ve bunları sözleşmenin içeriği haline getirmek istediğini açık ve tereddüde yer vermeyecek bir şekilde[326] karşı tarafa bildirmelidir. Bizim hukukumuzda da uygulanması gereken ve Alman Medeni Kanunu'nda yer alan hükme göre ilişkilendirme anlaşmasının açıkça yapılması, bir başka deyişle GİK'in sözleşme içeriği haline getirilmek istendiği konusunda muhatabın uyarılması gerekmektedir[327]. Genel işlem koşulları, koşulların üzerinde önceden basılı bulunduğu ya da en azından koşullara atıf ihtiva eden metnin imzalanmasıyla veya sözlü biçimde kabulüyle münferit sözleşme içine alınabilirler. Genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriği haline getirilmek istendiğinin muhataba şifahi olarak bildirildiği hallerde de açık irade açıklaması vardır. Ancak bu durum ileride genel işlem koşullarının bağlayıcılığının ihtilaf konusu olması durumunda satıcı, sağlayıcı veya kredi vereni bir ispat sorunu ile karşı karşıya bırakabilir.

[325] KILIÇOĞLU, 2013, s. 41.
[326] ÇINAR, 2009, s. 72 vd; OĞUZ, 1993, s. 70.
[327] ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004, s. 164.

Muhatabın, GİK'in sözleşme içeriği olmasına yazılı veya sözlü olarak muvafakat etmesi halinde açık kabul vardır[328]. Genel işlem koşulları, sözleşmenin ön yüzüne basılı olabileceği gibi arka yüzünde de yer alabilir. Eğer koşullar arka sayfada yer alıyor ve metnin ön sayfası imzalanıyor ise, imzanın üzerinde bir satırda arka yüze atıfta bulunulmuş olması zorunludur. YHGK. 03.07.1981 tarih ve E.1979/1775, 1981/563 sayılı kararında: *"...taşıma sözleşmesinin yerine getirilme yeri Türkiye olduğuna göre Devletler Özel Hukuk Kuralları uyarınca olaya o sözleşmenin yerine getirileceği yer kanunlarının yani Türk Kanunlarının uygulanması gerekir. TTK. 766'da ise, taşıma sözleşmelerindeki sorumluluğu kaldıran veya hafifleten hükümlerin geçersizliği belirtilmiş olup bu hüküm yorumlayıcı değil buyurucu niteliktedir. Bu nedenle davalı taşıyıcının dayandığı Alman Taşıyıcı Genel Koşul Belgesindeki sorumluluğu sınırlandıran hükümler geçersizdir."* şeklinde karar vermiştir[329].

Genel işlem koşulları kullanılan sözleşmelerde, taraflar ya bir defaya mahsus karşılaşmış ya da iş ilişkileri nedeniyle sürekli şekilde karşı karşıya bulunuyor olabilirler. Birinci halde, sözleşmenin diğer noktaları üzerinde yapılan anlaşmalara benzer nitelikte, işlevi sadece bu koşulların sözleşme içerisine alınmasıyla sınırlı olan bir anlaşma yapılır. İkinci halde ise, sürekli iş ilişkisinde bulunan taraflar her seferinde ayrı ayrı genel işlem koşullarının ilişkilendirildiği hususunda anlaşmaktan vazgeçerek yapacakları bir çerçeve sözleşme ile ileride kuracakları sözleşmelerde kendileri için geçerli olacak genel işlem koşullarını önceden tespit edebilirler.

[328] ATAMER, 2001, s.99; HAVUTÇU, 2003, s.110.
[329] ÇEVİK, Orhan Nuri, TTK ve Uygulanmasına İlişkin Mevzuat, 2. Baskı, Ankara, 1993, s. 691.

Açık irade açıklaması[330] ile taraflar sözleşmenin genel işlem koşulları ile birlikte kurulacağı yönünde bir açıklamada bulunmaktadırlar, genel işlem koşullarının içeriğini okumaları, anlamaları veya sözleşmenin hükmü haline gelecek olan bu koşulların kendileri için ifade ettiği değeri özümsemeleri gibi konularda açıklamada bulunmaları gerekmez. Bu hususlar, ileride ihtilaf halinde, özellikle de bu şekilde kısmen veya tamamen sözleşme içeriği haline getirilen koşulların haksızlığı gündeme geldiğinde önem taşır ve bu olgu bir ispat sorunu olarak ortaya çıkabilir. Ayrıca yukarıda belirtilen bu hususlar, yani genel işlem koşullarının içeriğinin okunması ve lehe mi aleyhe mi olduğu hususları satıcı, sağlayıcı veya kredi veren açısından değil, muhatap açısından önem arz eden hususlardır. Zira genel işlem koşullarını sözleşmenin içeriği haline getirmek isteyen satıcı, sağlayıcı veya kredi veren bunların anlam ve önemini, bunların kendi lehine olduğunu bilmekte ve bu yüzden de bunlara dayanmaktadır. Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin bu koşullarla aynı türde her gün yüzlerce belki de binlerce sözleşme yaptığı düşünülürse bu hususların daha çok muhatap açısından önem arz edeceği açıktır.

Muhatabın genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriği haline getirilmek istenmesi konusundaki kabul açıklaması iki şekilde olabilir:

i) Bilinçli Kabul

Bilinçli kabulde, muhatap, sözleşmenin içeriği haline getirilmek istenen genel işlem koşullarını okumuş, anlamış, bunların içeriği ile anlam ve önemi konusunda bilgi sahibidir[331]. Bilinçli kabulde muhatap, sözleşme içeriği haline getirilmek istenen genel işlem koşulları sözleşme metninde ise sözleşme metnini, sözleşmenin

[330] YELMEN, 2014, s. 87.
[331] HAVUTÇU, 2003, s.111; YELMEN, 2014, s. 88.

arkasında veya ekinde ise buralardan okuyarak, başka bir yerde olan genel işlem koşullarını ise edinerek okumakta ve onları değerlendirdikten sonra bu şartların sözleşme içeriği olmasına rıza gösterdiğini açık iradesiyle açıklamaktadır. Muhatabın bu şekildeki beyanı, sadece genel işlem koşullarının kendisince okunduğu ve içeriği hakkında bilgi sahibi olduğu hususlarını içermekte olup, bu koşulların kendisi ile müzakere edildiği anlamına gelmemektedir[332]. Şayet bu koşullar tüketici ile müzakere edilmişse veya tüketici bu koşulları değiştirme imkânı bulmuşsa artık bu şartları genel işlem koşulu ve dolayısıyla haksız şart olarak nitelendirmek mümkün değildir[333].

ii) Global Kabul

Muhatabın, önceden hazırlanmış, her maddesi veya hükmünü okumadığı bir metin için açıkladığı kabul iradesi, global kabul olarak adlandırılmakta ve bunun hukuken geçerli olduğu kabul edilmektedir[334]. Muhatap, global kabulde bulunduğu sırada, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşmenin içeriği haline getirmek istediği genel işlem koşullarının varlığından haberdar olmakla birlikte, bunların sözleşme içeriği olmasına rıza göstermektedir ancak bu koşulların içeriği hakkında bilgi sahibi değildir ve bunların kendisi için ifade ettiği anlam ve önemi bilmemektedir.

Muhatabın genel işlem koşullarını okumadan ve bunların içeriği hakkında bilgi sahibi olmadan bunların sözleşme içeriği olmasına rıza göstermesi şeklinde açıklaması, her ne kadar muamele iradesini taşıyan bir irade açıklaması olarak

[332] ATAMER, 2001, s.72; ÖZEL, 1999, s. 57.
[333] YAVUZ, 2007, s. 57; ATAMER, 2001, s. 75.
[334] AKİPEK, 1999, s.228; HAVUTÇU, 2003, s.112; TEKİNALP, 2009, s.381; ATAMER, 2001, s.102.

değerlendirilemese de güven teorisine göre okumadan bir metni imzalayarak iradesini açıklayan kişi, bu iradesi ile bağlı olacağından, genel işlem koşullarının sözleşme içeriği haline getirilmek istendiğini ve varlığını öğrenen tarafın bu şartları okumadan yine bunların içeriği hakkında bilgi sahibi olmadan bunların sözleşme içeriği haline getirilmesine rıza göstermesi halinde bunların sözleşmeye alınmasının sonuçlarına da katlanması gerekir[335]. Nitekim bir yazıyı okumadan onu imzalayan kişi, metinde yer alan hususları beyan ettiği kabul edilmektedir[336]. Öte yandan, bu şekilde tüketicinin global bir açıklaması ile sözleşmenin içeriği haline getirilen genel işlem koşullarının haksız olup olmadığı hususları her halükarda değerlendirme konusu yapılacak ve bunlardan haksız olanlar iptal edilebilecektir. Öte yandan muhatabın global kabulü, genel işlem koşullarını imzalaması suretiyle tezahür etmekle birlikte asıl sözleşmede genel işlem koşulları mevcutsa veya asıl sözleşmede genel işlem şartlarına atıf yapılıyorsa bu halde imzanın genel işlem koşullarını da kapsadığı kabul edilmektedir[337]. Nitekim Yargıtay, önüne gelen bir uyuşmazlıkta sözleşmenin altında yer alan *"yukarıdaki araç sipariş formu ve arka taraftaki yeni araç satış şartlarının tamamının her maddesini dikkatle okudum ve imzaladım*." şeklindeki tüketici beyanına dayanarak sözleşmenin arka yüzünde yer alan genel işlem koşullarının tüketici için bağlayıcı olduğunu kabul etmiştir[338].Yargıtay'ın aynı konuda aksi görüşte olduğunu gösteren başka kararları da bulunmaktadır[339].

---

[335] ATAMER, 2001, s.102; HAVUTÇU, 2003, s.112; Aksi görüş için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, 2013, s. 27.

[336] TUHR, von Andreas, 1983, s.153.

[337] TEKİNALP, 2009, s.381 vd.

[338] Yargıtay 13.HD. 14.12.2004 tarih ve E. 2004/9747, K.. 2004/18207 sayılı kararı (http/www.kazanci.com.tr/kho2/ibb/files/13hd-2004-9747.htm).

[339] Aksi yönde karar için ÇINAR, 2009, s.82 dipnot 49'a bkz. Yargıtay 13.HD., 10.03.2005 tarih ve E. 2004/16261, K. 2005/3886 sayılı kararı (www.kazanci.com.tr).

bb-Örtülü İrade Açıklamasıyla Anlaşmanın Olması

Tüketici işlemlerinde, girişimcinin, genel işlem koşullarının sözleşmeye dâhil edilmesi konusundaki önerisi örtülü olamayacaksa da, muhatap açısından, örtülü kabul beyanı mümkündür[340]. Muhatabın irade açıklamasından, genel işlem şartlarının sözleşme içerisine alınmasını istediği doğrudan anlaşılmıyor, ancak davranışlarından böyle bir sonuç çıkarılabiliyorsa bu halde, iradeyi gösteren davranış vasıtasıyla verilmiş ilişkilendirme beyanının varlığından söz edilebilir[341]. Burada gerçek bir irade beyanının mı yoksa irade beyanı olarak değerlendirilecek fiili davranışın mı söz konusu olduğu sorusunun araştırılmasına gerek bulunmaksızın, genel işlem koşullarının geçerliliği hukuki işlem temeline dayanır[342].

Girişimcinin irade açıklaması kendi genel işlem koşullarına atfı ihtiva ediyor ancak muhatabın davranışlarından da koşulların sözleşme içerisine alınmasını istediği anlaşılmıyor ise girişimci açısından, onun fiili davranışlarının beyan anlamı, şartların sözleşmeyle ilişkilendirildiğini kendisinin kabul ettiği yönünde belirebilir. Fakat gerçekte davranışa verilen beyan anlamı, muhatabın gerçek işlem iradesine uygun olmayabilir. Yani gerçekte muhatap genel işlem koşullarını istememiş olabilir.

Muhatabın davranışı, genel işlem koşullarının ilişkilendirilmesi yolunda kabul gibi gören ve bu sebeple gerçek bir irade açıklaması şeklinde tasnife tabi tutan Alman hâkim doktrini, genel işlem koşullarının geçerliliği sorununu hukuki işlem öğretisi içinde izah etmiştir. Buna göre tüm şartlar göz önüne alındığında, karşı taraf için reddin varlığının zorunlu kabul edileceği her durumda tüketicinin susması kabul

[340] ÇINAR, 2009, s.86; ANTALYA, 2012, s. 307.
[341] YELMEN, 2014, s. 88.
[342] OĞUZ, 1993, s. 47.

sayılmalıdır[343]. Örneğin, bir simsar ilgili kişiye kendi genel işlem koşullarını gösterirse, bundan sonra şartlarda anlaşılmadığı hususunu simsara bildirmek artık onun görevidir. Eğer bunu yapmaz ise, simsar sözleşmesi genel işlem koşulları altında yapılmış kabul edilir. Alman Braunschvveig Bölge Mahkemesi kendisinden sonra gelen kararlara emsal teşkil eden 1950 tarihli taşıma sözleşmesine ilişkin kararında taşıtıcının, taşıyıcının, Alman genel taşıma sözleşmesi şartları altında sözleşmeyi yapacağını hesaplamak zorunda olduğunu kabul etmiştir[344]. Aynı şekilde müşterilerini, sözleşmelerin akdedildiği mekânda, görünür bir yerde yaptığı ilan yoluyla GİK kullanım konusunda uyaran, sözleşme görüşmeleri başında GİK metnini teslim edip bunlara yollama yapan ancak sözleşmenin akdi anında tekrar bunlara değinmeyen işletmecinin, müşterilerinin genel işlem koşullarını zımnen kabul ettiklerini varsaymaya hakkı vardır[345]. Hukuki işleme dayanan ilişkilendirme teorisinin diğer değerlendirme şekline göre de sözde varlığı kabul edilen ilişkilendirmede gerçek bir irade açıklaması yoktur. Zira fiili davranış beyan sahibinin hukuki işlem iradesine uygun olmadıkça irade beyanının unsurlarının tamam olduğundan söz edilemez[346].

Bazı yazarlar[347] bu sorumluluğu sözleşme müzakerelerine girişmekten doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) ile izah etmeye çalışmışlardır. Culpa in contrahendonun hukuk öğretisi tarafından kabulünün sebebi sözleşme görüşmelerine

---

[343] Susmanın örtülü kabulde bilinçli kabulü ortaya koyamayacağı ve dolayısıyla sözleşmenin kurulmasına yetmeyeceği şeklindeki aksi görüş için bkz. ANTALYA, 2012, s.307.

[344] OLG. BRAUNSCHVVEIG (25.09.1950), BB. 1950/743 (OĞUZ, 1993, s. 49, dipnot 9'dan naklen).

[345] ATAMER, 2001, s.101.

[346] OĞUZ, 1993, s. 49.

[347] BUNTE, s.11, MROCH, Zum Kampf gegen dieunlauteren Geshaftsbedingungen (OĞUZ, 1993, s.49, dipnot 12'en naklen); "Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, sözleşmenin kurulmasından önceki safhada görüşmecilerden birinin veya yardımcılarının, diğer görüşmeciye veya onun koruma alanında bulunan kişilere, aralarında dürüstlük kuralına göre kurulmuş bulunan sözleşme benzeri güven ilişkisine aykırı davranarak vermiş olduğu zararlardan sorumluluktur" (EREN, 2013, s.1128 vd.); ÇINAR, 2009, s. 132.

başlama amacı ile bir başkasının çıkar alanına giren kimsenin karşı tarafta uyandırdığı özel güvende aranmalıdır. Sözleşme kurulmadan önce taraflar sözleşmenin şartları içeriğini hak ve yükümlülükleri konusunda birbirleriyle görüşebilirler. Bu görüşmeler uzun sürebilmekte ve bunların sonucunda bir hukuki ilişki kurulmaktadır. Buna göre muhatap, kendisiyle ancak genel işlem koşulları altında sözleşme yapılacağını bilmek zorunda bulunduğu hallerde, bu şartlardan bilgi edinmek hususunda sorumlu sayılmalı ve şartlarda anlaşmazlık halinde de durumu derhal karşı tarafa bildirmelidir. Eğer bunu yapmaz ve bilgi edinme yükümlülüğünü yerine getirmezse, genel işlem koşullarının kendisi için geçerli sayılması hal ve keyfiyetine katlanmalıdır[348].

Üçüncü temel görüş; belirli tip genel işlem şartları için ilişkilendirmeyi davranışın normlaştırılmasına dayandırmıştır[349].

Hukuki işlem nitelikli ilişkilendirme teorilerine göre, genel işlem koşullarının geçerliliği, yorum vasıtasıyla tespit edilmiş irade açıklamasına yani bir nevi faraziyeye dayanmaktadır. Sorumluluk teorisine göre ise, genel işlem koşullarının bağlayıcılığı bir karşı koyma yükümlüğünün yerine getirilmemesinden kaynaklanmaktadır. Normatifleştirilmiş ilişkilendirme teorisi de belirli tip genel işlem koşullarının, tarafların hukuki işlem iradelerinden bağımsız olarak münferit sözleşme içerisinde geçerlilik kazanacaklarını kabul etmiştir[350].

Normatifleştirilmiş ilişkilendirme teorisine göre genel işlem koşulları belirli tip sözleşmeler için tamamlayıcıdır. Bu tamamlayıcı nitelikleriyle şartlar, taraf iradelerinden bağımsız biçimde bağlayıcılık kazanmalıdır. Zira birçok iş dalında genel işlem koşulları kullanılması fiili uygulama haline gelmiştir. Hukuk düzeni,

[348] KILIÇOĞLU, 2013, s. 80 vd.
[349] RAISER, s.160 (OĞUZ, 1993, s.50, dipnot 15'ten naklen).
[350] OĞUZ, 1993, s. 50.

kullanımı belirli dalda yaygınlık kazanmış genel işlem koşullarını bireysel anlaşmaların tamamlayıcısı olarak görmektedir. Ancak bu görüş doktrinde eleştirilmiştir[351]. Tüketicilerle yapılan sözleşmelerde, belirli iş dallarında yaygın kullanım kazanmanın tüketiciler açısından önemi yoktur. Kendisine atıf yapılmayan fiili uygulamalardan tüketicinin haberdar sayılması reddedilmelidir. Tüketicinin bunları bilmesi ondan beklenmemelidir[352].

Her iki anlayışa göre de genel işlem koşullarının geçerlilik temeli hukuki işlem öğretisi içerisinde yatmaktadır. Çözümler arasındaki fark, irade ve beyan nazariyelerine ilişkin tartışmalara kadar gider. İrade nazariyesi, irade beyanının tamamıyla beyanda bulunanın gerçek iradesine uygun olmasını zorunlu görmüş, beyan nazariyesi davranışın beyan anlamını araştırırken gerçek iradeyle uğraşmamıştır[353].

Doktrinde kabul edilen bir görüşe göre[354] hukuki işlem iradesi sadece fiili davranıştan çıkarılabilir. Hukuken değerlendirilebilecek irade objektif tanınabilir hale gelmedikçe dikkate alınamaz. O halde, bir davranışı irade açıklaması şeklinde değerlendirirken, sözleşmenin kurulması sırasında mevcut şartlar göz önüne alınmalı, kişide fiilen mevcut tanınabilir hale gelmemiş olan irade, hukuk tekniğine ilişkin sebepler dolayısıyla göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle, irade açıklamasının var olup olmadığı hususunda cevaplanması gereken soru, davranışın objektif değerlendirme sonucunda işlem iradesinin çıkarılmasına müsaade edip etmediğidir. Hukuk, kişinin dışa vurmadığı deruni iradesini kavrayamayacağından, davranışın hukuki işlem nitelikli olması veya görünürde sözde hukuki işlem nitelikli sayılması arasında hiçbir fark yoktur. Böylece irade beyanının sübjektif irade unsuru yerine, davranışın objektif

[351] RAISER, AGB, s.86 (OĞUZ, 1993, s.51, dipnot 18'den naklen).
[352] OĞUZ, 1993, s. 51.
[353] KARTAL, 2008, s. 66.
[354] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1993, s. 72 vd.

beyan anlamı, farazileştirilmiş sübjektif irade olarak geçmektedir[355].

Liberal anayasaların koyduğu temel ilkeler doğrultusunda bugünkü şeklini almış bulunan irade muhtariyeti esasına dayanan hukuk düzenleri içerisinde bir davranışın irade beyanı olarak değerlendirilmesi ve bu vasıtayla ortaya çıkan hukuki neticelerden kişinin sorumlu tutulabilmesi, davranışın mutlaka kişinin iradesinin sonucu olmasını gerektirmektedir. İrade beyanı hadisesi bu durumda objektif unsur (beyan unsuru) yanında sübjektif unsur (irade unsuru) da[356] ihtiva etmelidir. Sübjektif unsur ortaya konulmadıkça, bir davranışın hukuki neticelerinden kişinin sorumlu tutulması düşünülemez. Açıklama sahibi hukuki işlemin kurulmasına ilişkin davranışın tarzını seçerken tamamen serbesttir. Diğer yandan üçüncü kişiler de açıklama sahibinin iradesini ancak gösterdiği davranıştan çıkarabilirler. Davranışın beyan anlamı ile davranışa bağlanan hukuki işlem iradesinin birbirine uygunluğu tamamıyla davranış sahibinin sorumluluğundadır[357].

Davranışın beyan anlamı ile irade arasında fark bulunması halinde kişi, davranışının sorumluluğunu taşımak zorundadır. Zira açıklama özgürlüğü, sorumluluğa yol açmaktadır. Serbestçe seçilmiş davranışlarla, özel hukuki ilişkiler kurabilmeyi sağlayan özgürlük, kişinin davranışlarından sorumlu tutulması şeklinde kendisini gösteren esnek bir etkiyi de haizdir. Ancak, bu sorumluğun da bir sınırı vardır. Davranış, mevcut bütün şartlar göz önüne alındığında belirli bir hukuki işlemin ifade aracı olarak görünüm kazanmış ise, kişi davranışından sorumlu tutulabilecektir. Davranış, hakkaniyet gereği 3. kişiler açısından beyan vasıtası şeklinde görünmüyor ise davranışta bulunanın herhangi bir sorumluluğu

[355] OĞUZ, 1993, s. 55.
[356] EREN, 2013, s. 127 vd.
[357] OĞUZ, 1993, s. 55.

bulunmayacaktır[358].

Muhatap tarafından görünürde verilen ilişkilendirme beyanı TBK md. 1/2 ve TBK md. 6 ile birlikte değerlendirildiğinde şu şekilde ortaya çıkabilir. Girişimcinin sözleşme beyanı varması gerekli irade beyanı olarak muhatap açısından yoruma tabi tutulmalıdır. Muhatabın, karşı tarafın sözleşme beyanının genel işlem koşullarını da kapsadığını hesaba katmak zorunda olduğu hallerde, sözleşme bu şartlarla kurulmuş sayılmalıdır. Sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut bütün şartlar böyle bir sonucu elverişli kılıyorsa, muhatap doğruluk ve güven kuralı gereği davranışının sonucuna katlanmalıdır[359]. Yargıtay 05 Haziran 1962 tarihli bir kararında[360] aynı sonucu benimsemiştir. Olayda bankanın verdiği mevduat defteri kaybedilmiştir. Defterde yer alan şartlardan birisi, defterin kaybedilmesi halinde bankanın mektupla haberdar edilmesidir. Aksi takdirde banka başkasına yapacağı ödemeden sorumlu tutulmayacak, zarar hesap sahibine ait olacaktır. Mahkeme şartların geçersizliğine karar vermiş ancak Yargıtay, cüzdandaki şartlara uygun hareket etmemenin akde aykırılık teşkil edeceği gerekçesiyle kararı bozmuştur. Yargıtay *"...Davacı mukavele mahiyetinde bulunan bu cüzdandaki şartları kabul ile parasını bankaya yatırdığına göre, bu şartlara riayetsizliğin akde muhalefet olduğunu düşünmek gerekir*." şeklinde karar vermiştir. Genel işlem koşullarının örtülü olarak da kabul edilerek geçerli olacağını savunan görüşe göre cüzdanını eline alan açısından, hesap tutarı ve hareketleri yazıldığı için, içinde ne yazıldığını bilmek bakımından ihmal gösterilemeyecek bir önemde bulunan bu cüzdanın incelenmesi gerekir. Tacir olsun

[358] OĞUZ, 1993, s. 57; EREN, 2013, s.127 vd.
[359] OĞUZ, 1993, s. 58.
[360] BATTAL, 2001, s. 162, (BATTAL-Banka); TEKİNALP, Ünal, "Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları", Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü *(Batider)* Yayınları, Ankara, 1986, s.139; BOSTANCI, Şebnem, Genel İşlem Şartları, s.19 (http://www.hukukiboyut.com/arsiv/d2009112493649.pdf).

olmasın banka cüzdanının iç kapağında bazı koşulların yazılı olduğunu bilen veya bilebilecek durumda bulunan kişinin, bankanın bu hesabı, bu şartlarla açmayı kabul edeceğini hesap etmesi gerekir. Gerekçeye göre cüzdan, içinde ne yazıldığını bilmek bakımından, ihmal gösterilmeyecek önemi haizdir.

Buna ilaveten genel işlem koşullarının ilişkilendirilmesi hususundaki anlaşma, bağımsız bir anlaşma olmayıp münferit sözleşmenin bir parçasıdır. Şüphesiz bu anlaşma, sözleşmenin kuruluş tekniği içerisinde kendisini diğer anlaşmalardan ayırır. Bireysel sözleşme genelde karşılıklı müzakereler temeline dayandığı halde, genel işlem koşullarının ilişkilendirilmesi hususundaki anlaşma formüler şekilde hazırlanmış metne hiçbir tepki gösterilmemesinden doğmaktadır[361].

