

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
MEDENİ HUKUK BÖLÜMÜ

TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDAKİ KANUN AÇISINDAN HAKSIZ ŞARTLAR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
SELÇUK YAVUZ

TEZ DANIŞMANI
DOÇ. DR. CEMAL OĞUZ

ANKARA-2007

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	vi
§1-GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜKETİCİ SÖZLEŞMESİ, SÖZLEŞMENİN TARAFLARI, OLUŞTURULMASI VE TÜKETİCİNİN HAKSIZ ŞARTLARA KARŞI KORUNMASI

§2- Tüketici Sözleşmesi	4
A- Genel Olarak Sözleşme Kavramı	4
1-Sözleşmenin Tarafları	4
2-Karşılıklı İrade Beyanları	5
3-Birbirine Uygun İrade Beyanları	5
B- Tüketici Sözleşmesi Kavramı	7
§3- Tüketici Sözleşmesinin Konusu, İçeriği ve Oluşturulması	11
A- Ferdi (Bireysel) Tüketici Sözleşmesi	11
1-Karşılıklı İrade Beyanları	12
2-Birbirine Uygun İrade Beyanları	12
B-Standart Tüketici Sözleşmesi	12
C- Tüketici Sözleşmesinin Tarafları	13
1- Tüketici	13
2- Satıcı, Sağlayıcı ve Kredi Veren	16
§4-Tüketicinin Haksız Şartlara Karşı Korunması Sorunu	18

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ ŞART KAVRAMI, HAKSIZ ŞARTLARIN TEMEL ÖZELLİKLERİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

§5-Haksız Şart Kavramı	25
A-Genel Olarak	25
B- Ferdi (Bireysel) Sözleşme-Standart Sözleşme Ayrımı.....	27
1- Ferdi (Bireysel) Sözleşmelerde Yer Alan Haksız Şartlar	31
2-Standart Sözleşmelerde Yer Alan Haksız Şartlar	31
a-Genel Olarak	32
b-Genel İşlem Şartları	33
c-Genel İşlem Şartlarının Özellikleri	35
aa.Müzakere Edilmemiş Olma	35
bb.Sözleşmenin Kurulmasından Önce Tek Taraflı	
Hazırlanmış Olma	35
cc.Genel ve Soyut Olma	36
dd.Çok Sayıda Sözleşmede Kullanılmak Üzere Hazırlanma.....	36
ee.Sözleşmenin Kurulması Sırasında Bunlara Dayanılması	37
d-Genel İşlem Şartlarının Yararları ve Sakıncaları	38
aa.Genel İşlem Şartlarının Yararları.....	38
bb.Genel İşlem Şartlarının Sakıncaları	40
§6- TKHK'da Öngörülen Haksız Şartların Özellikleri.....	42
A-Sözleşme Hükümü, Satıcı, Sağlayıcı veya Kredi Veren Tarafından	
Tüketici İle Müzakere Edilmeden Tek Taraflı Olarak	
Sözleşmeye Konulmuş Olmalıdır	42
B-Sözleşme Hükümü, Tarafların Sözleşmeden Doğan Hak ve	
Yükümlülüklerinde Dürüstlük Kuralına Aykırı Düşecek Biçimde	
Tüketici Aleyhine Dengesizliğe Neden Olmalıdır	43
§7-Haksız Şartların Hukuki Niteliği.....	44
A-Genel Olarak	44
B-Genel İşlem Şartlarının Hukuki Niteliği	44
1-Norm Görüşü.....	45

2-Sözleşme Görüşü	45
3-Örf Adet Görüşü.....	46
4-Değerlendirme	46

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ ŞARTLARIN DENETİMİ

§8-Haksız Şartların Denetimi	47
A-Haksız Şartların İdari Denetimi.....	47
B-Haksız Şartların Hukukî Denetimi.....	50
1-Genel Olarak.....	50
2-Haksız Şartların Yargısal Denetimi	51
a.Bağlayıcılık Denetimi	51
aa.İlişkilendirme Anlaşması.....	52
i.Açık İrade Beyanıyla	54
i)Bilinçli (Tam) Kabul	56
ii)Global Kabul.....	57
ii.Örtülü İrade Beyanıyla.....	58
bb. Sözleşme İle İlişkilendirilmesine Rağmen Bazı Genel İşlem	
Şartlarının Bağlayıcılık Kazanamaması	62
i.Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlarını Aşan Genel İşlem	
Şartları	63
ii.Okunaklı Yazılmamış Genel İşlem Şartları	63
iii.Alışılmamış (Mutat Olmayan), Şaşırtıcı, Beklenmez,	
Olağanüstü Genel İşlem Şartları	64
iv.Bireysel Anlaşmaya Aykırı Genel İşlem Şartları	65
b.Haksız Şartların Yorum Yoluyla Denetimi.....	66
c.İçerik Denetimi	70
aa.Genel Olarak.....	76
bb.İçerik Denetiminin Kapsamı	76
i.Genel Olarak	76

ii.Tüketicinin Durumunu Dürüstlük Kuralına Aykırı Olarak Ağırlaştırıcı Hükümler Denetlenir	78
iii.Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleri Denetlenir	78
i)Müzakere Edilmiş Olmanın Önemi.....	79
ii)Müzakere Edilmiş Olup Olmadığının Tespiti	80
cc.Denetim Dışı Kalan Sözleşme Hükümleri.....	82
i.Uygulanması Gereken Hukuk Kuralını Aynen Tekrarlayan Sözleşme Hükümleri	82
ii.Edim ve Karşı Edimi Belirleyen Sözleşme Hükümleri.....	84

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ ŞARTLARIN TESPİTİ VE SÖZLEŞMENİN DURUMU

§9-Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Haksız Şartların Tespitinde Kullanılacak Ölçütler	86
A.Dürüstlük Kuralı	86
1.Genel Olarak.....	86
2.Dürüstlük Kurallarının Özellikleri	88
a.Kamu Düzenine İlişkin Olma	88
b.Resen Göz Önünde Tutulma	88
c.Genel Hukuk Normu Olma	89
d.Kişilerin Dışında Oluşma.....	89
e.Tamamlayıcı Olma.....	89
3. Denetim Ölçütü Olarak Dürüstlük Kuralı	90
B.Mevcut Yasal Düzenlemeler	93
C.Sözleşmenin Doğası (Amacı)	95
D.Sözleşmeye Dayanan Edimi Tek Taraflı Belirleme Yetkisinin Kötüye Kullanılmasının Kıyasen Uygulanması	96
E.Sözleşmenin Niteliği (Kaleme Alınış Tarzı).....	97
§10-Standart Sözleşmelerde Haksız Şartların Kullanılmasını Önlemeye Yönelik Dava Türleri	97

§11-Geçersiz Sayılan Sözleşme Hükümlerinden Sonra

Sözleşmenin Durumu.....	98
SONUÇ.....	101
KAYNAKÇA	105
ÖZET	109
ABSTRACT.....	110

KISALTMALAR

- AB.** : Avrupa Birliği
AT : Avrupa Topluluğu
BK. : Borçlar Kanunu
Bkz. : Bakınız
bkz. : bakınız
C. : Cilt
Ç. : Çeviren
DPT. : Devlet Planlama Teşkilatı
E. : Esas
GiŞ. : Genel İşlem Şartları
H.D. : Hukuk Dairesi
K. : Karar
m. : madde
MK : Medeni Kanun
s. : sayfa
S. : Sayı
SMK : Sigorta Murakabe Kanunu
sy. : sayı
TKHK : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
vd. : ve devamı
vs. : vesaire
Y. : Yargıtay
YD. : Yargıtay Dergisi
Yön. : Yönetmelik

§1-GİRİŞ

Sanayi devrimi sonucunda ortaya çıkan seri ve kitle halinde üretim sonucunda sözleşmelerde değişiklikler olmuş, klasik borçlar hukuku sözleşmeleri dışında standart sözleşme denilen yeni bir sözleşme modeli ortaya çıkmıştır. Sözleşmelerin matbulaşması ve iş hayatının baş döndüren gelişmeleri neticesinde sözleşmelerin müzakere edilebilme imkânı kalmamış, tüketiciler uzunca bir süre satıcı, sağlayıcı veya kredi verenlerin empoze ettikleri hükümlerle sözleşme yapmak zorunda bırakılmışlardır. Uzunca bir süre standart sözleşmeler de ferdi sözleşmelerle aynı kaba konulmuş ve bunlarla ilgili uyumsuzlıklara ferdi sözleşme hukuku kuralları ile çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Ancak böyle bir sözleşme hukukunun yetersiz kalması sebebiyle Anayasa'da dahi korunmasına yönelik hüküm bulunan tüketici korumasız kalmıştır.

Türk kanun koyucusu uzunca bir süre konuya seyirci kalmış, bir taraftan AB üyelik süreci bir taraftan da Anayasamızın tüketicinin korunmasına ilişkin hükümleri gereğince nihayet 2003 yılında 4822 sayılı Kanunla gerek ferdi sözleşmelerdeki gerekse standart sözleşmelerdeki haksız sözleşme koşullarına karşı tüketicinin korunmasına matuf olarak 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da 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 amacı ile yapıldığı anlaşılmaktadır.

2003 yılında yapılan değişiklikten sonra Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6.maddesinde sözleşmelerdeki haksız, gayriadil hükümlerin önlenmesi ve tüketicinin bu hükümlere karşı korunması olgusu düzenlenmiştir. Ayrıca 6. maddeye dayanılarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında

Yönetmelik” hazırlanmış, 13.06.2003 tarihli ve 25137 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Yönetmelik 14.06.2003 tarihi itibariyle yürürlüğü girmiştir.

Gerek 6. madde gerekse bu maddeye dayanılarak çıkarılan yönetmelikte haksız şartların düzenlenmiş olması tüketicinin haksız sözleşme koşullarına karşı korunmasında büyük bir ilerlemedir.

Çalışmamızın konusu tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar olup, ilerleyen bölümlerde gerek 6.maddedeki gerekse yönetmelikteki noksan yönleri belirteceğiz ve noksan yönler ile ilgili önerilerimizi sunacağız.

Çalışmamız sadece Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında haksız şartları içermekte olup, ilgilendirdiği ölçüde Borçlar Kanunu Tasarısı’nın genel işlem şartları (GİŞ) ile ilgili hükümlerine de değinilmiştir. Çalışmamızda haksız şartların hukuki boyutu incelenmiş, konunun cezai boyutu ise çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Çalışmamızın birinci bölümünde tüketici sözleşmesi, oluşturulması ve tarafları inceleme konusu yapılmış olup, ayrıca tüketicinin korunması sorunu tüm yönleri ile ortaya konulmaya çalışılmıştır. İkinci bölümde tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartların tanımı verildikten sonra, haksız şartların önemli bir bölümünü teşkil eden ve günümüzde giderek artan bir oranda kullanılmaya başlanan genel işlem şartlarının özellikleri, fayda ve sakıncalarına değinilmiş, bunların hukuki niteliği ortaya konulmaya çalışılmıştır. Üçüncü bölümde haksız şartların sözleşmeyle ilişkilendirilmesi, yorumu ile idari ve yargısal denetimi üzerinde durulmuştur. Dördüncü bölümde sözleşmede yer alan hükümlerin haksızlığının tespiti ve haksız olduğu için iptal edilen sözleşme hükümlerinden sonra sözleşmenin durumu incelenmiştir.

Haksız şartların daha çok hiçbir şekilde pazarlık ve müzakere konusu yapılmayan standart sözleşmelerde ve bu sözleşmelerin kısmen veya tamamen içeriğini oluşturan genel işlem şartlarında yer alması sebebiyle çalışmamızda daha çok genel işlem şartları üzerinde durulmuş, bunun yanında sınırlı da olsa ferdi sözleşmelerde yer alan haksız sözleşme koşulları da incelenmiştir. Haksız şartlarla ilgili 6. madde ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan yönetmelik yanında genel işlem şartları ile ilgili hükümler ihtiva eden Borçlar Kanunu Tasarısı da konumuzu ilgilendirdiği ölçüde değerlendirmeye alınmış, konu ile ilgili Yargıtay Kararlarından faydalanılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM
TÜKETİCİ SÖZLEŞMESİ, SÖZLEŞMENİN TARAFLARI,
OLUŞTURULMASI VE TÜKETİCİNİN HAKSIZ ŞARTLARA KARŞI
KORUNMASI

§2- TÜKETİCİ SÖZLEŞMESİ

A- Genel Olarak Sözleşme Kavramı

Sözleşme, belirli bir hukuki sonuca, yani bir hakkı veya hukukî ilişkiyi kurmaya, değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan iki veya çok taraflı hukuki işleme denir.¹

BK m.1'de, sözleşmenin tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulacağı hükme bağlanmıştır.

1- 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 BK.m1'de "kişiden" değil, "taraftan" söz edilmektedir. Sözleşmenin tarafı gerçek kişiler olabileceği gibi tüzel kişiler de 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.² Sözleşme ehliyetine sahip olmak için ise kişinin ayırt etme gücünün (mümeyyiz) ve ergin (reşit) olması ve fakat kısıtlı bulunmaması (hacir altına alınmamış olması) gerekir.

¹ EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul,2006, s.185

² EREN, s.204

2- Karşılıklı İrade Beyanları

Çok taraflı hukukî işlemlerden farklı olarak sözleşme, tarafların karşılıklı irade beyanlarıyla kurulur. Çok taraflı bir işlem olan kararlarda iradeler aynı yönde iken, sözleşmelerde iradeler karşılıklıdır. Beyanların karşılıklı olması ile anlatılmak istenen; sözleşme taraflarının menfaatlerinin birbirinin karşısında yer alıyor olmasıdır. Örneğin satım sözleşmesinde satıcı malını satmak iradesini, alıcı söz konusu malı alma iradesini beyan etmektedir. Aynı şekilde kira sözleşmesinde bir taraf taşınmazını kiraya verme iradesini beyan ederken, diğer taraf söz konusu taşınmazı kiralama iradesini beyan etmektedir. Buna karşılık tarafların iradesi karşılıklı değil de aynı yönde ise, sözleşmenin varlığından söz edilemez. Örneğin her iki taraf da kendi malını diğer tarafa satmak, buna karşılık onun malını almak istemiyorsa, satım sözleşmesinin varlığından söz edilemez.

Sözleşmenin kurulması için yöneltilecek irade beyanları sarîh olabileceği gibi zımnî de olabilir. Sarîh olmayan irade beyanlarına zımnî irade beyanı denir. Zımnî irade beyanı sadece pasif bir durumdan değil, duruma göre kendisinden bir iradenin varlığı anlaşılabilen bir faaliyetten, söz ve hareketlerden de ibaret olabilir³.

3- Birbirine Uygun İrade Beyanları

Sözleşmenin kurulması için tarafların iradelerinin karşılıklı olması yeterli olmayıp, bu iradelerin aynı zamanda birbirine uygun olması da gerekir. İrade beyanlarının birbirine uygun olması, sözleşmenin kurulması için geçerlilik koşulu olup, şayet taraf iradeleri birbirine uygun değilse sözleşme kurulmuş sayılamaz.

³ TUHR, von Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı 1-2 (çeviren EDEGE, Cevat Ankara 1983), s.155

Sözleşmenin kurulması için gerekli olan bu irade beyanlarından birisi icap diğeri ise kabuldür. İcap, sözleşmenin esaslı noktalarını içeren, bağlanma iradesi taşıyan ve sözleşmenin kurulması için zaman itibarıyla de önce yapılan irade beyanıdır. Bir beyanın icap olarak nitelendirilebilmesi için sözleşmenin tüm esaslı noktalarını içermesi gerekir⁴. Sözleşmenin esaslı noktaları, bir sözleşmenin kurulması için bulunması zorunlu olan asgari unsurlardır. Bunlara sözleşmenin objektif esaslı noktaları da denir. Kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelerin esaslı noktalarının neler olduğunu çoğu zaman kanun tayin etmektedir. Örneğin satım sözleşmesinin esaslı noktalarının satılan mal ve bedel olduğu BK. m.182'deki tanımdan anlaşılmaktadır.⁵

Taraflar, kanun gereği sözleşmenin esaslı noktası sayılmayan bazı hususların da sözleşmenin esaslı noktası sayılmasını ve sözleşmenin kurulmuş sayılması için bu hususlarda da anlaşılmasını kararlaştırabilirler. Bunlara ise sözleşmenin sübjektif esaslı noktaları denir. İşte sözleşmenin kurulması için tarafların irade beyanlarının yani icap ve kabulün hem objektif esaslı noktaları hem de sübjektif esaslı noktaları içermesi gerekmektedir.

Sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı noktalarını oluşturmayan hususlar ise, sözleşmenin yan (tali, ikinci deredeki) noktalarını teşkil eder. Örneğin bir edimin ifa yeri, faiz miktarı vs. hususlar sözleşmenin yan noktalarını oluşturur. Sözleşmenin yan noktaları da kendi arasında "objektif yan noktalar" ve "sübjektif yan noktalar" olarak ikiye ayrılır. 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 hakim, bu boşluğu tamamlayıcı hukuk kurallarını uygulamak suretiyle

⁴ TUHR, s.176

⁵ KILIÇOĞLU, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2003, s.38

doldurur.⁶ 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.

B- Tüketici Sözleşmesi Kavramı

Bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi 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. Nitekim Avrupa Topluluğu Mahkemesi de önüne gelen uyuşmazlıkların tüketici mahkemesinin görev alanına girip girmediğini tespit ederken, öncelikle tüketici ve tüketici sözleşmesi kavramlarını irdelemekte bunların olduğunu tespit ettiğinde ise uyuşmazlığın tüketici mahkemesinin görevine girdiğine karar vermektedir⁷.

TKHK m. 3'de tüketici sözleşmesinin tanımı yapılmış olmayıp, sadece "tüketici işlemi" tanımlanmış, kanunun muhtelif yerlerinde ise "sözleşme" ifadesi kullanılmıştır. Yönetmeliğin 2. maddesinde ise, tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu tüketici sözleşmesi kavramı kullanılmıştır. Kanunda ve Yönetmelikte yer verilen ifadelerden hareketle tüketici sözleşmesi kredi, mal veya hizmet piyasalarında tüketicinin satıcı, sağlayıcı veya kredi verenle yaptığı sözleşmeler şeklinde tanımlanabilir. Bir başka deyişle tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu sözleşmelere tüketici sözleşmesi denir. Bu kapsamda olmak üzere tüketicinin taraf olduğu satım sözleşmesi, kira sözleşmesi, kredi sözleşmesi, eser sözleşmesi ve tüketicinin taraf olduğu

⁶ EREN, s.214

⁷ ÖZTEKİN, Günseli; "Tüketici Akitlerinden Doğan İhtilaflarda Brüksel Konvasyonu'nun Kabul Ettiği Yetki Kuralına İlişkin İki Avrupa Topluluğu Mahkeme Kararı Örneği", Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU'na 65.Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s.979 vd.

diğer sözleşmeler tüketici sözleşmesidir⁸. Ancak mal, hizmet veya krediden tüketici bedelsiz faydalanıyorsa bu durumda tüketici sözleşmesinin varlığından bahsedilemez⁹.