Tüm bu açıklamalar da dikkate alındığında, örtülü kabulün varlığı için satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin kendi üzerine düşeni yapmış olması, GİK'i sözleşme içeriği haline getirmek istediği konusunda muhatabı vaktinde uyarmış ve muhataba GİK içeriğini öğrenme imkânı vermiş olması gerekir[362]. Yargıtay bir uyuşmazlıkta tüketicinin uzun süredir GSM operatörünün abonesi olduğu, bu nedenle sözleşme hükümlerini benimsediğinin kabulü gerektiğine karar vermiştir. Bu kararında[363] Yargıtay sözleşme hükümlerinin tüketicinin örtülü irade açıklamasıyla sözleşme içeriği haline geldiğini kabul etmiştir.

[361] OĞUZ, 1993, s. 59.
[362] ATAMER, 2001, s.100; SOYER, 1987, s. 80.
[363] Yargıtay 13. HD., 21.01.2002 T., E. 2001/11843, K. 2002/418 sayılı kararı (http/www. kazancı.com.tr).

i) İlişkilendirme Anlaşmasının Örtülü İrade Açıklamasıyla Meydana Gelmesinde Özellik Arz Eden Durumlar

Yukarıda genel hatlarıyla açıklanan ilişkilendirme anlaşmasının örtülü yapılması meselesinde irade açıklamalarının yeri ve şekli ile sözleşmenin içeriğine dâhil olup olamayacakları hususunda bazı durumlar önem arz etmektedir. Örneğin; satıcı, sağlayıcı veya kredi veren akdedeceği sözleşmelerin içeriği haline getirmek istediği genel işlem koşullarını sözleşmenin yapıldığı yerde veya işletmesinin görünür bir yerine asmış ya da bu koşulları yayınlamış olması halinde sözleşme ile ilişkilendirilmiş sayılıp sayılmayacağı hususu tartışmalıdır[364].

Muhatabın, yayınlanmış olan ya da işletmenin görülebilir bir yerine asılmış olan genel işlem koşullarını bilme yükümlülüğü yoktur. Bazı yazarlar genel işlem koşulları, orta vasıftaki bir muhatabın ilk bakışta fark edebileceği, kolaylıkla görebileceği, gözden kaçırma ihtimali olmayacak bir yere asılmışsa dürüstlük kuralı gereği satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin muhatabın bu şartları gördüğünü ve hesaba katması gerektiği hususunda yetki sahibi olarak görülebileceğini ifade etmektedirler[365]. Bu görüş doktrinde haklı olarak eleştiriye uğramıştır. ATAMER'e göre GİK içeren metnin ilanı suretiyle sözleşme içeriği haline gelmesini istisnai olarak kabul etmek gerekir. Zira dayandığı genel işlem koşullarını sözleşmenin içeriği haline getirmek isteyen satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin bu koşullar bakımından muhatabın dikkatini çekmesi ve bu koşulları sözleşme içeriği haline getirmek istediğini açıkça

[364] AKMAN'a göre, kullanıcı tarafından sözleşmenin kuruluş aşamasında diğer sözleşenin açık olarak bunlardan haberdar edilmesi ya da bunun sözleşmenin kurulma biçimi nedeniyle olağanüstü güçlük taşıdığı durumlara özgü olmak koşuluyla, sözleşmenin kurulduğu yerde açıkça görülebilir şekilde ilan edilerek bunlara yollamada bulunulması ve aynı zamanda diğer sözleşenin bu koşulların içeriğini öğrendiği kabul edilebiliyorsa ve o, bunların yürürlüğüne razı olmuşsa, ancak bu halde genel işlem şartları sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olur (AKMAN, Sermet, "Genel İşlem Şartları", Günümüzde Yargı, 1979, s.15).

[365] HAVUTÇU, 2003, s.124; OĞUZ, 1993, s. 64; SOYER, 1987, s.76 vd.

muhataba bildirmesi gerekir. Mal seçimi veya hizmet sunumuna yoğunlaşan muhataptan duvarlarda olası GİK ilanlarını aramasını ve onları incelemesini beklemek çok adil bir yöntem olmayacaktır. Ancak sözleşmenin niteliği dolayısıyla aşırı külfetli olması, sözleşme konusunun pek önemli olmaması, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin GİK'i başka türlü muhataba sunmasının ona aşırı külfet yüklemesi, güçlük doğurucu ve hayatın olağan akışı içerisinde çok detaylı müzakerelere konu olmayan hususlarla ilgili sözleşmelerde GİK'in işletmenin görülebilir bir yerine asılmış olmasını yeterli saymak gerekir[366]. Örneğin, otomatlar aracılığıyla kurulan sözleşmelerde, otopark, tiyatro ve giriş biletlerinde düzenleyenin GİK'ler hakkında bilgi vermesi beklenemez, dürüstlük kuralı gereğince ilanın asılması yeterli görülmelidir[367]. Burada sorumsuzluk kayıtlarına ilişkin TBK'da düzenlenen özel bir duruma da değinmek gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun 579. maddesine göre, garaj, otopark ve benzeri yerleri işleten işletme sahipleri, kendilerine bırakılan veya çalışanlarınca kabul edilen hayvan, at arabası, bunlara ait koşum ve benzeri eşya ile motorlu taşıt ve eklentilerinin yok olmasından, zarara uğramasından veya çalınmasından sorumludurlar. Ancak işletenler, zararın saklatan veya ziyaretçisi ya da beraberinde veya hizmetinde bulunan kimseye yükletilebilecek kusurdan, mücbir sebepten ya da eşyanın niteliğinden doğduğunu ispat etmekle, bu sorumluluktan kurtulurlar. Kanunun aynı maddesinin 3. bendine göre, işleten, böyle bir sorumluluğu üstlenmediğini veya sorumluluğun bu kanunda belirtilmeyen bir sebebe dayandığını yapıştırdığı ilanlarda bildirse bile, sorumluluktan kurtulamayacaktır. Böylece, kanun koyucu bu işletmeciler için, genel işlem koşulları niteliğinde bulunsun veya bulunmasın, ilan yoluyla sorumsuzluk kaydının muhatap tarafından kabul

[366] ATAMER, 2001, s. 89.
[367] ANTALYA, 2012, s. 308.

edilmesini, yani sözleşmeye dâhil edilmiş sayılmasını engellemiştir[368].

Taraflar arasındaki sözleşme yazılı şekilde yapılıyorsa ilişkilendirme anlaşması da asıl sözleşmenin şekline tabi olduğundan bu durumda satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin dayanmak istediği genel işlem koşullarına yazılı bir atıf yapılacaktır. Genel işlem koşullarına bu şekilde yazılı bir yollama yapılması ile bu şartlar muhatabın açık veya örtülü irade beyanıyla sözleşme ile ilişkilendirilmiş olur. Şayet taraflar arasında yazılı olmayan bir sözleşme kurulmak isteniyorsa bu durumda da satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşme içeriği haline getirmek istediği genel işlem koşullarına muhatabın dikkatini çekmesi gerekir. Aksi takdirde yayınlanmış veya işletmenin görünür bir yerine asılmış olması muhatabın bu koşulların sözleşme içeriği olacağını bildiği ve buna muvafakat gösterdiği şeklinde yorumlanamaz. Böyle bir yorum, hayatın olağan akışına ve de tüketiciyi korumayı amaç edinmiş bir kanunun ruhuna uygun düşmez. Ayrıca belirtmek gerekir ki, sözleşme içeriği haline getirilmek istenen genel işlem koşullarının sözleşme ile ilişkilendirilebilmesi için sözleşmenin kurulduğu anda muhataba bu koşulların sözleşme içeriği haline getirilmek istendiği açıkça bildirilmeli, onun bu şartları öğrenmesi sağlanmalı ve onun rızası da alınmalıdır[369]. Şayet satıcı, sağlayıcı veya kredi veren muhatap ile genel işlem koşulları olmadan sözleşmeyi imzalamış ve fakat sözleşmenin kurulmasından sonra genel işlem koşullarına dayandığını bildirmiş ise bu koşullar sözleşme ile ilişkilendirilmiş olmaz, sözleşme içeriği haline gelmez. Sözleşmenin imzalanmasından sonra sözleşme içeriği haline getirilmek üzere muhataba sunulan genel işlem koşulları sözleşmenin değiştirilmesi teklifi olarak kabul edilir[370].

[368] ÇINAR, 2009, s. 78.
[369] AKİPEK, 1999, s.231; OĞUZMAN/ÖZ, 2013, s. 27.
[370] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1993, s. 158.

Hazır olmayanlar arasında meydana gelen sözleşmelerde ise GİK'in sözleşme içeriği haline gelmesi için muhataba gönderilen öneride GİK'in yer alması veya GİK'e atıf yapılması gerekir[371].

Genelde sözleşme meydana geldikten sonra muhataba verilen fatura, kullanma kılavuzu, irsaliye ve benzeri belgelerde ya da biletin arka yüzünde yer alan genel işlem koşulları olması hallerinde de genel işlem koşullarının asıl sözleşme ile ilişkilendirilmediği ve onun içeriği haline gelmediğini kabul etmek gerekir[372]. Bu belgeler niteliği itibariyle sözleşme kurulduktan sonra muhataba verilmektedir. Bazen de sözleşme kurulmadan önce satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin muhataba gönderdiği katalog, broşür ve diğer reklâm malzemelerinin içinde GİK'e yer verilmektedir. Bu tür belgelerde bulunan genel işlem koşulları sözleşme ile ilişkilendirilmiş olmaz ve sözleşmenin içeriği haline gelmezler[373]. Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından sözleşme meydana geldikten sonra muhataba verilen belgelerdeki genel işlem koşulları sözleşme içeriğinde değişiklik yapma teklifi olarak değerlendirilir[374], muhatabın susması bu teklifin kabul edildiği anlamına gelmez.

Bilet ve giriş kartı mahiyetindeki belgelerde yer alan genel işlem koşullarının sözleşme içeriği haline gelip gelmediği[375] de özellik arz eden bir durumdur. Örneğin

---

[371] SOYER, 1987, s. 79.
[372] ATAMER, 2001, s. 88.
[373] ATAMER, 2001, s. 90.
[374] ÇINAR, 2009, s. 89.
[375] HAVUTCU, tüketici için rutin işlem teşkil eden, sinema ve tiyatro biletleri açısından söz konusu koşulların, sözleşme yapıldığı sırada ilan vb. yolla dikkatinin çekilmesi durumunda sözleşmenin içeriği haline gelebileceğini, ancak, niteliği itibariyle daha fazla önem arz eden uçak ve otobüs biletlerinde yer alan koşullar açısından, aynı sonucun kabul edilemeyeceğini, bu biletlerde yer alan koşulların mutlaka sözleşmenin kurulduğu sırada tüketici ile müzakere edilmesi gerektiğini belirtmiştir (HAVUTCU, 2003, s.127-128); ÇINAR'a göre, bu görüşe katılmaya imkân yoktur. Alman Medeni Kanununun 305. maddesinin 2.fıkrasında açıkça belirtildiği üzere, ancak, girişimci açısından gizlilik arz eden durumlarda ilan yoluyla genel işlem koşullarının sözleşmeye dâhil edilmesi isteğinin açıklanması mümkün görülebileceğinden, bu kuraldan ayrılarak, tüketici için önem arz etmeyen rutin konularda da, girişimciye aynı imkânı tanımak uygun olamaz. Aksi takdirde, hangi işlemlerin rutin, hangi işlemlerin rutin dışı olduğu

uçak, tren, otobüs biletleri, sinema ve tiyatro biletleri ile bir kısım giriş belgelerinde de genel işlem şartlarına yer verilmektedir. Genel işlem koşullarını içeren bu belgeler de genelde sözleşme kurulduktan sonra muhataba verilmektedir. Dolayısıyla muhataba sonradan verilen bu belgelerdeki genel işlem koşulları sözleşme içeriğinde değişiklik yapma teklifi olarak değerlendirilir. ATAMER'e[376] göre, bir otobüs biletinin satın alınması için satış ofisine girildiği, taşımanın gerçekleşeceği gün, saat ve gidilecek yer konusunda anlaşıldığı, paranın ödendiği ve sonra satış görevlisinin bileti basarak müşteriye verdiği düşünüldüğünde, bu biletin arkasında basılı bulunan GİK metni sözleşme içeriği haline gelmemiştir. Zira sözleşme daha önce kurulmuş ve yolcunun GİK'i öğrenme imkânı hiç olmamıştır. Dolayısıyla tümü itibariyle bu metin sözleşme dışında kalmıştır.

Öte yandan her ne kadar faturanın, sözleşmenin tamamlanması ve ispatına ilişkin bir unsur olduğunun kabulü gerekse de; bazı sözleşmeler açısından (örneğin; oto tamiri) faturanın sözleşmenin içeriğini oluşturduğunu, tarafların ediminin faturaya göre belirlendiğini, bu sözleşmeler açısından, faturada yer alan genel işlem koşullarının diğer koşullar gerçekleşmişse sözleşmenin içeriğine dâhil olmuş sayılabileceğini ileri süren görüşler de mevcuttur[377].

İlişkilendirme anlaşmasının meydana gelebilmesi için yukarıda ifade ettiğimiz açık irade açıklamasıyla veya örtülü irade beyanıyla tezahür eden karşılıklı taraf iradelerinin birbirine uygun olması gerekir. Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren dayanmak istediği genel işlem koşullarını kısmen veya tamamen sözleşmenin içeriği

---

hakkında bir değerlendirme yapmak ve işlemin rutin olduğunu ispat yükünün de tüketici üzerinde bırakılması gerekecektir. Bu haksız sözleşme koşullarına karşı tüketici için sağlanmak istenen koruma düşüncesi ile bağdaşmaz (ÇINAR, 2009, s. 91 dipnot 70'ten naklen).

376 ATAMER, Sempozyum, 2011, s. 29.

377 HAVUTÇU, 2003, s. 125.

haline getirmek istediğini açık veya örtülü irade beyanıyla izhar etmekte, muhatap ise bu icabı açık veya örtülü irade beyanıyla kabul etmektedir. Tarafların genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriği olması konusundaki bu karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile genel işlem koşulları sözleşme içeriği haline gelir, bir başka ifade ile genel işlem koşulları sözleşme ile ilişkilendirilmiş ve sözleşmenin bir parçası haline gelmiştir.

cc. Sözleşme İle İlişkilendirilmesine Rağmen Bazı Genel İşlem Koşullarının Bağlayıcılık Kazanamaması

Bazı hallerde genel işlem koşullarından bir kısmı, tarafların anlaşmasına rağmen sözleşme içeriği olarak kabul edilmezler ve taraflar için bağlayıcı olmaz. Genel işlem koşullarının ilişkilendirme anlaşmasına rağmen yürürlüğe girmediği haller şunlardır:

i) Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlarını Aşan Genel işlem Koşulları

Anayasanın 48/1. maddesinde herkesin sözleşme özgürlüğüne sahip olduğu; TBK'nın 26. maddesine göre ise bir sözleşmenin içeriğinin, kanunun gösterdiği sınırlar içerisinde, serbestçe belirleneceği belirtilmiştir. Bu hükümlerden hareketle Türk hukukunda sözleşme özgürlüğü ilkesinin geçerli olduğu söylenilebilir. Bu kapsamda sözleşme özgürlüğünün sınırlarını aşan genel işlem koşulları geçersiz olacaktır[378].

[378] Yargıtay 13. HD., 07.04.1981 T., E. 1981/1045, K. 1981/2514 sayılı kararında araç satış sözleşmesinde satıcı firmaya tanınan teslim süresini uzatma yetkisine dair genel satış şartının geçerli olup olmadığının, şartın kötüye kullanılıp kullanılmadığının ve MK. md. 2'deki doğruluk ve dürüstlük kuralına uygun davranılıp davranılmadığının tespiti ile çözülebileceğini kabul etmiştir. (Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları, www.ozderin.av.tr/.../yarişmabirincimustafabasar(2) pdf); YHGK 03.07.1981T., E. 1979/1775, K. 1981/563 sayılı kararında da sorumluluğu sınırlandıran düzenlemelerin emredici hükümlere aykırı olması nedeniyle uygulanamayacaklarına dair karar vermiştir (YAVUZ, Nihat, 2012, s.106).

ii) Okunaklı Yazılmamış Genel İşlem Şartları

Sözleşmede yer alan genel işlem koşullarından anlamı açık olmayan, birkaç farklı anlama gelen, anlaşılması mümkün olmayan veya anlamı tereddüt uyandıran hükümlerin bulunması halinde, bunların genel işlem koşullarına dayanan tarafın aleyhine yorumlanması gerekir[379]. Borçlar Kanunu'nun 23. maddesinde de genel işlem koşullarında yer alan bir hükmün, açık ve anlaşılır olmadığı veya birden çok anlama geldiği hallerde, bunun düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanacağı belirtilmiştir. Yine muhataba sunulan sözleşme metinlerinin görünüş olarak belli nitelikleri taşıması gerektiği ifade edilmiştir[380]. Saydamlık ilkesi olarak ifade edilen bu prensip Yönetmelik md.6/3'de "*Sözleşme şartlarının yazılı olması halinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir…"*[381] şeklinde tezahür etmiştir. Bankalar veya kredi kuruluşları, muhataba, kendilerinin hazırladıkları ve genelde karınca duası gibi[382] küçük puntolarla yazılı sözleşmeleri imzalatmaktadırlar. Kredi temin etmek ihtiyacında olan muhatap, bu sözleşmeyi çoğu zaman içeriğini tam olarak anlayamadan imzalamaktadır. Bu uygulamanın değiştirilerek, 6102 sayılı TTK'nın 1425/1 maddesinde, sigorta poliçeleri için yazılı olduğu üzere, sözleşmenin okunabilecek tarzda basılmasının gereğine ek olarak; kolaylıkla anlaşılabilir olması mecburiyetinin de, tüketici kredisi sözleşmelerinde,

---

[379] İNAL, 2002, s.134; DEMİR, Mehmet, Türk Borçlar Kanunun Getirdiği Yenilikler, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 12 vd.

[380] *"…22.12.1995 tarihli sözleşme incelendiğinde, sözleşmenin davacı banka tarafından matbu, standart, olarak hazırlanıp boş olan kısımların rakam, isim ve adresler yazılarak doldurulduğu, sözleşmenin on iki punto koyu siyah harflerle düzenlenmediği görülmektedir"* Yargıtay 13.HD. 02.05.2008 tarih ve E.2008/4345, K. 2008/6088 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası, http://www.kazanci.com.tr).

[381] ATAMER, 2001, s. 59.

[382] "Küçük puntolu harflerle "standart" hale getirilmiş ve genelde sözleşmelerin arkasına matbu olarak yapıştırılan GİK'ler için Almanya'da "Kleingedrucktes" (küçük harflerle basılmış) ibaresi kullanılmaktadır" (HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuk Genel Bölüm, 1.Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 61 vd).

şekil açısından gerçekleştirilmesi gerekmektedir[383].

Genel işlem koşullarını sözleşme içeriği haline getirmek isteyen satıcı, sağlayıcı veya kredi veren bu hususstaki yetkisini daha okunaklı genel işlem koşulları bulma yönünde kullanmadığına göre bunun sonuçlarına da katlanması gerekir[384].

iii) Alışılmamış (Mutat Olmayan), Şaşırtıcı, Beklenmez, Olağanüstü Genel işlem Koşulları

GİK içerisinde yer alan ve somut durumun hal ve şartlarına ve özellikle de sözleşmenin türüne göre muhatabın tahmin edemeyeceği, hesaba katamayacağı kadar alışılmamış olan hükümler sözleşme içeriği haline gelmezler[385]. Bir sözleşme hükmünün ne zaman alışılmamış, şaşırtıcı, beklenmez olduğunu önceden söylemek her zaman için mümkün değildir. Ancak genel olarak söylemek gerekirse alışılmamış, beklenmeyen ile kastedilen bir hükmün akdedilen sözleşme açısından ilgili çevrede beklenmez olmasıdır. Söz konusu sözleşmeye yabancı, normalde o sözleşme türünde karşılaşılmayacak bir hükme sözleşmede yer verilmesi halinde de bu hükmün alışılmamış olduğu söylenebilir[386].

GİK'in sözleşme içeriği haline gelmesi için tüm gerekenler yapılmış olsa bile, bu şartlardan durumun gereği ve sözleşmenin niteliği gereği muhatabın hesaba katamayacağı derecede şaşırtıcı, olağanüstü, beklenmeyen şartlar sözleşme içeriği haline gelmezler[387]. Dürüstlük kuralı gereğince muhatabın bunları göz önünde

[383] İNAL, 2014, s. 38.
[384] TEKİNALP, 2009, s. 387.
[385] ÇINAR, 2009, s. 96.
[386] ATAMER, 2001, s. 111.
[387] BAHTİYAR, 1996, s. 95; KAPLAN, 2013, s. 74; OĞUZMAN/ÖZ, 2013, s. 27; TANDOĞAN, 1977, s. 31.

bulundurması da beklenemez[388]. Örneğin, bir bankanın GİK'inde müşterinin banka memurlarından biriyle nişanlanmayı kabul ettiği şeklindeki bir koşulu kabul ettiği yazılmış olsa bile nişanlanma sözleşmesinin gerçekleşmeyeceği ve dolayısıyla sözleşme metni içindeki şaşırtıcı ve olağandışı olan bu kaydın müşteriyi bağlamayacağı açıktır[389]. Şaşırtıcı şartlara en önemli örnek, GİK'lerdeki yetkili mahkeme klozlarıdır. Aynı şekilde tapu kütüğünde tescile esas teşkil eden ve genel işlem koşulu niteliğinde bulunan genel kredi sözleşmesindeki ipotek veren müşterinin ipotek taahhüdü içerisinde aynı zamanda kefil olarak sorumluluğunu öngören kayıtlar da şaşırtıcı hüküm olarak değerlendirilmektedir[390]. Yine kredi sözleşmelerinde, bankanın dilediği zaman, tek taraflı olarak takside bağlanmış kredi alacağını muaccel kılabileceğine ilişkin bir koşulun yanı sıra, bankaya, istediği takdirde, muhatap tarafından yatırılmış olan döviz cinsi dışında farklı bir döviz veya para birimi ile ödeme yetkisi veren koşul da geçersiz olacaktır[391].

Alışılmamış genel işlem koşullarının geçerli olmayacağı, Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinin 2.fıkrasında *"sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağı"* şeklinde belirtilmekle birlikte, muhatabın dikkati özel olarak çekilmiş olan alışılmamış koşulların geçerli olduğunu ve sözleşme içeriği haline geldiğini de[392] kabul etmek gerekir. Bunların muhatabın bilgisine sunulmuş olması, muhatabın dikkatinin özellikle bunlara çekilmiş olması sadece bunların sözleşme içeriği haline gelmiş olmasına yol açar, ancak

[388] AKMAN, 1976, s. 95; BAHTİYAR, 1996, s. 95; SOYER, 1987, s. 83.
[389] ATAMER, Sempozyum, 2011, s. 30; Aynı konuda Yargıtay 19. HD. 13.02.2013 T., E. 2012/14777, K. 2013/2711 sayılı kararı için bkz. YELMEN, 2014, s.172.
[390] GÜMÜŞ, 2014, s. 55.
[391] REİSOĞLU, 2013, s.75; OĞUZMAN/ÖZ, 2013, s. 169; KOÇ, Nevzat/AKİPEK, Şebnem/ ULUSOY, Erol, Karşılaştırmalı Gerekçeli 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2012, s. 64.
[392] ATAMER, 2001, s.112; SOYER, 1987, s.84;TANDOĞAN, 1977, s.26; TEKİNALP, 2009, s.389; ÇINAR, 2009, s. 98.

bunların haksızlığı her halükarda yine de denetlenecektir. Zira bir kaydın "olağandışı" sayılarak sözleşmeye dâhil olmaması ile haksız şart sayılarak geçersiz kılınması arasında benzerlik ve ilişki bulunsa da bu iki kavram birbirinden farklıdır[393]. Şöyle ki, bir sözleşme kaydının olağandışı olması, onun sözleşme ile ilişkilendirilmemesi anlamına gelmekte olup, söz konusu kayıt sözleşmenin içeriğine dâhil olmadığından, içerik denetimine gitmeksizin, yani söz konusu kaydın dürüstlük kurallarına aykırı şekilde muhatabın aleyhine bir dengesizliğe neden olup olmadığını araştırmaksızın, muhatabı bağlamadığı kabul edilecektir. Ancak, olağandışı nitelik taşıyan bir kaydın, sözleşmenin içeriğine dâhil olduğu kabul edilirse, artık içerik denetimi yapılacak ve söz konusu olağandışı kayıt haksız şart kabul edilerek, hükümsüz kılınacaktır[394]. Nitekim Yargıtay da 1998 yılında verdiği bir kararda[395] *"...açık olmayan kayıtların metni kaleme alan aleyhine yorumlanacağı, alışılmamış kayıtların geçersiz, şaşırtıcı kayıtların ise sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmayacağı, münferit sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanmayacağı, kişilik haklarını sınırlayan kayıtların ise hükümsüz olacağı ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır"* demiştir.

iv) Bireysel Anlaşmaya Aykırı Genel İşlem Koşulları

Genel işlem koşulları, ileride akdedilecek sayısız sözleşme için hazırlanmaları nedeniyle her zaman ihtiyaca cevap vermeyebilir. Bu nedenle taraflar, anlaşarak GİK dışında özel bazı hükümler kabul edebilirler ya da GİK içindeki bazı hükümlerin uygulanmayacağını kararlaştırabilirler. Bunu ya aralarındaki sözleşmede bazı GİK

[393] HAVUTÇU, 2003, s. 140.
[394] ÇINAR, 2009, s. 99.
[395] Yargıtay 3. HD., 02.06.1998 T., E. 4263, K. 6098 sayılı kararı, YKD. 1998, Sayı 1140-1141 (http/web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz 13/2/murataydoğdupdf).

hükümlerinin uygulanmayacağını belirterek ya da GİK metninden bazı hükümlerin üzerini çizerek yapabilirler. Tarafların asıl sözleşmede kabul ettikleri hükümlerden GİK ile çelişkili olanlar var ise bu durumda sözleşmedeki bu özel hükmün uygulanması gerekir [396].

III-Genel İşlem Koşulunun Yorum Yoluyla Denetimi

Genel işlem koşullarının yorumunun mahkemelerce yapılması ve idari denetimden ayırt etmek için yorumu da yargısal denetim safhasında incelemeyi uygun buluyoruz.

Sözleşme kavramını incelerken belirttiğimiz üzere sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları sonucu kurulur. Tarafların irade açıklamalarının açık ve anlaşılır olduğu durumlarda herhangi bir sorunla karşılaşılmaz. Ancak taraf iradelerinin açık ve anlaşılır olmadığı durumlarda tarafların belirsiz (müphem) irade açıklamalarının anlamını tespit etmek gerekir ki, yürütülen bu faaliyete yorum denir[397]. Yorum, bir sözleşmenin kurulup kurulmadığı meselesi ile ilgili olmayıp kurulmuş bir sözleşmedeki irade açıklamalarının anlamı ile ilgilidir. Sözleşmenin yorumunda artık sözleşme kurulmuş olup, sözleşmenin hangi içerikle meydana geldiğinin tespiti önem arz etmektedir[398](TBK 19/1).

Haksızlığı ileri sürülen koşulların yoruma tabi tutulabilmesi için bunların öncelikle sözleşme içeriği haline gelmiş olması gerekir. Bir sözleşme kaydı yürürlük (bağlayıcılık) denetiminden geçememişse artık yorumlanmaya da tabi olmayacaktır. Sözleşme içeriği haline gelmiş olan genel işlem koşullarının yorumu, kendisine özgü

[396] İNAL, Tamer, Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul, 2013 (Borca Aykırılık), s.244 vd.; KAPLAN, 2013, s. 74 vd.; SOYER, 1987, s. 86; TANDOĞAN, 1977, s. 31; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1993, s. 158; REİSOĞLU, 2013, s. 73.
[397] KAPLAN, 2013, s. 29 vd.
[398] ATAMER, 2001, s.130; EREN, 2013, s. 467.

yorum metotları ile yapılır. Ancak bu özel yorum metotları dışında haksız şartların yorumu da esas itibariyle genel yorum ilkelerine göre yapılır[399]. Buna göre;

Yorum, dürüstlük kuralı esas alınarak yapılmalıdır[400].

Bu kapsamda sözleşme bir bütün olarak ele alınmalı, haksızlığı ileri sürülen hükmün sözleşmedeki yeri ve diğer hükümlerle olan bağlantısı da dikkate alınarak yorum yapılmalıdır[401]. KAPLAN, GİK'in bütünsel yorumuna karşı çıkmakta ancak bütünsel yorumun tüketici açısından sakıncalı olmayacağını da belirtmektedir[402].

Sözleşmenin kurulduğu zaman göz önüne alınarak yorum yapılır[403]. Buna göre hâkim, yorum faaliyetinde bulunurken tarafların sözleşmenin kurulduğu sıradaki iradelerini ve sözleşmenin kurulduğu zamandaki şartları dikkate alır[404]. Objektif yorum yöntemine göre genel işlem koşulları yasal hükümler gibi somut sözleşmeden ve tarafların düşüncelerinden soyutlanarak yorumlanmalıdır[405]. Bir diğer görüşe göre[406] tüketici sözleşmesi (işlemi) niteliği arz etmeyen sözleşmelerde yer alan genel işlem koşullarının yorumu açısından objektif yorum yöntemi savunulabilirse de, gerek Yönerge ve Yönergenin yasalaştırdığı ülkelerin yasal mevzuatı ve gerekse, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesi ve ilgili Yönetmelik hükümleri çerçevesinde, tüketici işlemleri açısından, objektif yorum metodunun uygulanması mümkün görünmemektedir. Zira objektif yorum metodu, genel işlem koşullarının norm niteliğinde olduğu ilkesinden hareket etmektedir.

399 KAPLAN, 2013, s. 75 vd.; OĞUZ, 1993, s. 85.
400 KAPLAN, 2013, s. 65 ; EREN, 2013, s. 472.
401 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1993, s.151.
402 KAPLAN, 2013, s. 81.
403 OĞUZ, 1993, s. 82.
404 KAPLAN, 2013, s. 64.
405 SOYER, 1987, s. 130.
406 ÇINAR, 2009, s. 111.

Sözleşme ve sözleşme hükümleri yorumlanırken şüphe halinde muhatap lehine ve sözleşmeyi ayakta tutacak yoruma öncelik verilmelidir[407]. Bu yorum tarzı muhatabın korunmasına da hizmet etmektedir. Nitekim muhatabın menfaati sözleşmenin kesin hükümsüz sayılmasında değil, haksız hükümlerin iptal edilmesindedir. Özellikle genel işlem koşulları içerisinde yer alan ve muhatabın bir hakkından vazgeçmesini öngören hükümler mümkün olduğu kadar dar yorumlanmalıdır[408]. Yine aynı şekilde satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sorumluluğunu sınırlandıran hükümler muhatap lehine olacak şekilde dar yorumlanmalıdır. Ayrıca muhatabın hakkının korunmasını sınırlayan ya da kişisel hürriyetini sınırlamaya yönelik hükümler de muhatap lehine olacak şekilde dar yorumlanmalı ve sınırlandırılan hakkın niteliğine göre bunlar geçersiz sayılabilmelidir[409].

Sözleşmede yer alan hükümler, muhatabın bu konuda uzman olmadığı dikkate alınarak genel olarak kabul edilen, teknik olmayan ve günlük yaşantıda kullanılış amacına göre değerlendirilmelidir[410]. Tamamlayıcı hukuk kurallarından sapan hükümler dar yorumlanmalıdır[411].

Açık ve anlaşılır olmayan sözleşme hükümleri, onu hazırlayan veya onu sözleşme içeriği haline getirmek isteyenin aleyhine yorumlanmalıdır[412]. Sözleşmeyi yazan aleyhine yorum kuralı esasen bugün doktrinde[413] ve uygulamada da genel

---

407 KAPLAN, 2013, s. 70.

408 GÜLTEKİN, 1999, s.29; KAPLAN, 2013, s.69 vd.;TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1993, s. 152; YÜCEL, Cemal, "Tüketicinin Korunmasına İlişkin Hukukî Tedbirler" (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1988, s. 36.

409 KAPLAN, 2013, s.90; ANTALYA, 2012, s. 311.

410 AKİPEK, 1999, s.232; EDİS, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, 1993, s. 311

411 KAPLAN, 2013, s. 75 vd.

412 YÜCEL, 1988, s.35; Hem 6502 sayılı TKHK'nın 5/4 maddesi ve hem de TBK 23. maddesi birbiriyle uyumlu olacak şekilde sözleşmede yer alan açık ve anlaşılır olmayan hükümlerin alıcı-tüketici lehine yorumlanması gerektiğini düzenlemiştir.

413 EREN, 2013, s. 473 vd; KAPLAN, 2013, s. 75.

kabul görmektedir. Bu ilke gereğince anlaşılır olmayan, birden çok anlama gelen veya çelişkili genel işlem koşulları onu düzenleyenin aleyhine yorumlanmalıdır. Tıpkı işçi işveren arasında yapılan sözleşmelerde olduğu gibi, tüketici işlemlerinde de örgütsel, mali ve entelektüel bakımdan zayıf durumda bulunan ve sözleşme konusu mal ve hizmeti edinme bakımından satıcı, sağlayıcı veya kredi verene bağımlı olan tüketiciyi koruyucu ve onun yararına yorum yapılmalıdır[414]. Nitekim Yönetmelik madde 6/3'te de sözleşmede yer alan bir şartın ne anlama geldiği hukukun yorum yöntemleriyle belirlenemiyorsa, tüketici lehine olan yorumun tercih edileceği belirtilmiştir. Alman Medeni Kanunu'nda da benzer bir düzenleme mevcuttur. BGB 305c/2 ye göre "Genel işlem şartlarının yorumundaki tereddüt, kullanan aleyhine sonuç doğurur"[415].

Haksız şartların düzenlendiği 4077 sayılı TKHK 6. maddesinde sözleşme koşullarının yorum yoluyla denetlenmesi imkânına yer verilmemişse de aynı kanun uyarınca çıkarılan Haksız Şartlar Yönetmeliği, Avrupa Birliği Direktifi'ni takip ederek md.6/IV'de doktrinde *"belirsizlik ilkesi"*[416] veya *"açık olmama kuralı"*[417] olarak ifade edilen ilkeyi düzenlemişti. Haksız şartların yorumuna ilişkin böyle bir ilkeye yer verilmesinin bir taraftan isabetli olduğu, ama diğer taraftan da kanunda yer almayan bir hususa yönetmelikte yer verilmesi suretiyle amacı kanunun uygulanmasını göstermek olan yönetmeliği kanuna aykırı hale getirdiği ileri sürülmüştür[418]. 6502 sayılı TKHK'nın 5/4. maddesi ile sözleşme koşullarının yorum yoluyla denetlenmesi kanuna da eklenmiş, aynı hususta yeni haksız şartlar yönetmeliğinin 6/3. maddesinde de düzenleme yapılmıştır.

---

414 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1993, s. 153; DERYAL, 2014, s. 60.
415 YELMEN, 2014, s.120.
416 ATAMER, Yeşim, "Genel işlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004, s. 300; ÇINAR, 2009, s.114 vd.
417 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1993, s.162; AKMAN, 1976, s.95; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004, s.163; BAHTİYAR, 1996, s.94; SOYER, 1987, s. 132.
418 YAVUZ, 2007, s. 68.

Yönetmeliğin 6. maddesinin 2. fıkrasında ise sözleşme hükümlerinin tüketicinin anlayabileceği şekilde açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olması gerektiği belirtilmiştir. Avrupa Konseyi Yönergesinin 5. maddesinde de tüketiciye sunulan koşulların veya tüm sözleşmenin yazılı olması halinde, bu koşulların daima açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olması gerektiği, bir hükmün anlamı konusunda şüphe olması halinde tüketici lehine yoruma üstünlük tanınacağı ifade edilmiştir. Benzer bir hüküm 31.12.2001 tarihine kadar yürürlükte olan Genel İşlem Şartları Hakkında 1976 tarihli Alman Yasasında da yer almıştır[419]. Aynı ilke Yeni Alman Borçlar Kanunu'nun 5. paragrafında da yer almıştır[420]. Belirsizlik ilkesi başlıklı 5. maddesinde genel işlem koşullarının yorumunda tereddüt halinde GİK'i kullanan aleyhine olan anlamın dikkate alınacağı ifade edilmiştir. Bir hükmün açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmış olup olmadığı hususu değerlendirilirken orta, makul seviyedeki bir muhatap modeli esas alınır[421]. Ortalama bir muhatabın anlayabileceği hükümlerin açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmış olduğu kabul edilir.

Belirsizlik ilkesine göre bir sözleşme hükmü yorumlanırken içeriğine ilişkin tereddüt varsa muhtemel yorumlardan, onu düzenleyen aleyhine olanı tercih edilir. Zaten Türk doktrininde uzun süredir kabul gören bu ilkenin temelinde yatan ana düşünce, sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğünü tek yanlı kullanan satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin bu konuda özel bir sorumluluğunun olduğudur[422]. Bu ilkenin uygulanması için söz konusu hükmün ille de sağlayıcı veya kredi veren tarafından kaleme alınmış olması gerekmez.

Müzakere edilmiş sözleşmelerde objektif açıdan birden fazla anlama gelebilecek hükümlerin bulunması halinde, belirsizlik taraflar için esaslı

[419] 1976 tarihli Alman Yasası'nın Maddi Hukuka İlişkin Hükümlerinin Türkçe çevirisi için bkz. HAVUTÇU, 1997, s. 229.
[420] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1993, s.162.
[421] ASLAN, 2014, s.323; ATAMER, 2001, s.132; GÜMÜŞ, 2014, s. 72; OĞUZ, 1993, s. 90.
[422] ATAMER, 2004, s. 300.

sayılabilecek bir unsura ilişkin ise sözleşme, objektif esaslı noktalarda boşluk olamayacağından[423], gizli uyuşmazlık nedeniyle kurulmamış sayılabilir; eğer belirsizlik tali unsurlardan birine ilişkin ise sözleşmede ortaya çıkan boşluğu hâkim, tamamlayıcı hukuk kuralları veya sözleşmeyi tamamlayıcı yorum yöntemi ile doldurabilir[424]. Müzakere edilmemiş sözleşmeler içinde yer alan belirsiz hükümlerin kaleme alınmasında tüketicinin hiçbir fonksiyonu olmamaktadır. Bu nedenle tüketiciyle müzakere edilmemiş sözleşmelerde yer alan belirsizlik taşıyan hükümlere genel kuralı uygulamak mümkün değildir, bu hükümlerin yorumunda muhtemel yorumlardan tüketici için en lehe olan hangisi ise ona üstünlük tanımak gerekir[425]. Yönetmelik md.6/3'te de *"Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır"* [426] denilmektedir.

Genel işlem koşullarının yorumu açısından belirsizlik ilkesi yanında kabul edilen diğer bir ilke de, "daraltıcı yorum" ilkesidir. Özellikle sorumluluğu sınırlayan ya da kaldıran kayıtlar ile yetkili mahkemeyi belirlemeye yönelik sözleşmede yer alan bir kaydın muhatabın aleyhinde olduğu tespit edildiğinde bu yorum ilkesi doğrultusunda bu kayda sınırlı bir uygulama alanı tanınacaktır[427].

[423] EREN, 2013, s. 479.
[424] ATAMER, 1999, s.135.
[425] ATAMER, 2004, s. 301.
[426] Yönetmelik için bkz. 17.06.2014 tarih ve 29033 sayılı Resmi Gazete.
[427] ATAMER, 2001, s.140-141; ÇINAR, 2009, s. 117.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

§9-GENEL İŞLEM KOŞULUNUN İÇERİK DENETİMİ

I-Genel Olarak İçerik Denetimi

Anayasanın 48. maddesinde sözleşme özgürlüğü, temel hak ve özgürlüklerden sayılmıştır. Anayasaya göre temel hak ve özgürlükler ancak kanunla ve demokratik toplum düzenine aykırı olmamak kaydıyla sınırlanabilir. Bu itibarla satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tüketicinin sözleşme özgürlüğünü haksız şartlarla ve özellikle de genel işlem koşulları ile sınırlaması kabul edilemez. Emredici kurallara, ahlaka, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırı koşulların haksız ve geçersiz olduğunda herhangi bir şüphe yoktur[428]. Örneğin, GİK içinde yer alan sorumsuzluk kaydında satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin kastı veya ağır ihmali nedeniyle muhatabın uğradığı zarardan bunların sorumlu olmayacağına ilişkin hüküm TBK 115. maddesinin emredici hükmüne aykırı olduğu için geçersizdir. Bu nedenle içeriği emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine ve hukukun genel ilkelerine aykırı bir sözleşmeye hâkimin müdahale etmesi sözleşme özgürlüğüne aykırılık teşkil etmeyecektir.

Kanun koyucu, TKHK'da düzenlenen bir kısım sözleşme türlerinde bulunması gereken asgari unsurlara yer vererek, sözleşme özgürlüğüne tüketici lehine olmak üzere başlangıçtan müdahale etmekle birlikte genel kural, tarafların sözleşmenin içeriğini TBK 26. maddesine riayet ederek istedikleri şekilde belirleyebilmeleridir. Ancak tarafların sözleşme içeriğini istedikleri biçimde

[428]AKİPEK, 1999, s. 231; ATAMER, 2001, s.26; İNAL, 2014, s. 52.

belirleme özgürlükleri yukarıda bahsettiğimiz üzere bazı hallerde satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tek taraflı özgürlüğüne dönüşmekte ve muhatabın durumunun dürüstlük kurallarına aykırı olarak ağırlaşmasına yol açmaktadır. Bu nedenle sözleşmede yer alan hükümlerin içeriklerinin denetlenmesi gerekmektedir.

Sözleşme içeriği haline gelmiş olan hükümlerin tarafların menfaatlerini adil bir biçimde dengeleyip dengelemediği hususu, içerik denetiminin konusudur[429]. Nitekim tamamlayıcı hukuk kurallarından farklı bir risk paylaşımına gidilmesini haklı gösteren bir neden olmadan satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tek taraflı olarak ileride doğması muhtemel riskleri muhataba yüklediği sözleşme hükümlerinin haklı ve adil görülmesi mümkün değildir, bunların içerik denetimine tabi tutulması gerekir[430]. İçerik denetiminde muhatabın menfaatlerini hakkaniyete aykırı bir şekilde ihlal eden sözleşme hükümlerinin geçersiz olması sağlanarak, muhatabın bunlarla bağlı kalması önlenmek istenmektedir. Bir başka deyişle sözleşme içeriği haline gelen sözleşme hükümlerinin artık şekilden ziyade içeriklerinin değerlendirildiği, içeriğin hakkaniyete ve dürüstlük kuralına uygun olup olmadığının, tarafların çıkarını adil bir biçimde dengelenip dengelemediğinin denetlendiği ve zaman itibariyle de sözleşme hükümlerinin denetime tabi tutulduğu nihai aşamayı ifade eder[431]. Bu nedenle içerik denetimi hâkimin sözleşmeye müdahalesi olarak tezahür eder[432]. İçerik denetiminde hâkim aykırılıkları geçersiz sayıyorsa kapalı içerik denetimi, hâkimin belirlemeleri tarafların iradeleri yerine geçiyorsa açık içerik denetimi söz konusudur[433].

---

[429] HAVUTÇU, 2003, s. 41.
[430] HAVUTÇU, 2003, s. 37.
[431] ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004, s. 164.
[432] YAVUZ, 2007, s. 71; Bu arada GİK'lerle getirilen sınırlamaların 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden önceki sözleşmelere etkisi de tartışma konusu olabilecektir. OĞUZMAN/ÖZ'e göre en uygun çözüm, yürürlüğe getirilen sınırlamaların (yazılmamış sayılma hallerinin) bu tarihten önceki sözleşmelere uygulanmaması, buna karşılık içerik ve yorum kuralına ilişkin hükümlerin ise eski sözleşmelere de uygulanması olacaktır (OĞUZMAN/ÖZ, 2013, s. 171); Benzer yöndeki görüş için bkz. YELMEN, 2014, s. 80.
[433] ANTALYA, 2012, s. 312.

İçerik denetimi, bağlayıcılık denetiminden ve sözleşmenin yorumundan sonra gerçekleşen ve sözleşmedeki şartların hukuki nitelendirmesinin bir başka deyişle bir hükmün haksız olup olmadığının tespitinin yapıldığı safhayı ifade eder.

GİK denetiminde çeşitli yöntemlere başvurulabilmektedir. Bu yöntemlerin yasal düzenlemelerden önce içerik denetiminde yararlanılan bazı hukuki olanaklar olduğu da söylenebilir[434]. Sözleşmelerin kanuna, ahlaka ve kamu düzenine, kısacası emredici hukuk kurallarına aykırı olamayacağını öngören TBK 26. maddesi (818 sayılı kanunun 19. maddesi) ve aşırı yararlanmaya (gabine) uğrayan tarafa sözleşmeye bağlı bazı haklar tanıyan TBK 28. maddesi faydalanılan hükümlerin başında gelir. Bunun yanı sıra sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk ilkesi (culpa in contrahendo)[435], hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen TMK 2/2 maddesi ve sözleşmeye dayanan edimi belirleme yetkisini sınırlandıran TBK 86. maddesinin de (818 sayılı kanunun 70. maddesi) bazı hallerde sözleşme içeriğine müdahale imkânı verdiği kabul edilmektedir[436]. Genel işlem koşulu içinde bu hükümlere aykırı düzenlemelerin var olması halinde TBK 27. maddesi uyarınca bunlar hükümsüz sayılırlar. Örneğin GİK içinde kişilik haklarını ihlal eden hükümlerin bulunması halinde bunların, emredici hukuk kurallarına aykırı olduğu kabul edilecek[437] sözleşmenin genel sınırlarına aykırı bu hükümler zaten hükümsüz olacağından genel işlem koşulunu dürüstlüğe aykırılık açısından denetlemeye gerek

[434] ÇINAR, 2009, s. 124.

[435] "Olağandışı olması veya girişimcinin aydınlatma yükümlülüğünü ihlali sebebiyle, sözleşmenin içeriği haline gelemeyen sözleşme kayıtları, yürürlük denetimi sonucunda tüketiciyi bağlamazsa, ya da şeffaf yazılmadığı veya dürüstlük kuralına aykırı olması dolayısıyla içerik denetimi sonucunda geçersiz sayılırsa, tüketici, söz konusu sözleşme kaydının geçerliliğine güvenmesinden dolayı uğradığı zararları, culpa in contrahendo sorumluluğu uyarınca girişimciden tazmin edilebilecektir" (ÇINAR, 2009, s. 132); İNAL, 2013, s. 363 vd.

[436] ATAMER, 2001, s. 144.

[437] "GİK kullananın, sözleşmenin karşı tarafının gelecekte elde edeceği bütün alacak haklarını toptan temlik etmesi halinde bu sözleşme şartının sorgulanması gerekir" (ATAMER, 2001, s. 150).

kalmayacaktır[438]. Bu anlamda cinsel içerikli bir davranışla bağlantılı sözleşmeler, (örneğin, evlilik dışı bir ilişkiyi sürdürmek amacıyla karşılıksız kazandırmada bulunulmasına ilişkin sözleşmeler gibi) ahlaka aykırı ve dolayısıyla geçersiz olacaktır. Ancak yukarıdaki ölçütler irdelendiğinde, ahlaka aykırılık ölçütü, GİK denetimi için fazla geniş ve soyut kalan bir kriter olması, TBK 86. maddedeki düzenleme[439] ve gabine ilişkin ölçütlerin de geniş yoruma ihtiyaç duyması nedeniyle GİK denetiminde etkili yöntem oldukları söylenemez, bunlardan en etkili olanların kamu düzenine aykırılık oluşturma[440] ve aşağıda ayrıntılı şekilde incelenecek olan dürüstlük ilkeleri olduğu açıktır[441].

Öte yandan emredici hükümler Borçlar Hukukunda istisnaidir. Bu nedenle içerik denetimini sadece emredici hükümlere uygunluk denetimi olarak algılamamak gerekir. Çünkü emredici hükümlere aykırı olmadığı halde dürüstlük kuralına aykırı ve muhatabın durumun ağırlaştıran sözleşme hükümleri azımsanmayacak oranda olup bunların da içerik denetimine tabi tutulması gerekir. Ancak hâkimin bu haller dışında özellikle de bunlara aykırılık teşkil etmeyen ve fakat muhatabın durumunu dürüstlük kuralına aykırı olarak kötüleştiren hükümler nedeni ile sözleşmeye

---

[438] YELMEN, 2014, s. 125; Yargıtay 13. HD'si 19.02.2004 T., E. 2003/13819, K. 2004/1888 sayılı kararında, ayıplı maldan dolayı bankanın sorumlu olmayacağı ve bunun kredi borcunun geri ödenmesine etki etmeyeceğine ilişki sözleşme hükmünü, 4077 sayılı TKHK 4/A/f.3'deki müteselsil sorumluluğu düzenleyen emredici hükme aykırı olduğu için haksız şart olarak nitelendirmiştir, Oysa burada emredici kurala aykırı sözleşme hükmünün hükümsüz sayılması gerekirdi (SİRMEN, 2011, s.120).

[439] ÇINAR'a göre bu hüküm edimin belirlenmesinden ziyade edimin kalitesiyle ilgilidir ve GİK sözleşme içeriğine girdikten sonra sözleşme bu haliyle kurulmuş olacağından edimin belirlenmesine de gerek kalmayacaktır, kaldı ki bu hüküm yedek hukuk kuralıdır ve içerik denetiminin hareket noktası emredici bir kanun hükmüne dayanması nedeniyle bu ölçüt etkili olarak kullanılamayacaktır (ÇINAR, 2009, s. 131).

[440] "Genel işlem koşullarının yorumunun her zaman kamu düzeni ile ilgisi olmayabilir. Çünkü TBK 23. maddesinde açık veya anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen bir koşulun, kullanan aleyhine ve karşı taraf lehine yorumlanacağı şeklindeki hükmün amacı dikkate alındığında bu yönde bir koşulun her zaman genel ahlak veya kamu düzeni kapsamında kalmayacağı açıktır. Kamu düzeni sözleşmelerin içerik denetiminde bağımsız olarak da kullanılabilen bir kavramdır" (YELMEN, 2014, s. 79).

[441] ATAMER, 2001, s. 200.

müdahalesinde müdahalenin sınırlarını iyi tespit etmek[442], dikkatli ve ihtiyatlı olmak gerekir. Bir başka deyişle sözleşmede ortaya çıkan her dengesizliği sözleşmeye müdahale için yeterli saymak doğru olmaz, böyle bir uygulama sözleşme özgürlüğü ilkesini bütünüyle ortadan kaldırmak anlamına gelebilir.

Yargıtay da istikrar kazanmış kararlarında emredici hükümlere aykırı olan sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu yönünde karar vermektedir. Nitekim önüne gelen bir uyuşmazlıkta bireysel tüketici kredisi nedeni ile tüketici ile satıcı ve sağlayıcılar arasında çıkacak uyuşmazlıklardan veya malın ayıplı olmasından dolayı bankanın (kredi verenin) sorumlu olmayacağını öngören sözleşme hükmünün 4077 sayılı TKHK'nın 4/3.maddesinde öngörülen "…*kredi veren ayıplı hizmetten ve ayıplı hizmetin neden olduğu her türlü zarardan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından müteselsilen sorumludur."* şeklindeki emredici hükmüne aykırı olduğuna karar vermiştir[443].