Yargıtay neredeyse istikrar kazanmış kararlarında tüketici sözleşmesi 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 icabettiğinin 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, istisna sözleşmesinin konusunu oluşturan ilişkilerde uygulanması

⁸ OZANOĞLU, Hasan Seçkin; Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara, 1999, s.13; ⁸ ÖZEL, Çağlar; Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara, 1998, s.33

⁹ ÖZEL, Geri Alma Hakkı, s.35

hukuken ve fiilen mümkün değildir. 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. Yerel mahkemece önceki kararda direnilmesi üzerine uyuşmazlık Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun önüne gelmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu¹⁰ “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. Gerek özel dairenin gerekse Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının yerinde olmadığını ifade etmek isteriz. Yargıtay bu kararında tüketici sözleşmesi kavramını dar yorumlamış ve kanunun kapsamını daraltmıştır¹¹. Karardan anlaşıldığı kadarıyla Yargıtay, tüketici sözleşmesini sadece satım 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

¹⁰ Y.H.G.K. 24.9.2003 tarih ve E. 2003/15-458 K. 2003/493 sayılı kararı
(<http://www.kazanci.com.tr/kho2/ibb/files/13hd-2003-15458.htm>)

¹¹ Yargıtayın aynı yöndeki bir başka kararı için bkz. 12.07.2004 tarih ve E:2003/6665 K:2004/3893 sayılı kararı. (<http://www.kazanci.com.tr/kho2/ibb/files/13hd-2003-6665.htm>)

olarak tüketici ve tüketici sözleşmesinin dar yorumlandığı dikkati çekmektedir. Kanaatimizce sözleşmenin türü ve niteliği ne olursa olsun taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu sözleşme, tüketici sözleşmesidir. Hatta sözleşmenin tüketici sözleşmesi olup olmadığı hususunda bir şüphe varsa, bu şüphe tüketici lehine yorumlanmalı ve sözleşmenin tüketici sözleşmesi olduğu düşünülmelidir¹². Nitekim kanun koyucu tüketicinin korunması için tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerin niteliğine bakmaksızın bunların tüketici sözleşmesi olduğunu belirtmiştir¹³.

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

Bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi sayılması halinde bu sözleşmeye TKHK m. 30'daki atıf nedeniyle öncelikle özel kanun olan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uygulanacak, burada hüküm olmadığı durumlarda ise genel hükümler tatbik edilecektir. Tüketici sözleşmesinin kurulması vs. hususlar ise klasik Borçlar Hukuku sözleşmelerinin tabi olduğu hükümlere tabidir.

¹² **ÖZEL**, Geri Alma Hakkı, s.35

¹³ **GÜNGÖR**, Gülin; Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicin Korunması, Ankara, 2000, s.32

§3- TÜKETİCİ SÖZLEŞMESİNİN KONUSU, İÇERİĞİ VE OLUŞTURULMASI

Türk Borçlar Kanunu, borç doğuran sözleşmelerin içeriklerini tayin hususunda sözleşme özgürlüğü ilkesini benimsemiştir. Bu husus BK m. 19/1'de "*Bir aktin mevzuu, kanunun gösterdiği sınır dahilinde serbestçe tayin olunabilir.*" şeklinde ifade edilmiştir. Sözleşme özgürlüğü ilkesine göre BK m. 19'a aykırı olmayan bütün sözleşmeler caiz ve geçerlidir¹⁴.

Kanun koyucu kural olarak tarafları kurmak istedikleri sözleşmenin içeriğini belirleme hususunda serbest bırakmıştır. Ancak bazı hallerde kanun koyucu sözleşmede bulunması gereken asgari unsurlara bizatihi kendisi yer vermiştir. Örneğin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da taksitle satım sözleşmesinin, kredi sözleşmesinin ve kapıdan satış sözleşmesinin içeriğinde bulunması gereken asgari unsurları kanun koyucu bizatihi kendisi belirtmiştir. Bunlar dışındaki hallerde ahlaka, emredici hükümlere, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırı olmadıkça taraflar istedikleri içerikte sözleşme yapabilirler.

Tüketici sözleşmesinin konusu ise mal, hizmet veya kredinin bir ivaz karşılığında tüketiciye sunulmasıdır. Örneğin tüketici kredisi sözleşmesinin konusu "bir mal almak veya hizmetten faydalanmak"¹⁵ amacıyla kredi verilmesidir.

A- Bireysel (Ferdî) Tüketici Sözleşmesi

Bireysel müzakere temelinde oluşturulan tüketici sözleşmeleri de klasik Borçlar Hukuku sözleşmeleri gibi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. Bu sözleşmelerde taraflar sözleşmenin şartlarını

¹⁴ TUHR, s.242

¹⁵ ASLAN, İ.Yılmaz/ŞENYÜZ, Doğan/ERGÜN, Mevci; İşletme Hukuku, Bursa, 2002, s.206

müzakere ederek ve mutabakata ulaşarak tespit ederler. Taraflar, sözleşmenin içeriğini sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince istedikleri şekilde belirlerler.

1- Karşılıklı İrade Beyanları

Bireysel tüketici sözleşmesi de genel olarak Borçlar Hukuku'nun hükümlerine tabi olduğundan sözleşmenin kurulması için tarafların karşılıklı irade beyanları gereklidir. Bireysel tüketici sözleşmesinde tarafların irade beyanları karşılıklıdır. Zira satıcı, sağlayıcı veya kredi veren bir ivaz karşılığında tüketiciye mal satmak, hizmet sunmak veya kredi kullanırmak istemekte buna karşılık tüketici ise söz konusu malı satın almak, hizmetten yararlanmak ve krediyi kullanmak istemektedir.

2- Birbirine Uygun İrade Beyanları

Bireysel tüketici sözleşmesinin kurulması için tarafların irade beyanlarının birbirine uygun olması gerekir. Bir başka deyişle satıcı, sağlayıcı veya kredi veren bir ivaz karşılığında tüketiciye mal satmak, hizmet sunmak veya kredi kullanırmak istediğini beyan ederken tüketici de bu irade beyanına uygun bir beyanda bulunmaktadır.

B- Standart Tüketici Sözleşmesi

Bu sözleşmeler satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin önceden hazırlanmış ve matbu şekildeki sözleşmeyi tüketici ile müzakere etmeden tüketiciye sunması ve tüketicinin kabulü ile kurulan sözleşmelerdir.

C- Tüketici Sözleşmesinin Tarafları

Tüketici sözleşmesinin bir tarafında tüketici, diğer tarafında ise satıcı, sağlayıcı veya kredi veren bulunmaktadır.

1- Tüketici

Tüketici kavramının çok değişik tanımları yapılmaktadır. Bir tanıma göre tüketici, yaşamını, varlığını ve faaliyetini sürdürebilmek için bir mal veya hizmeti edininip kullanan her varlıktır¹⁶. Bir diğer tanıma göre ise tüketici, ekonomik, sosyal ve kültürel gereksinmelerini karşılayabilmek için nihai bir mal veya hizmeti satın alıp kullanan ya da kendi kendine üretip kendisi kullanan ve hiçbir mübadeleye sokmayan her kişi, kurum ve ailedir¹⁷.

Roma Sözleşmesinde ve Brüksel Konvansiyon'unda tüketicinin tanımı yapılmamış, sadece tüketicinin fonksiyonu belirtilmiştir. Avrupa Topluluğu Mahkemesi, verdiği kararlarla tüketici kavramını açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre tüketici, bir malı veya hizmeti tüketim amacı ile kendi özel yaşantısı için satın alan, yararlanan veya tüketen kişidir¹⁸.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre ise bir mal veya hizmeti ticarî veya meslekî olmayan¹⁹ amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek yada tüzel kişiye tüketici denir. Kanundaki bu tanım noksandır. Kanaâtimizce tüketicinin bir mal, hizmet veya krediyi ticarî veya meslekî

¹⁶ **AKİPEK**, Şebnem; Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara,1999, s.64

¹⁷ Devlet Planlama Teşkilatı Özel İhtisas Komisyonları Türkiye-AT Mevzuat Uyumu Sürekli Özel İhtisas Komisyonu Raporları, Cilt 2, Tüketicinin Korunması Alt Komisyonu, Ankara Kasım 1995, s.1

¹⁸ **ÖZTEKİN**, s.984

¹⁹ AB'nin Direktifinde de tüketici, bu kritere göre tanımlanmıştır. Bkz. **DEUTSCH**, h.c.Erwin; Avrupa Ortak Pazarında Tüketicinin Korunması-Avrupa Direktifi ve Alman Genel İşlem Şartları Hakkında Kanun (Çeviren HAVUTÇU, Ayşe; Prof.Dr. Şükrü Postacıoğluna Armağan 259-269, İzmir, 1997, s.261

olmayan amaçlarla bir ivaz karşılığı²⁰ edinen, kullanan veya yararlanan gerçek yada tüzel kişi olarak tanımlanması daha isabetli olur. 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 kişidir²¹. 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, kliniğinde kullanmak üzere bilgisayar satın alan doktor, araba satın alan bir ticari şirket ya da satmak üzere bir malı edinen esnaf, tüketici sayılamaz.

Yargıtay²² 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. Yine Yüksek Mahkeme²³, kendi kasabında satmak üzere satın aldığı ineğin hasta çıkması sebebiyle imha edildiği gerekçesiyle ödediği bedelin tahsilini talep eden kişinin söz konusu ineği ticari amaçla edindiğini belirterek, bu kişinin tüketici sayılmayacağına isabetli olarak karar vermiştir.

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

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

²¹ **OĞUZ**, Cemal. "Tüketicinin Korunması Açısından Genel İşlem Şartları", Hukuk Kurultayı 2000. Ankara, 2000, s.509-526, s.529; **ÖZTEKİN**, s.979

²² 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>)

²³ Y.13 HD. 28.04.2003 tarih ve E:2002/15359 K:2003/5184 sayılı kararı. (<http://www.kazanci.com.tr/kho2/ibb/files/13hd-2002-15359.htm>)

edinmeleri durumunda bunların da tüketici sayılacağı belirtilmiştir²⁴. Bu kriterden 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” saiklerle 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 tüketici sayılmada bir mal, hizmet veya krediyi ticarî veya meslekî faaliyetleri dışında edinen, kullanan veya yararlanan 50 yaşındaki bir kişi ile 20 yaşındaki bir kişi arasında, bir yüksek mahkeme hâkimi ile milletvekili arasında, bir profesör ile bir temizlik görevlisi 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 de tüketici olacağını kabul etmekle, diğer ülke mevzuatlarından ayrılmıştır²⁵. 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.²⁶ İsviçre Hukukunda da tüketici olarak sadece gerçek kişiler kabul edilmektedir.²⁷ Avrupa Konseyinin 24.7.1990 tarihli direktifinde de tüketici olarak sadece gerçek kişilerin ifade edildiği anlaşılmaktadır.²⁸ Benzer şekilde Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Şartlar Hakkında 5 Nisan 1993 tarihli Avrupa Konseyi

²⁴ **GÜNGÖR**, s.31

²⁵ Yalnız 17.05.1973 tarihli Avrupa Konseyi Tüketicuyu Koruma Sözleşmesinde de gerçek kişilerin yanında tüzel kişiler de tüketici sayılmıştır. Bkz. **OZANOĞLU**, s.5

²⁶ **HAVUTÇU**, s.20

²⁷ **İNAL**, Tamer; Açıklamalı-İçtihatlı Tüketici Kredileri ve Tüketici Sözleşmeleri (İsviçre-Fransız Hukuku ve Avrupa Birliği Konseyi Yönergeleri Işığında) , İstanbul, 2002, s.34

²⁸ **ÖZEL**, Geri Alma Hakkı, s.31, **ZEVKLİLER**, Aydın; Tüketicinin Korunması Hukuku, İzmir, 2004, s. 81

Direktifi²⁹'nin 2. maddesinde sadece gerçek kişilerin tüketici sayılacağı hükme bağlanmıştır.

Her ne kadar tüzel kişiler de 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. Buna karşılık vakıf ve dernekler tüzel kişi oldukları halde bunlar da tüketici sayılır ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un hükümlerinden yararlanırlar. 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.

2- Satıcı, Sağlayıcı ve Kredi Veren

Satıcı, kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal satan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder.

Sağlayıcı, kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticarî veya meslekî faaliyetleri kapsamında tüketiciye hizmet sunan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder. Kanunun ilk metninde hem mal satan hem de hizmet sağlayanı ifade etmek üzere "satıcı" kavramı kullanılmış, "sağlayıcı" kavramına ise yer verilmemişti. Yeni metinde hizmet sağlayanın ayrıca "sağlayıcı" kavramı ile belirtilmesi suretiyle kavram karmaşası önlenmiştir.

Satıcı ve sağlayıcı kavramları arasındaki yegane fark; satıcının mal satması, sağlayıcının ise hizmet sunmasıdır. Bu sebeple mal ve hizmet kavramlarını da açıklamayı uygun görüyoruz:

²⁹ Direktifin Türkçe çevirisi için bkz. **HAVUTÇU**, s.223

Mal, alışverişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları ifade eder. Kanunun eski halinde mal, sadece ticaret konusu taşınır eşyayı ifade etmek için kullanılmıştı. Yeni metinde taşınır eşya yanında konut ve tatil amaçlı taşınmazların da mal olarak sayılması ve bu şekilde tüketicinin korunması isabetli olmuştur. Bu şekilde kanunun kapsamı genişletilmiştir. Hizmet, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyeti ifade eder. Giyim eşyası, gıda maddesi, bilgisayar yazılımı, ev vb. mal; bunları tüketiciye satan kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere gerçek veya tüzel kişiler satıcı sayılır. Doktorun muayenesinde hastayı muayene etmesi, avukatın davaya bakması, taşıma, danışmanlık hizmeti, vs. ise hizmet; bunları tüketiciye sunan kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere gerçek veya tüzel kişiler ise sağlayıcı sayılmaktadır.

Kredi veren ise, mevzuatları gereği tüketicilere nakit kredi vermeye yetkili olan banka, özel finans kuruluşu ve finansman şirketlerini ifade eder. (Yön. m.4/h)

Ş4- TÜKETİCİNİN HAKSIZ ŞARTLARA KARŞI KORUNMASI SORUNU

Sanayi devriminin getirdiği seri üretimin sonucu olarak sadece üretim şekilleri değil, bununla birlikte tüketim alışkanlıkları da değişmiştir. Günümüzde karşı karşıya bulunduğumuz piyasa ekonomisi ve tüketim toplumunda seri ve kollektif üretim ön plana çıkmış, tüketim için ihtiyaç duyulan her şeyin piyasadan sağlanması kural haline gelmiştir. Bugün gelinen noktada ulaşılan kütleli üretim, sözleşmelerin de küleselleşmesine yol açmış³⁰ olup, sözleşmelerin müzakere edilebilme imkânı ortadan kalkmıştır³¹.

Tüketici artık tüketim konusu mal ve hizmetleri piyasadan sağlarken bir taraftan güçlü ve devasa boyutlu şirketlerle ve holdinglerle (satıcı, sağlayıcı ve kredi veren) muhatap olmakta bir taraftan da mal ve hizmetleri bu şirketlerin ve holdinglerin kendisine empoze ettiği, önceden hazırlanmış ve tüketicinin kanundan doğan haklarını kullanmasını neredeyse imkânsız hale getiren ve hatta çoğu zamanda tamamen ortadan kaldıran şartlarla edinmek zorunda bırakılmaktadır. Piyasada yaşanan bu olgu, örgütsel³², mali ve entelektüel açıdan zayıf tüketicinin örgütsel, entelektüel ve mali açıdan güçlü satıcı, sağlayıcı ve kredi verenlere karşı korunması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Tüketicinin satıcı, sağlayıcı ve kredi veren karşısında örgütsel ve entelektüel açıdan zayıflığı, mali ve sosyal yönden güçsüzlüğü ve ihtiyaç duyduğu mal ve hizmeti piyasadan sağlarken az sayıda alternatifle karşı karşıya bulunması da onun satıcı, sağlayıcı ve kredi verene karşı korunmasını zorunlu kılmaktadır. Tüketicinin ihtiyaçları sınırsız ve çeşitli

³⁰ Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, 1.Tüketici Konseyi, Ankara, 23-24 Eylül 1996, s.111

³¹ OĞUZ, s.509

³² Nitekim tüketiciler neredeyse hiç toplu hareket etmezler. Bu nedenle satıcı, sağlayıcı veya kredi veren karşısında tüketiciler örgütsel açıdan zayıftırlar. Bkz. GÜNGÖR, s.23; KILKIŞ, Yıldırım; Tüketicinin Korunması, Pazarlamacı Karşısında Tüketici, İstanbul, 1980, s.25; ÖZEL, Geri Alma Hakkı, s.11

olduğundan her ihtiyacı için giriştiği işlemlerde bilgi sahibi veya uzman olması mümkün değildir³³.

Büyük miktarlarda mal veya hizmet sunan ya da kredi veren işletmeler ileride aleyhlerine olarak ortaya çıkabilecek sorunları bertaraf etmek için uzman hukukçulara hazırlattıkları standart sözleşmeler kullanmaya başlamışlardır. Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenlerin bağlı oldukları meslekî birlikler de bir taraftan üyelerinin menfaatlerini korumak bir taraftan da buldukları sektörde yeknesak bir uygulamayı sağlamak amacıyla sözleşmelerde kullanılmak üzere birtakım kurallar ve standart sözleşmeler getirmişlerdir. Bu standart sözleşmeler, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sorumluluğunu bazen en aza indirmekte bazen ise tamamen ortadan kaldırmaktadır. Hayatın olağan akışı içerisinde çoğunlukla bu standart sözleşmelerin hükümlerini okuyacak zamana ve entelektüel bilgiye sahip olmayan, tecrübesiz ve bazen de ilgisiz olan tüketici, sözleşmenin diğer tarafı olan satıcı, sağlayıcı veya kredi veren karşısında zayıf bir durumda bulunmaktadır³⁴. 18. yüzyılda ortaya çıkan sanayi devrimi sonucunda seri üretime geçilmesi ve kişilere yönelik mal ve hizmet arzının kitlelere yönelmesi neticesinde sözleşmeler de kitleleşmiş³⁵, klâsik sözleşme hukukunun düzenlemeyi düşünmediği standart sözleşmeler ortaya çıkmış³⁶ ve bunların günlük yaşamdaki yeri giderek artmıştır. Kitlelere yönelik seri üretim ve bunun sonucu olarak ortaya çıkan standart sözleşmeler ve daha da önemlisi iş yaşamının baş döndüren hızlı akışı neticesinde artık sözleşmelerin müzakere edilebilme imkanı kalmamıştır. Klâsik sözleşme hukukunun düzenlemeyi öngörmediği ve müzakere edilebilme imkânını ortadan kaldıran standart sözleşmeler hakkında, ferdi sözleşme hukuku işlevsiz kalmış, standart sözleşmeler de ferdi sözleşmelerle aynı kaba konulmuş ve bunlarla

³³ AKİPEK, s.68

³⁴ AKMAN, Sermet; Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul, 1976, s.90; GÜNGÖR, s.23; İNAL, Tamer: Borca Aykırılık Ve Sonuçları, İstanbul 2004, s.135; ÖZTEKİN, s.979; Tüketici Konseyi, s.111

³⁵ AKİPEK, s.223; AKMAN, s.86

³⁶ OĞUZ, s.508

ilgili uyuşmazlıklara ferdi sözleşme hukuku kuralları ile çözüm bulunmaya çalışılmıştır³⁷.

Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenlerin standart sözleşmelerin içeriği haline getirmek istedikleri şartlar, genellikle bunların sorumluluğunu sınırlandırıcı veya ortadan kaldıracı bir amaca yöneliktir³⁸. Çoğu uzman hukukçunun dahi anlamayacağı şekilde genellikle çok uzun metinler halinde, deyim yerinde ise “karınca duası” olarak tabir edilen küçük yazılarla ve tüketicinin anlayamayacağı bir dille yazılan bu şartları tüketici, çoğunlukla okuyacak zamana ve anlayacak entelektüel bilgiye sahip değildir Gerçi tüketicinin bu şartları okuyacak zamana ve anlayacak entelektüel bilgiye sahip olmasının da çoğu zaman hiçbir anlamı bulunmamaktadır. Çünkü satıcı, sağlayıcı ve kredi veren bu şartları tüketiciyle müzakere etmeye dahi yanaşmamakta, savaşım gücü az³⁹ tüketiciyi sözleşmeyi bu şartlar altında yapmak yada ihtiyaç duyduğu mal, hizmet veya krediden vazgeçmek pahasına sözleşme yapmamak gibi her ikisi de pek rasyonel olmayan iki seçenek ile karşı karşıya bırakmaktadır. Başka bir deyişle genel işlem şartlarını sözleşme içeriği haline getirmek isteyen kuvvetli ve örgütlenmiş satıcı, sağlayıcı veya kredi veren, entelektüel ve malî açıdan zayıf ve ihtiyaç sahibi tüketiciyi “ya bu şartlarla sözleşme yap ya da mal veya hizmeti almaktan vazgeç”⁴⁰ seçeneği ile karşı karşıya bırakmaktadır. Tüm satıcı, sağlayıcı veya kredi verenlerin benzer tavrı ve neredeyse aynı şartlarla sözleşmeyi kurmak istemeleri⁴¹ tüketicinin çaresizliğini biraz daha artırmaktadır. Bu yönüyle dahi Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan “sosyal hukuk devleti” ve “tüketicilerin korunması” başlıklı 172. maddesi

³⁷ **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atilla; Borçlar Hukuku, İstanbul, 1993, s.160

³⁸ **ASLAN**, Yılmaz, En Son Değişikliklerle Yargıtay Kararları Işığında Tüketici Hukuku 2.Baskı, Bursa, 2004, s.286

³⁹ **DPT**, Tüketicinin Korunması, s.179

⁴⁰ **ASLAN**, s.274; **ATAMER**, Yeşim; Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul, 1999, s.35; **YÜCEL**, Cemal; “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Hukuki Tedbirler”, İstanbul,1988, Yüksek Lisans Tezi, s.32

⁴¹ **BAHTİYAR**, Mehmet; “Genel İşlem Şartlarına Karşı Tüketicinin Korunması”, YD S.1-2 Ocak-Nisan 1996, s.76-98, s.84; **HAVUTÇU**, s.32

gereğince bu sorun, üzerine eğilimesi gereken bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır.

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 gereğidir⁴².

Borçlar Hukukumuzda hakim olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, standart sözleşmelerde tüketici karşısında fiilen güçlü bir konumda bulunan satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin elinde tehlikeli bir silah olmakta, tüketicinin istismar edilmesi için bir vasıta olarak kullanılmaktadır. **TANDOĞAN**'ın da ifade ettiği gibi, taraflardan birinin kendi şartlarını diğerine dikte etmesine yol açan bir sözleşme özgürlüğü, özgürlük olmaktan çıkıp, bir taraf için ayrıcalık halini kazanır.⁴³ Öyle ki sözleşme özgürlüğü tüketici için kendisine sunulan şartlarla sözleşme yapma veya ihtiyaç duyduğu mal, hizmet veya krediden vazgeçmek şeklinde hiçbir kendisinin lehine olmayan iki seçenekten öte bir anlam ifade etmemektedir. Tüketicinin bu şekilde sözleşmenin içeriği ve koşulları hakkında hiçbir söz sahibi olmadığı düşünüldüğünde artık burada sözleşme özgürlüğünden bahsetmek de mümkün değildir⁴⁴. Hatta tüm satıcı, sağlayıcı veya kredi verenlerin benzer şartları yada bağlı buldukları mesleki birliğin çıkardığı ve girilen benzer hukuki işlemlerde kullanılması zorunlu şartları kullandıkları için tüketicinin piyasadan aynı mal, hizmet veya krediyi daha elverişli şartlarla edinmesinin mümkün olmadığı ve söz konusu mal, hizmet veya krediye duyduğu ihtiyaç sebebiyle vazgeçmesinin pek de mümkün olmadığı düşünüldüğünde, tüketicinin önünde sadece kendisine sunulan standart sözleşmeyi ve şartları kabul etmek şeklinde tek bir seçeneği bulunmaktadır ki; bunu sözleşme özgürlüğü olarak nitelendirmek mümkün değildir. Özellikle satıcı, sağlayıcı veya kredi verenlerin kullandıkları aldatici

⁴² **GÜNGÖR**, s.24; **TANDOĞAN**, Haluk; Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması, Ankara,1977, s.11

⁴³ **TANDOĞAN**, s.25

⁴⁴ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.160

reklamlar nedeniyle iradesi fesada uğramış tüketicinin iradesinin özerk olduğundan bahsedilemez. Nitekim kullanılan aldatıcı reklamlar ve pazarlama teknikleri tüketicinin mantıki değil, hissi satın alma saiklerini etkilemekte⁴⁵, böylelikle onun özgür bir şekilde hareket etmesini engellemektedir.

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, bilâkis işletmelerin edim ve karşı edim konusunda rekabet ortamında verdikleri tavizleri sözleşme şartlarını tüketici aleyhine olacak şekilde ağırlaştırmaları örneğin garanti süresini kısaltmak, sorumsuzluk kayıtları koymak suretiyle biraz daha tüketici aleyhine düzenlemeleri dahi söz konusu olabilir.

Tüketiciyi en iyi koruyacak olanın yine kendisinin olacağı, bunun da tüketicinin eğitilmesi suretiyle sağlanacağı söylenebilirse⁴⁶ de kanaatimizce bu olgunun tüketicinin haksız şartlara karşı korunmasında çok büyük bir etkisinin olmayacağı açıktır. 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. 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 değildir. Hatta denebilir ki tüketici çoğu zaman edim ve karşı edim dışındaki hususları dikkate dahi almayacaktır. Bir an için tüketicinin entelektüel açıdan yeterli donanıma sahip olduğu ve sözleşmede kendi aleyhine olan hükümleri tespit ettiği varsayılrsa dahi satıcı, sağlayıcı veya kredi veren bunları müzakere

⁴⁵ **AKAN**, Perran; Tüketici ve Tüketicinin Korunması, İstanbul, 1995, s.21; **KILKIŞ**, s.31

⁴⁶ **AKAN**, s.4; **DPT**, Tüketicinin Korunması, s.4

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 bulunmamaktadır⁴⁷. 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 BK m. 21 anlamında gabin olarak nitelendirilebilir⁴⁸. Ancak gabin edimler arası dengesizliklerde söz konusu olacağı için, burada teknik anlamda bir gabinden bahsedilemez.

Günümüzde geline nokta tüketicinin birtakım haklarının olduğu⁴⁹, etkin bir denetim mekanizması olmadığı sürece tüketici haklarının ve tüketicinin korunması olgusunun yazılı metinler üzerinde kalacağı da bilinen bir olgudur. Her ne kadar karşılaşılan problemler, tüketicilerin eğitimi vs. hususlar tüketicilerin bir araya gelmesine ve örgütlenmesine yol açmışsa da özellikle de Türkiye için söylemek gerekirse, tüketicilerin bu örgütlenmelerinin yeterli olmadığı ve tüketicilerin hükümet, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenler ve bunların mesleki birlikleri üzerinde bir baskı unsuru haline gelmediği söylenebilir.

Kısaca yukarıda açıklamaya çalıştığımız bu hususlar dahi satıcı, sağlayıcı veya kredi veren karşısında pek çok yönden (örgütsel, mali, piyasa tecrübesi ve entelektüel açıdan vs.) zayıf durumda olan tüketicinin korunması ve haksız sözleşme hükümlerinin denetlenmesi ihtiyacını gözler önüne sermektedir. Dünyada tüketicinin korunması olgusu 1900'lerin başına uzansa⁵⁰ da Türkiye'de bunun hem çok yeni hem de yetersiz olduğu söylenebilir.

⁴⁷ **ÖZEL**, Geri Alma Hakkı, s.10

⁴⁸ **AKMAN**, s.98

⁴⁹ Tüketici haklarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. **AKİPEK**, s.100

⁵⁰ **DPT**, Tüketicin Korunması, s.3; **GÜLTEKİN**, Mehmet Ruşen; "Tüketicinin Korunması Açısından Tüketici Kredileri", Ankara, 1999, Yüksek Lisans Tezi, s.3

İşte tüketicinin haksız sözleşme koşullarına karşı korunmasında hukuki ve idari denetim yapılması⁵¹ elzem görünmektedir. İdari denetim tüketicinin haksız sözleşme koşullarına karşı korunmasında önleyici bir rol oynarken, hukuki denetim giderici bir rol oynayacaktır. Bu nedenle kanaatimizce tüketici sözleşmelerindeki hükümlerin özellikle GİŞ'lerin evvela idari denetime tabi tutulması, buna rağmen içerik olarak haksız olanlar var ise bunların da hukuki denetime tabi tutulması tüketicinin korunmasında en etkili çözümdür.

⁵¹ HAVUTÇU, s.11

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ ŞART KAVRAMI, HAKSIZ ŞARTLARIN TEMEL ÖZELLİKLERİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

§5- HAKSIZ ŞART KAVRAMI

A- Genel Olarak

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 (TKHK m.6). Kanundaki bu tanım neredeyse 93/13 nolu AB Direktifinin 3.maddesinden aynen alınmıştır⁵². Buna göre satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sorumluluğunu daraltan veya ortadan kaldıran şartlar, tüketiciye ağır cezai şart öngören hükümler, tüketicinin ikametgahından çok uzak yeri yetkili mahkeme olarak öngören hükümler haksız şarttır.

Haksız şartların düzenlendiği TKHK'nın 6.maddesinin 1.fıkrasına göre haksız şartların sadece "satıcı veya sağlayıcı" tarafından konulabileceği⁵³ şeklinde hatalı ve noksan bir tanımlamaya yer verilmiştir. Kanunda yer verilen bu tanımda sadece satıcı ve sağlayıcının zikredilmiş olması buna karşılık "kredi veren" in belirtilmemiş olması kanunun getirdiği korumanın kapsamını daraltıcı niteliktedir. Biz buradaki noksanlığın unutkanlık sonucu olduğu ve tüketicinin kredi verenle yaptığı sözleşmelerin de tüketici sözleşmesi sayılması ve bu sözleşmelerdeki hükümlerin de denetime tabi tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'te kanundaki bu noksanlık giderilmeye çalışılmış, "satıcı" ve "sağlayıcı"nın yanında "kredi veren" de zikredilmiştir. Ancak amacı

⁵² ZEVKLİLER, s.157

⁵³ ASLAN, s.286

kanunun uygulanması olan yönetmelikte bu şekilde kanunun kapsamının genişletilmesinin doğru olmadığı ve yönetmeliğin bu yönden kanuna aykırılığı ileri sürülerek iptalinin istenebileceği kanaatindeyiz.

Kanun koyucunun “haksız şart” ifadesini kullanmış olması da isabetli değildir. Bu kavram teknik bir kavram olmadığı gibi teknik terimlerle de karıştırılabilir niteliktedir. Örneğin BK m.149’da düzenlenen “şart” ile “haksız şart”taki şartın birbiri ile hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Kanaatimizce “kötüye kullanılabilir sözleşme hükümleri”, “gayriadil sözleşme hükümleri” ya da “haksız sözleşme hükümleri” ifadelerinden birisi amaca daha uygun ve daha teknik bir kavram olurdu. Ancak kanunda “haksız şart” kavramı kullanıldığı için biz de çalışmamızda kanundaki sistematige uygun olarak, belirttiğimiz kavramlar yanında bu kavramı da kullanacağız.

Haksız şart kavramına hem bireysel sözleşmelerdeki hem de standart sözleşmelerdeki (GİŞ) kötüye kullanılabilir sözleşme hükümleri dahildir⁵⁴. **ZEVKLİLER**⁵⁵, kanunun uygulama alanını daraltacak şekilde ve isabetsiz olarak haksız şartların sadece GİŞ içinde yer alabileceğini ifade etmektedir.

TKHK m.6’ya dayanılarak çıkarılan yönetmeliğin 4.maddesinde hangi sözleşme hükümlerinin haksız şart olarak tanımlanacağı belirtilmiş, yönetmeliğin ekinde ise örnekleyici nitelikte ve hakime yol gösterici şekilde bir takım haksız şartlar listesine isabetli olarak yer verilmiştir. Yönetmeliğin de böylelikle 5 Nisan 1993 tarihli AB Yönergesinin sistematigini izlediği söylenebilir⁵⁶.

⁵⁴ **ASLAN**, s.275

⁵⁵ **ZEVKLİLER**, s.158

⁵⁶ **BAYKAN**, Renan; Tüketici Hukuku (Mevzuata İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri), İstanbul, 2004 s.195

B- Bireysel (Ferdî) Sözleşme - Standart Sözleşme Ayrımı

Bir sözleşmenin bireysel sözleşme veya standart sözleşme olması çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde de değineceğimiz üzere bu sözleşmede yer alan hükümlerin tüketici ile müzakere edilip edilmediğinin tespitinde önem taşır.

Türk hukuku bireysel sözleşme modeli üzerine kurulu olup, sözleşme denilince akla ilk gelen ferdi sözleşmedir. Buna göre, ferdi sözleşmelerde sözleşmenin içeriği, sözleşmeyi yapan tarafların müzakeresi ve pazarlık yoluyla (icap, karşı icap, kabul vs.) belirlenmekte, taraf iradeleri uyuşuncaya kadar her nokta üzerinde müzakere ve pazarlıklar yapılmakta⁵⁷, taraf iradeleri birbirine uygun olduğunda ise sözleşme kurulmaktadır.

Ferdi sözleşmelerin karşıtı olarak da ifade edilebilecek olan standart sözleşmeler ise, içeriğini kısmen veya tamamen genel işlem şartlarının oluşturduğu⁵⁸, karşılıklı görüşme ve pazarlık sonucu kurulmayan aksine önceden hazırlanmış hükümlerin kullanıldığı ve müzakere konusu dahi yapılmayan sözleşmeleri ifade etmektedir. Standart sözleşme, genel işlem şartlarının kullanıldığı sözleşme; genel işlem şartları ise, bu sözleşmenin içeriğini oluşturan sözleşme hükümleridir.

Standart sözleşmeler 16.yüzyılın ilk yarısından itibaren ticaretle uğraşanların ihtiyaçları doğrultusunda meydana gelmeye başlamış ve ilk olarak da deniz sigortası poliçesi ile taşıma sözleşmelerinde kullanılmıştır⁵⁹. Daha sonra ise tüm sektörlerde ve giderek artan miktarlarda kullanılmaya başlanmıştır. Ancak bugüne kadar standart sözleşme kavramına İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarında yer verilmediği gibi Alman Medeni Kanunu'nda da

⁵⁷ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.154

⁵⁸ **HAVUTÇU**, s.12; **KAPLAN**, İbrahim; *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, Ankara, 1987,

s.52

⁵⁹ **GÜNGÖR**, s.35

yer verilmemiştir⁶⁰. TKHK da 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 belirledięi⁶¹ ve müzakere konusu yapmadığı hükümlerden oluşan sözleşme olarak tanımlayabiliriz.

Ferdi sözleşme, irade özgürlüğü ve eşitlik ilkelerine dayanmakta iken; standart sözleşmeler, taraflardan birine üstünlük tanınmasıyla ve üstün tarafın sözleşme içeriğini önceden, dilediği gibi belirleme yetkisine dayanmaktadır⁶².

Doktrinde standart sözleşmeyi ifade etmek üzere “kitlesele sözleşme⁶³”, “kitle sözleşme⁶⁴”, “tip sözleşme⁶⁵”, “formüler sözleşme⁶⁶”, “çerçeve sözleşme⁶⁷” ve “iltihakî sözleşme⁶⁸”, “form sözleşme⁶⁹” kavramları da kullanılmaktadır.

Doktrinde hatalı olarak genel işlem şartları ile standart sözleşme kavramları eş anlamlı addedilmekte ve bu farklı iki kavram birbiri yerine kullanılmaktadır.⁷⁰ Oysa genel işlem şartları kavramı ile standart sözleşme kavramları farklı kavramlardır⁷¹. Standart sözleşme, müzakere ve pazarlık ile kurulmayan sözleşmeleri, genel işlem şartları ise bu sözleşmelerin kısmen

⁶⁰ **BARLAS**, Nami; “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri” , Prof.Dr. Erdoğan Moroğluna 65.Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s.807-828, s.809

⁶¹ **BARLAS**, s.809

⁶² **BAHTİYAR**, s.79

⁶³ **BATTAL**, Ahmet; Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2001, s.182

⁶⁴ **ÖZEL**, Çağlar; “Haksız Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması Sorununa Bir Bakış ve Almanya Örneği”, Batider C.XX, s.2, s.53-69, Ankara,1999, s.53

⁶⁵ **GÜLTEKİN**, s.19; **GÜNGÖR**, s.37; **TANDOĞAN**, s.24

⁶⁶ **OZANOĞLU**, s.203; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.155

⁶⁷ **BARLAS**, s.807; **ZEVKİLER**, s.158

⁶⁸ **İNAL**, s.137

⁶⁹ **ASLAN**, s.273

⁷⁰ **BAHTİYAR**, s.78; **GÜLTEKİN**, s.19

⁷¹ **AKİPEK**, s.223; **BARLAS**, s.811; **HAVUTÇU**, s.13; **İNAL**, s.137; **KAPLAN**, s.12; **OĞUZ/ÖZ**, s.21

veya tamamen içeriğini oluşturan ve pazarlık konusu yapılmamış hükümleri ifade eder⁷².

AKİPEK⁷³, tarafların sözleşme hükümlerini kısmen düzenleyip kalan kısım için genel işlem şartlarına yollama yapmaları halinde standart sözleşmeden bahsedilemeyeceğini ileri sürmektedir. Genel işlem şartları, sözleşmenin tamamen içeriği olabileceği gibi, tarafların sözleşmenin bir kısmını düzenleyip kalan kısmı genel işlem şartlarına atıf yapmak suretiyle doldurmaları da mümkündür. Nitekim doktrinde standart sözleşmenin tanımı verilirken “içeriği kısmen veya tamamen genel işlem şartlarından oluşan sözleşme...” şeklinde tanımlanmaktadır. Sözleşmenin bu şekilde düzenlenmiş olmasının onun standart sözleşme olma vasfını etkilemeyeceğini, bu şekildeki bir görüşün standart sözleşmenin tanımı ile de bağdaşmayacağını⁷⁴ düşündüğümüz için bu görüşe katılmıyoruz.

Standart sözleşme ile iltihakî sözleşme kavramlarını da birbiriyle karıştırmamak gerekir⁷⁵. İltihakî sözleşme⁷⁶ 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.⁷⁷ İltihakî sözleşmelerde yer alan şartlar ile genel işlem şartlarının hiçbir farkı yoktur. İltihaki sözleşmelerde de, standart sözleşmelerde olduğu gibi sözleşmenin içeriği genel işlem şartlarından meydana gelmektedir⁷⁸. Bu nedenle İltihakî

⁷² **HAVUTÇU**, s.13; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.155

⁷³ **AKİPEK**, s.224

⁷⁴ **ATAMER**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GİŞ, s.62

⁷⁵ Bu iki kavramı eş anlamlı kullanan için Bkz. **AKİPEK**, s.224; **BATTAL**, s.182 vd.; **BAYKAN**, s.163

⁷⁶ Alman Genel İşlem Şartları Kanunu, iltihaki sözleşmelerdeki GİŞ'i denetim dışı bırakıyor. Bkz. **TANDOĞAN**, s.29

⁷⁷ **ATAMER**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GİŞ, s.7; **HAVUTÇU**, s.14

⁷⁸ 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

sözleşmelerdeki şartlar da genel işlem şartları gibi değerlendirilmelidir⁷⁹. Hatta tüketicinin satıcı, sağlayıcı veya kredi veren karşısındaki mali ve entelektüel bakımdan güçsüzlüğü ve tüketiciye yapılan dayatmalar nedeniyle standart sözleşmeler karşımıza iltihakî olarak çıkmaktadır⁸⁰.

Yargıtay 3.Hukuk Dairesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta “*Davalı Belediye her ne kadar bir kamu tüzel kişisi olup, gördüğü hizmet kamu hizmeti ise de; davacı taraf belirli şartlara uyararak (intibak ederek) ve bedel vermek suretiyle faydalandığı bu tür sözleşmeler (su abonman sözleşmesi) iltihakî sözleşmelerdir. İltihaki sözleşmeler; bir kamu hizmeti ifa edip hukuken veya eylemli olarak (fiilen) tekel durumu arz eden ve halkın bağlanması gereken (nakliye, elektrik, PTT, su işletmeleri gibi) teşebbüslere ait formüle edilmiş sözleşmeleri ifade eder.*”⁸¹ şeklindeki tanımı ile isabetli olarak İltihaki sözleşmeyi ifade etmiş; ancak karar kısmında iltihakî sözleşme ve genel işlem şartları kavramını hatalı olarak eş anlamlı kullanmıştır. Ancak iltihakî sözleşme kavramı ile standart sözleşme kavramı ve genel işlem şartları kavramı eş anlamlı kavramlar değildir. Standart sözleşme kavramı, iltihakî sözleşme kavramını da içeren üst kavramdır⁸². Diğer taraftan kanunda da doktrinde farklı isimlerle ifade edilen bu sözleşme türü için “standart sözleşme” ifadesi kullanılmıştır. Bu nedenle biz de çalışmamızda iltihakî sözleşme de dahil bu sözleşmeleri ifade etmek için “standart sözleşme” kavramını kullanmayı uygun görüyoruz.

sözleşme yapma bir başka deyişle sözleşmenin karşı tarafını seçme imkanı olmadığı için bu iltihaki sözleşmelerde sözleşme özgürlüğü tüketici açısından minimum düzeydedir. Aynı görüş için bkz. **İNAL**, s.134; **ATAMER**, iltihaki sözleşmede yer alan hükümlerin GİŞ olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. **ATAMER**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GİŞ, s.63

⁷⁹ **OĞUZ**, s.529

⁸⁰ **BAHTİYAR**, s.78; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.155

⁸¹ Yargıtay 3.H.D. 2.6.1998 tarih ve K. 1998/6098 E. 1998/4263 sayılı kararı. (<http://www.kazanci.com.tr/kho2/ibb/files/3hd-1998-6098.htm>)

⁸² **ZEVKLİLER**, s.159

1- Bireysel (Ferdî) Sözleşmelerde Yer Alan Haksız Şartlar

Her ne kadar ferdi sözleşmelerde sözleşme içeriği, sözleşmeyi yapan tarafların müzakeresi ve pazarlık yoluyla (icap, karşı icap, 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 edim yükümlülüklerinin müzakere edilmediği hallerde bireysel sözleşmelerde haksız şart olarak nitelendirdiğimiz hükümlerin bulunması mümkündür.

2- Standart Sözleşmelerde Yer Alan Haksız Şartlar

Ferdi tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi standart tüketici sözleşmelerinde de haksız şartlarla karşılaşmak mümkündür. Standart tüketici sözleşmelerinde haksız şartların yer alması ferdi tüketici sözleşmelerindekinden daha fazla olmaktadır. Hatta denebilir ki standart tüketici sözleşmelerinin 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 standart sözleşmelerde daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. Çünkü standart sözleşmelerde sözleşmenin içeriğini genel işlem şartları ihtiva etmekte olup, tüketicinin sözleşmenin içeriğine müdahale etme, içeriği değiştirme imkanı bulunmamaktadır.

a- Genel Olarak

Türkiye’de 4822 Sayılı kanunla değişik 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 6.maddesi ile getirilen düzenlemeye kadar ne haksız şartlar ne de genel işlem şartları ile ilgili genel bir hukuk kuralı bulunmaktaydı. Her ne kadar bazı kanunların muhtelif maddelerinde özel hükümler bulunmakta ise de bunların tüm sözleşmelere uygulanması imkanı bulunmamakta olup, doktrinde⁸³ bu özel hükümlerin kıyas yoluyla tüm sözleşmelere uygulanabileceği yolunda görüşler ortaya atılmışsa da uygulama bu yönde gelişmemiştir. Örneğin TTK m.742, Sigorta Murakabe Kanunu m.28 ve m.49, TKHK m.6 ve m.7’de genel işlem şartları ile ilgili bazı hükümler bulunmakta idi. Bunun dışında konu ferdi sözleşme hukuku kuralları ile çözümlenmeye çalışılmıştır.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da yapılan değişiklik ile haksız şartların denetlenmesinin dogmatik dayanağı da oluşturulmuş oldu. Böylece 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 atılmış oldu. Bazı noksanlıklarına ve kavram karmaşalarına karşın çok faydalı ve gerekli olduğunu düşündüğümüz bu hükmün kanunda yer alması son derece isabetli olmuş, bu alandaki büyük bir eksiklik giderilmeye çalışılmıştır. Yine yasalaşması gündemde olan Borçlar Kanunu Tasarısı’nın⁸⁴ 20.-25.maddeleri arasında tüm sözleşme türlerinde uygulanmak üzere genel işlem şartlarına yer verilmiştir. Bu tasarının yasalaşması halinde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a göre genel kanun niteliğinde olan Borçlar Kanunu’nun GİŞ’e ilişkin hükümleri TKHK’da hüküm olmayan hallerde tüketici sözleşmelerinde uygulama imkanı bulacaktır. Ancak günümüzde GİŞ’in hemen her sektörde giderek artan miktarlarda kullanılması, ferdi sözleşmelerin giderek yerini standart sözleşmelere bırakması ve konunun arz

⁸³ ASLAN/ŞENYÜZ/ERGÜN, s.201; YÜCEL, s.34

⁸⁴ Borçlar Kanunu Tasarısı metni için bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm>

ettiği önem dolayısıyla Borçlar Kanunu Tasarısındaki düzenlemenin yetersiz olduğunu, konunun daha çok maddede ve daha kapsamlı olarak düzenlenmesinin ve hatta haksız şartlar ile ilgili özel bir kanun çıkarılmasının daha isabetli olacağını düşünüyoruz.

b- Genel İşlem Şartları

Ne TKHK'da ne de Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'te genel işlem şartlarının tanımı yapılmıştır. Sanayi devriminin ortaya çıkardığı kitlesel ve seri üretimin sözleşmeler hukuku alanındaki yansıması olan⁸⁵ genel işlem şartları, 1976 tarihli Alman Genel İşlem Şartları Yasası'nın 1.maddesinin 1.fıkrasında çok sayıda sözleşme için önceden hazırlanmış olan sözleşmenin kuruluşu sırasında taraflardan birinin diğerine sunduğu sözleşme şartları⁸⁶ olarak ifade edilmiştir. Aynı maddenin 2.fıkrasında 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 düzenlendiği Yeni Alman Medeni Kanunu'nda da yer almıştır.⁸⁷ Bu tanımdan hareketle genel işlem şartlarını, ilerde yapılacak aynı türdeki çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere önceden hazırlanan, sözleşmenin kurulması sırasında satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin dayandığı, sözleşme içeriği haline getirmek istediği daha doğrusu sözleşmeyi sadece bu şartlar altında yapmak isteğini belli ettiği⁸⁸, değiştirilmeden kabul edilmek üzere tüketiciye sunduğu⁸⁹ ve fakat tüketicinin içeriğine etki etme imkanının olmadığı bir başka deyişle müzakere edilmeden sözleşmeye alınan⁹⁰ sözleşme hükümleri olarak tanımlayabiliriz.

⁸⁵ ASLAN, s.274; BAHTİYAR, s.78; OZANOĞLU, s.201; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.155

⁸⁶ TANDOĞAN, s.29

⁸⁷ HAVUTÇU, s.235; ZEVLİLER, s.157

⁸⁸ OĞUZ, s.511

⁸⁹ ARSLAN, s.280; SOYER, M. Polat; Genel İş Koşulları, İZMİR, 1987, s.33

⁹⁰ OĞUZ, s.512

Doktrinde bazı yazarlar⁹¹ genel işlem şartlarının tarifini yaparken bunları, kullanan kişinin hazırladığı şartlar olarak ifade etmektedirler. Borçlar Kanunu Tasarısının 20. maddesinin 1. fıkrasında GİŞ için “düzenleyenin tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu” ibaresi kullanılmış olup, biz bu şekilde yasalaşması halinde kanunun amacına ulaşmayacağını düşünüyoruz. TKHK'nın 6.maddesinde ise bunlar için isabetli olarak satıcı veya sağlayıcının “sözleşmeye koyduğu” şartlar deniyor. Genel işlem şartlarını, kullananın hazırladığı şartlar olarak tanımlamak isabetli olmadığı gibi bu şartların genelde kullandan ziyade üçüncü kişi ya da mesleki birlik tarafından hazırlandığı gerçeği karşısında birtakım genel işlem şartlarının sırf bu nedenle denetim dışı kalmasına yol açılacağı ve bunun da amaca uygun bir netice olmadığı son derece açıktır.

GİŞ ile genelde ödeme ve teslim, ispat yükünün tüketiciye yüklenmesine, mülkiyeti muhafazaya, yetkili mahkeme tayinine, cezai şarta, ifa koşullarına ve yerine⁹², alacağın temlik yasağına, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sorumluluğunun sınırlandırılmasına veya tamamen ortadan kaldırılmasına ilişkin hükümlere yer verilir.

Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin kullandığı “genel kredi sözleşmesi”, “umumi mukavele”, “umumi satış şartları”, “taşıma sözleşmesi şartları”, “genel taahhüt” vs. şeklindeki nitelendirmelerin sözleşme hükümlerinin genel işlem şartı olup olmadığının taktirinde herhangi bir etkisi yoktur.

⁹¹ AKMAN, s.87; BAHTİYAR, s.79; GÜLTEKİN, s.20; OZANOĞLU, s.201; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.155

⁹² AKMAN, s.88

c- Genel İşlem Şartlarının Özellikleri

Genel işlem şartlarının özellikleri şu şekildedir:

aa. Müzakere Edilmemiş Olma

GİŞ, tüketiciyle müzakere edilmeden⁹³ satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tek taraflı olarak sözleşmeye konulmaktadır. Sözleşme hükümleri taraflar arasında müzakere edilmişse, teker teker pazarlık konusu yapılmışsa ve tüketici içeriğine etki etme⁹⁴ imkanı bulmuşsa artık genel işlem şartlarından bahsedilemez⁹⁵. Ancak genellikle müzakere konusu yapmaktan ziyade diğer taraf GİŞ'e dikkat etmez, varlığından haberdar dahi değildir.

bb. Sözleşmenin Kurulmasından Önce Tek Taraflı Hazırlanmış Olma

Genel işlem şartları, sözleşmenin kurulması sırasında değil ve fakat sözleşmenin kurulmasından önce belirlenmektedir. Genel işlem şartları, önceden satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından hazırlanmış olabileceği gibi bir meslek kuruluşu tarafından veya üçüncü bir kişi tarafından da hazırlanmış olabilir⁹⁶. Önemli olan genel işlem şartlarını kimin hazırladığı değildir, önemli olan tüketicinin bu şartların hazırlanması sırasında herhangi bir katılımının olmamasıdır. Tüketici bunların içeriğini değiştirme olanağına sahip olmamakta, satıcı, sağlayıcı veya kredi veren genel işlem şartlarını gücüne güç katan bir araç olarak kullanmaktadır⁹⁷. Hatta denebilir ki sözleşmenin kurulması aşamasında tüketicinin sadece imza atması dışında hiçbir fonksiyonu olmamaktadır⁹⁸.

⁹³ AKİPEK, s.224; ZEVKLİLER, s.159

⁹⁴ ATAMER, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GİŞ, s.61

⁹⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.158

⁹⁶ ASLAN, s.281; TANDOĞAN, s.25

⁹⁷ BAHTİYAR, s.80; SOYER, s.33

⁹⁸ AKİPEK, s.223

Genel işlem şartlarının şekli ve kapsamı gibi hususlar da önemli değildir.⁹⁹ Genel işlem şartları yazılı veya yazılı olmadan belirlenmiş olabilir¹⁰⁰. GİŞ ile sözleşmenin tali noktaları veya sübjektif esaslı noktaları ve hatta objektif esaslı noktaları da düzenlenebilir.

cc. Genel ve Soyut Olma

Genel işlem şartları, tıpkı hukuk normu gibi genel ve soyut bir nitelik arz etmekte olup, yasal niteliği olmamasına rağmen, yasa hükmü gibiymiş bunlara sözleşmelerde yer verilmektedir¹⁰¹.

Genel işlem şartları soyuttur. Bu hükümler herhangi bir somut sözleşme ilişkisini düzenlemek için konulmamıştır¹⁰², bilakis ileride yapılacak aynı türdeki çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanırlar. Örneğin bir bankanın kullandığı kredi genel şartları bu niteliktedir. Çünkü banka bu şartları sadece belirli bir sözleşme ilişkisini düzenlemek için değil ileride bu türden yapacağı tüm sözleşmelerde kullanmak üzere hazırlamakta ve hazırlatmaktadır.

Genel işlem şartları, genel nitelikli¹⁰³ hükümlerdir. Nitekim bunlar belirli kişiler düşünülmesizin¹⁰⁴ kendileri ile ileride sözleşme yapılacak çok sayıda kişi düşünülerek hazırlanırlar.

dd. Çok Sayıda Sözleşmede Kullanılmak Üzere Hazırlanma

Genel işlem şartları, ileride aynı türdeki çok sayıda sözleşmede kullanılmak için hazırlanırlar. GİŞ'in fiilen tek bir defa kullanılmış olması bunların bu niteliğini ortadan kaldırmaz.

⁹⁹ HAVUTÇU, s.170

¹⁰⁰ ASLAN, s.281; HAVUTÇU, s.65

¹⁰¹ BAHTİYAR, s.81; SOYER, s.32

¹⁰² OĞUZ, s.511

¹⁰³ OĞUZ, s.511

¹⁰⁴ BAHTİYAR, s.81; OĞUZ, s.511

Sözleşme şartları üçüncü kişi tarafından önceden formüle edilmişse, hazırlayan üçüncü kişinin çok sayıda sözleşmede kullanılması için hazırlanmış olması önemlidir. Bunları kullananın da ayrıca bu şartları çok sayıda kişi ile yapacağı sözleşmeye temel oluşturma niyetinde olması gerekmez. Bu nedenle üçüncü kişinin hazırladığı sözleşme şartlarını sözleşmenin taraflarından biri sadece bir kez kullansa bile, bu şartlar kullananın dayandığı genel işlem şartları niteliğini kazanır. Buna rağmen doktrinde bazı yazarlar, yazılı ve basılı olmasına karşın, tarafların ilerde çok sayıda kira sözleşmesi yapma amaçları olmadığı ve bu şartlar taraflardan birisince önceden hazırlanmış olmadığı için kira sözleşmesinde yer alan hükümlerin genel işlem şartı olmadığını ileri sürmektedirler¹⁰⁵. Matbu kira sözleşmeleri üçüncü kişiler tarafından ve ilerde yapılacak çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanırlar. Bunların ille de kullanan tarafından hazırlanmış olması da gerekmez¹⁰⁶. Bu nedenle bu görüşe katılmıyoruz.

ee. Sözleşmenin Kurulması Sırasında Bunlara Dayanılması

Sözleşmenin kurulması sırasında satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin genel işlem şartlarına dayanması¹⁰⁷, bu şartları sözleşmenin içeriği haline getirmek istemesidir. GİŞ'in sözleşmeye alınmasını üçüncü kişinin örneğin satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin bağlı olduğu meslek kuruluşunun sağlaması ya da önermesi bir fark yaratmaz. Nitekim 93/13 sayılı AB Direktifinde de genel işlem şartlarının bizzat satıcı, sağlayıcı veya kredi veren yada 3.kişi tarafından hazırlanmış olması arasında bir fark olmayacağı belirtilmiştir¹⁰⁸. Bunun yanı sıra genel işlem şartlarının yazılı veya sözlü olması veyahut sözleşme metninin içeriğinde ya da ek bir sözleşme biçiminde hazırlanması önem taşımaz. Yine Borçlar Kanunu Tasarısının 20.maddesinin 1.fıkrasının 2.cümlesinde de GİŞ'in sözleşme metninde veya

¹⁰⁵ AKMAN, s.87; BAHTİYAR, s.79; GÜLTEKİN, s.20; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.156

¹⁰⁶ HAVUTÇU, s.76; Aksi görüş için bkz. AKİPEK, s.224; BATTAL, s.182

¹⁰⁷ Çok istisnaen güçlü tüketiciler de kendi GİŞ'ine dayanabilir.

¹⁰⁸ DEUTSCH (Çev.HAVUTÇU), s.264

sözleşmenin ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şeklinin önemli olmayacağı açıkça belirtilmiştir.

d- Genel İşlem Şartlarının Yararları ve Sakıncaları

Genel işlem şartlarının satıcı, sağlayıcı veya kredi veren açısından yararları ve sakıncaları olduğu gibi tüketici açısından da yararları ve sakıncaları vardır. Bu nedenle aşağıda genel işlem şartlarının tüketici sözleşmesinin her iki tarafı için hem yararlarını hem de sakıncalarını inceleyeceğiz.

aa. Genel İşlem Şartlarının Yararları

Truva atı olarak niteleyebileceğimiz genel işlem şartları satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tamamen yararına olup, satıcı, sağlayıcı veya kredi veren lehine olduğunu bildiği için bunların sözleşme içeriği haline gelmesini istemektedir. Öyle ki satıcı, sağlayıcı veya kredi veren bu şartların sözleşme içeriği haline getirilmesine tüketicinin itiraz etmesi halinde tüketiciyi sözleşme yapmama tehdidi ile karşı karşıya bırakmaktadır. Hatta denebilir ki, genel işlem şartları kullanımı çoğu halde sözleşme özgürlüğünü ortadan kaldırmakta bunun yerine satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin istediği koşulları tüketiciye dikte etmesi özgürlüğüne yol açar. Nitekim GİŞ, ekonomik gücü ilişkilere en geniş bir biçimde yansıtan seçkin bir araçtır¹⁰⁹.

Genel işlem şartlarının satıcı, sağlayıcı veya kredi veren açısından diğer yararları ise, pazarlığı önleyerek sözleşmenin kuruluşunu çabuklaştırması ve bu suretle zaman kaybını önlemesi¹¹⁰, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin aynı türdeki sözleşmeler için her defasında yeniden sözleşme kurmasını ortadan kaldırması ve psikolojik bir baskı altında olmadan ileride ortaya çıkması muhtemel her türlü rizikoyu en baştan

¹⁰⁹ SOYER, s.34

¹¹⁰ ASLAN, s.274

öngörerek bunları GİŞ içine alarak bu şekilde kendisini önceden garanti etmesi sayılabilir.

Sözleşmenin kuruluşunu hızlandırması ve basitleştirmesi genel işlem şartlarının tüketici için de olan yararadır. Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tüm tüketicilerle aynı GİŞ'i içeren sözleşmeler imzalamaları nedeniyle tüketiciler arası eşitlik sağlanmış¹¹¹ ve tüketici, diğerlerinin de aynı şartlarla malı satın aldığı, hizmetten faydalandığını veya krediyi edindiğini düşünerek bir nevi psikolojik rahatlama hissedecektir.

Belirli iş kollarında aynı veya benzer sorunların ortaya çıkacağı dolayısıyla genel işlem şartlarının yeknesaklığı¹¹² ve gelişmeyi sağlayacağı ileri sürülmüşse¹¹³ de belirli iş kollarında aynı genel işlem şartlarının kullanılmasının, önceden idari denetime tabi tutulmaması halinde bunların tüketicinin zaten sınırlı olan sözleşme özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırıcı nitelikte olacağını bu nedenle bunun yarardan ziyade sakınca olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim bunu ileri süren yazar da bunun sakıncalarına değinmektedir.