Yargıtay'ın, genel işlem koşulunu konu alan pek çok kararı vardır. Ancak Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 07.04.1981 tarihli ve E. 1981/1045, K. 1981/2514 sayılı kararı öğretide, örnek bir karar olarak kabul edilmektedir[444]. Otomobil satışında kullanılan genel işlem koşulu ile ilgili bu kararda şöyle denilmektedir. *"...açıkça sözleşmenin bu maddesinde, satıcıya somut olarak teslim süresini uzatma yetkisi tanınmıştır…tanınan yetkinin sınırsız, davalının keyfince kullanabileceği düşünülemez. Gerçekte davalı doğruluk ve dürüstlük kurallarına, eş deyişle güven ilkesine*

[442] ATAMER, 2001, s. 26.

[443] Yargıtay 13.HD. 19.02.2004 tarih ve E. 2003/13819, K. 2004/1888 sayılı kararı (http/www.kazanci.com.tr/).

[444] AKİPEK, 1999, s.233; ÇINAR, 2009, s.135; ATAMER'e göre bu kararda doğrudan içerik denetimi yapılmamış, sadece girişimcinin, sözleşme hükümlerini tek taraflı olarak belirleme yetkisi sınırlanmıştır (ATAMER, 2001, s.174); ÇINAR'a göre ise, sözü edilen kararın içerik denetimi ile ilgili olmasa da sonuçları itibariyle sözleşmedeki haksız şartlar hükümsüz sayıldığı için içerik denetimi ile elde edilmek istenen sonuçlara ulaşılmış ve Yargıtay bu kararda içerik denetimi yapmak istemiştir (ÇINAR, 2009, s. 136).

uymakla yükümlüdür (MK md. 2)... Davalının, asıl yapımcının ürettiği araçların pazarlanmasını üstlenen bir yan kuruluş olduğunda ve eylemli olarak tekel oluşturan belli ve sınırlı sayıdaki kuruluşlar arasında bulunduğunda duraksama söz konusu değildir. Somut olayda, davacının tüketici niteliği ile davalı karşısında ekonomik yönden güçsüz olduğu da asla göz ardı edilemez... Davalının teslim yetkisini saklı tutmayı içeren koşulu kötüye ve davacı tüketici aleyhinde kullanıp kullanmadığı MK md. 2'deki dürüstlük ve doğruluk kuralına, eş deyişle, güven ilkesine dayanıp dayanmadığı saptanmalı ve uyuşmazlık böylece çözüme bağlanmalıdır"[445]. Yargıtay'ın benzer ilkesel nitelik taşıyan bir başka kararı ise, Hukuk Genel Kurulu'nun 03.07.1981 tarih ve E. 1979/1775, K. 1981/563 sayılı kararıdır. Her iki örnek kararda da görüleceği üzere idari denetim mekanizması eksik de olsa uyuşmazlık mahkeme önüne gittiğinde içerik denetimi yoluyla etkili bir denetim gerçekleştirilebilmektedir[446]. Yargıtay vermiş olduğu benzer bir kararda[447] da bankaların iradesine bırakılan faiz oranını artırma ile ilgili yetkinin kullanılmasında objektif iyiniyet kuralları içinde hareket edilmesi gerektiğini, bankanın faiz kazanç oranını tek yanlı artırma yetkisine dayanarak haklı görülmeyecek bir orana yükseltmesinin iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacağını, başka bir deyişle bankanın kendisine duyulan güvene aykırı davranışının tespit edilmesi gerektiğini belirterek mahkemeye, kredi süresini gözeterek ve yükselen faiz oranlarını inceleyerek bankanın haksız bir davranışının bulunup bulunmadığının tespiti yönünde bilirkişi kurulundan rapor aldırılması gerektiğini belirterek yol göstermiştir[448].

Türk Borçlar Kanunu'nun 25. maddesinde de "içerik denetimi" başlığına yer verildiğini görmekteyiz. TBK 25. maddesinde esas itibariyle TKHK 5. maddesindeki gibi benzer bir konu düzenlenmiştir. Buna göre karşı tarafın durumunu dürüstlük

[445] AKİPEK, 1999, s. 234.
[446] AKİPEK, 1999, s. 234.
[447] Yargıtay 19.HD., 05.06.1996 T., E/K. 8894/5659 sayılı kararı (YAVUZ, Nihat, 2012, s.100).
[448] Benzer kararlar için bkz. YAVUZ, 2012, s. 95 vd.

kuralına aykırı olarak ağırlaştıran genel işlem koşulları geçersizdir. Ancak 25. maddede bunun dışında karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı hükümlerin de genel işlem koşullarına konamayacağı belirtilmiştir. Ancak bu şekilde bir kriterle genel işlem koşullarının denetlenmesi sübjektif değerlendirmelere yol açacak niteliktedir. Çünkü her sözleşme ilişkisinde taraflardan birinin durumu diğerine göre ağırlaşabilir. Türk Borçlar Kanunu'nun son halinde hemen her durumda sözleşmeye müdahale imkânı doğabilir ki bunu da sözleşme özgürlüğü ilkesi ile bağdaştırmak mümkün değildir[449]. Öte yandan Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 307 ve devamı maddelerinde içerik denetiminde dürüstlük kuralının esas alınması noktasında açıkça tanımlamalar yapıldığı halde, TBK 25. maddesinde bu konuda hâkime dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde yardımcı olacak herhangi bir kriter gösterilmemiş olup bu durumda hüküm içi bir boşluğun bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir[450]. Her ne kadar TBK 25. maddesinin temelde tacirler arasında uygulanabileceği[451], TKHK'daki hükümlerin burada uygulanamayacağı bir an için düşünülebilirse de, hâkim, TKHK'da ve yönetmelikte ayrıntılı olarak belirlenen düzenlemelerden faydalanarak TBK'daki hüküm içi boşluğu doldurulabilir[452]. Yine TBK 25. maddede dürüstlük kuralına aykırı veya karşı tarafın durumunu ağırlaştıran hükümlere sözleşmede yer verilemeyeceği belirtilmiş, ancak yer verilirse bunun yaptırımının ne olacağı yeterince açıklanmamıştır. Kanunun bu maddesinin biraz daha kapsamlı ve detaylı bir biçimde düzenlenerek hangi sözleşme hükümlerinin ne tür yaptırımlarının olacağının açık bir biçimde düzenlenmesi ileride ortaya çıkması muhtemel problemleri gidermekte faydalı olacaktır.

[449] YAVUZ, 2007, s. 72.
[450] ATAMER, 2011, s. 42.
[451] ANTALYA'ya göre TTK'daki özel düzenlemeden dolayı (TTK md.1(2)), TBK 20-25. madde hükümleri ticari standart sözleşmelere uygulanmaz. TTK'da, GİK'in yaptırımı geçersizlik değil özel hukuk davası yanında ceza yaptırımına tabi tutmadır (ANTALYA, 2012, s. 296).
[452] ATAMER, 2011, s. 42.

Tüketici işlemlerindeki hükümlerin özellikle de uygulamadaki faydalarına karşılık beraberinde büyük sakıncalar da getiren genel işlem koşullarının içeriklerinin denetlenmesi ihtiyacı üzerinde özellikle batılı ülkelerde uzunca yıllarca tartışmalar yaşanmış, bu konuda görüşler ortaya atılmış ve netice olarak da bunların denetlenmesine matuf olarak özel yasalar çıkarılmıştır[453].

Ülkemizde ise 4077 sayılı TKHK md. 6'dan evvel Türk hukukunda haksız şartların özellikle de genel işlem koşullarının denetlenmesine ilişkin genel bir hüküm bulunmadığı gibi konunun Türk doktrininde ilgi ve inceleme konusu olması da henüz çok yenidir. Zamanla tüketicinin haksız sözleşme koşullarına karşı korunması ihtiyacı hissedilmeye başlanmış ve bunların denetlenmesi ihtiyacı sürekli dile getirilmiştir[454]. Bu gereksinimin sonucu olarak İstanbul Ticaret Odası 1981 yılında genel işlem koşulları ile ilgili bir tasarı hazırlamıştır[455]. Ancak 2003 yılında kanunda yapılan değişikliğe kadar herhangi bir yasal düzenleme yapılamamıştır. Konu yasal dayanağa oturtulmadan önce doktrinde mevcut yasal düzenlemelerden yola çıkılarak genel işlem koşullarının denetlenmesine yönelik çeşitli öneriler dile getirilmiştir[456]. Bazı yazarlar sözleşmenin tamamlanması ve yorumlanması yolu ile tüketicinin korunabileceğini ileri sürmüştür[457].

II-İçerik Denetiminin Kapsamı

Tarafların anlaşması neticesinde tamamen veya kısmen sözleşme içeriği haline gelen ve ihtilaf konusu olan sözleşme hükümlerinin satıcı, sağlayıcı veya

---

[453] Haksız sözleşme hükümleri ile ilgili özel yasa çıkaran ülkeler ve yasalar hakkında bilgi için bkz. AKİPEK, 1999, s.229; ATAMER, 2001, s. 40 vd.
[454] ATAMER, 2001, s.168; BAYKAN, 2004, s.179; DPT, Tüketicinin Korunması, 1995, s.179 vd.
[455] TEKİNALP, 2009, s. 374.
[456] AKİPEK, 1999, s.230; ASLAN/ŞENYÜZ/ERGÜN, 2002, s.201; BAYKAN, 2004, s. 180.
[457] AKİPEK, 1999, s. 243.

kredi veren aleyhine yorumlanamadığı hallerde bunların içeriklerinin denetlenmesi gündeme gelir.

Genel işlem şartlarında içerik denetimi, TBK 25. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; "*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz".* Madde metninden de anlaşılacağı üzere, sözleşmeye genel işlem şartları ile dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla, bir sözleşmede içerik denetimi yapılabilmesi için öncelikle karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı, aynı zamanda dürüstlük kuralına aykırı bir genel işlem şartı bulunmalıdır. Hâkim içerik denetimini yaparken denetim için belirlenmiş olan kritere göre inceleme yapmalıdır. Bu kriter de TBK 25. maddesinde dürüstlük kuralı olarak gösterilmiş ancak dürüstlük kuralının sınırı konusunda hâkime yol gösterecek düzenlemelere yer verilmemiştir.

İçerik denetimi esas itibariyle sözleşmenin kurulduğu zamandaki şartlar dikkate alınarak gerçekleştirilir[458]. Nitekim 93/13 sayılı AB Direktifi'nin 4. paragrafında içerik denetiminde sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olan hal ve şartlar özellikle taraflar arasındaki ekonomik ve entelektüel güç ilişkisinin göz önünde tutulacağı belirtilmiştir[459]. Benzer bir hüküm İngiliz Genel İşlem Şartları Kanunu'nda da yer almaktadır. Buna göre tüketiciye sözleşme kurulmadan önce sözleşme hükümlerini yeterince inceleme ve değerlendirme süresi verilip verilmediği, tüketicinin iradesini fesada uğratan pazarlama teknikleri ve aldatıcı

[458] GÜNGÖR, 2000, s. 52; ASLAN, 2014, s. 323; YAVUZ, 2012, s. 88.
[459] DEUTSCH (Çev. HAVUTÇU), 1997, s. 266.

reklâmların kullanılıp kullanılmadığı hususları önem arz eder[460]. Sözleşme kurulduğu sırada dengeli olan, ancak sonradan ortaya çıkan şartlar dolayısıyla dengesizleşen hükümler varsa, bu gibi durumlarda sözleşmenin uyarlanması gibi başka dava yollarına başvurmak gerekir[461].

Birçok ülke hukukunda kanunda sayılan birtakım sözleşme hükümlerinin mutlak olarak geçersiz olacağı, bazı şartların ise "makul olmamaları" halinde geçersiz olacakları öngörülmüş[462] iken buna karşılık Türk hukukunda böyle bir ayrıma yer verilmemiş, sadece Haksız Şartlar Yönetmeliği'nde örnek niteliğinde haksız (geçersiz) şartlar listesi verilmiş, bunlar dışında ise dürüstlük kuralına aykırı olarak ve tüketici ile müzakere edilmemiş sözleşme hükümlerinin haksız şart olarak nitelendirileceği ve geçersiz olacağı belirtilmiştir[463].

A-Muhatabın Durumunu Dürüstlük Kuralına Aykırı Olarak Ağırlaştıran Hükümlerin Denetlenmesi

İçerik denetimi yapılırken taraflar arasında bozulan dengenin giderilmesi amaçlanmaktadır. Tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı olacak biçimde muhatap aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme hükümleri denetime tabidir. Dürüstlük kuralına ileriki safhalarda ayrıntılı olarak değinilecektir.

[460] GÜNGÖR, 2000, s. 45.
[461] ASLAN, 2014, s. 326.
[462] DPT, Tüketicinin Korunması, 1995, s.180.
[463] YAVUZ, 2007, s. 78.

B-Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümlerinin Denetlenmesi

1-Müzakere Edilmiş Olmanın Önemi

Sözleşme içeriği haline gelmiş hükümlerin hepsi değil, sadece müzakere edilmemiş, pazarlık konusu yapılmamış ve muhatabın (tüketicinin) içeriğine etki etme imkânı bulamadığı hükümler içerik denetimine konu olurlar. Dolayısıyla muhatapla müzakere edilmiş olma, bir hükmün haksız olup olmadığının tespitinde önem arz etmektedir. Buna göre sözleşme hükmü, muhatapla müzakere edilmemiş ise diğer unsurların da varlığı halinde "haksız şart" olarak nitelendirilebilecektir. Buna karşılık muhatap ile müzakere edilmiş bir hüküm muhatap aleyhine dengesizliğe neden olsa bile haksız şart olarak nitelendirilemez.

Sözleşme hükmü tek taraflı olarak hazırlanmışsa veya GİK olması nedeniyle muhatap bu hükmün içeriğine etki edememişse bu hükmün muhatapla müzakere edilmediği karine olarak kabul edilir. Bir hükmün müzakere edilmiş olduğunun kabul edilebilmesi için tamamlayıcı hükümlerden sapan hükümlerin özü muhataba sunulmalı, bunların muhatapla müzakere edilmeye hazır olunduğu ciddi bir şekilde ortaya konulmalı[464] ve daha da önemlisi muhataba bu hükmün içeriğine etki etme imkânı tanınmış olmalıdır.

Her ne kadar muhatap ile müzakere edilmemiş tüm sözleşme hükümleri içerik denetimine tabi ise de bundan müzakere edilmemiş sözleşme hükümlerinin hepsinin geçersiz olacağı şeklinde bir sonuca varılmamalıdır. Muhatapla müzakere edilmediği halde muhatap lehine olan sözleşme hükümleri de bulunabilir ki bunları geçersiz saymak tüketici hukuku ile bağdaşmaz.

[464] ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004, s. 161.

Türk Borçlar Hukuku'nun benimsediği sözleşme özgürlüğü ilkesi, sözleşme taraflarının eşit konumda oldukları ve bu konumları itibariyle karşılıklı müzakereler ve pazarlıklar sonucu kendi lehlerine uygun olan bir hukuki durum içine girecekleri faraziyesi üzerine kuruludur. Buna göre tarafların kendi menfaatlerine uygun, adil ve hakkaniyet uygun bir sonucu ulaşmalarının yolu karşılıklı müzakereler ve pazarlıklardır. Şayet sözleşme, karşılıklı pazarlıklar sonucu kurulmuşsa, bu, tarafların eşit, adil ve hakkaniyete uygun bir sözleşme ilişkisi içerisine girdiklerini gösterir. İşte bir sözleşme hükmü tüketici (muhatap) ile müzakere edilmemişse bu husus sözleşme özgürlüğü ilkesinin ihlal edildiğini gösterir ve bu durum hâkimin sözleşmeye müdahalesini gerektirir. Hâkimin sözleşmeye müdahalesi ile pazarlık gücü ortadan kaldırılmış olan muhatabın bu imkânı kullanabilmesi sağlanır[465].

2-Müzakere Edilmiş Olup Olmadığının Tespiti

Tüketici işlemlerinde müzakere edilip edilmeme meselesi bir ispat sorunu olmakla birlikte, kural olarak bireysel sözleşmelerde yer alan hükümlerin müzakere konusu yapıldığı buna karşılık GİK içeren sözleşmelerde yer alan hükümlerin ise müzakere konusu yapılmadığı karine olarak kabul edilir[466]. Bunun aksini iddia eden satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin bu iddiasını ispatlaması yani söz konusu hükmün tüketici ile müzakere edildiğini ispatlaması gerekir. Nitekim Avrupa Topluluğu Konsey Yönergesi, önceden yazılı olarak hazırlanmış olan sözleşme hükümlerinin müzakere konusu edilmediğini karine olarak kabul etmiştir[467]. Muhatabın global kabulü ile sözleşme içeriği haline gelen hükümlerin de müzakere edilmediği karine olarak söylenebilir. Bir sözleşmedeki bazı hükümlerin müzakere edilmiş olması,

[465] ATAMER, 2001, s. 296.
[466] ATAMER, 2001, s. 296.
[467] OĞUZMAN/ÖZ, 2013, s.24 vd.; ASLAN, 2014, s. 321 - 322.

diğer maddelerin de müzakere edilmiş olduğunu göstermez. ATAMER'e göre[468] satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşme şartlarını muhatapla müzakere etmeyi, gerekirse bunları değiştirmeyi kabul iradesinin yanı sıra muhatap için, bu şartları anlamak ve değiştirmek için gerekli olan bilgi birikimi veya profesyonel desteğin de mevcut olması gerekmektedir. Bu görüşün, satıcı, sağlayıcı veya kredi verene aşırı külfet getirmesi, bunun da netice itibariyle fiyatların artması ve diğer şekillerde muhataba yansıması ve muhatabın başka yönlerden koruma dışı kalmasına yol açabilme ihtimali dikkate alındığında pratik bir fayda sağlamayacağı ortadadır. Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşme içeriği haline getirmek istediği hükümleri muhataba sunması, muhatabın dikkatini bunlara çekmesi ve yasal düzenlemeden sapan hükümleri özellikle muhataba belirtmesi halinde artık sorumluluğun kendisine sunulan imkânı kullanmayan muhatapta olduğunu kabul etmek daha adilane bir çözümdür. Sözleşme metninde yer verilen ve sözleşmede yer alan tüm hükümlerin müzakere edildiğini belirten bir hükmün hiçbir anlamı olmayıp, böyle bir hükmün varlığı sözleşmede yer alan tüm hükümlerin muhatapla fiilen müzakere edildiğini göstermez[469](TBK 20/3).

III-Denetim Dışı Kalan Sözleşme Hükümleri

A-Uygulanması Gereken Hukuk Kuralını Aynen Tekrarlayan Sözleşme Hükümleri

Tüketici işlemlerinde yer alan ve müzakere edilmemiş tüm hükümlerin denetime tabi olduğu şeklinde bir sonuca varmamak gerekir. Nitekim müzakere edilmeden sözleşme içeriği haline gelen bazı hükümler denetim dışı kalmaktadır.

[468] ATAMER, 2004, s. 297.
[469] ATAMER, 2004, s. 73.

Taraflar arasında yapılan sözleşmenin bazı noktalarında, yasa koyucu, taraflara girdikleri hukuki ilişkilerde nasıl davranmaları gerektiğini emredici bir şekilde belirtir ki tarafların bunun aksine bir sözleşme kuralı getirmeleri geçersizdir[470]. Buna karşılık bazı kanun maddeleri ise tarafları aralarında yapacakları sözleşme ve içeriği hakkında tamamen hür bırakır ve fakat tarafların sözleşmede noksan bıraktıkları hususlarda geçerli olacak hükümler getirir. Yine taraflar yasada düzenlenmiş bir düzenlemeyi de sözleşme hükmü haline getirebilirler. Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin muhatap ile yaptığı sözleşmeye müzakere etmeden koyduğu hüküm, eğer taraflar bu konuda sözleşmeye hüküm koymasalardı zaten uygulanacak olan kanun hükmü ise bu durumda artık söz konusu hükmün muhatap ile müzakere edilmeden sözleşmeye konduğundan bahisle denetlenmesi mümkün değildir[471]. Nitekim somut olay gerçekleştiğinde ve ihtilaf ortaya çıktığında uygulanacak hüküm de, sözleşmede yer verilen yasa hükmüdür. Denetime tabi hükümlerin muhatabın menfaatlerini en iyi şekilde koruyan yasa hükümlerinden sapan hükümler olduğu düşünüldüğünde zaten uygulanacak olan yasa hükmünü tekrarlayan sözleşme hükmünün haksızlığından bahsedilemez[472]. Dolayısıyla emredici hükümlere sözleşmede yer verilmesi halinde de her hangi bir dengesizlikten bahsedilemez. Ancak emredici hüküm, amacına uygun olmayan bir sözleşmede sırf karşı tarafın haklarını sınırlamak gayesi ile konulmuş ise artık bunun da denetime tabi olduğunu kabul etmek gerekir. Örneğin eser sözleşmesinde satış sözleşmesine ilişkin ayıp hükümlerinin uygulanacağının kararlaştırılması halinde denetim hükümleri devreye girecektir[473]. Eğer sözleşmeye aynen alınan yasa hükmü

[470] İNAL, 2014, s. 51.
[471] BAŞ, 2013, s. 299 .
[472] ATAMER, 2004, s. 313.
[473] ATAMER, 2011, s. 218.

taraflar arasındaki ilişkiye hiç uygulanmayacak bir kural ise bu durumda muhatap lehine olan yasal düzenlemeden bir sapmanın varlığı kabul edilebilir ve bu hüküm denetime tabi tutulabilir[474]. Hakeza muhatap ile müzakere edilmeden sözleşmeye alınan ve ilgili yasa hükmünün aynı değil de değiştirilmiş hali şeklindeki sözleşme hükümleri de denetime tabidir.

B-Edim ve Karşı Edimi Belirleyen Sözleşme Hükümleri

AB Direktifi'nden mülhem yönetmeliğin 6. maddesinin 2. fıkrasında sözleşme hükümlerinin haksız olup olmadığının değerlendirilmesinde *"... bu şartların açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olması kaydıyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyatı arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme..."* yapılamayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla sözleşmede edim ve karşı edimi belirleyen hükümler denetim dışıdır[475]. Yani edim ve karşı edim arasındaki denge, bir şartın haksız olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınmayacaktır. Serbest piyasa ekonomisinin kurallarının hâkim olduğu bir ortamda edim ve karşı edimin piyasa adaletine bağlı olarak tespit edileceği açıktır[476].

Edim ve karşı edime ilişkin bir dengesizlik olması halinde muhatap, şartları varsa Borçlar Kanununun gabin ve hileye ilişkin hükümlerine dayanarak dava açabilir; ancak bu şekilde açılan bir davada da edim ve karşı edime ilişkin sözleşme hükmü değerlendirme konusu yapılmaz, sadece satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin muhatabın tecrübesizliğinden, müzayaka halinde bulunmasından yararlanıp

[474] ATAMER, 2011, s. 55.
[475] Bu düzenlemeye rağmen Yargıtay 13. HD'si 2005 yılında verdiği bir kararda (21.11.2005 T., E. 2005/11415, K. 2005/17157 sayılı karar - Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) devre tatil aidatını çok yüksek bularak indirime tabi tutmuştur (SİRMEN, 2011, s. 125).
[476] ATAMER, 2004, s. 315.

yararlanmadığı veya iradesini fesada uğratıp uğratmadığı hususları değerlendirilir. İçerik denetiminde amaç haksız şartlar nedeniyle sözleşmede doğan dengesizliği ortadan kaldırmaktır, yoksa edim ve karşı edim arasındaki dengeyi sağlamak[477] değildir. Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin muhatapla müzakere etmeden sözleşmeye koyduğu ve bu şekilde sözleşme içeriği haline gelen bir hükmün öncelikle asli edim yükümlerine ilişkin olup olmadığının tespit edilmesi, asli edim yükümüne ilişkin olmadığının anlaşılması halinde ise denetime geçilmesi gerekir.

6502 sayılı TKHK'nın 5/7. maddesinde tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye alınan koşulların haksızlığının takdirinde bu koşullar açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmış olmak şartıyla asli edim yükümlerine ilişkin hükümlerin değerlendirilemeyeceği ve denetim dışı kalacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmamış olan asli edim yükümlerine ilişkin sözleşme hükümleri de denetime tabi olacaktır. Öte yandan edimin nasıl, ne zaman, nerede ifa edileceği gibi hususların, edimin tek taraflı olarak fiyatını, niteliğini ve konusunu değiştirme yetkisi ile önceden ifa kayıtları, mahsup düzenlemeleri, dövizle ödeme kayıtları edimler arası dengeye ilişkin olmadığı için denetime tabi tutulmaktadır[478].

[477] BAYKAN, 2004, s. 189.
[478] ATAMER, 2011, s. 58.

BEŞİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ ŞARTLARIN TESPİTİ VE SÖZLEŞMENİN DURUMU

§10- TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN HAKSIZ ŞARTLARIN TESPİTİNDE KULLANILACAK ÖLÇÜTLER

I-İçerik Denetiminin Ölçüsü Olarak Dürüstlük Kuralı

A-Genel Olarak

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ve Yönetmelikte satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tüketiciyle müzakere etmeden sözleşmeye koyduğu ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme hükümlerinin haksız olduğu belirtilmekte olup, bu hükümden tüketici işleminde yer alan hükümlerin haksızlığının takdirinde dürüstlük kuralının ölçüt olarak kullanılacağı sonucu çıkmaktadır[479]. Yukarıda da değinildiği üzere, her ne kadar genel hüküm niteliğinde olan TBK 25. maddesinde dürüstlük kuralının uygulanması konusunda hâkime yol gösterecek düzenlemelere yer verilmemiş ise de, 6502 sayılı Tüketici Kanunu'nun 5/6. maddesi ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlara İlişkin Yönetmeliğ'in 5-6. maddeleri dikkate alındığında, dürüstlük kuralının yanında sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar, sözleşmenin diğer hükümleri, haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri yine sözleşmeye dayanan edimi tek taraflı belirleme

[479] "Bir sözleşme kaydının içerik denetimine tabi olması için genel ölçüt olan dürüstlük kuralının ihlali yeterli olmamakta, dürüstlük kuralının genel ölçüt olması yanında "tüketicinin aleyhine oransızlık içerme" de özel ve sübjektif bir ölçüt olarak öngörülmektedir. Bu kural, tacirler arasındaki sözleşmelerde yer alan GİK'lerin içerik denetiminde uygulanmayacak; sadece tüketici sözleşmelerine özgü olarak uygulanacaktır" (ÇINAR, 2009, s. 145).

yetkisinin kötüye kullanılmasının kıyasen uygulanması ve sözleşmenin niteliği de bir şartın haksızlığının takdirinde ölçüt olarak kullanılabilmelidir.