GİŞ kullanan satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yer vereceği sorumsuzluk kaydı ile rizikoları tüketiciye yüklemesi nedeniyle bunu fiyatlara yansıtacağı, bu şekilde fiyatların düşeceği de GİŞ'in yararı olarak belirtilmiştir. Ancak GİŞ içinde yer verilen sorumsuzluk kayıtları, fiyatları belirleyen birçok faktörden yalnız biri olup, sorumsuzluk kayıtları ile fiyatların düşmesi olgusu arasındaki illiyet bağının tespiti de zordur¹¹⁴.

¹¹¹ **INAL**, s.134

¹¹² **SOYER**, s.48

¹¹³ **ASLAN**, s.274

¹¹⁴ **AKMAN**, s.91

bb. Genel İşlem Şartlarının Sakıncaları

Genel işlem şartları ticari hayatı çabuklaştırıp kolaylaştırırsa da tüketici açısından önemli sakıncaları da beraberinde getirmektedir¹¹⁵. Şöyle ki;

Genel işlem şartlarının kullanıldığı standart sözleşmelerde sözleşme özgürlüğü adeta ortadan kalkmakta, bu özgürlük satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tek taraflı özgürlüğüne dönüşmekte olup sözleşme, müzakereler, pazarlıklar ve karşılıklı ödümler neticesinde kurulmamakta ve daha da önemlisi tüketicinin iradesi sözleşmeye neredeyse hiç yansımamaktadır. Sözleşme tamamen satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tüketiciye sunduğu ve tüketicinin çoğu zaman pazarlık konusu yapamadığı ve içeriğine etki edemediği genel işlem şartları ile birlikte kurulmakta, tüketicinin bu şartları kabul etmediği hallerde ise sözleşmenin kurulmaması ve dolayısıyla ihtiyaç duyulan mal, hizmet veya krediden vazgeçilmesi şeklinde bir sonuçla karşılaşılmaktadır¹¹⁶ ki tüketicinin bu ikinci alternatifi çoğu halde tercih etmeyeceği aşikardır.

Genel işlem şartlarının tüketici açısından bir başka sakıncası ise tüketicinin içeriğine etki etme imkanı bulamadığı bu şartlarla satıcı, sağlayıcı veya kredi veren, ilerde doğması muhtemel tüm rizikoları tüketicinin üzerine bırakmakta, tarafların çıkarlarını adil ve hakkaniyete uygun bir şekilde dengeleme amacına matuf olarak düzenlenmiş olan tamamlayıcı hukuk kurallarını sürekli bir biçimde ortadan kaldırmaktadır¹¹⁷. Böyle bir uygulamanın ise tüketiciyi haksız olarak dengesiz bir konuma sokacağı açıktır.

¹¹⁵ AKİPEK, s.225

¹¹⁶ BAHTİYAR, s.83; OZANOĞLU, s.202; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.155

¹¹⁷ AKMAN, s.92; BAHTİYAR, s.82; OZANOĞLU, s.204;
TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.160

Genel işlem şartlarının kanunlardaki boşluğu doldurduğu ve bu şekilde bir uzmanlaşmayı getirdiği şeklinde bir yararı olduğu ileri sürülmüşse¹¹⁸ 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 edilmiştir¹¹⁹. Genel işlem şartlarının yukarıda saydığımız sakıncaları nedeniyle bu görüşe katılmamak mümkün değildir; ancak tüm GİŞ'i aynı kefeye koymak da doğru değildir. Sözleşme özgürlüğünü engellediği gerekçesiyle GİŞ'i peşinen yasaklamak, kullanılmasını önlemek doğru bir yaklaşım olmadığı gibi¹²⁰, böyle bir yaklaşım ticari hayatın gereklerine de uygun düşmez.

¹¹⁸ **GÜLTEKİN**, s.23

¹¹⁹ **İNAL**, s.144; **TEKİNALP**, Ünal; Banka Hukukunun Esasları, İstanbul, 1988, s.263

¹²⁰ **HAVUTÇU**, s.39

Ş6- TKHK'DA ÖNGÖRÜLEN HAKSIZ ŞARTLARIN ÖZELLİKLERİ

A- Sözleşme Hükümü, 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 içeriğine etki etme imkanı verilmemiş olmalıdır. Özellikle standart sözleşmelerde yer alan GİŞ'in tüketici ile müzakere edilmediği karine olarak söylenebilir¹²¹.

Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren, söz konusu sözleşme hükmünü tüketici ile müzakere etmeye, gerekirse değiştirmeye hazır olduğunu belli etmelidir. Tüketicilere 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.

Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tek taraflı olarak sözleşmeye konulan bir hükmün haksız şart olarak nitelendirilmesinde bu hükmün satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından ya da bir başka kişi tarafından hazırlanmasının ise hiçbir önemi bulunmamaktadır. Bu hükmü bizzat satıcı, sağlayıcı veya kredi veren düzenlemiş olabileceği gibi, bir meslek kuruluşu ya da 3. bir kişi de hazırlamış olabilir.

¹²¹ Nitekim "müzakere edilmeme" GİŞ'in en tipik özelliğidir.

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

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 niyet¹²² kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması gerekir. 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 niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olup olmadığının tespiti önem taşımaktadır.

¹²² Kanunda her ne kadar “iyi niyet” ifadesi kullanılmışsa da burada bahsedilenin aslında “objektif iyi niyet, dürüstlük kuralı” olduğu açıktır. Nitekim Yönetmelik m.4/d’de haksız şart tanımlanırken “dürüstlük kuralı” ifadesi kullanılmıştır. **ZEVKLİLER**, s.165

Ş7- HAKSIZ ŞARTLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

A- Genel Olarak

Haksız şartların hukuki niteliğinin belirlenmesi bunların geçerliliğinin şartları ve hangi hallerde geçerli hangi hallerde geçersiz olduklarının tespitinde önem taşır. Örneğin genel işlem şartlarının hukuk normu olarak nitelendirilmesi halinde tüketicinin herhangi bir irade beyanına bakılmaksızın bunların tüketici hakkında geçerli olacakları söylenebilecektir¹²³. 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.

Bireysel sözleşmelerde yer alan haksız şartların hukuki niteliği konusunda herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır. Bunlar sözleşme kökenli hükümlerdir. Nitekim TKHK m.6'da haksız şartın tanımı yapılırken bunların sözleşme hükümleri oldukları açıkça ifade edilmiştir. Asıl ihtilâf haksız şartların esasını teşkil eden genel işlem şartlarının hukuki niteliği konusundadır. Aşağıda genel işlem şartlarının hukuki niteliğini ortaya koyarak meseleye açıklık kazandırmaya çalışacağız.

B- Genel İşlem Şartlarının Hukuki Niteliği

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

¹²³ **TEKİNALP**, s.267

1- Norm Görüşü

Haksız şartların büyük bir kısmını teşkil eden genel işlem şartlarının 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 terkedilmiştir¹²⁴.

Genel işlem şartlarının hukuk normu olarak nitelendirilmelerine olanak yoktur. Hukuk normlarının yasama organı tarafından ihdas edildiği, buna karşılık genel işlem şartlarını hazırlayanların bu vasfı taşımadığı son derece açıktır¹²⁵. Ayrıca hukuk normları, objektif nitelikte normlar olup tarafların hak ve menfaatlerini adil olarak dengelemeye çalışmakta, buna karşılık objektif nitelikten yoksun olan¹²⁶ genel işlem şartları ile sadece kullanan lehine hükümlere yer verilmektedir¹²⁷. Yine yasalar kişiler hakkında onların iradesine bakılmaksızın uygulanırken genel işlem şartları, sözleşmenin tarafları kabul etmediği sürece haklarında uygulanmaz¹²⁸.

2- Sözleşme Görüşü

Sözleşme görüşüne göre, genel işlem şartları sözleşme içeriği haline gelene kadar hiçbir değer ifade etmez, bunlar sözleşme özgürlüğü içerisinde geçerlilik kazanır. Genel işlem şartlarının hukuksal açıdan değer kazanması ve taraflar için bağlayıcı olması için, bunların diğer tarafça açık veya örtülü irade beyanıyla kabul edilmeleri gerekir. Tarafların uygun irade beyanıyla sözleşme ile ilişkilendirilmeden, sözleşme içeriği haline gelmeden evvel ise genel işlem şartları, sıradan bir kağıt parçasından veya en iyi olasılıkla

¹²⁴ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.157

¹²⁵ **AKMAN**, s.89

¹²⁶ **ZEVKLİLER**, s.161

¹²⁷ **AKMAN**, s.89; **SOYER**, s.55

¹²⁸ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.157

sözleşmenin kurulması için yapılacak icaba temel teşkil eden bir tasarı ve projeden başka bir şey değildir¹²⁹.

3- Örf Adet Görüşü

Bu görüşe göre genel işlem şartlarını örf ve adet veya teamül şeklinde nitelendirmek ve bu şekilde onların bağlayıcılıklarına dayanak bulmak mümkündür¹³⁰.

Ticari örf ve adet kuralının varlığından bahsetmek için iki unsurun bulunması gerekir: Birincisi ticari örf ve adet kuralının uzun süreden beri uygulanıyor olması, ikincisi ise toplumda bu ticari örf ve adet kuralına uyulması gerektiğine ilişkin genel bir inanış olmasıdır. Genel işlem şartlarının ise bu iki unsuru birden sağlamadığı açıktır. Bu nedenle genel işlem şartlarını ticari örf ve adet kuralı olarak nitelendirmek mümkün değildir.

4- Değerlendirme

Kanaatimizce genel işlem şartları da bireysel sözleşmelerde yer alan hükümler gibi sözleşme nitelikli hükümlerdir. Nitekim hem TKHK m.6'da hem de Borçlar Kanunu Tasarısında da genel işlem şartlarının 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 şartları da tarafların kabulü ile taraflar hakkında hüküm doğurur. Tüm sözleşme hükümleri gibi genel işlem şartları da yargısal denetime tabi olup, bunlardan haksız olarak nitelendirilebilenler olursa hakim bunların iptaline karar verebilecektir.

¹²⁹ AKMAN, s.89; BAHTİYAR, s.87; GÜLTEKİN, s.28; SOYER, s. 69; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.157

¹³⁰ AKİPEK, s.226

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM HAKSIZ ŞARTLARIN DENETİMİ

§8- HAKSIZ ŞARTLARIN DENETİMİ

Standart sözleşmeler, birçok faydası ile ticari hayatın vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiştir. Bir taraftan yaşamın bir parçası haline gelen standart sözleşmeleri geliştirmek¹³¹ bu suretle ticari hayatı çabuklaştırmak ve kolaylaştırmak, diğer taraftan da tüketicinin bu sözleşmelerde yer alan haksız şartlara karşı korunması için bu şartların denetlenmesi gerekir. Nitekim sosyal hukuk devleti ve tüketicinin korunması prensibi de bunu gerektirir¹³².

Haksız şartların denetiminde amaç çatışan iki değeri uzlaştırmaktır: bir taraftan ticari hayatın ayrılmaz bir parçası haline gelen standart sözleşmeleri geliştirmek diğer taraftan örgütsel, mali ve entelektüel açıdan zayıf tüketiciyi korumaktır. Bu nedenle denetimde bu ikisi arasındaki denge daima gözetilmeli, biri diğerine feda edilmemelidir.

A- Haksız Şartların İdari Denetimi

Kanaatimizce tüketicinin genel işlem şartlarına karşı korunmasında idari denetim büyük önem arz etmektedir. Nitekim idari denetimde genel işlem şartları daha tüketicinin karşısına çıkmadan 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 çıkar.

İdari denetimin birkaç faydasını zikretmekte yarar görüyoruz:

¹³¹ AKİPEK, s.226

¹³² BAHTİYAR, s.28

1. İdari denetim, haksız sözleşme koşullarının hazırlanmasından ve fakat sözleşmeye konulmasından önce denetimden geçirilmesi¹³³ esasına dayanır. İdari denetimde haksız şartlar, henüz tüketici ile karşılaşmadan önce elemine edilmekte, dolayısıyla idari denetim önleyici bir denetim olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yönüyle idari denetim ile tüketicinin haklarının ihlal edilmesi en başta engellenmekte ya da en aza indirilmektedir¹³⁴.

2. İdari denetim, yargısal denetimi kolaylaştırıcı ve yargının yükünü azaltıcı niteliktedir. GİŞ'in idari denetimden geçmesi sonucu sözleşmedeki haksız şartların büyük bir kısmı ortadan kalkacak, geriye kalan az sayıdaki GİŞ mahkemelerin önüne gideceğinden hem yargısal denetim kolaylaşacak hem de mahkemelerin iş yükü azalacaktır.

3. Örgütsel, entelektüel ve mali açıdan zayıf tüketicinin çoğu zaman dava açmayacağı düşünüldüğünde idari denetimin haksız sözleşme koşullarının her halükarda denetlenmesini sağlayacağı için yararlı olacaktır.

Sözleşme hükümlerinin idari denetimi konusunda Türk Hukukunda genel yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. TKHK m.6/son'da Sanayi ve Ticaret Bakanlığının standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların tespit edilmesine ve bunların sözleşme metninden çıkarılmasının sağlanmasına ilişkin usul ve esasları belirleyeceği belirtilmiştir. Bakanlıkça kanunun 6.maddesine dayanılarak çıkarılan "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik"te bu hususta herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

Haksız şartların idari denetimi ile ilgili bir düzenlemenin olmaması eleştirilmiş ve idari denetimin ne şekilde yapılabileceği konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür:

¹³³ AKİPEK, s.232

¹³⁴ OZANOĞLU, KİTAP, s.23

TANDOĞAN, genel işlem şartları ile ilgili genel ve zorunlu bir onaylatma yükümlülüğü konulması¹³⁵, isteğe bağlı onaylatma ve genel işlem şartlarının tescilli yükümlülüğü konulması suretiyle denetim şeklinde üç denetim şekli olduğunu, bunlardan ilkinin en etkilisi olduğunu belirtmektedir¹³⁶. Genel işlem şartları ile ilgili genel ve zorunlu idari denetim Türk Hukukunda sigorta alanında uygulanmaktadır. SMK m.28'egöre sigorta şirketleri, ilk defa uygulamaya koyacakları sigorta teminat şart ve esaslarını, uygulamaya başlamadan en geç on beş gün önce Müsteşarlığa göndermek ve mevzuata ve sigortacılık esaslarına aykırı bulunan veya sigortalıların korunması açısından uygulanmalarında sakınca görülen sigorta teminat şart ve esaslarını, Müsteşarlığın talebi halinde değiştirmek zorundadırlar. Sigorta alanında Bakanlığın izni alınmadan veya istenen değişiklik yapılmadan söz konusu GİŞ kullanılamaz.

Bizim de katıldığımız görüşe¹³⁷ göre, genel işlem şartlarının 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 edilmesidir¹³⁸. Bunun için güçlü ve yeterli kaynağa sahip tüketici örgütlerinin varlığına ihtiyaç vardır. Ancak belirtmek gerekir ki geçmişte olduğu gibi¹³⁹ günümüzde de tüketici örgütleri mali açıdan olduğu gibi entelektüel bakımdan donanımlı personel konusunda da sıkıntı içerisindeyler. Bu şekilde yetersiz yapılmış tüketici örgütlerinin güçlü satıcı, sağlayıcı veya kredi verenler ile bunların mesleki birlikleri karşısında ne kadar etkin olabileceği tartışmaya açık bir husustur.

Belirtmek gerekir ki, haksız şartların önemli bir bölümünü oluşturan genel işlem şartlarının önceden idari denetime tabi tutulmuş olması onun

¹³⁵ Bu denetim 3397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu'nun 28.maddesinde sigorta sözleşmelerindeki genel işlem şartları için öngörülmüştür.

¹³⁶ **TANDOĞAN**, s.35

¹³⁷ **BAYKAN**, s.206; **TEKİNALP**, s.265

¹³⁸ Bu görüşün eleştirisi için bkz. **ATAMER**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GİŞ, 50

¹³⁹ **AKAN**, s.57; **KILKIŞ**, s.65

haksızlığını ortadan kaldırmayacağı gibi bunların sonradan ayrıca yargısal denetime tabi tutulmasına da engel olmaz. Nitekim Yargıtay 11.Hukuk Dairesi¹⁴⁰, 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.

B- Haksız Şartların Hukukî Denetimi

1- Genel Olarak

Haksız şartların yorumu, teknik anlamda bir denetim olmadığı için sözleşmelerde yer alan hükümlerin yargısal denetiminde iki aşamalı bir denetimden söz edebiliriz¹⁴¹:

Birinci aşamada bu hükümlerin satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tüketici ile yapmayı 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 tüketici açısından en lehe olanı dikkate alınacaktır. Üçüncü aşamada ise sözleşme içeriği haline gelmiş ve açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmış olan (yoruma mahal vermeyen) sözleşme hükümlerinin içerik olarak hakkaniyete ve dürüstlük kurallarına uygun olup olmadığı değerlendirilecektir.

¹⁴⁰ Y. 11.HD. E:1995/1993 K:1995/3369 sayı ve 14.04.1995 tarihli kararı. (<http://www.kazanci.com.tr/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/11hd-1995-1>)

¹⁴¹ ZEVKLİLER, s.163

2- Haksız Şartların Yargısal Denetimi

a- Bağlayıcılık Denetimi

Biz genel işlem şartlarının hukuki niteliğinin sözleşme nitelikli normlar olarak kabul ettiğimiz için, kanaatimizce bunlar ancak tarafların anlaşması ile sözleşmenin içeriği haline gelir¹⁴². Taraf iradeleri genel işlem şartlarının sözleşme içeriği haline gelmesi konusunda uyuşursa, tüketicinin müzakere etme imkanının olup olmaması genel işlem şartlarının sözleşme içeriği haline gelmesini engellemez¹⁴³. Tüketicinin pazarlık şansının olup olmadığı, genel işlem şartlarının içerik olarak hakkaniyete uygun olup olmadıkları hususları içerik denetimi safhasında önem arz eder.

Bağlayıcılık denetiminde genel işlem şartlarının sözleşme içeriği haline gelip gelmediği denetlenmekte, sözleşme ile ilişkilendirilmemiş veya sözleşme içeriği haline gelmemiş hükümlerin tespit edilmesini sağlayarak tüketicinin bunlarla bağlı olması önlenmek istenmektedir. Eğer bağlayıcılık denetimi sonucu genel işlem şartlarının sözleşme içeriği haline geldiği sonucuna varılıyorsa bu durumda bu hükümlerin tüketiciyi bağlayacağı açıktır.

Bağlayıcılık denetimi, genel işlem şartlarının sözleşme içeriğine alınması ile ilgili olup, amaç tüketici sözleşmesinde yer alacak genel işlem şartlarının olabildiğince açık, anlaşılır ve saydam olmasını sağlamaktır. Bağlayıcılık denetimi safhasında tüketicinin söz konusu şartlar hakkında bilgilendirilip bilgilendirilmediği, genel işlem şartları kullanılacağına ilişkin genel bir atfın dışında güven ilkesine uygun olarak bu şartlara ilişkin gerekli ciddi uyarıların yapılıp yapılmadığı önem taşımaktadır. Bir başka ifade ile bağlayıcılık denetiminin konusu, genel işlem şartlarının satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tüketici ile akdettiği sözleşmeye alınmasına ilişkin anlaşmanın

¹⁴² İNAL, Borca Aykırılık, s.140; KAPLAN, Sözleşmeye Müdahale, s.53

¹⁴³ TEKİNALP, s.271

hangi hallerde geçerli olacağı ve anlaşmanın kapsamına hangi şartların dahil olacağıdır.¹⁴⁴ Kısaca bu tür denetimde genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriği haline gelip gelmediği denetlenir¹⁴⁵. Bu tür denetime doktrinde bağlayıcılık¹⁴⁶, geçerlilik¹⁴⁷ veya yürürlük¹⁴⁸ denetimi adı verilmektedir. Biz çalışmamızda amaca daha uygun bir ifade olduğunu düşündüğümüz “bağlayıcılık denetimi” kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

aa. İlişkilendirme Anlaşması

Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tüketici ile kuracağı sözleşmede kullanmak istediği genel işlem şartlarının sözleşmenin bir parçası haline gelmesi, bunların sözleşme içeriği sayılması ancak taraflar arasında yapılacak bir ilişkilendirme anlaşması yoluyla olur. Taraflar ilişkilendirme anlaşmasına rağmen GİŞ'in bazı hükümlerinin sözleşme içeriğinden çıkarılmasını da kararlaştırabilirler. Bu, sözleşmede GİŞ'in hangi hükmünün uygulanmayacağına açıkça belirtilmesi şeklinde olabileceği gibi, GİŞ metninde sözleşme içeriği olması istenmeyen hükmün üzerinin çizilmesi suretiyle de yapılabilir. Örneğin Yargıtay¹⁴⁹ önüne gelen bir uyuşmazlıkta taraflarca matbu sözleşmedeki bir hükmün üzerinin çizilmiş olmasını tarafların bu hükmün sözleşmeden çıkarılmasına yönelik beyanı olarak yorumlamıştır.

İlişkilendirme anlaşmasının, genel işlem şartları üzerinde iki yönlü bir etkisi bulunmaktadır. İlişkilendirme anlaşması bir taraftan genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesine, sözleşme içeriği haline

¹⁴⁴ HAVUTÇU, s.105

¹⁴⁵ ASLAN, s.281

¹⁴⁶ HAVUTÇU, s.105; ZEVKLİLER, s.164

¹⁴⁷ ZEVKLİLER, s.164

¹⁴⁸ ATAMER, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GİŞ, s.82

¹⁴⁹ Y. 13.HD. E:2001/4613 K:2002/1457 sayı ve 05.03.2002 tarihli kararı. (<http://www.kazanci.com.tr/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/19hd-2001-4>);

getirilmesinde etkili olmakta, diğer taraftan ise sözleşme ile ilişkilendirilen şartlardan geçerli olacakların çerçevesini çizmektedir¹⁵⁰.

İlişkilendirme anlaşması, asıl sözleşme taraflarının, sözleşmenin içeriğinin kısmen veya tamamen genel işlem şartları ile düzenlenmesi konusunda BK m.1 anlamında karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile meydana gelir.¹⁵¹ GİŞ, taraflarca açık veya örtülü bir irade beyanıyla asıl sözleşme ile ilişkilendirilmediği, onun içeriği haline getirilmediği hallerde GİŞ taraflar için bağlayıcı olmaz, onlar için hak ve borç doğurmaz¹⁵².

Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren kısmen veya tamamen tüketici sözleşmesinin içeriği haline getirmek istediği genel işlem şartlarını sözlü veya yazılı olarak tüketicinin bilgisine sunmakta, açıkça bunlara atıfta bulunmakta¹⁵³ ve tüketicinin açık veya örtülü kabulüyle genel işlem şartları, tüketici sözleşmesinin kısmen veya tamamen içeriği haline gelmekte ve taraflar için bağlayıcılık kazanmaktadır. Ancak genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriği haline gelmesi için bunların tüketiciye sunulması yeterli olmayıp, ayrıca tüketicinin bunların içeriği hakkında bilgi edinmesi olanağının¹⁵⁴ da sağlanması gerekir. Sözleşmenin meydana gelmesi için gerekli olan tüm unsurlar ve hususlar, ilişkilendirme anlaşması için de geçerlidir.

GİŞ metninin tüketiciye verilmesine rağmen sözleşmede bunlara atıf yapılmamışsa bunlar sözleşme içeriği haline gelmezler¹⁵⁵. Aynı şekilde kural olarak GİŞ'e atıf yapılan ve fakat GİŞ metninin tüketiciye verilmediği hallerde de GİŞ'in sözleşme içeriği haline gelmediği kabul edilmelidir. Genel işlem şartlarının İş Hukukundaki yansıması olan genel iş koşulları metninin işçi açısından bağlayıcı olması için sözleşmenin kurulmasından önce bunların

¹⁵⁰ OĞUZ, s.515

¹⁵¹ HAVUTÇU, s.106; TANDOĞAN, s.30

¹⁵² KAPLAN, İbrahim; Banka Sözleşmeleri Hukuku, Cilt 1, Ankara, 1996, s.78

¹⁵³ TANDOĞAN, s.30; ZEVKLİLER, s.164

¹⁵⁴ ATAMER, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GİŞ, s.83; TANDOĞAN, s.30

¹⁵⁵ Aksi görüş için bkz. KAPLAN, Banka Sözleşmeleri, s.16

yazılı olarak işçiye bildirilmiş olması gerektiğini düzenleyen BK m.315, tüketici sözleşmeleri için de uygulanmalıdır¹⁵⁶. En azından GİŞ'in tüketiciye önceden yazılı olarak verilmesinin satıcıyı zora sokmadığı veya önemli tüketici sözleşmelerinde bu hükmün uygulanması gerekir. Nitekim Borçlar Kanunu Tasarısının 21.maddesinin 1.fıkrasında "*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 olanağı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.*" denmektedir.

İlişkilendirme anlaşması iki şekilde yapılabilir:

i. Açık İrade Beyanıyla

Açık irade beyanında kişi, hukuksal işlem yapma iradesini başka davranış biçimlerini ve bunların yorumunu gerektirmeyecek tarzda beyan etmektedir.¹⁵⁷ İlişkilendirme anlaşmasının açık irade beyanıyla yapılacağı hallerde genel işlem şartlarını kısmen veya tamamen sözleşmenin içeriği haline getirmek isteyen satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin genel işlem şartlarına dayandığını ve bunları sözleşmenin içeriği haline getirmek istediğini açık ve tereddüte yer vermeyecek bir şekilde tüketiciye bildirmesi şarttır. Bizim hukukumuzda da uygulanması gereken ve Alman Medeni Kanunu'nda yer alan hükme göre ilişkilendirme anlaşmasının açıkça yapılması bir başka deyişle GİŞ'in sözleşme içeriği haline getirilmek istendiği konusunda tüketici uyarılmalıdır¹⁵⁸.

Tüketici sözleşmesini genel işlem şartları ile yapmak arzusunda olan satıcı, sağlayıcı veya kredi veren bu isteğini açık olarak, ya sözleşme

¹⁵⁶ **ATAMER**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GİŞ, s.88

¹⁵⁷ **KILIÇOĞLU**,s.27

¹⁵⁸ **ZEVKLİLER**, s.164

metninde genel işlem şartlarına yer vererek ya da sözleşmenin metni dışında örneğin sözleşmenin ekinde olan, arka yüzünde yer alan veya ayrı bir belgede yazılı olan genel işlem şartlarına tüketicinin görebileceği şekilde açıkça atıfta bulunarak bildirebilir.¹⁵⁹ Genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriği haline getirilmek istendiğinin tüketicie şifahi olarak bildirildiği hallerde de açık irade beyanı vardır. Ancak bu durum ileride genel işlem şartlarının bağlayıcılığının ihtilaf konusu olması durumunda satıcı, sağlayıcı veya kredi vereni bir ispat sorunu ile karşı karşıya bırakabilir.

Tüketicinin GiŞ'in sözleşme içeriği olmasına yazılı veya sözlü olarak muvafakat etmesi halinde açık kabul vardır¹⁶⁰.

Sözleşmenin genel işlem şartları ile birlikte yapılmak istendiği bu şekilde kendisine bildirilen tüketicinin sözleşme metnini imzalaması, açık kabul anlamındadır.¹⁶¹ Nitekim Yargıtay da muhtelif kararlarında¹⁶² sözleşmenin ön yüzünün imzalanmış olması halinde bu kısımdaki açık yollama nedeniyle arka sayfadaki sözleşme koşullarının bağlayıcı olacağını belirtmiştir.

Açık irade beyanı ile taraflar sözleşmenin genel işlem şartları ile birlikte kurulacağı yönünde bir beyanda bulunmaktadırlar, genel işlem şartlarının içeriğini okumaları, anlamaları veya sözleşmenin hükmü haline gelecek olan bu şartların kendileri için ifade ettiği değeri özümsemeleri hususları hakkında beyanda bulunmaları gerekmez. Esasında bu hususlar ileride ihtilaf halinde özellikle de bu şekilde kısmen veya tamamen sözleşme içeriği haline getirilen şartların haksızlığı gündeme geldiğinde önem taşır ve

¹⁵⁹ HAVUTÇU, s.110

¹⁶⁰ ATAMER, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GiŞ, s.99

¹⁶¹ HAVUTÇU, s.110

¹⁶² Y. 13.HD. E:1995/5223 K:1995/5284 sayı ve 30.05.1995 tarihli kararı. (http/www.kazanci.com.tr/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb//hamfiles/13hd-19); Y. 13.HD. E:1995/3643 K:1995/3986 sayı ve 20.04.1995 tarihli kararı. (http/www.kazanci.com.tr/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb//hamfiles/13hd-19)

bu olgu bir ispat sorunu olarak ortaya çıkabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki bahsettiğimiz bu hususlar yani genel işlem şartlarının içeriğinin okunması ve lehe mi aleyhe mi olduğu hususları satıcı, sağlayıcı veya kredi veren açısından değil, tüketici açısından önem arzeden hususlardır. Nitekim genel işlem şartlarını 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 şartlarla aynı türde her gün yüzlerce belki de binlerce sözleşme yaptığı düşünülürse bu hususların sadece tüketici açısından önem arzettiği açıktır.

Tüketicinin genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriği haline getirilmek istenmesi konusundaki kabul beyanı iki şekilde olabilir:

i) Bilinçli (Tam) Kabul

Bilinçli kabulde, tüketici, sözleşmenin içeriği haline getirilmek istenen genel işlem şartlarını okumuş, anlamış, bunların içeriği ile anlam ve önemi konusunda bilgi sahibidir.¹⁶³ Burada tüketici, sözleşme içeriği haline getirilmek istenen genel işlem şartlarını okuma imkanı bulmuş ve onların kendisi için ifade ettiği anlamı değerlendirmiştir.

Bilinçli kabulde tüketici, sözleşme içeriği haline getirilmek istenen genel işlem şartları sözleşme metninde ise sözleşme metnini, sözleşmenin arkasında veya ekinde ise buralardan okuyarak başka bir yerde olan genel işlem şartlarını ise edinerek okuma ve onları değerlendirdikten sonra bu şartların sözleşme içeriği olmasına rıza gösterdiğini açık irade beyanıyla beyan etmektedir. Tüketicinin bu şekildeki beyanı, sadece genel işlem şartlarının kendisince okunduğu ve içeriği hakkında bilgi sahibi olduğu hususlarını içermekte olup, bu şartların kendisi ile müzakere edildiği

¹⁶³ HAVUTÇU, s.111

anlamına gelmemektedir. Şayet bu şartlar tüketici ile müzakere edilmişse veya tüketici bu şartları değiştirme imkanı bulmuşsa artık bu şartları genel işlem şartı ve dolayısıyla haksız şart olarak nitelendirmek mümkün değildir.

ii) Global Kabul

Tüketicinin, önceden hazırlanmış, her maddesi veya hükmünü okumadığı bir metin için açıkladığı kabul iradesi, global kabul olarak adlandırılmakta ve bunun hukuken geçerli olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁴. Tüketici, global kabulde satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşmenin içeriği haline getirmek istediği genel işlem şartlarının varlığından haberdardır, bunların sözleşme içeriği olmasına rıza göstermektedir ve fakat bu şartları okumamış, bunların içeriği hakkında bilgi sahibi değildir ve bunların kendisi için ifade ettiği anlam ve önemi bilmemektedir.

Tüketicinin genel işlem şartlarını okumadan ve bunların içeriği hakkında bilgi sahibi olmadan bunların sözleşme içeriği olmasına rıza göstermesi şeklinde tezahür eden beyanı her ne kadar muamele iradesini taşıyan bir irade beyanı olarak düşünülmesi de güven teorisine göre okumadan bir metni imzalayarak iradesini açıklayan kişi, bu iradesi ile bağlı olacağından, genel işlem şartlarının sözleşme içeriği haline getirilmek istendiğini, bunların varlığını öğrenen tüketicinin bunları okumadan ve bunların içeriği hakkında bilgi sahibi olmadan bunların sözleşme içeriği haline getirilmesine rıza göstermesi halinde bunların sözleşmeye alınmasının sonuçlarına da katlanması gerekir¹⁶⁵. Nitekim bir yazıyı okumadan onu imzalayan kişi, metinde yer alan hususları beyan ettiği kabul edilir¹⁶⁶. Ancak ifade etmek gerekir ki, bu şekilde tüketicinin global bir beyanı ile sözleşmenin içeriği haline getirilen genel işlem şartlarının haksız olup olmadığı hususları

¹⁶⁴ AKİPEK, s.228; HAVUTÇU, s.112; TEKİNALP, s.271; ZEVKLİLER, s.164

¹⁶⁵ ATAMER, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GİŞ, s.102; HAVUTÇU, s.112; Aksi görüş için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.22

¹⁶⁶ TUHR, s.153

her halükarda değerlendirme konusu yapılacak ve bunlardan haksız olanlar iptal edilebilecektir.

Tüketicin global kabulü, genel işlem şartlarını imzalaması suretiyle tezahür eder. Asıl sözleşmede genel işlem şartları mevcutsa veya asıl sözleşmede genel işlem şartlarına atıf yapılıyorsa bu halde imzanın genel işlem şartlarını da kapsadığı kabul edilir¹⁶⁷. Nitekim Yargıtay¹⁶⁸ 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 şartlarının tüketici için bağlayıcı olduğunu kabul etmiştir.

ii. Örtülü İrade Beyanıyla

İlişkilendirme anlaşması da niteliği itibariyle bir sözleşmedir. Bu sözleşme de diğer sözleşmeler gibi açık irade beyanıyla kurulabileceği gibi, örtülü irade beyanıyla da kurulabilir. (BK m.1/2) Ancak örtülü kabulün varlığı için satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin kendi üzerine düşeni yapmış olması, GİŞ'i sözleşme içeriği haline getirmek istediği konusunda tüketiciyi vaktinde uyarılmış ve tüketiciye GİŞ içeriğini öğrenme imkanı vermiş olması gerekir¹⁶⁹.

İlişkilendirme anlaşmasının örtülü irade beyanıyla kurulması, tüketicinin genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriği yapılması şeklindeki icabı örtülü irade beyanıyla¹⁷⁰ ya da örtülü icabı açık veya örtülü irade beyanıyla kabul edebilir.¹⁷¹ Yargıtay 13.Hukuk Dairesi¹⁷² bir uyuşmazlıkta

¹⁶⁷ **TEKİNALP**, s.272

¹⁶⁸ Y. 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>)

¹⁶⁹ **ATAMER**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GİŞ, s.100; **SOYER**, s.80

¹⁷⁰ Aksi görüş için bkz. **KAPLAN**, Banka Sözleşmeleri, s .16

¹⁷¹ **HAVUTÇU**, s.118

¹⁷² Y. 13.HD. E:2001/11843 K:2002/418 ve 21.01.2002 tarihli kararı. (<http://www.kazanci.com.tr/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb//hamfiles/13hd-20>)

tüketicinin uzunca bir süredir GSM operatörünün abonesi olduğu, bu nedenle sözleşme hükümlerini benimsediğinin kabulü gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay bu kararında sözleşme hükümlerinin tüketicinin örtülü irade beyanı ile sözleşme içeriği haline geldiğini kabul etmiştir. İlişkilendirme anlaşmasının örtülü irade beyanı ile meydana gelmesinde aşağıdaki durumlar özellik arz etmektedir:

(i) Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren akdedeceği sözleşmelerin içeriğine getirmek istediği genel işlem şartlarını sözleşmenin yapıldığı yerde veya işletmesinin görünür bir yerine asmış ya da bu şartları yayınlamış olabilir. Sözleşmenin metninde, arka yüzünde veya ekinde yer almayan bu şartların yayınlanması, işletmenin görünür bir yerinde asılmış olması veya yayınlanmış olması hallerinde sözleşme ile ilişkilendirilmiş sayılacak mı, tüketici için bağlayıcı olduğu kabul edilebilecek midir?

Tüketicinin, yayınlanmış olan ya da işletmenin görülebilir bir yerine asılmış olan genel işlem şartlarını bilme yükümlülüğü yoktur. Bazı yazarlar genel işlem şartlarının orta vasıftaki bir tüketicinin ilk bakışta fark edebileceği, kolaylıkla görebileceği, gözden kaçırma ihtimali olmayacak bir yere asılmışsa dürüstlük kuralı gereği satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tüketicinin bu şartları gördüğünü ve hesaba katması gerektiği hususunda yetki sahibi olarak görülebileceğini ifade etmektedirler.¹⁷³ Biz bu görüşe katılmıyoruz. Dayandığı genel işlem şartlarını sözleşmenin içeriği haline getirmek isteyen satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin bu şartlara dayandığını ister bu şartlar işletmenin görülebilir bir yerinde ve hatta gözden kaçması imkan dahilinde olmayan bir yerinde asılmış olsun tüketicinin dikkatini çekmesi ve bu şartları sözleşme içeriği haline getirmek istediğini açıkça tüketiciye bildirmesi gerekir. Ancak sözleşmenin niteliği dolayısıyla aşırı külfetli olması hallerinde sözleşmenin yapıldığı yerde GİŞ metninin işletmenin görünür bir yerine asılmış olmasını,

¹⁷³ HAVUTÇU, s.124; SOYER, s.76

tüketicie sunulmuş olması için yeterli saymak gerekir¹⁷⁴. Kanaatimizce burada şu şekilde hareket edilebilir: sözleşme konusunun pek önemli olmaması, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin GİŞ'i başka türlü tüketiciye sunmasının ona aşırı külfet yüklemesi, güçlük doğurucu ve hayatın olağan akışı içerisinde çok detaylı müzakerelere konu olmayan hususlarla ilgili sözleşmelerde GİŞ'in işletmenin görülebilir bir yerine asılmış olmasını kafi saymak gerekir. Örneğin vestiyerde durum böyledir.

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 şartlarına yazılı bir atif yapılacaktır. Genel işlem şartlarına bu şekilde yazılı bir yollama yapılması ile bu şartlar tüketicinin açık veya örtülü irade beyanı 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 şartlarına tüketicinin dikkatini çekmesi gerekir. Aksi takdirde yayınlanmış veya işletmenin görünür bir yerine asılmış olması tüketicinin bu şartların sözleşme içeriği olacağını bildiği ve buna muvafakat gösterdiği şeklinde yorumlanamaz. Böyle bir yorum ne hayatın olağan akışına ne de tüketiciyi korumayı amaç edinmiş bir kanunun ruhuna uygun düşer. Ayrıca belirtmek gerekir ki, sözleşme içeriği haline getirilmek istenen genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilebilmesi için sözleşmenin kurulduğu anda tüketiciye bu şartların sözleşme içeriği haline getirilmek istendiği açıkça bildirilmeli, onun bu şartları öğrenmesi sağlanmalı ve onun rızası da alınmalıdır¹⁷⁵. Şayet satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tüketici ile genel işlem şartları olmadan sözleşmeyi imzalamış ve fakat sözleşmenin kurulmasından sonra genel işlem şartlarına dayandığını bildirmiş ise bu şartlar sözleşme ile ilişkilendirilmiş olmaz, sözleşme içeriği haline gelmez.