B-Dürüstlük Kuralının Tanımı ve İçerik Denetiminde Özellikleri

6502 sayılı TKHK md.5/1'de "*Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır."* şeklinde ifade edilmiştir[480]. Bu tanım, 4077 sayılı Tüketici Kanununun 6. maddesindeki düzenlemeden daha doğru bir düzenleme olmuştur. Zira eski düzenlemede, sadece satıcı ve sağlayıcının ismi zikredilmiş buna karşılık kredi verenden bahsedilmemişti. Hâlbuki tüketicinin kredi verenle yaptığı sözleşme de tüketici işlemi olup, bu sözleşmede yer alan bir hükmün de haksız olması olasıdır.

Yine eski düzenlemede kavram karmaşası yaşanmaktaydı, şöyle ki, 4077 sayılı kanunun 6/1. maddesinde iyiniyet kuralından bahsedilmekteydi. Burada her ne kadar TMK 3. maddesindeki iyiniyet kuralından bahsedilmiş olsa da yasa koyucunun asıl dile getirmek istediği kavramın TMK md. 2'de yer alan ve iyiniyet kuralından işlev olarak farklı olan dürüstlük kuralı olduğu açıktır[481]. Aynı kavram karmaşasına Yönetmelikte de rastlanmaktaydı. Yönetmeliğin 4. maddesinin d bendinde "*iyiniyet kuralı"* ibaresi kullanılmış, buna karşılık 2. maddesinde ise "*dürüstlük"* kuralına aykırı sözleşme hükümlerinin haksız olduğu ifade edilmiştir[482].

Türk Medeni Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan iyiniyet kuralı, hakkın kazanılması sırasında kişide var olan ve hoş görülebildiği takdirde hakkı kazandıran,

[480] GÜNGÖR, 2000, s. 51.
[481] ATAMER, 2004, s. 303; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004, s.165; ASLAN, 2014, s. 317.
[482] AKİPEK, 1999, s. 230 (dipnot 56'dan naklen).

hoş görülemediği halde ise hakkın kazanılmasını engelleyen bilgisizliği ya da yanlış bilgiyi ifade ederken; Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan ve TKHK md. 5 ve Yönetmelikle de ifade edilmek istenen dürüstlük kuralı ise, hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesi sırasında kişilerin dürüstçe ve güven kurallarına uygun biçimde davranması gerektiğini ifade eder. Dürüstlük kuralına göre ilgililerin birbirlerinden beklemeye haklı oldukları hususlarda yanıltılmamaları gerekir[483]. TMK md. 2/1'e göre, *"Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır*[484]*. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz."* hükmünü içermekte olup, bu tanımda dürüstlük kurallarından bahsedilmekle birlikte dürüstlük kurallarının bir tanımının yapılmadığı görülmektedir. Dürüstlük kuralları, orta zekâlı, normal, makul kişilerin toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlaka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçları ile iş hayatının gereklerine cevap veren bu nedenle de herkesçe benimsenen kurallar olarak tanımlanabilir[485]. Dürüstlük kuralı gereğince sözleşme taraflarının karşılıklı güven ilişkisi içinde birbirlerine taahhütte bulundukları söylenebilir.

---

[483] EDİS, 1993, s. 226 vd.

[484] Yargıtay HGK'nın, 22.09.2010 T., E. 2010/13-466, K. 2010/410 sayılı kararında "…*Bu noktada, genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır olmaması durumunda, ilke olarak tüketici aleyhine haksız şart olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır. Tüketici aleyhine haksız şart içeren böyle bir genel işlem şartının da, tüketiciyi bağlamayacağı her türlü duraksamadan uzaktır. Somut olayda, taraflar arasında düzenlenen dava konusu aboneliğe ilişkin 02.12.1993 tarihli sözleşmenin; tek yanlı, idarece önceden hazırlanmış, standart, iltihaki nitelikte bir sözleşme olduğu belirgindir. Anılan sözleşmenin 6.maddesinin c fıkrasında, "Zamanında ödenmeyen atık su faturalarına, İZSU Tarifeler Yönetmeliğinin 32.maddesi hükümleri uygulanacaktır" şeklinde yer alan düzenlemeyle, soyut olarak, salt Yönetmelik hükümlerine atıf yapılmış; İZSU Tarifeler Yönetmeliğinin 32.maddesinde ise, "her ay için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda öngörülen gecikme zammı oranında gecikme faizi alınır" hükmü öngörülmüştür.*
Görüldüğü üzere; iltihaki nitelikteki davaya konu abone sözleşmesinde, ödemelerde gecikme olması halinde fatura bedeline 6183 sayılı yasada belirlenen gecikme zammı uygulanacağına dair açık ve anlaşılır bir ifadeye yer verilmediği gibi sözleşmede yer alan "Zamanında ödenmeyen atık su faturalarına İZSU Tarifeleri Yönetmeliğinin 32. maddesi hükümleri uygulanacağına ilişkin hükmün tüketici aleyhine haksız şart içerdiği ve davalıyı bağlamayacağı kuşkusuzdur" denilmiştir. Dürüstlük kuralının esas alındığı benzer Yargıtay kararı için bkz. 13 HD., 21.06.2012 T., 2012/12577 E., 2012/16238 K. sayılı kararı, (İLGÜN, 2013, s.99 vd).

[485] EDİS, Seyfullah, "Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği", s. 449 (Prof. Dr. Mahmut KOLOĞLU'ya 70 inci Yaş Armağanı, Ankara, 1975; YELMEN, 2014, s. 125.

Dürüstlük kuralı ile ilgili olarak Yargıtay[486] bir kararında *"Dava, davacı banka tarafından kredi kartı kullanıcısı olan davalıdan tahsil edilen kredi kartı üyelik ücretinin, davalı başvurusu üzerine davacı bankadan alınmasına dair Tüketici Sorunları Hakem Heyeti kararının iptaline ilişkindir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, yasal düzenlemelere ve aralarındaki sözleşme hükümlerine göre bankanın kredi kartı kullanıcısından kullanım karşılığı yıllık ücret isteyip, isteyemeyeceği hususunda toplanmaktadır, …taraflar arasındaki sözleşmenin 9. maddesinde kart kullanıcısından kart kullanım ücretinin alınacağı belirtilmiştir…* tespitini yaptıktan sonra, "*…Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında 22.12.1995 tarihli sözleşme incelendiğinde; sözleşmenin davacı banka tarafından matbu, standart olarak hazırlanıp boş olan kısımların rakam, isim ve adresler yazılarak doldurulduğu, sözleşmenin on iki punto koyu siyah harflerle düzenlenmediği görülmektedir. Davacı, tüketici aleyhine olan ve tüketiciyi kart kullanımı ücreti adı altında bir külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırıldığını iddia ve ispat edememiştir. Böyle olunca sözleşmedeki kredi kartı üyelik ücreti alınacağına dair hükmün açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla davacı bankanın bu sözleşme hükmüne dayalı olarak kredi kartı kullanıcısı davalıdan ücret istemesi olanaklı değildir."* diyerek davacı bankanın bu sözleşme hükmüne dayalı olarak kredi kartı kullanıcısı davalıdan ücret istemesinin olanaklı olmadığı kanaatine varmıştır.

Her şeyden önce, kart kullanım ücretinin düzenlendiği maddenin bağlayıcılık kazanabilmesi için sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu

[486] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 02.05.2008 T., E. 2008/4345, K. 2008/6088 sayılı kararı, (http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=21799&page=2).

maddenin varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlaması ve karşı tarafın da bu maddenin hukuki sonuçlarını kabul etmesi gerekmektedir. Somut olayda bu ispat edilemediğinden 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca bu koşullar yazılmamış sayılacaktır.

Kart ücretinin ödenmesi gerektiğini belirten sözleşme maddesinin davacı tarafından önceden hazırlanan bir sözleşme ile tüketiciye dayatıldığı kuşkusuzdur. İlgili madde kanunun öngördüğü özelliklerin dışında adeta tüketiciden gizlenmek[487] suretiyle sözleşmenin içine yerleştirilmiştir. Bu ise TTK md. 55/1-f[488] anlamında "dürüstlük kuralına" aykırı bir işlem şartıdır. Tüketicilerin bu şekilde dürüstlük kurallarına aykırı işlem şartlarıyla bağlanması bu amaca aykırıdır. Ayrıca bu ve benzeri hükümler mal veya hizmet tedarik edenler arasındaki ilişkileri olumsuz yönde etkilemektedir[489].

[487] "Benzer bir olayda, Alman Federal Mahkemesi (BGH WM 1977, S. 821-822), satıcı tarafından müşterisine konserve içinde mantar teslim edilmesi gerekirken konservelerin içinde büyük ölçüde hayvan dışkısı çıkan teslimat sonucunda sözleşmede satıcının genel işlem şartı olarak ayıp ihbarının 3 gün içinde yapılması gerektiğine ilişkin kaydı, müşterinin, ancak birden fazla konservenin içeriğini denetledikten sonra bunların ayıpsız çıkması halinde muayene görevini yerine getirmiş olacağından ve mevcut ayıbın gizli ve yeterince açıklık taşımaması nedeniyle üç günlük ihbar süresinin uygulanamayacağına karar vermiştir" (ATAMER, 2011, s. 36, dipnot 70'den naklen).

[488] GÜMÜŞ'e göre, bir genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına aykırılığını belirleyen ölçütlere ilişkin açık kanun boşluğu TTK md.55/1,b.f hükmü ile doldurulur. TTK md.55/l,b.f'deki ifade incelendiğinde "*doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan"* şeklindedir. "Doğrudan veya yorum yoluyla uygulama" ifadesi değer taşımamaktadır. Söz konusu ifadeleri TMK l. maddesi terminolojisine çevirirsek, *"var olan kanun hükmünün amaçsal yorum yoluyla belirlenen anlamından veya kanun boşluğunu doldurulması ile yaratılan kanun hükmünün anlamından önemli ölçüde ayrılan"* olarak anlaşılmalıdır. Örneğin, GİK'te yer alan ve müşterinin alacağı için zamanaşımı süresini muacceliyet öncesinde başlatarak TBK.149/1 maddesindeki tamamlayıcı hukuk kuralından önemli sapma oluşturan şartlar dürüstlük kuralına aykırı olacaktır (GÜMÜŞ, 2014, s.58 dipnot 54'ten naklen); Yargıtay 15 HD'nin 16.04.2002 T, E/K. 109/1845 sayılı kararında ayıba karşı sorumluluğa ilişkin yedek hukuk kuralını daraltıcı nitelikte olan genel işlem koşulunun geçersizliğine karar verilmiştir. (Bkz. BAŞ, 2013, s. 294, dipnot 83).

[489] YÜCE, 2012, s. 200.

1- Dürüstlük Kurallarının Özellikleri

Dürüstlük kuralını düzenleyen TMK 2. maddesinin emredici hüküm olmadığını savunan görüş[490] olmakla birlikte doktrinde başka bir görüşe[491] göre dürüstlük kuralları genel ahlak ve kamu yararı ön planda tutularak düzenlenmiş temel ve emredici kurallardır. Nasıl ki ahlak kurallarına aykırı sözleşmeler geçersizse dürüstlük kurallarına uyulmayacağını öngören sözleşmeler de yapılamaz, yapılırsa butlanla (mutlak) geçersizdir.

Dürüstlük kuralları kamu düzenine ilişkin olmaları hasebiyle herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken bu kurallara uyması zorunludur. Bu yüzden önüne gelen somut uyuşmazlıkta dürüstlük kurallarına uyulup uyulmadığını hâkimin resen araştırması ve bulacağı sonuca göre karar vermesi gerekir[492].

Dürüstlük kuralı, soyut nitelikte olduğu için herhangi bir olayda doğrudan doğruya uygulanabilen bir kural değildir. Aksine dürüstlük kuralı, sosyal hayatta karşılaşılabilecek tüm olaylara uygulanabilecek genel bir hukuk normudur. Soyut ve genel olarak hazırlanmış hukuk kurallarının hayatın ve günün koşullarına uyarlanmasında dürüstlük kuralı büyük önem arz etmektedir.

Dürüstlük kuralına uyulup uyulmadığı tespit edilirken, kişinin o andaki duygu ve düşünceleri[493] ile ruh hali dikkate alınmaz. Uyuşmazlığa konu somut olayda toplum içerisindeki orta, makul ve vasat seviyedeki bir kişinin davranış tarzına uygun hareket edilmiş ise kişinin dürüstlük kuralına riayet ettiği aksi takdirde

[490] EDİS, 1975, s. 451
[491] ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004, s.156.
[492] EDİS, 1975, s.449; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004, s.157; YELMEN, 2014, s.128.
[493] EDİS, 1975, s.449; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2004, s.156.

ise riayet etmediği kabul edilir. Bir başka deyişle kişilerin haklarını kullanırken veya borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uygun hareket edip etmedikleri toplumdaki orta vasıftaki model bir kişinin davranış tarzına göre tespit edilir. Dolayısıyla dürüstlük kuralı kişilerin dışında oluşur.

Hayatta ve toplumda karşılaşılabilecek tüm olay ve durumların önceden öngörülmesi ve bunlara ilişkin hukuk normu konması mümkün değildir. İleride karşılaşılması muhtemel olan tüm olay ve durumlara ilişkin hükümlerin kanunlarda yer alması bir başka deyişle kazuistik metotla kanun hazırlanması bir taraftan kabarık kanun metinlerinin ortaya çıkmasına diğer taraftan da kanunla düzenlenmemiş hususlarda boşluklar doğmasına yol açar. Soyut ve genel hukuk normu düzenlenmesi halinde ise ilerde ortaya çıkması muhtemel olaylara uygulanmak üzere önceden genel ve soyut hukuk kuralları konur, bunlar tüm benzer olaylara uygulanır. Bu şekilde hazırlanan hukuk kuralları her zaman için tüm olaylara uygulanma kabiliyetine sahip olmayabilir. Bu hallerde hukuk boşluğundan söz edilir. İşte dürüstlük kuralı bu boşlukları doldurmakta tamamlayıcı bir rol oynar.

C-Denetim Ölçütü Olarak Dürüstlük Kuralının Sınırlandırılması

Haksız koşulların denetiminde dürüstlük kuralı esaslı bir denetim ölçütü görevi görür. Bununla birlikte dürüstlük kuralının düzenlendiği kanun metinleri incelendiğinde nelerin bu kurala aykırılık teşkil edeceğinin açıkça düzenlenmediği görülmektedir. Oysa gerek iç hukuktaki mevcut diğer düzenlemeler gerekse milletlerarası hukuk metinleri incelendiğinde bu kuralın sınırlarını belirlemek mümkün olabilmektedir. Nitekim iç hukuk anlamında TTK 55/1-f. maddesi ile 6502 sayılı TKHK'nın 5. maddesi, yine milletlerarası hukuktan yararlanılacak kaynaklar

olarak da, TBK'nın kaynağını oluşturmakla birlikte tümü TBK'ya alınmayan Alman Medeni Kanunu'nun 308 ve 309. maddeleri, Avrupa Konseyi'nin 5 Nisan 1993 tarihli Direktifi (Yönerge) ve Yargıtay'ın ilgili milletlerarası mevzuatı esas alan kararları[494] dürüstlük kuralının sınırlarını belirlemede yardımcı olacak kriterler olarak gösterilebilir[495].

Dürüstlük kuralına göre denetim yapılırken haksızlığı tartışılan koşulların hakkaniyete uygun olup olmadığı ve sözleşmede tarafların karşılıklı menfaatlerinin dengede olup olmadığına bakılmaktadır. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi[496] alt ve üst limitleri belirlenmiş aralıkta fiyatları belirleme yetkisi kendisine bırakılan işletmenin doğalgaz abonman sözleşmesi hükmü ile bu limit değerleri aşacak şekilde fiyat tespiti yapmasını bir taraftan 818 sayılı BK md.19'a dayanarak yasanın emredici hükümlerine aykırı saymış diğer taraftan da *"...iltihakı sözleşme niteliği taşıyan akitlerde, davalının hak ve menfaatler dengesini gözetmeksizin kendi lehine sözleşmeye hükümler koyması MK 2. maddesine de aykırılık teşkil eder..."* şeklindeki kararı ile bu gerçeği vurgulamıştır. Bir başka kararında[497] ise sağlayıcının iltihakı sözleşmelere özgü avantajlardan yararlanmak suretiyle kendi yararına sözleşmeye hüküm koymasını TMK'nın 2. maddesine aykırı olduğunu açıkça ifade etmiştir.

Kazuistik yöntemle bir başka deyişle hangi sözleşme hükümlerinin haksız olduğunu liste halinde ve tek tek belirtmek suretiyle haksız şartların denetlenmesi imkânı bulunmamaktadır[498]. Türk kanun koyucusu bu hususu göz ardı etmemiş,

---

[494] YİBK. 28.11.1945 T., E. 1945/13 ve K. 1945/15 sayılı kararı ile YHGK. 01.12.2010 T., E. 2010/13-593 ve K. 2010/623 sayılı kararları (YELMEN, 2014, s.131, dipnot 28-29'dan naklen).
[495] YELMEN, 2014, s. 129; BAŞ, 2013, s. 293.
[496] Yargıtay 13.HD., 05.07.2001 T., E.2001/5771, K. 2001/7408 sayılı kararı. (http/www.kazanci.com.tr/.)
[497] Yargıtay 13.HD., 18.03.1996 T., E.1996/1734, K. 1996/2495 sayılı kararı. (http www.kazanci.com.tr.)
[498] TANDOĞAN, 1977, s. 32.

hangi sözleşme hükümlerinin haksız olduğunu belirtmek yerine genel bir formülle sözleşme hükümlerinden hangi vasıflarda olanların haksız olacağını belirtmiştir. Yönetmelikte de kanundaki düzenlemeye uygun olarak önce haksız şartların genel bir tanımı verilmiş, ekinde ise örnekleyici nitelikte haksız şartlar listesine yer verilmiştir.

Sözleşmeye müzakere edilmeden konulan bir hükmün haksızlığını denetleyen hâkimin ana kriteri, dürüstlük kuralı olup, hâkimin görevi, tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulan ve sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan hükümlerin dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığını tespit etmektir. Tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan bir koşulun dürüstlük kuralına aykırılığı tespit edilirse bu koşulun haksız olduğu kabul edilecektir. Bu şekilde haksız olan şartın geçersiz olacağı TKHK 5. maddesinde belirtilmiştir.

Bir hükmün sadece müzakere edilmeden sözleşmeye alınmış olması onun haksızlığı için yeterli değildir. Haksızlığını tespitinde asıl önemli olan sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerin dağılımında hakkaniyete aykırı bir dağılımın olup olmadığı, bir başka deyişle dürüstlük kuralına aykırı olarak tüketici aleyhine dengesizlik yaratılıp yaratılmadığı hususudur. Şayet tüketici aleyhine bir sonuç doğmuşsa hükmün haksız ve kesin hükümsüz olduğu söylenebilecektir.

Tüketici aleyhine dürüstlük kuralına aykırı olarak dengesizliğe neden olan bir hükmün haksız şart olarak nitelendirilebilmesi için ayrıca ortaya çıkan dengesizliğin,

sapmanın önemli[499] olması gerektiği ifade edilmektedir[500]. Nitekim 93/13 sayılı AB Direktifi'nde de bir sözleşme hükmünün haksız olarak nitelendirilebilmesi için bu hükmün yarattığı dengesizliğin belirgin, dikkat çekici olması, tüketiciyi uygunsuz şekilde zarara uğratması gerektiği belirtilmiştir[501]. Bize göre de tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye konulan hükmün haksız olarak nitelendirilebilmesi için ortaya çıkan dengesizliğin belirli bir düzeyde olmasını aramak gerekir. Her yönüyle müzakere edilerek oluşturulan sözleşmelerde dahi taraflar arasında bir dengesizlik her zaman için mevcuttur. Önemli olan bu dengesizliğin tüketicinin durumunu belirgin, münasip olmayan bir şekilde[502], olması gerekenden daha ağır bir hale sokup sokmadığı ve şayet hükümle getirilen rizikoyu satıcı, sağlayıcı veya kredi veren üstlenmiş olsaydı bunlar için daha az külfetli olup olmadığının tespitidir. Tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye alınan hükmün taraflar yönünden bu şekilde değerlendirildikten sonra bunun tüketici açısından daha fazla külfetli olduğu söylenebiliyorsa bunun haksız olduğu belirlenebilecektir.

Piyasada aynı mahiyetteki sözleşmelerde yer alan hükümler de sözleşme hükümlerinin haksız olup olmadığının takdirinde hâkime yardımcı olacaktır. Nitekim Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta sözleşmede yer alan faize ilişkin hükmün haksız olup olmadığının tespiti için diğer GSM firmalarının sözleşmelerinde öngörülen faizlerin ortalamasının alınmasını ve yapılacak kıyaslama sonucunda değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmiştir[503].

---

[499] "Bir sözleşme kaydının içerik denetimine tabi olması için genel ölçüt olan dürüstlük kuralının ihlali yeterli olmamakta, dürüstlük kuralının genel ölçüt olması yanında, 'tüketicinin aleyhine oransızlık içerme' de özel ve sübjektif bir ölçüt olarak öngörülmektedir" (ÇINAR, 2009, s. 144).

[500] ATAMER, 2004, s. 309.

[501] BAYKAN, 2004, s. 186; DEUTSCH (Çev. HAVUTÇU), 1997, s. 265.

[502] KAPLAN, 2013, s. 76.

[503] Yargıtay 13.HD., 24.11.2005 T., E. 2005/11099, K. 2005/17357 sayılı kararı. (http/ www.kazanci.com.tr).

OĞUZ[504], genel işlem koşullarının denetiminde TMK md. 2/2 hükmünden yararlanılmasının birtakım problemler yaratacağını belirtmektedir. Yazar, denetimin TMK md. 2/2'ye göre yapılması durumunda hâkimin sözleşmeye müdahalesini gündeme getireceğini ve bunun da sözleşme güvenliğini tehlikeye düşüreceğini, bu nedenle genel işlem koşullarının içerik kontrolünün ilişkilendirme anlaşmasının yorumu yoluyla yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir; Şöyle ki, ilişkilendirme anlaşmasının yorumu ile sadece genel işlem koşullarının sözleşme içeriği haline gelip gelmediği tespit edilebilir. Şayet bu görüş kabul edilirse ilişkilendirme anlaşması neticesinde sözleşmenin içeriği haline gelmiş ve fakat tüketici aleyhine ve dürüstlük kuralına aykırı (haksız) şartların denetim imkânı ortadan kalkacak ve haksız şartların denetimi çok sınırlı bir alanda gerçekleşecektir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye alınan şartlar sonrasında tüketicinin pozisyonunda dürüstlük kuralına aykırılık oluşması halinde ve bu aykırılığın da belirli bir ehemmiyet arz etmesi durumunda hâkimin sözleşmeye müdahale etmesi gerekir. Nitekim taraflardan birinin diğerine göre daha avantajlı olması her sözleşmede ortaya çıkabilecek bir durum olup, önemli olan ortaya çıkan dengesizliğin dürüstlük kuralı açısından makul karşılanıp karşılanmadığıdır[505].

II-Mevcut Yasal Düzenlemeler

Bir hükmün haksızlığının tespitinde söz konusu hükmün bertaraf ettiği yasal düzenlemenin içeriği belirleyici olacaktır. Taraflar, anlaşarak dahi emredici hukuk kurallarının aksine sözleşme yapamamakla birlikte buna karşılık tamamlayıcı

[504] OĞUZ, 2000, s. 517.
[505] YELMEN, 2014, s. 123 vd.

(yedek) hukuk kurallarının aksini sözleşme ile kararlaştırabilmektedirler. İşte hâkim bir hükmün dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığını söz konusu hükmün saptığı tamamlayıcı hukuk kuralının içeriğini nazara alarak tespit edecektir. Bir başka deyişle hâkim haksızlığı tartışılan sözleşme hükmü ile bu hükmün bertaraf ettiği tamamlayıcı hukuk kuralını karşılaştıracak ve arada herhangi bir sapma olup olmadığına bakacaktır[506].

Tamamlayıcı hukuk kurallarından sapma tarafların özgür iradeleri ile gerçekleşmiş ve taraflar bu hükmü müzakere ederken bu farklı düzenleme karşısında kendi çıkarlarının bilincinde olarak, çıkarlarını koruyabilecek güce ve şansa sahip olmaları halinde muhatap aleyhine dengesizliğe neden olan hüküm adil ve haklı görülebilir[507].

Taraflar arasında adilane bir denge kurmaya çalışan tamamlayıcı hukuk kurallarından yapılan sapmaların taraflar arası dengenin bozulduğuna ilişkin bir karine olduğu kabul edilebilirse de her sapmada da sözleşme hükmünün haksız olduğunu ve hâkimin sözleşmeye müdahalesini kabul etmek her zaman doğru sonuçlar vermeyebilir[508]. Hatta bazı hallerde tamamlayıcı hukuk kurallarından yapılan sapma tüketici lehine dahi olabilir. Bu nedenle tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye alınan hüküm ile yasal düzenlemeden yapılan sapmanın önemli olup olmadığının tespiti önem arz etmektedir. Öncelikle sözleşmenin türü ve bu sözleşmenin tabi olduğu mevzuat daha sonra ise haksızlığı tartışma konusu yapılan sözleşme hükmü olmasaydı uygulanacak olan tamamlayıcı hukuk kuralının

[506] KAPLAN, 2013, s. 29 vd.
[507] HAVUTÇU, 2003, s. 35.
[508] OĞUZ, 2000, s. 517.

tespit edilmesi gerekir. ATAMER'in[509] haklı olarak belirttiği gibi söz konusu tamamlayıcı hukuk kuralı günün koşullarına uygun ve taraflar arası dengeyi sağlamaya elverişli ise denetim kriteri olarak kullanılacaktır. Bu şekilde ilgili hukuk normu tespit edildikten sonra hâkimin herhangi bir sapma olup olmadığını tespit etmesi gerekir. Sapma olduğunu tespit eden hâkimin, sözleşmenin içeriğini, sapılan hukuk normunun niteliğini, tarafların entelektüel durumlarını, taraflar arası dengeyi, sapmanın gerekçesini vs. hususları tümüyle dikkate alarak sapmanın önemli olup olmadığını tespit etmesi ve sapmanın önemli olduğunu tespit etmesi halinde ise sözleşmeye tüketici ile müzakere edilmeden konulan hükmün haksızlığına karar vermesi gerekir[510].

III-Sözleşmenin Doğası (Amacı)

Bir hükmün muhatapla müzakere edilmeden sözleşmeye alınması ve sonrasında ilgili hükmün haksızlığının tespitinde dürüstlük kuralı ile uygulanması gereken mevcut yasal düzenlemeler denetim kriteri olarak yeterli olmakla birlikte bazı hallerde bu kriterler dışında sözleşmenin doğasına bakılarak da bir hükmün haksız olup olmadığı tespit edilebilir[511]. Özellikle bahse konu sözleşme hükmünün yerine uygulanacak yedek bir hukuk kuralı bulunmaması veya dürüstlük kuralına göre de bir denetim yapılamıyorsa bu kritere göre denetim yapmak gerekli olabilir.

Bir hükmün haksız şart olarak nitelendirilmesinde taraflar arasındaki sözleşme belirleyici olur. Örneğin sözleşmenin mahiyetine uymayan bir kanun hükmünün satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tek taraflı olarak sözleşmeye

[509] ATAMER, 2004, s. 305.
[510] OĞUZ, 2000, s. 517.
[511] KAPLAN, 1996, s.83; BAŞ, 2013, s. 295.

konulması ve sözleşmenin içeriği haline getirilmesi halinde bu hüküm de haksız şart olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla bu şekilde bir uyuşmazlık önüne gelen hâkimin her şeyden önce sözleşmedeki hükmün sözleşmenin mahiyeti ile bağdaşan bir hüküm olup olmadığını değerlendirmesi gerekir[512].

Taraflar arası dengeyi sağlamak için en adil çözümü arayan hâkimin sürekli olarak sözleşmenin amacını göz önünde bulundurması, sözleşmenin amacına aykırı veya tüketicinin o sözleşme ile varmak istediği sonuca aykırı veya o sonucun elde edilmesini dürüstlük kuralına aykırı olarak ağırlaştıran hükümleri haksız olarak kabul etmesi en doğru çözüm olarak gözükmektedir. Bir başka deyişle tüketicinin o sözleşmeden doğacak sonuçlarla ilgili haklı ve meşru beklentilerine aykırı hükümlerin sözleşmenin doğası ile bağdaşmadığı ve haksız olduğu kabul edilmelidir[513].

IV-Sözleşmeye Dayanan Edimi Tek Taraflı Belirleme Yetkisinin Kötüye Kullanılmasının Kıyasen Uygulanması

Haklı bir sebep olmaksızın muhatabın sözleşmedeki durumunu kötüleştiren kayıtlara yer verilmesi hakkın kötüye kullanılması sayılabilir[514]. Alman Medeni Kanunu'nun 315. maddesi uyarınca, bir sözleşmede taraflardan birine edimi tek başına belirleme yetkisinin verilmiş olması halinde ilgili taraf bu yenilik doğuran hakkını hakkaniyete uygun bir şekilde kullanmak zorundadır. Bu maddeye göre, eğer tek taraflı belirleme hakkı hakkaniyete uygun kullanılmamışsa tespit edilen hüküm

[512] ATAMER, 2004, s. 306.
[513] ATAMER, 2004, s. 307.
[514] OĞUZ, 1993, s.101.

bağlayıcı sayılmayacak ve hâkim, bu hüküm yerine taraf menfaatlerini dengeleyen bir hüküm koyacak ve sözleşme ayakta kalacaktır[515].

Türk hukukunda, TBK'nın 86. maddesi (818 sayılı BK'nın 70. maddesi) uyarınca çeşit borcunun ifasında seçim hakkını kural olarak borçlunun kullanacağı ve buna yaparken de orta vasıftan aşağı mal veremeyeceği belirtilmiştir. İsviçre hukuku açısından *Auer,* bu maddenin de temelinde, sözleşenlerden birinin tek taraflı olarak sözleşme içeriğini belirleme hakkına sahip olması halinde, bu hakkın sınırlarını çizmek düşüncesinin yattığını savunmaktadır[516]. Bu nedenle yazar, kanunun ruhunun bu konuda genel bir ilke çıkarmaya elverişli olduğu kanaatindedir. Taraflardan birine sözleşmeyi şekillendirme hakkı tanındığında bunun hakkaniyete uygun şekilde kullanılması gerektiği bir ilke olarak kabul edilecek ve GİK denetiminde de bu madde uygulanacaktır. Buna göre hâkim öncelikle, tek taraflı sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğüne getirilmiş olan sınırların aşılıp aşılmadığını kontrol edecek, aşıldığını tespit etmesi halinde ise bu düzenlemeleri hükümsüz sayacaktır. Bu durumda hâkim, takdir hakkını gereği gibi kullanmayan tarafın yerine geçerek takdir hakkını kullanmakta ve TMK 2. maddesini esas alarak karar vermektedir[517].

V-Sözleşmenin Kaleme Alınış Tarzı (Niteliği)

Tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye alınan bir hükmün haksızlığının tespitinde sözleşmenin kaleme alınış tarzının da denetim kriteri olarak kullanılabilmesinin mümkün olduğu ileri sürülmüştür[518] (TKHK md.5/1). Her ne

[515] ATAMER, 2001, s. 178.
[516] AUER, s.59 (ATAMER, s.180, dipnot 212'den naklen).
[517] ATAMER, 2001, s.180; Benzer görüşler için bkz. SOYER, 1987, s.160-161; OĞUZ, 1993, s.109
[518] ATAMER, 2004, s. 308.

kadar benzer bir düzenleme TBK'da düzenlenmemiş ise de saydamlık kuralı[519] gereği TKHK'daki düzenlemeden sorunsuz bir şekilde faydalanılabilir. Zira saydamlık kuralı tacirler arasındaki işlemler açısından da aynen geçerlidir. Diğer yandan asli edim yükümlülükleri arasındaki dengeye ilişkin olarak hâkimin bir denetim yapması imkânı kural olarak mevcut olmasa da saydamlık kuralına aykırı şekilde kaleme alınmış olan GİK hükümleri varsa, bunlar asli edim yükümlülüklerine ilişkin olmasına rağmen denetim konusu yapılabilir[520].

§11-GENEL İŞLEM KOŞULU (GİK) İÇEREN SÖZLEŞMELERDE HAKSIZ ŞARTLARIN KULLANILMASINI ÖNLEMEYE YÖNELİK DAVA TÜRLERİ

I-Tüketici Mevzuatı Çerçevesinde Topluluk Davası

GİK'e karşı etkin korumanın önündeki en önemli engellerden biri, GİK içinde yer alan ve dürüstlük kuralına aykırılığı mahkeme tarafından tespit edilmiş bulunan bir hükmün daha sonra aynı satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından başka sözleşmelerde tekrar kullanılmasının önlenememesidir. Daha bilinçli bireyler, dürüstlük kuralına aykırı olan sözleşme koşullarının butlanı için dava açarken daha az tecrübeli veya bilgisiz olanlar bu davayı açmamakta ve kesin hükümsüz olduğu aşikâr olan sözleşme şartı bir kişiye uygulanmazken diğeri aleyhine uygulanmaktadır. Bu rahatsız edici sonucun doğmasında en önemli etken, usul hukuku sistemimiz uyarınca davaların sadece taraflar açısından bağlayıcı olmasıdır. Sistem, kendi hakkını koruyan birey düşüncesi üzerine kurulmuş ve hakkını

[519] "Saydamlık kuralı, sözleşmede yer alan kayıtların açık ve anlaşılabilir düzenlenmesi, anlamlarının belirsiz ve şüpheli olmaması anlamına gelir. AB Yönergesi de saydamlık ilkesini 'açık ve anlaşılabilir' olmak şeklinde ifade etmektedir" (BAŞ, 2013, s. 296).

[520] ATAMER, 2011, s. 49.

aramayana da etki edebilecek şekilde sonuç doğuran bir dava tipi öngörmemiştir. Bu sorunu çözmek amacıyla 1993 tarihli AB Yönergesinin 7/2. maddesiyle, üye devletlerden, tüketicilerin korunmasında menfaati olan gerçek ve tüzel kişilere GİK içinde yer alan dürüstlük kuralına aykırı hükümlere karşı dava açma hakkı tanınması istenmiştir. Bu dava ile tüketicinin menfaatlerine açıkça aykırı GİK hükümlerinin, ileride kurulacak sözleşmelerde kullanılmasındaki potansiyel tehlike daha önceden bertaraf edilmektedir[521]. Doktrindeki başka bir görüşe[522] göre, önleme davasının uygulama alanını henüz somut sözleşme içeriği olmamış genel işlem koşullarıyla sınırlı tutmak gerekir. Eğer somut GİK içeren sözleşmede yer alan ve henüz uygulanma aşamasına gelmemiş genel işlem koşullarının uygulanmasının da bu yolla engellenmesi kabul edilecek olursa, tek başına ele alındığında haksız sayılabilen, fakat sözleşmenin tüketici lehine olan diğer hükümleriyle dengelendiği için haksız olmadığı sonucuna varılabilecek bir şarta karşı önleme davası açılabilecek ve sözleşmedeki denge bozulacaktır. Bu bakımdan, somut GİK içeren sözleşmede yer alan ve henüz uygulanma aşamasına gelmemiş genel işlem koşullarının uygulanma tehlikesi ortaya çıkarsa, bunu tüketici tarafından açılacak olumsuz bir tespit davasıyla çözmek daha isabetli olacaktır.

Nitekim Yönergeden esinlenerek, 4077 sayılı Kanun uyarınca çıkartılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in 8. maddesinde meşru menfaati olan gerçek veya tüzel kişilerin genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış olan GİK içeren sözleşmelerde yer alan haksız koşulların kullanılmasının önlenmesi için dava açabilecekleri belirtilmişti. 6502 sayılı TKHK'nın 73. maddesiyle yargılama, denetim ve cezaya ilişkin hükümler başlığı altında tüketici

[521] ATAMER, 2011, s. 64.
[522] SİRMEN, (Sempozyum), 2011, s. 132.

mahkemesinde dava açabilecek kişi ve kurumlar belirtilmiştir. Bu hüküm gereğince haksız şartlar içeren sözleşmelerin iptali için satıcı, sağlayıcı veya kredi verenle sözleşme yapmaya aday tüketici, tüketici örgütleri ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığı dava açabilecektir. 6502 sayılı TKHK'nın 73/6. maddesinde tüketici örgütlerinin dava açma hakkı da açıkça düzenlenmiştir[523]. Tüketici örgütlerinin bu davaları açabilmeleri için kendi "meşru menfaatlerinin" varlığının değil, üyelerinin meşru menfaatlerinin varlığı aranmalıdır.

Ülkemizde tüketici örgütlerinin hem nicelik hem de nitelik olarak yetersiz oldukları dikkate alındığında gelişmiş batı ülkelerinde olduğu gibi örgütlü toplumda var olan bilinçli tüketici insiyatifinin ülkemizde kendiliğinden oluşması ve gelişme kaydetmesi beklenmemelidir. Devletin özendirici ve destekleyici girişimde bulunarak bu insiyatifin gelişmesine katkı sağlaması gerekmektedir. Bu anlamda ilgili tüketici örgütlerine finansal destek sağlamanın yanında kimi vergi muafiyetlerinin sağlanmasında da fayda bulunmaktadır[524].

Sonuç olarak mahkemenin, satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından kullanılan GİK metni içinde TKHK 5. maddesi ve Yönetmeliğe aykırı hükümleri tespit etmesi halinde bunları ileride tüketicilerle yapılacak olan sözleşmelerde kullanılmamasına hükmetmesi gerekir. Aksi takdirde mahkeme kararının önleme etkisi eksik kalacaktır[525].

[523] ASLAN, 2014, s. 327.
[524] DERYAL, 2004, s. 127.
[525] ATAMER, 2011, s. 66.

II-Hukuk Muhakemeleri Kanunu 113. Maddesi Uyarınca Topluluk Davası

Türk hukukunda bugüne kadar topluluk davasına ilişkin en önemli iki düzenleme yukarıda anılan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md. 73/6'daki (eski TKHK 23/2) dava imkânı ile TTK md. 56'da (eski TTK md. 58) ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar gibi mesleki ve ekonomik birliklere verilen haksız rekabetin önlenmesi ve durdurulması konulu dava olmuştur. 2011 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu bu konuda ilk defa genel bir düzenleme getirerek dava çeşitleri altında 113. maddesinde topluluk davasını genel olarak düzenlemiştir. Buna göre:

"Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir"[526].

Bu genel hüküm karşısında artık sadece tüketicilere karşı kullanılması düşünülen GİK'lerdeki dürüstlük kuralına aykırı hükümlerin durdurulması için değil, tacirlere karşı kullanılacak GİK'lerdeki bu tür hükümlerin kullanımının durdurulması için de dava açılması imkânının var olduğu kabul edilmelidir[527].

[526] http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf.
[527] ATAMER, 2011, s. 66.

§12-GEÇERSİZ SAYILAN SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNDEN SONRA SÖZLEŞMENİN DURUMU

Haksız şartların yorumunda da belirttiğimiz üzere, tüketici, sözleşme konusu mal, hizmet veya krediye duyduğu gereksinim sonucu kendisine dayatılan haksız hükümleri kabul etmek zorunda kalmıştır. Bu nedenle bir kısım sözleşme hükümlerinin iptal edilmesi[528] halinde mümkün olduğunca sözleşme ayakta tutulmalı ve satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin kendi kusurundan, ortaya çıkardığı haksız durumdan bu şekilde yararlanmasına imkân verilmemelidir[529]. Türk Borçlar Kanunu'nun *"Yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi"* başlıklı 22. maddesinde de sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem şartları dışındaki hükümlerinin geçerliliğini koruyacağı ve bu durumda düzenleyenin, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyeceği açıkça belirtilmiştir[530]. Maddeye göre, yazılmamış sayılan genel işlem koşullarını taşıyan bir sözleşmenin, bu genel işlem koşulları dışındaki diğer hükümleri geçerli olmaya devam edecektir. Nitekim aynı konuyu düzenleyen Alman Medeni Kanununun (BGB) 306. maddesinde yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisiyle ilgili olarak geçerlilik ilkesi benimsenmiş ve oluşabilecek sözleşme boşluklarını kanun hükümleriyle doldurulacağı ifade edilmiştir. TBK 22. maddesinin gerekçesinde[531] ise 6762 sayılı TTK'nın 1266. maddesine (yeni TTK 1530. maddesi) yani kısmi hükümsüzlüğe ilişkin bir düzenlemeye atıf yapılmış ve kanun maddesinin

[528] "İlişkilendirme anlaşmasının kapsamı dışında kalan kayıtların hükümsüzlüğü hâkim kararına dayanmamaktadır. Genel işlem koşullarının sözleşme içinde bağlayıcılık kazanmadıklarına ilişkin hâkim tarafından yapılan tespit, bu hususta zaten taraflar arasında bir anlaşmanın bulunmadığına ilişkindir" (OĞUZ, 1993, s.113).

[529] YÜCEL, 1988, s. 36.

[530] ATAMER'e göre yazılmamış sayılmasına karar verilen GİK'ler, özellikle tüketici sözleşmelerinde, sözleşmeye hiç dâhil olmadıklarından, sözleşmenin geri kalanının hükümsüz olduğunun ileri sürülmesi zaten mümkün olmayacaktır (ATAMER, 2001, s. 325).

[531] KOÇ/AKİPEK/ULUSOY, 2012, s. 65.

amacının 818 sayılı BK md.20'deki (TBK md.27) kısmi hükümsüzlük düzenlemelerinin uygulanmasının önlenmesi olduğu yazılmıştır. Bu gerekçeler dikkate alındığında, kanun koyucunun yürürlük denetimi ile içerik denetim konularını nasıl karıştırdığı da ortaya çıkmaktadır. Oysa yukarıda izah edildiği üzere TBK 21. maddesindeki yazılmamış sayılma düzenlemesi bir butlan/geçersizlik sorunu değil, sözleşmenin baştan eksik ve tamamlanmaya muhtaç şekilde kurulmuş olduğu sorunudur[532], zira burada emredici kurallara aykırılık değil taraf iradelerinin uyuşma kapsamı belirlenmektedir. Kanun koyucu, TBK'nın 22. maddesindeki düzenlemeyle kısmi hükümsüzlüğün hiç doğmadığı bir aşama için (yürürlük) düzenleme yapmış, buna karşılık kısmi hükümsüzlüğün gerçekten doğduğu (içerik) haller için yeterli düzenleme yapmamıştır[533]. Özellikle genel işlem şartlarından bazılarının dürüstlük kuralına aykırılığının tespiti halinde yaptırımının ne olacağının TBK 25. maddesinde açıkça düzenlenmemesi[534], mevcut aykırılığın TBK 27/2. maddesi gereğince emredici hukuk kuralına aykırılık olarak değerlendirilmesi sonucu GİK'i kullananın tek taraflı olarak sözleşmeyle bağlı olmadığı yönündeki açıklaması ile karşı tarafı mağdur edebilmesi ihtimali dikkate alındığında problemli bir durumun oraya çıkacağı muhakkaktır[535]. Oysa AB Yönergesi kısmi butlan halinde sözleşmenin kural olarak geçerliliğini koruyacağını ve ancak taraf iradelerinden bağımsız olarak, sözleşmenin (batıl) kesin hükümsüz kısmı olmaksızın ayakta

[532] YENİOCAK, 2013, s. 55.
[533] ATAMER, 2011, s. 33; YAVUZ, 2013, s. 274.
[534] ULUSAN, İlhan, "Türk Borçlar Kanunu'ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013, s.1228.
[535] REİSOĞLU'na göre, GİK'i öneren tarafın hiçbir durumda korunmaması her zaman kabul edilebilecek bir durum değildir. Unutmamak gerekir ki, GİK içeren sözleşme, öneren tarafından tek taraflı olarak düzenlense de, sözleşme, karşı tarafın, sözleşmenin GİK hükümleri de dâhil bütün hükümlerini kabul etmesiyle kurulmaktadır (2013, s.76); KILIÇOĞLU'na göre, TBK 22. maddesinde tam hükümsüzlük düzenlenmemiştir. Dolayısıyla taraflar "yazılmamış sayılan hüküm ya da hükümler olmasaydı sözleşmeyi akdetmeyecekleri iddiası ile sözleşmenin tamamının yazılmamış sayılması" iddiasında bulunamayacaktır (KILIÇOĞLU, 2013, s. 122).

kalamayacağının hâkim tarafından tespit edilmesi halinde tümel bir butlanın söz konusu olacağını öngörmüştür (md.6/1)[536]. 4077 sayılı kanun uyarınca çıkarılan Haksız Şartlar Yönetmeliğinin 7. maddesinde de kesin hükümsüz (batıl) koşullar olmaksızın sözleşmenin ayakta tutulabileceği kabul edilebiliyorsa taraf iradelerine bakılmaksızın sözleşmenin geri kalanının varlığını koruyacağı kabul edilmişti[537]. Yeni Haksız Şartlar Yönetmeliği'nin yine 7. maddesinde de kısmen benzer bir düzenleme yapılmış, tüketici ile yapılan sözleşmedeki haksız şartların kesin hükümsüz olacağı belirtilmiş, haksız şart dışındaki hükümlerin geçerliliğini koruyacağı ve sözleşmeyi düzenleyenin haksız şart olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyeceği kayıt altına alınmıştır. Zira Yargıtay 13. Hukuk Dairesi de bir kararında geçersiz olan hükümler olmadan da sözleşme ayakta tutulabiliyorsa diğer hükümlerin varlığını koruyacağına hükmetmiştir[538]. Öte yandan 6502 sayılı TKHK'nın 5/2. maddesi incelendiğinde, "*Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez"* hükmünü içerdiği, maddenin birinci cümlesinde öncelikle yukarıda belirtilen ölçütler çerçevesinde yapılan içerik denetimi sonucu "haksız" niteliği belirlenen tüketici işleminin batıl (kesin hükümsüz) sayılacağı sonucunu, genel işlem şartlarına ilişkin TBK md. 20 vd. hükümlerinden farklı olarak açıkça vurgulamaktadır. Buna karşılık sözleşmenin ikinci cümlesi yine TBK md. 20 vd. bakımından örtülü kanun boşluğunun

[536] ASLAN, 2014, s. 325.
[537] ATAMER, 2011, s. 63.
[538] Yargıtay 13.HD., 14.12.2004 T., E. 2004/9747, K. 2004/18207 sayılı kararı. (http/www.kazanci.com.tr/).

doldurulması yoluyla varılan bir sonucu açıkça ortaya koymaktadır. Bu sonuç tüketici işlemindeki bir kısım sözleşme şartının haksız nitelik taşıması durumunda, sözleşmeyi düzenleyenin (girişimcinin), TBK md. 27/2 kapsamında kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı geçerli kalan diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğu yönündeki farazi iradesini ileri sürerek tüketici işleminin tamamının geçersiz olmasını sağlayamamasıdır. Böylece kanun koyucu, tüketici işleminin tüketicinin aleyhine olacak şekilde TBK md. 27/2 hükmü aracılığıyla bütünüyle kesin hükümsüz sayılmasının önüne geçmiştir[539]. Bu sonuç madde gerekçesinde de *"ikinci fıkrada yapılan düzenleme ile sözleşmede yer alan haksız şartın kesin olarak hükümsüz olacağı hüküm altına alınmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca bir kısmi hükümsüzlük söz konusudur. Ancak bu düzenlemeden farklı olarak, sözleşmenin geri kalanın ayakta tutulması, tarafların bu konuda farazi iradelerine göre tayin edilmez. Sözleşme, her halükarda bu şartlar olmaksızın geçerliliğini korur. Sözleşmenin çok sayıda hükmünün hükümsüz sayılması nedeniyle oluşan boşlukları hâkim, duruma göre yedek hukuk kuralları veya kendi koyacağı normlar ile dolduracaktır. Sözleşmeyi düzenleyen, haksız şart olarak değerlendirilen şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyecektir"* şeklinde ifade edilmiştir. Bankacılık hizmetleri bakımından bu düzenlemenin özellikle kredi borçlusu yönünden önem kazandığı söylenebilir. Zira bu düzenlemeyle, kredi kullanan tarafın sözleşmede yazılmamış sayılan hükümlerden dolayı sözleşmenin tümünün geçersiz hale gelmesi durumunda karşılaşacağı zararın önüne geçilmek amaçlanmıştır. Dolayısıyla TBK ile getirilen bu düzenlemenin girişimci ya da bankanın aleyhine

[539] GÜMÜŞ, 2014, s.73; ŞAHİN, Turan, KİZİR, Mahmut, "6502 Sayılı TKHK'nın Genel Esasları ve Haksız Şartlar ile Ayıplı Mal ve Hizmetler Konusunda Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler", Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 89, Ocak 2014, s. 72; OĞUZMAN/ÖZ, 2013, s. 172.

yenilikler getirdiği görülmektedir. Bankacılık işlemlerinin yeniden değerlendirilerek idari, yürürlük ve içerik denetimini geçecek şekilde dengeli ve adil sözleşme koşullarının yapılmasında fayda olduğu ileri sürülmektedir[540].

Yukarıdaki açıklamalar ışığında TKHK ve TBK hükümleri incelendiğinde ifade tarzları yönünden bazı farklılıklar olduğu görülmektedir. TBK, dürüstlük kuralına aykırı ve karşı tarafın menfaatleri aleyhine dengesizlik yaratan GİK hükümlerini yazılmamış yani bir nevi eski tabirle butlan[541] hükmünde saymakta, TKHK ise böyle hükümleri kabul etmekte ancak hükümsüz saymaktadır[542]. Bu ifade tarzı bir yana bırakılacak olursa hukuki sonuçları yönünden bu hükümler hiçbir sonuç doğurmamaktadır. Diğer bir deyişle sadece bu hükümler yok sayılmakta ve sözleşmenin geri kalanı geçerliliğini korumaktadır. Ancak tüketici veya alıcı diğer koşulların da bulunması halinde isterse sözleşmenin geri kalanını da geçersiz saydırma imkânına sahiptir[543]. OĞUZ'a[544] göre fesih beyanıyla tüketici sözleşmenin kendi iradesine uygun olmayan kısmından kurtulmaktadır, sözleşmenin geri kalanı kendi hukuki iradesine uygun olduğu için sözleşmenin tümünün hükümsüz hale gelmesi söz konusu olmayacaktır. Sonuç olarak her iki kanun açısından sözleşmeyi

---

[540] AKİPEK ÖCAL,(AKİPEK-Makale), Sempozyum, 2013, s. 338 vd.