¹⁷⁴ **ATAMER**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GİŞ, s.88; **TANDOĞAN**, s.30

¹⁷⁵ **AKİPEK**, s.231; **OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, M.Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2005, s.22

Sözleşmenin imzalanmasından sonra sözleşme içeriği haline getirilmek üzere tüketiciye sunulan genel işlem şartları sözleşmenin değiştirilmesi teklifi olarak kabul edilir.¹⁷⁶

Hazır olmayanlar arasında meydana gelen sözleşmelerde ise GİŞ'in sözleşme içeriği haline gelmesi için tüketiciye gönderilen icapta GİŞ'in yer alması veya atıf yapılması gerekir¹⁷⁷.

(ii) Genelde sözleşme meydana geldikten sonra tüketiciye verilen fatura, kullanma kılavuzu, irsaliye ve benzeri belgelerde ya da biletin arka yüzünde yer alan genel işlem şartları olması hallerinde de genel işlem şartlarının asıl sözleşme ile ilişkilendirilmediği ve onun içeriği haline gelmediğini kabul etmek gerekir. Bu belgeler niteliği itibariyle sözleşme kurulduktan sonra tüketiciye verilmektedir. Bazen de sözleşme kurulmadan önce satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tüketiciye gönderdiği katalog, broşür ve diğer reklam malzemelerinin içinde GİŞ'e yer verilmektedir. Bu tür belgelerde bulunan genel işlem şartları sözleşme ile ilişkilendirilmiş olmaz ve sözleşmenin içeriği haline gelmezler¹⁷⁸. Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından sözleşme meydana geldikten sonra tüketiciye verilen belgelerdeki genel işlem şartları sözleşme içeriğinde değişiklik yapma teklifi olarak değerlendirilir¹⁷⁹, tüketicinin susması bu teklifin kabul edildiği anlamına gelmez.

(iii) Bilet ve giriş kartı mahiyetindeki belgelerde yer alan genel işlem şartlarının sözleşme içeriği haline gelip gelmediği de özellik arzeden bir durumdur. Örneğin uçak, tren, otobüs biletleri, sinema ve tiyatro biletleri ile bir kısım giriş belgelerinde de genel işlem şartlarına yer verilmektedir. Genel

¹⁷⁶ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.158

¹⁷⁷ **SOYER**, s.79

¹⁷⁸ **ATAMER**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GİŞ, s.90

¹⁷⁹ **AKMAN**, s.90; **HAVUTÇU**, s.126; **OĞUZ**, s.525; **ATAMER**, bunun sözleşmeyi değiştirme teklifi olarak dahi nitelendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. **ATAMER**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GİŞ, s .91

işlem şartlarını içeren bu belgeler de genelde sözleşme kurulduktan sonra tüketiciye verilmektedir. Tekrardan kaçınmak amacıyla (ii) nolu başlık altında yaptığımız açıklamaların burada da geçerli olduğunu ifade etmekle yetiniyoruz.

İlişkilendirme anlaşmasının meydana gelebilmesi için yukarıda ifade ettiğimiz açık irade beyanı veya örtülü irade beyanı ile tezahür eden karşılıklı taraf iradelerinin birbirine uygun olması gerekir. Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren dayanmak istediği genel işlem şartlarını kısmen veya tamamen sözleşmenin içeriği haline getirmek istediğini açık veya örtülü irade beyanı ile izhar etmekte, tüketici ise bu icabı açık veya örtülü irade beyanı ile kabul etmektedir. Tarafların genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriği olması konusundaki bu karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile genel işlem şartları sözleşme içeriği haline gelir, bir başka ifade ile genel işlem şartları sözleşme ile ilişkilendirilmiş ve sözleşmenin bir parçası haline gelmiştir.

bb. Sözleşme İle İlişkilendirilmesine Rağmen Bazı Genel İşlem Şartlarının Bağlayıcılık Kazanamaması

Yukarıda belirttiğimiz üzere tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile genel işlem şartları sözleşmenin içeriği haline gelir ve taraflar için bağlayıcı olur. Ancak bazı hallerde genel işlem şartlarından bir kısmı, tarafların anlaşmasına rağmen sözleşme içeriği olarak kabul edilmezler ve taraflar için bağlayıcı olmaz. Genel işlem şartlarının ilişkilendirme anlaşmasına rağmen yürürlüğe girmediği haller şunlardır:

i. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlarını Aşan Genel İşlem Şartları

Anayasanın 48/1’de herkesin sözleşme özgürlüğüne sahip olduğu; BK 19.maddede göre ise bir sözleşmenin içeriğinin, kanunun gösterdiği sınırlar içerisinde, serbestçe belirleneceği belirtilmiştir. Bu hükümlerden hareketle Türk hukukunda sözleşme özgürlüğü ilkesinin geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

Sözleşme özgürlüğünü, kişilerin özel borç ilişkilerini hukuk düzeninin sınırları içinde yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleme yetkisi¹⁸⁰ olarak tanımlayabiliriz. Sözleşme özgürlüğü ilkesine göre kişiler, istedikleri kişilerle ve istedikleri içerikte sözleşmeler yapmakta serbesttirler¹⁸¹.

ii. Okunaklı Yazılmamış Genel İşlem Şartları

Alman hukukunda “saydamlık kuralı” olarak adlandırılan bu kurala göre, tüketicinin GİŞ metninde yer alan ve açık ve anlaşılır bir şekilde yazılmamış olan hükmü anlamak için büyük bir çaba sarfetmesi düşünülemez¹⁸².

Sözleşmede yer alan genel işlem şartlarından anlamı açık olmayan, birkaç farklı anlama gelen, anlaşılması mümkün olmayan veya anlamı tereddüt uyandıran hükümlerin bulunması halinde, bunların genel işlem şartlarına dayanan tarafın aleyhine yorumlanması gerekir¹⁸³. Borçlar Kanunu Tasarısının 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.

¹⁸⁰ EREN, s.270; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.362

¹⁸¹ OĞUZMAN/ÖZ, s.19

¹⁸² ATAMER, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GİŞ, s.64

¹⁸³ İNAL, s.134

Genel işlem şartlarını sözleşme içeriği haline getirmek isteyen satıcı, sağlayıcı veya kredi veren bu husustaki yetkisini daha okunaklı genel işlem şartları bulma yönünde kullanmadığına göre bunun sonuçlarına da katlanması gerekir¹⁸⁴. Bu şekilde okunaklı olmayan genel işlem şartlarını sözleşme içeriği haline gelmesini isteyen satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tereddüt halinde hüküm şu şekilde anlaşılmalıdır şeklinde bir iddiada bulunamaz.

iii. Alışılmamış (Mutat Olmayan), Şaşırtıcı, Beklenmez, Olağanüstü Genel İşlem Şartları

GİŞ içerisinde yer alan ve somut durumun hal ve şartlarına ve özellikle de sözleşmenin türüne göre tüketicinin tahmin edemeyeceği, hesaba katamayacağı kadar alışılmamış olan hükümler sözleşme içeriği haline gelmezler. 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 tüketici sözleşmesi 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 söylenebilir¹⁸⁵.

GİŞ'in sözleşme içeriği haline gelmesi için tüm gerekenler yapılmış olsa bile, bu şartlardan durumun gereği ve sözleşmenin niteliği gereği tüketicinin hesaba katamayacağı derecede şaşırtıcı, olağanüstü, beklenmeyen şartlar sözleşme içeriği haline gelmezler¹⁸⁶. Dürüstlük kuralı gereğince tüketicinin bunları göz önünde bulundurması beklenemez¹⁸⁷. Alışılmamış genel işlem şartlarının geçerli olmayacağı, Borçlar Kanunu

¹⁸⁴ **TEKİNALP**, s.276

¹⁸⁵ **ATAMER**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GİŞ, s.111

¹⁸⁶ **BAHTİYAR**, s.95; **KAPLAN**, Sözleşmeye Müdahale, s.75; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.22;

TANDOĞAN, s.31

¹⁸⁷ **AKMAN**, s.95; **BAHTİYAR**, s.95; **SOYER**, s.83; **TEKİNALP**, s.271

Tasarısının 23.maddesinin 2.fıkrasında sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağı belirtilmiştir. Ancak tasarıda kullanılan “yazılmamış sayılma” kavramı yerine “geçersiz olacağı” şeklinde bir ifade kullanılsaydı ya da bunların sözleşme içeriği haline gelmeyeceği söyleneydi daha isabetli olurdu.

Ancak tüketicinin dikkati özel olarak çekilmiş olan alışılmamış şartların geçerli olduğunu ve sözleşme içeriği haline geldiğini kabul etmek gerekir¹⁸⁸; ancak bunların haksızlığı her halükarda yine denetlenecektir. Bunların tüketicinin bilgisine sunulmuş olması, tüketicinin dikkatinin özellikle bunlara çekilmiş olması sadece bunların sözleşme içeriği haline gelmiş olmasına yol açar.

iv. Bireysel Anlaşmaya Aykırı Genel İşlem Şartları

Genel işlem şartları, ileride akdedilecek sayısız sözleşme için hazırlanmaları nedeniyle her zaman ihtiyaca cevap vermeyebilir. Bu nedenle taraflar anlaşarak GİŞ dışında özel bazı hükümler kabul edebilirler ya da GİŞ içindeki bazı hükümlerin uygulanmayacağını kararlaştırabilirler. Bunu ya aralarındaki sözleşmede bazı GİŞ hükümlerinin uygulanmayacağını belirterek ya da GİŞ metninden bazı hükümlerin üzerini çizerek yapabilirler. Tarafların asıl sözleşmede kabul ettikleri hükümlerden GİŞ ile çelişkili olanlar var ise bu durumda sözleşmedeki bu özel hükmün uygulanması gerekir¹⁸⁹.

¹⁸⁸ **ATAMER**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GİŞ, s.112; **SOYER**, s.84; **TANDOĞAN**, s.26; **TEKİNALP**, s.277

¹⁸⁹ **İNAL**, Borca Aykırılık, s.139; **KAPLAN**, Sözleşmeye Müdahale, s.63; **SOYER**, s.86; **TANDOĞAN**, s.31; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.158

b. Haksız Şartların Yorum Yoluyla Denetimi

Genel işlem şartlarının yorumu teknik anlamda bir denetim olarak kabul edilemez¹⁹⁰. Genel işlem şartlarının yorumunun mahkemelerce yapılması ve idari denetimden ayırt etmek için yorumu da yargısal denetim safhasında incelemeyi uygun buluyoruz.

Yukarıda sözleşme kavramını incelerken belirttiğimiz üzere sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları sonucu kurulur. Tarafların irade beyanlarının açık ve anlaşılır olduğu durumlarda herhangi bir sorunla karşılaşmaz. Ancak taraf iradelerinin açık ve anlaşılır olmadığı durumlarda tarafların müphem irade beyanlarının anlamını tespit etmek gerekir ki, yürütülen bu faaliyete yorum denir.¹⁹¹

Sözleşmenin yorumunda artık sözleşme kurulmuş olup, sözleşmenin hangi içerikle meydana geldiğinin tespiti önem arz eder¹⁹². Bu nedenle yorum faaliyetinde bulunan hakimin yapması gereken BK m.18/1 gereği tarafların gerçek iradelerini araştırmaktır.

Haksızlığı ileri sürülen şartların yoruma tabi tutulabilmesi için bunların öncelikle sözleşme içeriği haline gelmiş olması gerekir. Sözleşme içeriği haline gelmiş olan genel işlem şartlarının yorumu, kendisine özgü yorum metotları ile yapılır. Ancak bu özel yorum metotları dışında haksız şartların yorumu da esas itibarıyla genel yorum ilkelerine göre yapılır¹⁹³. Buna göre;

1. Yorum, dürüstlük kuralı esas alınarak yapılmalıdır¹⁹⁴.

¹⁹⁰ HAVUTÇU, s.42

¹⁹¹ KAPLAN, Sözleşmeye Müdahale, s.15; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.148

¹⁹² ATAMER, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GiŞ, s.130

¹⁹³ KAPLAN, Sözleşmeye Müdahale, s.71

¹⁹⁴ KAPLAN, Banka Sözleşmeleri, s.79

2. Sözleşme bir bütün olarak ele alınmalı, haksızlığı ileri sürülen hükmün sözleşmedeki yeri ve diğer hükümlerle olan bağlantısı da dikkate alınarak yorum yapılmalıdır¹⁹⁵. KAPLAN, GİŞ'in bütünsel yorumuna karşı çıkmakta ancak bütünsel yorumun tüketici açısından sakıncalı olmayacağını da belirtmektedir¹⁹⁶.

3. Sözleşmenin kurulduğu zaman göz önüne alınarak yorum yapılır¹⁹⁷. Buna göre hakim, yorum faaliyetinde bulunurken tarafların sözleşmenin kurulduğu sıradaki iradelerini ve sözleşmenin kurulduğu zamandaki şartları dikkate alır.

4. Sözleşme ve sözleşme hükümleri yorumlanırken şüphe halinde tüketici lehine ve sözleşmeyi ayakta tutacak yoruma öncelik verilmelidir¹⁹⁸. Bu yorum tarzı tüketicinin korunmasına da hizmet etmektedir. Nitekim tüketicinin menfaati sözleşmenin batıl sayılmasında değil, haksız hükümlerin iptal edilmesindedir.

5. Özellikle genel işlem şartları içerisinde yer alan ve tüketicinin bir hakkından vazgeçmesini öngören hükümler mümkün olduğu kadar dar yorumlanmalıdır¹⁹⁹. Yine aynı şekilde satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sorumluluğunu sınırlandıran hükümler tüketici lehine olacak şekilde dar yorumlanmalıdır²⁰⁰. Ayrıca tüketicinin hakkının korunmasını sınırlayan ya da kişisel hürriyetini sınırlandırmaya yönelik hükümler de tüketici lehine olacak şekilde dar yorumlanmalı ve sınırlandırılan hakkın niteliğine göre bunlar geçersiz sayılabilmelidir²⁰¹.

¹⁹⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.151

¹⁹⁶ KAPLAN, Sözleşmeye Müdahale, s.77

¹⁹⁷ KAPLAN, Sözleşmeye Müdahale, s.58

¹⁹⁸ KAPLAN, Sözleşmeye Müdahale, s.66

¹⁹⁹ GÜLTEKİN, s.29; KAPLAN, Sözleşmeye Müdahale, s.65;

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.152; YÜCEL, s.36

²⁰⁰ ASLAN/ŞENYÜZ/ERGÜN, s.190

²⁰¹ KAPLAN, Banka Sözleşmeleri, s.85

6. Sözleşmede yer alan hükümler, tüketicinin bu konuda uzman olmadığı dikkate alınarak genel olarak kabul edilen, teknik olmayan ve günlük yaşantıda kullanılış amacına göre değerlendirilmelidir²⁰².

7. Tamamlayıcı hukuk kurallarından sapan hükümler dar yorumlanmalıdır²⁰³.

8. Açık ve anlaşılır olmayan sözleşme hükümleri, onu hazırlayan veya onu sözleşme içeriği haline getirmek isteyen aleyhine yorumlanmalıdır²⁰⁴. Tıpkı işçi işveren arasında yapılan sözleşmelerde olduğu gibi²⁰⁵, tüketici sözleşmelerinde 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. Nitekim Yönetmelik 6/IV'da da sözleşmede yer alan bir şartın ne anlama geldiği hukukun yorum yöntemleriyle belirlenemiyorsa, tüketici lehine olan yorumun tercih edileceği belirtilmiştir.

Haksız şartların düzenlendiği TKHK m.6 sözleşme koşullarının yorum yoluyla denetlenmesi imkanına yer verilmemişse de Yönetmelik, Avrupa Birliği Direktifini takip ederek m.6/IV'de doktrinde "belirsizlik ilkesi"²⁰⁶ veya "açık olmama kuralı"²⁰⁷ olarak ifade edilen ilkeyi düzenlemiştir. Haksız şartların yorumuna ilişkin böyle bir ilkeye yer verilmesi bir taraftan isabetli olmuş, ama diğer taraftan da kanunda yer almayan bir hususa yönetmelikte yer verilmesi suretiyle amacı kanunun uygulanmasını göstermek olan yönetmelik kanuna aykırı olmuştur.

²⁰² AKİPEK, s.232; EDİS, Seyfullah; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, 1993, s.311

²⁰³ KAPLAN, Sözleşmeye Müdahale, s.70

²⁰⁴ KAPLAN, Sözleşmeye Müdahale, s.70; YÜCEL, s.35

²⁰⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.153

²⁰⁶ ATAMER, Yeşim; "Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, 2004, s.291-331, s.300

²⁰⁷ AKMAN, s.95; BAHTİYAR, s.94; SOYER, s.132; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.162; ZEVKLİLER, s.163

Yönetmeliğin 6.maddesinin 1.fıkrasında ise sözleşme hükümlerinin tüketicinin anlayabileceği şekilde açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olması gerektiği belirtilmiştir. Avrupa Konseyi yönergesinin 5.maddesinde de tüketiciye sunulan şartların 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 Yasasında²⁰⁸ da yer almıştır. Aynı ilke Yeni Alman Borçlar Kanunu'nun 5.paragrafında da yer almıştır²⁰⁹. Belirsizlik ilkesi başlıklı 5.maddesinde genel işlem şartlarının yorumunda tereddüt halinde GİŞ'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 tüketici modeli esas alınır²¹⁰. Ortalama bir tüketicinin 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.²¹¹ Zaten Türk doktrininde²¹² 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.²¹³ Bu ilkenin uygulanması için söz konusu hükmün ille de , sağlayıcı veya kredi veren tarafından kaleme alınmış olması gerekmez.

²⁰⁸ 1976 tarihli Alman Yasası'nın Maddi Hukuka İlişkin Hükümlerinin Türkçe çevirisi için bkz. **HAVUTÇU**, s.229

²⁰⁹ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.162

²¹⁰ **ASLAN**, s.273; **ATAMER**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GİŞ, s.132

²¹¹ **BAHTİYAR**, s.94; **ATAMER**, GİŞ Denetiminde Yeni Açılımlar, s.300; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.162

²¹² **BAHTİYAR**, s.94;

²¹³ **ATAMER**, GİŞ Denetiminde Yeni Açılımlar, s.300

Müzakere edilmiş sözleşmelerde objektif açıdan birden fazla anlama gelebilecek hükümlerin bulunması halinde, belirsizlik taraflar için esaslı sayılabilecek bir unsura ilişkin ise sözleşme gizli uyuşmazlık nedeniyle kurulmamış sayılabilir; eğer belirsizlik tali unsurlardan birine ilişkin ise sözleşmede ortaya çıkan boşluğu hakim, tamamlayıcı hukuk kuralları veya sözleşmeyi tamamlayıcı yorum yöntemi ile doldurabilir²¹⁴. 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.²¹⁵ Yönetmelik m.6/IV'de de “*sözleşmede yer alan bir hükmün ne anlama geldiği hukukun yorum yöntemleriyle belirlenemiyorsa, tüketici lehine olan yorum tercih edilir.*” denilmektedir.

c. İçerik Denetimi

Kanun koyucu TKHK m.6/A'da “kapıdan satış”, m.7'de “kampanyalı satış” ve m.10'da “tüketici kredisi” sözleşmesinde bulunması gereken asgari unsurlara yer vererek, sözleşme özgürlüğüne tüketici lehine olmak üzere başlangıçtan müdahale etmiştir. Bu sözleşmeler dışındaki tüketici sözleşmelerinde ise taraflar sözleşmenin içeriğini BK m.19'a riayet ederek istedikleri şekilde belirleyebilirler. Ancak tarafların sözleşme içeriğini istedikleri biçimde belirleme özgürlükleri yukarıda bahsettiğimiz üzere bazı hallerde satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tek taraflı özgürlüğüne dönüşmekte ve tüketicinin durumunun dürüstlük kurallarına aykırı olarak ağırlaşmasına yol açmaktadır. Bu nedenle sözleşmede yer alan hükümlerin içeriklerinin denetlenmesi gerekmektedir.