[541] AKİPEK ÖCAL, Sempozyum, 2013, s. 60; AKINCI'ya göre, yazılmamış sayılmada kısmi butlan durumu söz konusu değildir. Zira batıl işlem hukuken kurulmuş ancak hüküm ve sonuç doğurmayan bir işlemdir. Oysa yoklukta işlem hiç doğmamıştır. TBK 21 ve 22. maddeleri dikkatle incelendiğinde yazılmamış sayılan kısımların yok farz edildiği görülecektir (AKINCI, 2013, s.123); Benzer görüş için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, 2013, s.168; KILIÇOĞLU'na göre de burada "yokluk" türünde bir yaptırım söz konusudur. Bu tür hükümlerin karşı taraf için bağlayıcı olmaması için bir irade açıklamasına ya da dava açılmasına gerek bulunmamaktadır. Bu hükümle, Borçlar Hukukumuza olmayan bir yaptırım türü olan "yokluk" da girmiş bulunmaktadır (2013, s. 119); YELMEN'e göre butlan (yokluk) halleri sözleşmenin kurucu unsurları ile ilgili olup butlan hallerinde sözleşme içeriğine girmiş bir hükmün yokluğu söz konusuyken, yazılmamış sayılmada sözleşme kapsamına girmemiş bir hüküm tespit edilmektedir (YELMEN, 2014, s.92 vd.); ULUSAN'a göre ise yazılmamış sayılmaktan maksadın kesin hükümsüzlük olduğu anlaşılmaktadır (ULUSAN, 2013, s.1219 vd).

[542] ASLAN, 2014, s. 324; AKİPEK'e göre de buradaki yaptırım türü (butlan) kesin hükümsüzlüktür AKİPEK ÖCAL, (AKİPEK-Makale), Sempozyum, 2013, s. 334.

[543] ANTALYA, 2012, s. 311.

[544] OĞUZ, 1993, s. 116.

düzenleyen, sözleşme ile bağlı olacak; tüketici veya alıcı ise bağlı olmayabilecektir[545]. Yeri gelmişken TKHK'daki düzenlemelerin TBK'da da açıkça düzenlenmesinin kanun yapım tekniğine daha uygun olacağı kanaatindeyiz[546]. ATAMER'e göre Borçlar Kanunu sistematiğinde GİK'lerin düzenlenmesinin yerinde olduğu şüphe götürmemekle birlikte Avrupa Birliğine üye ülkelerin yasal mevzuatlarından yeterince faydalanılmamış olması ve iki ayrı kanunda (TKHK ve TBK) birbiriyle tam olarak uyumlu olmayan düzenlemelere yer verilmiş olması anlaşılabilir değildir[547].

Sözleşmede boşluk olayı istisnai bir durum olmadığı için neredeyse her sözleşmede boşluk olması mümkündür. Sözleşmede bir boşluk olması, tarafların, sözleşmeye ilişkin hukuksal bir sorunu hiç düzenlememiş veya yetersiz düzenlemiş olmasını ifade eder[548]. Sözleşme boşluğu, sözleşmenin kuruluşu sırasında olabileceği gibi sonradan hal ve şartların değişmesi sonucu da ortaya çıkabilir. İçeriğini, genel işlem koşullarının oluşturduğu sözleşmelerde GİK'e dayanan satıcı, sağlayıcı veya kredi veren önceden her olasılığı düşünerek bunlara ilişkin hükümleri GİK içerisine aldığı için, GİK içeren sözleşmelerde boşluk bulunması istisnadır. Ancak GİK içeren sözleşmenin yargısal denetimi sonucu sözleşme hükümlerinden bir kısmının geçersiz olduğu sonucuna varıldığı hallerde sözleşmede boşluk meydana gelir. Sözleşmede oluşan bu boşluğun ne şekilde doldurulacağı hususu önem arz etmektedir. Zira TBK 22. maddesinde sözleşmede ortaya çıkan boşluğun ne şekilde doldurulacağının

[545] ASLAN, 2014, s. 324; YENİOCAK, 2013, s. 59; YELMEN'e göre her ne kadar TBK 22/2. maddesi uyarınca GİK'i kullanan taraf, yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağını ileri süremeyecek ise de GİK taşıyan sözleşme hükümleri, sözleşmenin objektif esaslı noktasını teşkil ediyorsa, GİK içeren sözleşme kurulmamış sayılmalıdır (YELMEN, 2014, s. 110). Benzer görüş için bkz. SİRMEN, (Sempozyum), 2011, s. 117.

[546] ATAMER, 2011, s. 63.

[547] ATAMER, 2011, s. 72.

[548] ATAMER, Yeşim, M, "Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler", İÜHFM, Cilt LXIII, Sayı 1-2, 2005, s. 174 vd.

belirtilmemesi haklı olarak eleştirilmiştir[549]. Konu ile ilgili Alman Medeni Kanunu'nun 306/2. maddesine göre, sözleşmenin kapsamına girmeyen hükümlerin oluşturduğu boşluk bakımından kanuni düzenlemelerin geçerli olacağı belirtilmiştir[550]. TBK'da benzer düzenleme olmasa da özel hüküm bulunmayan zamanlarda tamamlayıcı hukuk kurallarından faydalanma yöntemiyle aynı sonuca varmak mümkündür. Sözleşmenin yorumunda mevcut hükmün anlamı tespite çalışılırken; sözleşmenin tamamlanmasında sözleşme içeriği haline gelmemiş ya da gelmesine rağmen içerik denetimi sonucu iptaline karar verilen hüküm nedeniyle ortaya çıkan boşluk hâkim tarafından sözleşmenin gayesine uygun olacak şekilde doldurulur[551]. Sözleşmenin tamamlanmasında da yorum yapılmaktadır. Ancak burada yapılan yorum tamamlamaya ihtiyaç olup olmadığına ilişkindir. Tamamlama sırasında tesadüfî unsurlarla sözleşmenin genişletilmesi söz konusu olamaz. Boşluk doldurma kavramı yalnızca eksikliği tamamlamayı ifade eder.

Yargısal denetim sonucu geçersiz sayılan hükümler nedeniyle ortaya çıkan boşluğun nasıl doldurulacağı konusunda taraflar, önceden olumlu ya da olumsuz uyarlama kuralları öngörmüş olabilirler. Eğer taraflar boşluğun doldurulması konusunda bir karara varmamışlarsa hâkim, öncelikle yasanın emredici ve tamamlayıcı hükümleri ile bu boşluğu doldurmaya çalışmalıdır[552]. Boşluğa ilişkin emredici veya tamamlayıcı hukuk kuralı yoksa uyarlama boşluğu[553] söz konusu olur ve bu durumda hâkim boşluğu doldururken kendisini tarafların yerine koymalı,

[549] ULUSAN, 2013, s. 1225 vd.
[550] YELMEN, 2014, s. 108.
[551] KAPLAN, 2013, s. 88; ASLAN, 2014, s. 325; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ ARPACI, 2010, s. 178.
[552] KAPLAN, 1996, s.91; EREN, 2013, s. 483.
[553] EREN, 2013, s. 484.

sözleşmenin amacını ve anlamını araştırmalıdır[554].

Hâkim bu boşluğu doldururken sözleşmenin tipik veya atipik sözleşme olmasına göre bir değerlendirme yapacaktır. Eğer sözleşme satış, kira, eser veya ödünç verme sözleşmesi şeklinde tipik bir sözleşme ise hâkim, bu sözleşmenin ait olduğu tipik sözleşmeye ait tamamlayıcı hukuk kurallarını kullanarak boşluğu dolduracaktır. Şayet sözleşme atipik bir sözleşme ise hâkim öncelikle bu sözleşmenin tipik sözleşmelerden hangisine benzediğini tespit edecek, ondan sonra da sözleşmenin mahiyetine aykırı düşmediği ölçüde tipik sözleşmeye ilişkin tamamlayıcı hükümleri kullanarak boşluğu dolduracaktır[555]. Şayet uygulanacak tamamlayıcı hukuk kuralı yoksa ve kıyasen uygulama da soruna çözüm getirmiyorsa hâkim, MK md.1'e göre hareket ederek iş hayatının yarattığı örf ve teamüllere göre boşluğu doldurma yoluna gidecektir[556]. Tamamlayıcı yorumun kabul edildiği durumlara ilişkin olarak; kanunda bu konuda açık bir düzenleme bulunması, taraf iradelerinden yedek hukuk kuralındaki çözümü benimsemedikleri sonucuna ulaşılması, yedek hukuk kuralının ilgili ihtilafa yeterli bir çözüm getirmemesi ve ilgili boşluğa uygulanacak yedek hukuk kuralının bulunmaması halleri sayılabilir[557].

Sözleşmedeki boşluk doldurulurken birtakım esaslara riayet edilmesi gerekir[558]. Hâkim sözleşmedeki boşluğu doldururken çok ihtiyatlı davranmalı, her iki tarafın menfaatini de gözeterek sözleşmenin amacı doğrultusunda hareket etmeli[559], tarafların özgür iradelerine müdahale niteliğinde bir hareket tarzından kaçınmalı, taraflar sözleşme boşluğunu bilselerdi doğruluk ve dürüstlük kuralı gereğince neyi

[554] BAŞ, 2013, s. 302.
[555] KAPLAN, 2013, s.108; ATAMER, 2005, s.188.
[556] AKSOY DURSUN, 2008, s. 144 vd.
[557] ATAMER, 2005, s.183 vd.
[558] KAPLAN, 2013, s.103.
[559] AKSOY DURSUN, 2008, s. 201 vd.

kararlaştırmış olabilirlerdi, onu araştırmalıdır. OFTİNGER'e göre, yapılan işlemde farazi iradeler dayanak olarak görünse de, bu durumda, genel bir hukuk kuralı katına çıkmış ve taraf iradelerinden bağımsız olarak devreye giren bir ilke söz konusudur[560].

GİK ile genelde sözleşmenin sübjektif esaslı noktaları düzenlenir. Ancak bazen sözleşmenin objektif esaslı noktalarının, edim ve karşı edimin dahi GİK ile düzenlendiği görülmektedir. Yapılan hukuksal denetim sonucunda sözleşmenin objektif esaslı noktalarında boşluk oluşması durumunda, bu boşluklar doldurulamaz[561].

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, sözleşmedeki boşlukların doldurulması esnasında uygulanabilecek yeknesak bir yöntem belirlemek mümkün olmamakla[562] birlikte, hâkimin, sözleşmenin somut yönünü hiçbir zaman gözden kaçırmaması, sözleşmenin asıl amacını dikkate alarak buna göre hareket etmesi gerektiği anlaşılmaktadır[563]. Her ne kadar hâkimin sözleşmeden doğan ihtilaflara uygulayacağı kuralları saptamasının ve bunlar arasındaki hiyerarşiyi tespit etmesinin kolay bir iş olmadığını kabul etmek gerekirse de, mahkeme kararlarının mümkün olduğu ölçüde gerekçeli olması ve ihtilafa uygulanan hükümlerin kaynağının açıkça belirtilmesi önemlidir. Kuralın, sözleşmeden mi yoksa yasadan mı kaynaklandığı, yoksa sözleşme veya yasa boşluğunu doldurmak üzere hüküm mü yaratıldığının mahkeme kararlarında açıkça belirtilmesi hukukun gelişimine de katkı sağlayacağı açıktır[564].

[560] OFTİNGER, ZSR, 1939, 178, 205 (ATAMER, 2005, s. 188, dipnot 78'den naklen).
[561] KAPLAN, 2013, s.105; EREN, 2013, s. 479.
[562] ATAMER, 2005, s.172 vd.
[563] AKSOY DURSUN, 2008, s. 208.
[564] ATAMER, 2005, s. 191.

SONUÇ

Sanayi devrimiyle yeni üretim ve pazarlama tekniklerinin ortaya çıkması sonucu, üretici, satıcı veya sağlayıcılar, mal dolaşımı ve hizmet sunumunda rasyonelleşme ve değişen koşullara uyum sağlamak amacıyla, çok sayıda sözleşme için kullanmak üzere sözleşmenin içeriğini oluşturacak kayıtları önceden hazırlamaya başlamışlardır. Sözleşme özgürlüğünün bir görünümünü oluşturan sözleşmenin içeriğinin serbestçe şekillendirilmesi özgürlüğünün girişimciler tarafından tek taraflı olarak kullanılmasıyla, tüketicinin menfaatlerini tehlikeye düşüren ve sözleşme dengesini tüketicinin aleyhine bozan sözleşme koşulları ortaya çıkmıştır.

Tüketici Hukuku, ekonomik ve toplumsal gelişmelerin sonucunda klasik yasaların, tüketicilerin haklarını korumakta yetersiz kalması sonucunda ortaya çıkan ve gelişen yeni bir hukuk dalıdır.

Tüketici Hukukunun ilk temellerinin ABD başkanlarından Kennedy tarafından atıldığı söylenilebilirse de bu konuda asıl gelişmenin, AB'nin oluşmasını sağlayan ve 1 Kasım 1993 tarihinde yürürlüğe giren Maastricht Antlaşmasıyla yapılan değişiklikler sonucunda AB hukukunda gerçekleştiği söylenilebilir.

Ülkemizde ise Cumhuriyet'in ilk dönemleri yerli ekonominin kurulması çalışmaları ile geçmiş, 1970'li yıllara kadar uygulamada tüketici haklarıyla ilgili bir gelişme olmamış, 1970 yılında Ticaret Bakanlığı bünyesinde tüketici sorunları için şube kurulmuş ancak 1974 yılında kadro yetersizliği nedeniyle kapatılmıştır. Tüketicinin korunması amacına yönelik çağdaş anlamda bir yasanın çıkması 23.02.1995 yılında olmuştur. 2003 yılında yapılan değişiklikten sonra 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde, tüketicinin,

sözleşmelerdeki haksız ve adil olmayan hükümlere karşı korunması sağlanmıştır. Gerek 6. madde gerekse bu maddeye dayanılarak çıkarılan yönetmelikte haksız şartların düzenlenmiş olması tüketicinin haksız sözleşme koşullarına karşı korunmasında büyük bir ilerleme sağlamıştır. Nihayetinde 07.11.2013 tarihinde yasalaşan ve 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 Sayılı TKHK'nın 5. maddesi ve yeni haksız şartlar hakkında yönetmelikle de tüketici lehine yeni düzenlemeler getirilerek tüketicinin daha etkin korunması bakımından yeni adımlar atılmıştır.

Tüketici sözleşmesi, klasik Borçlar Hukuku sözleşmeleri ile aynı olmakla birlikte, bu sözleşmenin diğer sözleşmelerden farkı, sözleşmenin bir tarafını tüketici, diğer tarafını ise satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin oluşturmasıdır.

Yasa ve yönetmelik hükümleri bir arada değerlendirildiğinde tüketici sözleşmesi (işlemi); kredi, mal veya hizmet piyasalarında tüketicinin satıcı, sağlayıcı veya kredi verenle yaptığı sözleşmeler şeklinde tanımlanabilir. Yargıtay istikrar kazanmış çoğu kararlarında "tüketici işlemi" (sözleşmesi) kavramını dar yorumlama eğiliminde olsa da, kavram ve içerik olarak tüketici işlemleri kavramı tek tip sözleşme türünü içermemekte, aksine bir üst kavram olarak ister satış, kira, vekâlet, eser gibi isimli, ister isimsiz birçok sözleşmeyi içinde barındıran bir "şemsiye" kavram niteliği taşımaktadır. Kısacası, sözleşmenin türü ve niteliği ne olursa olsun taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu sözleşme, tüketici sözleşmesidir. Hatta sözleşmenin tüketici sözleşmesi olup olmadığı hususlarında bir şüphe varsa, bu şüphenin tüketici lehine yorumlanması ve sözleşmenin tüketici sözleşmesi olduğu düşünülmelidir.

6502 sayılı TKHK'nın 3/k bendinde, tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdaki hareket eden ifadesinden amacın, tüketicinin sadece sözleşmenin tarafı olarak değil ve

fakat sözleşmeden önce ve sonrasını da kapsayan korunma ihtiyacının olduğu söylenebilir. Bu tanımdan yola çıkarak tüketici kavramının unsurları olarak, tüketicinin işlem yaparken amacının ticari ve mesleki olmaması, gerçek veya tüzel kişi olması ve hareket eden bir yapıda olması sayılabilir. Mal veya hizmetin tekrar piyasaya sunulmak ya da meslekî veya ticarî faaliyette kullanılmak üzere edinildiği hallerde artık tüketici sıfatının varlığından bahsedilemez. Yargıtay da tüketicinin bir malı nihai olarak kullanan kişi olduğunu ve başkasının ihtiyacı için veya satmak amacıyla mal alan kişinin tüketici sayılamayacağını çeşitli kararlarında ifade etmiştir.

Özellikle son yıllarda, başta gelişmekte olan ülkelerde olmak üzere, ekonomik gelişmenin bir sonucu ortaya çıkan tüketim toplumunda, kişilerin gereksiz ölçüde mal tüketmeye itilmeleri, çeşitli sebeplerle satın aldıkları mal ve hizmetlerin teknik özelliklerini tam olarak araştırmaya ve değerlendirmeye imkân bulamamaları ve böylece hızla dönen bir tüketim çarkının içine düşmeleri sonucunda güçsüz durumda olan tüketicilerin korunması yönünde, devletin, işletmelerin, bağımsız örgütlerin ve bizzat tüketici ile üreticilerin giderek genişleyen çalışmalar başlattıkları görülmektedir. Çünkü modern çağda, tüketim ilişkileri değişmiş olup, satıcı, sağlayıcı veya kredi veren bir taraftan sözleşme hükümlerini çok önceden geniş bir zaman dilimi içinde ve konunun uzmanı olan hukukçulara hazırlatmakta diğer taraftan caydırıcı, etkili satış ve pazarlama tekniklerini kullanmakta, buna karşılık entelektüel açıdan ne kadar donanımlı olursa olsun zaman baskısı altında olan tüketicinin kısacık bir zaman diliminde yüzlerce maddeyi bulan sözleşmeleri okuması ve anlaması mümkün olamamaktadır. Bu durumda da tüketicinin mağduriyeti kaçınılmaz olmaktadır. Tüm bu hususlar dikkate alındığında satıcı, sağlayıcı veya kredi veren karşısında pek çok yönden (örgütsel, mali, piyasa tecrübesi ve zaman açısından vs.)

zayıf durumda olan tüketicinin korunması ve haksız sözleşme hükümlerinin denetlenmesi ihtiyacı nedeniyle etkin bir hukuki ve idari denetim yapılması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Ülkemizde, 4822 Sayılı kanunla değişik 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 6. maddesi ile getirilen düzenlemeye kadar ne haksız şartlar ne de genel işlem koşulu ile ilgili genel bir hukuk kuralı bulunmaktaydı. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yapılan değişiklik ile haksız şartların denetlenmesinin dogmatik dayanağı oluşturulmuş, satıcı, sağlayıcı veya kredi veren karşısında örgütsel, mali ve entelektüel açıdan fiili bir zayıflık içinde bulunan tüketicinin haksız şartlara karşı korunması için önemli bir adım atılmıştır. Bazı noksanlıklarına ve kavram karmaşalarına karşın çok faydalı ve gerekli olan bu hükmün kanunda yer alması son derece isabetli olmuş, bu alandaki büyük bir eksiklik giderilmeye çalışılmıştır. Yine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20–25. maddeleri arasında tüm sözleşme türlerinde uygulanmak üzere genel işlem şartlarına yer verilmiştir.

GİK'i (Genel İşlem Koşulu) tanımlamak gerekirse, sözleşme taraflarından birinin (satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin), ileride yapacağı çok sayıdaki sözleşmelerde kullanılmak üzere, önceden tek başına (tek taraflı olarak) hazırlayıp karşı tarafa (tüketiciye) sunduğu sözleşme koşullarına "genel işlem koşulları" denir. Genel işlem koşullarının kanunlardaki boşluğu doldurduğu ve bu şekilde bir uzmanlaşmayı getirdiği şeklinde bir yararı olduğu ileri sürülmüşse de, bu uzmanlaşmanın zamanla bir takım sakıncaları da beraberinde getirdiği, yarar bir yana mücadele edilmesi gereken, önlem alınması gereken ve çağdaş toplumun değer yargıları ile bağdaşmayan bir olgu olduğu da ifade edilmiştir.

Haksız şart ise; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır. Haksız şartın tanımına bakıldığında, GİK'ten farklı olarak çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanan sözleşmelerden daha geniş bir tanımlama yapıldığı görülmektedir. Haksız şart tanımlanırken önceden hazırlanma ve çok sayıda sözleşmede kullanma şartları aranmamıştır. Burada kritik nokta, şartın tüketici ile müzakere edilip edilmemesi ve tüketici aleyhine dengesizlik yaratıp yaratmamasıdır. Haksız sözleşme koşulları ferdi tüketici sözleşmesinde bulunabileceği gibi, standart tüketici sözleşmelerinde de olabilir. Sözleşme hükümlerinin haksızlığı değerlendirilirken ferdi sözleşmelerde yer alan hükümlerin tüketici ile müzakere edildiği, buna karşılık standart sözleşmelerdeki hükümlerin ise müzakere edilmediği karine olarak kabul edilmektedir. Standart sözleşmeyi satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin ileride akdedeceği çok sayıdaki sözleşme için önceden tek taraflı olarak belirlediği ve müzakere konusu yapmadığı hükümlerden oluşan sözleşme olarak tanımlayabiliriz. Doktrinde standart sözleşmeyi ifade etmek üzere "kitlesel sözleşme", "kitle sözleşme", "tip sözleşme", "formüler sözleşme ", "çerçeve sözleşme" ve "iltihakî sözleşme", "katılım sözleşmesi", "numune sözleşme" kavramları da kullanılmaktadır.

Doktrinde hatalı olarak genel işlem şartları (koşulları) ile standart sözleşme kavramları eş anlamlı addedilmekte ve bu farklı iki kavram birbiri yerine kullanılmaktadır. Oysa genel işlem koşulları kavramı ile standart sözleşme kavramları farklı kavramlardır. Standart sözleşme, müzakere ve pazarlık ile kurulmayan sözleşmeleri, genel işlem koşulları ise bu sözleşmelerin kısmen veya tamamen içeriğini oluşturan ve pazarlık konusu yapılmamış hükümlerini ifade eder.

Standart (GİK içeren) sözleşme ile iltihakî sözleşme kavramları da birbiriyle karıştırılmaktadır. İltihakî sözleşme terimi, daha çok hukuki veya fiili bir tekele, devlet tarafından verilen bir imtiyaza dayanarak topluma kamu hizmeti niteliğinde sayılan, konusu su, elektrik, doğalgaz gibi hizmetlerin verilmesine ilişkin olan ve bu hizmetleri sağlayan kişi veya kurumların hizmetten faydalanmak için kendilerine başvuran herkesle sözleşme yapmak zorunda oldukları sözleşmeleri ifade etmek için kullanılmaktadır. İltihakî sözleşmelerde yer alan şartlar ile genel işlem şartlarının hiçbir farkı yoktur, iltihaki sözleşmelerde de, standart sözleşmelerde olduğu gibi sözleşmenin içeriği genel işlem koşullarından meydana gelmektedir.

Bu nedenle iltihakî sözleşmelerdeki koşullar da genel işlem koşulları gibi değerlendirilmelidir. Öte yandan standart sözleşme kavramı, iltihakî sözleşme kavramını da içeren üst kavramdır. Bu nedenle iltihakî sözleşme de dâhil bu sözleşmeleri ifade etmek için "standart sözleşme" kavramı kullanılmaktadır.

Gerek ferdi gerekse standart tüketici sözleşmelerinde (işlemlerinde) yer alan ve haksız olarak nitelendirilen hükümler, sözleşme nitelikli hükümlerdir. Nitekim hem TKHK md.5'te hem de Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinde, genel işlem koşullarının sözleşme nitelikli hükümler olduğu açıkça ifade edilmiştir. Bunların sözleşme nitelikli hükümler olmaları nedeniyle bunların tarafları bağlaması için tarafların ortak beyanıyla sözleşmeye alınmaları gerekir. Tıpkı diğer sözleşme hükümleri gibi genel işlem koşulları da tarafların kabulü ile taraflar hakkında hüküm doğurur. Tüm sözleşme hükümleri gibi genel işlem koşulları da yargısal denetime tabi olup, bunlardan haksız olarak nitelendirilebilenler olursa hâkim bunların iptaline karar verebilecektir.

Tüketicinin haksız şartlara karşı korunmasında haksız şartların öncelikle idari denetime daha sonra ise yargısal denetime tabi tutulması amaca daha uygun bir yaklaşım olacağı ileri sürülmektedir. Haksız şartların idari denetiminin yapılması önleyici bir fonksiyon ifa ederken, yargısal denetim, haksız şartların sözleşme içeriği haline gelip gelmediğini, sözleşme içeriği haline gelen haksız şartların geçersiz sayılması suretiyle giderici bir denetim imkânı verecektir. Haksız şartların yargısal denetiminde öncelikle bunların sözleşme içeriği haline gelip gelmediği incelenecektir. Haksız şartlar sözleşme nitelikli hükümler oldukları için bunların sözleşmeye alınmaları ve taraflar için bağlayıcı olması, tarafların bunların sözleşme içeriği olması hususunda anlaşmaları (yürürlük) suretiyle olur. Haksız şartların önemli bir kısmını oluşturan genel işlem şartlarının sözleşme içeriği haline gelmesi, tüketicinin dikkatinin bunlara çekilmiş olmasına ve genel işlem koşulları metninin en geç asıl sözleşmenin kurulduğu sırada tüketiciye verilmesine bağlıdır. Asıl sözleşme kurulduktan sonra tüketiciye bildirilen genel işlem koşulları sözleşme içeriği haline gelmez. Yine sözleşme özgürlüğünün sınırlarını aşan hükümler, bireysel anlaşmaya aykırı hükümler, şaşırtıcı, alışılmamış hükümler, okunaklı ve anlaşılır yazılmamış hükümler ilişkilendirme anlaşmasına rağmen asıl sözleşmenin içeriği haline gelmezler.

Sözleşme içeriği haline gelen haksız şartlarla ilgili yorum yapılırken tüm şüpheli hallerde "tüketici lehine yorum" ilkesine öncelik verilmeli ve mümkün olduğunca sözleşme ayakta tutulmalıdır.

Sözleşme içeriği haline gelmiş ve satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin aleyhine de yorumlanamayan ve haksız oldukları iddia edilen sözleşme hükümlerinin içerik denetimine tabi tutulması gerekmektedir. Tüketicinin durumunu dürüstlük kuralına

aykırı olarak ağırlaştıran sözleşme hükümleri haksız olarak kabul edilecek ve bunların geçersizliğine karar verilecektir. İçerik denetiminde uygulanması gereken hukuk kuralını tekrarlayan sözleşme hükümleri ile edim ve karşı edimi belirleyen sözleşme hükümleri denetim dışıdır. Emredici hükümlere, kamu düzenine, kişilik haklarına ve ahlaka aykırı olan sözleşme hükümleri geçersiz olup, bunlar dışındaki hükümlerin haksız olup olmadığının tespitinde dürüstlük kuralına göre değerlendirme yapılmalıdır. Her ne kadar bir hükmün haksızlığı değerlendirilirken hakimin yararlanacağı ana kriter dürüstlük kuralı ise de bunun yanında mevcut yasal düzenlemeler, kendisinden sapılan yasa kuralı, sözleşmenin doğası, sözleşmeden kaynaklı edimi tek yanlı belirleme yetkisinin kötüye kullanılmasının kıyasen uygulanması ve sözleşmenin niteliği de kriter olarak kullanılmalıdır.

Tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye konulan hükmün haksız olarak nitelendirilebilmesi için ortaya çıkan dengesizliğin belirli bir düzeyde olmasını aramak gerekir. Her yönüyle müzakere edilerek oluşturulan sözleşmelerde dahi taraflar arasında bir dengesizlik her zaman için mevcuttur. Bir sözleşmede ortaya çıkan her dengesizlik bir hükmün haksız olduğunu göstermez. Tüketicinin durumunu belirgin, münasip olmayan bir şekilde, olması gerekenden daha ağır bir hale sokan ve bu suretle sözleşmede dengesizlik yaratan hükümler haksız olarak kabul edilmelidir.

TKHK anlamında haksız şart taşıyan sözleşme hükümleri hükümsüz kabul edilerek bu hükümler dışında kalan sözleşme maddelerinin geçerli olacağı açıkça düzenlenmişken, TBK anlamında GİK içeren hükümler yazılmamış sayılmakta ve bir nevi butlan hükmünde addedilmektedir. İfade tarzları farklı olsa da hukuki sonuçları yönünden her iki düzenlemede de hukuken hiç bir sonuç doğmamaktadır. Öte yandan TKHK anlamında yürürlük denetimi açıkça düzenlenmediği halde TBK kapsamında

yürürlük denetimi 22. maddede açıkça düzenlenmiş olup TKHK anlamında bir tüketici işleminde yürürlük denetimi belirlenirken TBK 60. maddesi uyarınca Borçlar Kanunu hükümlerinden faydalanılmaktadır. TBK 22. maddesinin gerekçesi incelendiğinde, madde gerekçesindeki amacın 818 sayılı BK'nın 20. maddesindeki (TBK md. 27) kısmı hükümsüzlük düzenlemelerinin uygulanmasının engellenmesi yönündeki atfı nedeniyle, haklı olarak, kanun koyucunun yürürlük ve içerik denetimin karıştırdığı yorumlarına neden olmuştur.

Tüketici, sözleşme konusu mal, hizmet veya krediye duyduğu gereksinim sonucu, zayıf pozisyonda bulunması nedeniyle kendisine dayatılan ve kabul etmek zorunda kaldığı bir kısım haksız sözleşme hükümlerinin geçersiz sayılması halinde, daha da çok mağdur olmaması adına, mümkün olduğunca sözleşme ayakta tutulmalı ve satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin kendi kusurundan, ortaya çıkardığı haksız durumdan bir şekilde yararlanmasına imkân verilmemelidir. Sözleşme içeriği haline gelmediğine ya da sözleşme içeriği olmasına rağmen hâkim tarafından haksız olduğu için iptaline karar verilen hükümler nedeniyle ortaya çıkan durum yorumlanmalı, sözleşmenin söz konusu hükümler olmadan ayakta tutulup tutulamayacağı değerlendirilmelidir. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri TKHK 5. maddesi uyarınca geçerliliğini koruyacağı için, sözleşmenin geri kalanının ayakta tutulması tarafların farazi iradelerine göre tayin edilmemeli, sözleşmedeki boşluk hâkim tarafından doldurulmalıdır. Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin söz konusu hükümler olmadan sözleşmeyi yapmayacağı yönündeki iddiası ise dikkate alınmamalıdır.

Genel işlem koşulu içeren sözleşmelerdeki haksız şartların kullanılmasını önlemeye ilişkin bir takım davalar bulunmaktadır. Bunlardan en önemlileri "Tüketici

Mevzuatı Çerçevesinde Topluluk Davası" ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu 113. maddesi uyarınca açılabilecek "Topluluk Davası" dır.

Sözleşmenin yorumunda mevcut hükmün anlamı tespite çalışılırken; hâkimin sözleşmenin gayesine uygun olarak hareket etmesi gerekir. Sözleşmenin tamamlanmasında da yorum yapılmaktadır. Ancak burada yapılan yorum tamamlamaya ihtiyaç olup olmadığına ilişkindir. Tamamlama sırasında tesadüfî unsurlarla sözleşmenin genişletilmesi söz konusu olamaz. Boşluk doldurma kavramı yalnızca eksikliği tamamlamayı ifade eder. Yargısal denetim sonucu geçersiz sayılan hükümler nedeniyle ortaya çıkan boşluğun nasıl doldurulacağı konusunda taraflar, önceden olumlu ya da olumsuz uyarlama kuralları öngörmüş olabilirler. Eğer taraflar boşluğun doldurulması konusunda bir karara varmamışlarsa hâkim, öncelikle yasanın emredici ve tamamlayıcı hükümleri ile bu boşluğu doldurmaya çalışmalıdır. Boşluğa ilişkin emredici veya tamamlayıcı hukuk kuralı yoksa bu durumda hâkim boşluğu doldururken kendisini tarafların yerine koymalı, sözleşmenin amacını ve anlamını araştırmalıdır. Sözleşmedeki boşlukların doldurulması esnasında uygulanabilecek yeknesak bir yöntem belirlemek mümkün olmamakla birlikte, hâkimin, sözleşmenin somut yönünü hiçbir zaman gözden kaçırmaması, sözleşmenin asıl amacını dikkate alarak buna göre hareket etmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

ÖZET

Üretim ve pazarlama tekniklerinin değişmesi sonucu, üretici, satıcı veya sağlayıcılar, mal dolaşımı ve hizmet sunumunda rasyonelleşme ve değişen koşullara uyum sağlamak amacıyla, çok sayıda sözleşme için kullanmak üzere sözleşmenin içeriğini oluşturacak kayıtları önceden hazırlamaya başlamışlardır. Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren açısından sözleşmenin karşı tarafıyla pazarlığı önleyerek sözleşmenin kurulmasını çabuklaştıran genel işlem koşulları, zamanla adil ve dengeli olmayan hükümleri fazlasıyla ihtiva etmeye başlamış, girişimci karşısında pek çok yönden zayıf durumda olan tüketicinin korunması ve haksız sözleşme hükümlerinin denetlenmesi bakımından etkin bir idari ve hukuki denetim yapılması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20–25. maddeleri arasında tüm sözleşme türlerinde uygulanmak üzere genel işlem şartlarına yer verilmiş, TKHK'nın 5. maddesinde ise tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar düzenlenmiştir. *Genel işlem koşulları*, sözleşme taraflarından birinin (satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin), ileride yapacağı çok sayıdaki sözleşmelerde kullanılmak üzere, önceden tek taraflı olarak hazırlayıp karşı tarafa sunduğu sözleşme koşulları iken *haksız şartlar,* tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır. Haksız şartlar önceden hazırlanmayı gerektirmeme ve birden çok sözleşmede kullanılma amacının zorunlu olmaması nedeniyle genel işlem koşullarından daha geniş bir anlamı içermektedir.

Genel işlem koşullarının denetlenmesi esnasında idari ve yargısal olmak üzere iki yöntem kullanılmaktadır. Genel işlem koşullarının idari denetiminin

yapılması önleyici bir fonksiyon ifa ederken, yargısal denetim, genel işlem şartlarının sözleşme içeriği haline gelip gelmediğini, sözleşme içeriği haline gelmiş ise haksız nitelikte bulunan şartların geçersiz sayılması suretiyle giderici bir denetim imkânı vermektedir. İdari denetim mekanizması etkin olarak kullanılmadığı için esaslı denetim mekanizmasının yargısal denetim olduğu söylenilebilir. Bir hükmün haksızlığı değerlendirilirken hakimin yararlanacağı ana kriter dürüstlük kuralı ise de bunun yanında mevcut yasal düzenlemeler, kendisinden sapılan yasa kuralı, sözleşmenin doğası, sözleşmeden kaynaklı edimi tek yanlı belirleme yetkisinin kötüye kullanılmasının kıyasen uygulanması ve sözleşmenin niteliği de ölçüt olarak kullanılmaktadır. Sözleşmeyle ilişkilendirilemeyen, yorum ya da içerik denetimi sonucu haksız şart olduğuna karar verilen hükümler batıl yani geçersiz sayılmaktadır. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korumakta, sözleşmeyi düzenleyen taraf, hükümsüz sayılan sözleşme maddeleri nedeniyle sözleşmeyle bağlı olmadığını ileri sürememektedir. Geçersiz sayılan sözleşme hükümleri sonrası sözleşme olabildiğince ayakta tutulmalı, ortaya çıkan boşluk konusunda tarafların amaçları göz önüne alınarak yorum yapılmalı ve geçersiz sayılan sözleşme hükümleri yerine tamamlayıcı hukuk kurallarından yararlanarak sözleşme tamamlanmalıdır.

ABSTRACT

As a result of the fact that many new production and marketing methods emerged as a consequence of the Industrial Revolution, producers, sellers or providers prepared the content of agreements so that they would be used in many agreements for the sake of rationalisation and adapting new conditions in movement of goods and providing services. General processing requirements which prevent bargaining with the other parties on agreement in favour of the seller, provider or creditor and which make the agreement is made very quickly, has included unfair and unbalanced terms over the time. As a consequence, it is a must to make an effective administrative and legal audit in order to protect consumers who are in a disadvantage point from my perspectives, and auditing the unjust terms of agreements. General processing terms are included in Article 20 through 25 of Turkish Code of Obligations so that they are used in all kinds of contracts. The unjust terms for consumer's agreements are given in the Article 5 of Turkish Code of Obligations. General processing terms are the contractual terms which are preliminarily prepared by of the parties of the agreement (seller, provider or the creditor) which are included in the agreement without mutual agreement with the other party and which cause unbalance against the consumer because of the contractual unjust in rights and obligations. Unjust terms have a broader meaning than the general processing terms because the former do not need to be prepared preliminary and used in many contracts.

Two methods, namely administrative and judicial review, can be applied for auditing the general processing conditions. While the administrative audit of the

general processing terms has a preventing function, judicial audit controls whether the general processing terms are used in the agreement or not, if they are used, it compensate the situation by removing the terms from the agreement. Judicial audit is expected to more appropriate in terms of the auditing mechanism because the administrative auditing mechanism is not applied effectively. In the assessment of the unjust of a term, the judge will not base on rule of honesty as a main criteria, he will also base on effective legal arrangements, the nature of the agreement, the rule of the law which is not obeyed, misuse of the authority granted by the agreement and the type of the agreement. The terms which are decided to be irrelevant with the agreement, or decided to be unjust as a result of interpretation and content auditing, considered invalid. The rest part of the agreement which are just will remain valid and the contractor who prepare it shall not claim that he is not bound by the contract because of the invalidated terms. After invalidating some of the terms of the agreement, the agreement should be remained as much as possible. With regards to the gaps, interpretation must be made as much as possible considering the aims of the parties and the agreement should be completed with the completing legal rules replacing the invalidated terms.

KAYNAKÇA

AKAN, Perran, **Tüketici ve Tüketicinin Korunması,** İstanbul, 1995.

AKINCI, Şahin, **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler,** Konya, 2013.

AKİPEK, Şebnem, **Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi** (*AKİPEK-Kredi),* Ankara, 1999.

AKİPEK ÖCAL, Şebnem, **"**Bankacılık Sektöründe Tüketici Hukuku ve Uygulamaları", **2. Tüketici Hukuku Sempozyumu - Ses Çözümleri ve Makaleleri** *(Sempozyum),* Ankara, Bilge Yayınevi, 2013, (s.53-62).

AKİPEK ÖCAL, Şebnem, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Yer Alan Haksız Sözleşme Şartları İle Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel İşlem Koşullarının Bankacılık Sektörü Açısından Değerlendirilmesi", **2.Tüketici Hukuku Sempozyumu - Ses Çözümleri ve Makaleleri** (*AKİPEK-Makale*), Sempozyum, Ankara, Bilge Yayınevi, 2013, (s.331-340).

AKİPEK ÖCAL, Şebnem, "Tüketici Kredisi ve Kredi Kartları Bakımından Tüketicinin Korunması", *Terazi Hukuk Dergisi*, Seçkin Yayınları, Kasım 2014, Cilt 9, Özel Sayı, (s.57-65).

AKÜNAL, Teoman, **Avusturya'da ve Türkiye'de Tüketicinin Korunması**, İstanbul, 1983.

AKMAN, Galip Sermet, **Sorumsuzluk Anlaşması,** İstanbul, 1976.

AKMAN, Sermet, "Genel İşlem Şartları", Günümüzde Yargı, *Aylık Dergi*, 1979, (s.13-18).

AKINCI, Şahin, **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler,** 7.Baskı, Konya, 2013, (*AKINCI-Borçlar).*

ALTUNKAYA, Mehmet, "Sözleşmenin Kuruluşundan Önce Tüketicinin Korunması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Haziran- Aralık 2004, C.VIII, s. 95.

AKSOY DURSUN, Sanem; **Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması**, 1. Baskı, İstanbul, 2008.

ANTALYA, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Antalya, Cilt 1, 2012.

ANTALYA, O. Gökhan, "6098 Sayılı TBK'nın 20-25. Maddede Yer Alan Genel İşlem Şartları ile 6502 Sayılı TKHK'nın 5. Maddesinde Yer Alan Haksız Şartların Karşılaştırılması", *Terazi Hukuk Dergisi*, Seçkin Yayınları, Kasım 2014, Cilt 9, Özel Sayı, (s. 44-46).

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

ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku,** Ankara, 2012.

ASLAN, İ.Y., ŞENYÜZ, D., ERGÜN, M., **İşletme Hukuku**, Bursa, 2002.

ASLAN, İsmail Yılmaz, **6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, 4.Baskı, Bursa, 2014.

ATAMER, Yeşim, M., "Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt LV., Sayı 1-2, İstanbul, 1996, (s.421-446).

ATAMER, Yeşim M., **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Bası, İstanbul, 2001.

ATAMER, Yeşim, M., "Genel işlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan**, Ankara, 2004, (s. 291-331).

ATAMER,Yeşim, M., "Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt LXIII, Sayı 1-2, 2005, (s.171-191).

ATAMER, Yeşim, M., "Tüketici Hukukunun Gelişimi: Dünü, Bugünü ve Yarını", **Tüketicilerin Korunması Semineri**, Ankara, 2006, *(Editör Ebru Ceylan),* (s.21-32).

ATAMER, Yeşim, M., "Tüketici Satım Sözleşmelerine ilişkin TKHK m.4-Eleştiri ve Revizyon Teklifleri-", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü *(Batider)* Yayınları, Cilt XXIV, Sayı 1, 2007, (s.81-106).

ATAMER, Yeşim, M., "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m.6 ve TTK m.55, F.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu- Bildiriler-Tartışmalar**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü *(Batider)* Yayınları, Ankara, 2011, (s.7-73).

AYDOĞDU, Murat**,** "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 2, 2011, s.6 (Basım Yılı: 2013).

BAHTİYAR, Mehmet, "Genel İşlem Şartlarına Karşı Tüketicinin Korunması", *Yargıtay Dergisi,* S. 1-2 Ocak-Nisan, 1996, (s.76-98).

BARLAS, Nami, "Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri", **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, 1999, (s.807-828).

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

BAŞPINAR, Veysel, "Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri", *Ankara Barosu Dergisi,* 1999, S.1, (s.17-34).

BAŞTUĞ, İrfan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** İzmir, 1973.

BATTAL, Ahmet, "Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları", **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü *(Batider)* Yayınları, (2001).

BATTAL, Ahmet, **Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu,** Ankara, (2001).

BAYKAN, Renan, **Tüketici Hukuku Mevzuata İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri,** İstanbul Ticaret Odası Yayını, İstanbul, 2005.

BOSTANCI, Şebnem, **Genel İşlem Şartları**, (http://www.hukukiboyut.com/arsiv/d2009112493649.pdf)

BUDAK, Ali Cem, "Mukayeseli Hukukta Tüketicinin Gayriadil Sözleşme Hükümlerine ve Özellikle Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması", *Yasa Hukuk Dergisi,* C. XIV, S. 05, Mayıs 1991, (s.765-777).

ÇEVİK, Orhan Nuri, **TTK ve Uygulanmasına İlişkin Mevzuat**, 2. baskı, Ankara, 1993.

ÇINAR, Ömer, **Tüketici Hukuknda Haksız Şartlar**, 1. Baskı, İstanbul, 2009.

DEMİR, Mehmet, **Türk Borçlar Kanunun Getirdiği Yenilikler,** Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.

DERYAL, Yahya, **Tüketici Hukuku,** Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004.

DERYAL, Yahya, "Tüketici Kredilerinde Haksız Şart Örnekleri ve 6502 Sayılı Kanunla Getirilen Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, Seçkin Yayınları, Ocak 2014, Cilt 9, Sayı 89, (s.58-67).

Devlet Planlama Teşkilatı Özel İhtisas Komisyonları Türkiye-AT Mevzuat Uyumu Sürekli Özel İhtisas Komisyonu Raporları (DPT), Cilt 2, Tüketicinin Korunması Alt Komisyonu, Ankara, 1995.

DEUTSCH, h.c. Ervvin, Avrupa Ortak Pazarında Tüketicinin Korunması - Avrupa Direktifi ve Alman Genel işlem Şartları Hakkında Kanun (Çeviren HAVUTÇU, Ayşe), **Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan,** İzmir, 1997, (s.259-269).

EDİS, Seyfullah, "Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği", **Prof. Dr. Mahmut KOLOĞLU'ya 70 inci Yaş Armağanı,** Ankara, 1975, (s.447-460).

EDİS, Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 4.Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, 1993.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Ankara, 2013.

ERİŞ, Gönen, **Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret Hukuku, Ticari İşletme ve Şirketler**, C. 1, Ankara, 2007.

GÜLTEKİN, Mehmet Ruşen, **Tüketicinin Korunması Açısından Tüketici Kredileri**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1999.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi,** Cilt 1, (Madde 1-46), İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.

GÜNGÖR, Gülin, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması,** Ankara, Yetkin Yayınları, 2000.

HATEMİ, H., SEROZAN, R., ARPACI, A., **Borçlar Hukuku Özel Bölüm,** İstanbul, 1992.

HATEMİ, H., GÖKYAYLA, E., **Borçlar Hukuk Genel Bölüm**, 1.Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.

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

HAVUTÇU, Ayşe, "6502 Sayılı TKHK'nın Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle, Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun'un Kapsamı", *Terazi Hukuk Dergisi,* Seçkin Yayınları, Kasım 2014, Cilt 9, Özel Sayı, (s.8-19).

İNAL, Tamer, **Açıklamalı-içtihatlı Tüketici Kredileri ve Tüketici Sözleşmeleri (İsviçre-Fransız Hukuku ve Avrupa Birliği Konseyi Yönergeleri Işığında),** İstanbul, 2002.

İNAL, Tamer; **Borca Aykırılık ve Sonuçları,** İstanbul, 2013.

İNAL, Tamer, "Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar", *Terazi Hukuk Dergisi*, Seçkin Yayınları, Ocak 2014, Cilt 9, Sayı 89, (s. 32-57).

İLGÜN, Candaş, **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve İlgili Mevzuat**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

İLHAN, Cengiz: **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerh**, Türkiye Barolar Birliği, 1.Baskı, Ankara, 2006.

KAPLAN, İbrahim, **Banka Sözleşmeleri Hukuku**, Cilt 1, Ankara, 1996 (Banka Sözleşmeleri).

KAPLAN, İbrahim, **Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)**, Ankara, 2012.

KAPLAN, İbrahim, **Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi,** 3. Baskı, Ankara, 2013.

KARAHASAN, Mustafa Reşit, **Türk Borçlar Hukuku,** İstanbul, 2003.

KARTAL, Doğan, **Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008.

KILIÇOĞLU, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17.Bası, Ankara, 2013.

KILKIŞ, Yıldırım, **Tüketicinin Korunması, Pazarlamacı Karşısında Tüketici**, İstanbul, 1980.

KIRMIZI, Mustafa, **Tüketici Hukuku**, 1.Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2011.

KOCA, Güneş, **TKHK Açısından Abonelik Sözleşmeleri,** Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N., HATEMİ, H., SEROZAN, R., ARPACI, A., **Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme**, 1.Cilt, 5. Tıpkı Basım, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010.

KOÇ, N., AKİPEK, Ş., ULUSOY, E., **Karşılaştırmalı Gerekçeli 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu,** Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2012.

KUNTALP, Erden, "Bankalar ve Genel İşlem Koşulları", **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu,** Ankara, 2011, (s.79-102).

OĞUZ, Cemal, **Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları**, Doktora Tezi, Ankara, 1993.

OĞUZ, Cemal, "Standart Sözleşmelerin BK. 21 ile 99/2 ve 100/3 Hükümlerine Göre Hâkim Tarafından Kontrolü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1998, (s.25-37).

OĞUZ, Cemal, **Tüketicinin Korunması Açısından Genel İşlem Şartları,** Hukuk Kurultayı, 2000, Ankara, (s. 509-526).

OĞUZMAN, M. K., ÖZ, T., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 11.Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin, **Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi**, Ankara, 1999.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin, "Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı", **Prof. Dr. M.Kemal Oğuzman Anısına Armağan**, İstanbul, 2000. (s.663-691), (Tüketici Kavramına Mukayeseli Yaklaşım).

OZANOĞLU, Hasan Seçkin, "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun Maddi Anlamda Uygulanma Alanı", *Ankara Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi*, Ankara, 2001, (s. 55-90).

ÖZEL, Çağlar, **Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı**, Ankara, 1998.

ÖZEL, Çağlar, "Haksız Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması Sorununa Bir Bakış ve Almanya Örneği", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü *(Batider)* Yayınları, Ankara, 1999, C. XX, S. 2, (s.53-65).

ÖZTEKİN, Günseli, "Tüketici Akitlerinden Doğan ihtilaflarda Brüksel Konvasyonunun Kabul Ettiği Yetki Kuralına İlişkin İki Avrupa Topluluğu Mahkeme Kararı Örneği", **Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU'na 65. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, 1999. (s. 969-976)

POROY, Reha: "Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları", Ord. **Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan**, İstanbul, 1978, (s.513-550).

REHBİNDER, Manfred, "Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması", (Çeviren: Ömer Teoman), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.XLII, s.1-4, 1976, (s.641-653) (Genel İşlem Şartları).

REİSOĞLU, Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2013.

REİSOĞLU, Seza, **Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi,** *Bankacılık Dergisi*, Sayı 77, 2011, s.108.

SEROZAN, Rona, "Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt LXI, Sayı 1-2, İstanbul, 2003, (s.339-356).

SİRMEN, Lale, "Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku", **Profesör Dr. H.C. Oğuzoğlu'na Armağan**, Ankara, 1972, (s. 441-472).

SİRMEN, Lale, "Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi", **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu**, Ankara, 2011, (s.107-135).

SOYER, M. Polat, **Genel İş Koşullan**, İzmir, 1987.

ŞAHİN, T., KİZİR, M., "6502 Sayılı TKHK'nın Genel Esasları ve Haksız Şartlar ile Ayıplı Mal ve Hizmetler Konusunda Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler", *Terazi Hukuk Dergisi,* Ocak 2014, Cilt 9, Sayı 89, (s. 68-78).

TANDOĞAN, Haluk**,** "Yürürlüğe Girişinin 50. Yılında Türk Borçlar Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü *(Batider)* Yayınları, Ankara, 1976, C. VIII, S. 4, (s.24-25).

TANDOĞAN, Haluk, **Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması,** Ankara, 1977.

TEKİNALP, Ünal, "Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları", **Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü *(Batider)* Yayınları, Ankara, 1986, (s.119-160).

TEKİNALP, Ünal, **Banka Hukukunun Esasları**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.

TEKÎNAY, S.S., AKMAN, S., BURCUOĞLU, H., ALTOP, A., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

TUHR, von Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı 1-2** (Çeviren EDEGE, Cevat, Ankara, 1983).

ULUSAN, İlhan, "Türk Borçlar Kanunu'ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler", **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan**, İstanbul, 2013, (s. 1219-1228).

YAVUZ, Nihat, **Öğreti ve Uygulamada Haksız Şartlar (Haksız Sözleşme Şartı)**, 3.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2012.

YAVUZ, Nihat, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Cilt 1, (Madde 1-338), Ankara, Adalet Yayınevi, 2013

YAVUZ, Selçuk, **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Şartlar**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.

YENİOCAK, Umut, **Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yenikliler ve Değişiklikler**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2013.

YELMEN, Adem, **Türk Borçlar Kanuna Göre Genel İşlem Şartları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

YÜCE, Aydın Alber**,** "Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, **Nazım Kaynak'a Armağan**, C. 1, Sayı 10, Temmuz 2012, (s.183-204).

YÜCEL, Cemal, **Tüketicinin Korunmasına İlişkin Hukukî Tedbirler**, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1988.

ZEVKLİLER, A., AYDOĞDU, M., **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004.