²¹⁴ ATAMER, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GİŞ, s.135

²¹⁵ ATAMER, GİŞ Denetiminde Yeni Açılımlar, s.301

İçerik denetiminde sözleşme içeriği haline gelmiş olan hükümlerin tarafların menfaatlerini adil bir biçimde dengeleyip dengelemediğine bakılır²¹⁶. 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 tüketiciye yüklediği sözleşme hükümlerinin haklı ve adil görülmesi mümkün değildir²¹⁷, bunların içerik denetimine tabi tutulması gerekir. İçerik denetiminde tüketicinin menfaatlerini hakkaniyete aykırı bir şekilde ihlal eden sözleşme hükümlerinin geçersiz olması sağlanarak, tüketicinin bunlarla bağlı kalması önlenmek istenmektedir²¹⁸. Bu nedenle içerik denetimi hakimin sözleşmeye müdahalesi olarak tezahür eder.

Haksız şartların önemli bir bölümünü teşkil eden genel işlem şartlarının denetimi konusunda daha çok durulmuş olan Almanya ve İsviçre’de içerik denetimi ağır basmış olup, bunun temelinde MK m.2’de düzenlenmiş olan dürüstlük kuralı yatmaktadır²¹⁹. Borçlar Kanunu Tasarısının 25.maddesinde de “içerik denetimi” başlığı ile içerik denetimine yer verildiğini görmekteyiz. 25.maddede de esas itibariyle TKHK m.6’daki gibi konu düzenlenmiştir. Buna göre karşı tarafın durumunu dürüstlük kuralına aykırı olarak ağırlaştıran genel işlem şartları geçersizdir. Ancak 25.maddede bunun dışında karşı tarafın durumunu ağırlaştıran hallerde de genel işlem şartlarının geçersiz olacağı belirtilmiştir. Ancak bu şekilde bir kriterle genel işlem şartlarının denetlenmesi sübjektif değerlendirmelere yol açacak niteliktedir. Ayrıca bu hüküm ilk kısımla da çelişir niteliktedir. Nitekim ilk kısımda “*dürüstlük kuralına aykırı olarak ağırlaştıran*” demiş sonra da “*ağırlaştıran*” denmiştir. Esasında ikinci kısma hiç yer verilmemesi daha isabetli olurdu. Veya bunun yerine “karşı tarafın durumunu olması gerekenden daha fazla bir biçimde ağırlaştıran” ifadesinin kullanılması daha yerinde olurdu. Çünkü her sözleşme ilişkisinde taraflardan birinin durumu diğerine göre ağırlaştırabilir.

²¹⁶ HAVUTÇU, s.41; ZEVKLİLER, s.164

²¹⁷ HAVUTÇU, s.37

²¹⁸ HAVUTÇU, s.41

²¹⁹ TEKİNALP, s.268

Eğer tasarı bu haliyle yasalaşır her durumda sözleşmeye müdahale imkanı doğar ki bunu da sözleşme özgürlüğü ilkesi ile bağdaştırmak mümkün değildir. Yine 25.maddede dürüstlük kuralına aykırı veya karşı tarafın durumunu ağırlaştıran hükümlere sözleşmede yer verilemeyeceği söylenmiş, ancak yer verilirse bunun yaptırımının ne olacağı açıklanmamıştır. Kanaatimizce bu madde biraz daha kapsamlı ve detaylı bir biçimde düzenlenmeli, hangi sözleşme hükümlerinin sözleşmeye alınamayacağı ve buna rağmen sözleşmeye bu hükümler alınırsa bunun yaptırımının ne olacağının açık bir biçimde düzenlenmesi ileride ortaya çıkması muhtemel problemleri gidermek adına daha faydalı olur.

Türk hukukunda her ne kadar sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerli olup, taraflar bu ilkeye göre istedikleri kişi ile istedikleri içerikte sözleşme yapma olanağına sahip iseler de BK m.19 ve 20'de düzenlenen sözleşme özgürlüğü kanununun emredici hükümleri ve genel hukuk ilkeleri ile sınırlandırılan ve bu ilkeler doğrultusunda daraltılabilen, esnek bir çerçeve içindeki bir özgürlüktür²²⁰. 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 sınırlandırılabilir. Bu itibarla satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tüketicinin sözleşme özgürlüğünü haksız şartlarla ve özellikle de genel işlem şartları ile sınırlaması kabul edilemez²²¹. Sözleşme özgürlüğü aynı zamanda satıcı, sağlayıcı veya kredi veren için de bir haktır. Ancak Anayasanın 13. ve 14.maddesi gereğince bu hakkın kötüye kullanılmaması gerekir. Yine MK m.2/2 gereğince de sözleşme özgürlüğü hakkının da kötüye kullanılmaması gerekir.

²²⁰ **TANDOĞAN**, s.12; Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Y. 13.HD. E:2004/16382 K:2005/3236 sayı ve 03.03.2005 tarihli kararı. ([http://www.kazanci.com.tr/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb//files/13 hd-2004-1](http://www.kazanci.com.tr/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb//files/13%20hd-2004-1))

²²¹ **ZEVKLİLER**, s.158

Emredici kurallara, ahlaka, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırı şartların haksız ve geçersiz olduğunda herhangi bir şüphe yoktur²²². Örneğin GİŞ içinde yer alan sorumsuzluk kaydında satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin kastı veya ağır ihmali nedeniyle tüketicinin uğradığı zarardan bunların sorumlu olmayacağına ilişkin hüküm BK m.99/1'in emredici hükmüne aykırı olduğu için geçersizdir. Bu nedenle içeriği emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine ve hukukun genel ilkelerine aykırı bir sözleşmeye hakim müdahale etmesi sözleşme özgürlüğüne aykırılık teşkil etmez.

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 TKHK'nun 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 vermiştir²²³. Çalınan uçak bileti nedeniyle sorumluluk noktasında çıkan uyuşmazlıkta Yargıtay 11.Hukuk Dairesi²²⁴, TTK'nın 766. maddesine atıf yaparak, taşıma aktinde kanunun taşıyıcıya ve özellikle faaliyetleri devletin iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği mesuliyetlerin önceden hafifletilmesi veya kaldırılması neticesini doğuran bütün şartların hükümsüz olduğunu ve bu şartların işletme nizamnamelerine, umumi şartnamelere, tarifelere veya bunlara benzer diğer vesikalara konulmuş olması halinde de

²²² AKİPEK, s.231; ATAMER, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GİŞ, s.26; BAYKAN, s.179; TEKİNALP, s.275; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.161

²²³ Y.13.HD. 19.02.2004 tarih ve E:2003/13819 K:2004/1888 sayılı kararı (<http://www.kazanci.com.tr/kho2/ibb/files/13hd-2003-13819.htm>) Yine aynı mahiyette karar için bkz. Y.11.HD. 22.05.2003 tarih ve E:2002/12755 K:2003/5316 sayılı kararı (<http://www.kazanci.com.tr/kho2/ibb/files/11hd-2002-12755.htm>)

²²⁴ Y. 11.HD. E:2002/12755 K:2003/5316 ve 22.05.2003 tarihli kararı. (<http://www.kazanci.com.tr/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/11hd-2002-1>)

sonucun değişmeyeceği şeklindeki isabetli gerekçesiyle yerel mahkeme kararını onamıştır.

Ancak 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 tüketicinin durumun ağırlaştırıcı sözleşme hükümleri azımsanmayacak oranda olup bunların da içerik denetimine tabi tutulması gerekir.

Hakimin içerik denetimi yoluyla sözleşmeye müdahalesinin, sözleşme özgürlüğünü yeniden tesis etme amacına hizmet ettiğini, özellikle GİŞ kullanan tarafın dayatmaları sonucu ortadan kalkan sözleşme özgürlüğünü yeniden tesis etmek için elzem olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim, GİŞ önceden tüm ihtimaller göz önüne alınarak uzman hukukçulara hazırlattırılmakta, emredici kuralların sınırına kadar ve hatta çoğu zaman tüketicinin bilgisinin ve pazarlık, savaşım gücünün azlığından da yararlanılmak suretiyle emredici hükümlere aykırı hükümlere dahi yer verilmekte ve sözleşme özgürlüğü satıcı, sağlayıcı veya kredi veren lehine tek taraflı bir ayrıcalığa dönüşmektedir²²⁵.

İçerik denetimi, bu şekilde tek taraf lehine bozulan sözleşme dengesini tekrar tesis etmek üzere hakimin sözleşmeye müdahalesini zorunlu kılmaktadır. Ancak hakimin bu haller dışında özellikle de bunlara aykırılık teşkil etmeyen ve fakat tüketicinin durumunu dürüstlük kuralına aykırı olarak kötüleştiren hükümler nedeni ile sözleşmeye müdahalesinde müdahalenin sınırlarını iyi tespit etmek²²⁶, 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.

²²⁵ TANDOĞAN, s.25

²²⁶ ATAMER, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GİŞ, s.26

Tüketici sözleşmelerindeki hükümlerin özellikle de uygulamadaki faydalarına karşılık beraberinde büyük sakıncalar da getiren genel işlem şartlarının 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 çıkarılmıştır²²⁷.

Türkiye'de ise TKHK m.6'dan evvel Türk Hukukunda haksız şartların özellikle de genel işlem şartlarının denetlenmesine ilişkin genel bir hüküm bulunmadığı gibi konunun Türk doktrininde ilgi ve inceleme konusu olması ise henüz çok yenidir. Zamanla tüketicinin haksız sözleşme koşullarına karşı korunması ihtiyacı hissedilmeye başlanmış ve bunların denetlenmesi ihtiyacı sürekli dile getirilmiştir²²⁸. Bu gereksinimin sonucu olarak İstanbul Ticaret Odası 1981 yılında genel işlem şartları ile ilgili bir tasarı hazırlamıştır²²⁹. 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 şartlarının denetlenmesine yönelik çeşitli öneriler dile getirilmiştir²³⁰. Bazı yazarlar sözleşmenin tamamlanması ve yorumlanması yolu ile tüketicinin korunabileceğini ileri sürmüştür²³¹.

²²⁷ Haksız sözleşme hükümleri ile ilgili özel yasa çıkaran ülkeler ve yasalar hakkında bilgi için bkz. **AKİPEK**, s.229; **ATAMER**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GİŞ, s.40 vd.; **OZANOĞLU**, s.204

²²⁸ **ATAMER**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GİŞ, s.168; **BAYKAN**, s.179; **DPT**, Tüketicinin Korunması, s.179 vd.

²²⁹ **TEKİNALP**, s.264

²³⁰ **AKİPEK**, s.230; **ASLAN/ŞENYÜZ/ERGÜN**, s.201; **BAYKAN**, s.180; **Konsey**, s.111; 7.Beş Yıllık Kalkınma Planı, bkz. **KÖKSAL**, Mehmet; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul, 1995, s.11-14

²³¹ **AKİPEK**, s.243; **GÜLTEKİN**, s.23

aa. Genel Olarak

Sözleşme içeriği haline gelmiş ve satıcı, sağlayıcı veya kredi veren aleyhine yorumlanamayan ve fakat içerik olarak tüketici aleyhine dürüstlük kuralına aykırı olarak dengesizliğe neden olan sözleşme koşullarının içerik itibari ile denetlenmesi gerekmektedir²³². İşte içerik denetimi, sözleşme içeriği haline gelmiş ve yorum yoluyla da satıcı, sağlayıcı veya kredi veren aleyhine yorumlanamayan sözleşme hükümlerinin içerik olarak dürüstlük kuralına uygun olup olmadıklarının denetlendiği safhadır. Bir başka deyişle sözleşme içeriği haline gelen sözleşme hükümlerinin artık şekilden ziyade içeriklerinin değerlendirildiği, içeriğin hakkaniyete ve dürüstlük kuralına uygun olup olmadığının denetlendiği, tarafların çıkarlarını adil bir biçimde dengeleyip dengelemediğinin denetlendiği²³³ ve zaman itibariyle de sözleşme hükümlerinin denetime tabi tutulduğu nihai aşamayı ifade eder.

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

bb. İçerik Denetiminin Kapsamı

i. Genel Olarak

Tarafların anlaşması neticesinde tamamen veya kısmen sözleşme içeriği haline gelen ve ihtilaf konusu olan sözleşme hükümlerinin satıcı, sağlayıcı veya kredi veren aleyhine yorumlanmadığı hallerde bunların içeriklerinin denetlenmesi gündeme gelir.

²³² ASLAN, s.278

²³³ ZEVKLİLER, s.164

İçerik denetiminde tüketicinin haksız şart olarak nitelendirdiği bireysel²³⁴ ve standart sözleşme hükümleri (GİŞ) değerlendirmeye alınır. Türk Hukukunda hakim olan sözleşme özgürlüğü ilkesine göre taraflar kendi hür iradeleri ile kendi menfaatleri için en iyi olanı seçecek ve neticede taraflar arasında müzakere temelinde, adil ve hakkaniyete uygun bir sözleşme ilişkisi kurulacak, böylelikle hem bireysel hem de toplumsal açıdan en uygun denge sağlanmış olacaktır. Ancak tek taraflı hazırlanmış sözleşme hükümlerinin neredeyse tüm alanlarda ve sözleşmelerde kullanıldığı günümüzde ekonomik ve entelektüel açıdan zayıf durumda bulunan tüketicinin piyasada taraf olduğu sözleşmelerde sözleşme özgürlüğü kendisinden beklenen faydayı sağlamamakta, sözleşme özgürlüğü güçlü satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin elinde adeta güçlü bir silah, zayıf tüketicinin elinde ise adeta kör bir bıçak gibidir. Bu nedenle sözleşme özgürlüğü ile öngörülen amaçların gerçekleşmesi ve bir taraftan da sözleşmenin güçsüz tarafı olan tüketicinin korunması için hakimın sözleşmeye müdahale etmesi kaçınılmaz olmaktadır.

İçerik denetimi esas itibariyle sözleşmenin kurulduğu zamandaki şartlar dikkate alınarak gerçekleştirilir. Nitekim 93/13 sayılı AB Direktifinin 4. paragrafında İçerik denetiminde sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olan hal ve şartlar özellikle taraflar arasındaki ekonomik ve entelektüel güç ilişkisinin göz önünde tutulacağı belirtilmiştir²³⁵. Benzer bir hüküm İngiliz Genel İşlem Şartları Kanunu'nda da yer almaktadır²³⁶. Buna göre tüketiciye sözleşme kurulmadan önce sözleşme hükümlerini yeterince inceleme ve değerlendirme süresi verilip verilmediği, tüketicinin iradesini fesada uğratan pazarlama teknikleri ve aldatıcı reklamların kullanılıp kullanılmadığı hususları önem arz eder.

İçerik denetiminde sözleşme konusu mal, hizmet veya kredinin niteliği ve değeri de kanaatimizce dikkate alınmalıdır. Tüketicinin söz konusu mal,

²³⁴ **BAYKAN**, TKHK ile getirilen düzenleme ile sadece GİŞ'in denetlenebileceğini, bireysel sözleşmelerdeki hükümlerin denetlenemeyeceğini ileri sürmektedir. Bkz. **BAYKAN**, s.187

²³⁵ **DEUTSCH** (Çev.HAVUTÇU), s.266

²³⁶ **GÜNGÖR**, s.45

hizmet veya krediye duyduğu ihtiyacın yoğunluğu, bunları başka yerden edinme imkanları da sözleşme hükümlerinin haksızlığının taktirinde hakime yardımcı olabilecek unsurlardır.

Birçok ülke hukukunda kanunda sayılan birtakım sözleşme hükümlerinin mutlak olarak geçersiz olacağı, bazı şartların ise “makul olmamaları” halinde geçersiz olacakları öngörülmüştür²³⁷. Buna karşılık Türk Hukukunda böyle ikili bir ayrıma yer verilmemiş, Haksız Şartlar Yönetmeliğinde 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 (geçersiz olacağı) belirtilmiştir.

ii. Tüketicinin Durumunu Dürüstlük Kuralına Aykırı Olarak Ağırlaştırılan Hükümler Denetlenir

Tüm sözleşme hükümleri değil, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı olacak biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme hükümleri denetime tabidir. Bu konuyu çalışmamızın ilerleyen kısmında detaylı olarak inceleyeceğiz.

iii. Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleri Denetlenir

Müzakere edilmemiş sözleşme hükümlerinde taraflar arası sosyo ekonomik güç dengesinin bozulduğu, karşılıklı güçlerin serbest bir rekabet içinde olmadığı ve sözleşme özgürlüğünün bu şekilde kısmen veya tamamen ortadan kalktığı²³⁸ söylenebilir. Esasında her sözleşme ilişkisinde taraflardan birinin hürriyeti biraz kısıtlanmaktadır²³⁹. Önemli olan bu kısıtlamanın hoş

²³⁷ DPT, Tüketicinin Korunması, s.180

²³⁸ SOYER, s.137

²³⁹ TUHR, s.251

görülebilmek düzeyinde olup olmadığıdır. Sınırlamanın aşırı olduğu hallerde buna müdahale edilmesi kaçınılmazdır.

i) Müzakere Edilmiş Olmanın Önemi

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

Sözleşme hükmü önceden hazırlanmışsa veya GİŞ olması nedeniyle tüketici bu hükmün içeriğine etki edememişse bu hükmün tüketiciyle müzakere edilmediği karine olarak kabul edilir. Bir hükmün müzakere edilmiş olduğunun sayılması için tamamlayıcı hükümlerden sapan hükümlerin özü tüketiciye sunulmalı, bunların tüketiciyle müzakere edilmeye hazır bulunduğu ciddi bir şekilde ortaya konulmalı²⁴⁰ ve daha da önemlisi tüketiciye bu hükmün içeriğine etki etme imkanının tanınmış olması gerekir.

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

²⁴⁰ ZEVKLİLER, s.161

Türk Borçlar Hukukunun 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 ile müzakere edilmemişse bu husus sözleşme özgürlüğü ilkesinin ihlal edildiğini gösterir ve bu durum hakimin sözleşmeye müdahalesini gerektirir. Hakimin sözleşmeye müdahalesi ile pazarlık gücü ortadan kaldırılmış olan tüketicinin bu imkanı kullanabilmesi sağlanır.²⁴¹

ii) Müzakere Edilmiş Olup Olmadığının Tespiti

Tüketici sözleşmesinde yer alan bir hükmün müzakere edilip edilmediği, pazarlık konusu yapıp yapılmadığı, tüketicinin sözleşmenin içeriğine etki etme imkanının olup olmadığı hususları tamamen bir ispat sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Kural olarak bireysel sözleşmelerde yer alan hükümlerin müzakere konusu yapıldığı buna karşılık standart sözleşmelerde yer alan hükümlerin (GİŞ) ise müzakere konusu yapılmadığı karine olarak söylenebilir²⁴². 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 etmiştir²⁴³. Tüketicinin global kabulü ile sözleşme içeriği haline gelen hükümlerin de müzakere edilmediği karine olarak söylenebilir.

²⁴¹ **ATAMER**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GİŞ, s.296

²⁴² **OĞUZMAN/ÖZ**, s.22

²⁴³ **ASLAN**, s.288

Bir sözleşmedeki bazı hükümlerin müzakere edilmiş olması, diğer maddelerin de müzakere edilmiş olduğunu göstermez. TKHK m.6/4 fıkrasında ve Avrupa Birliği Konseyi Direktifi'nin m.3.maddesinin 2.fıkrasından mülhem olarak Yönetmeliğin 5.maddesinin 2.fıkrasında *“sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez.”* hükmüne yer verilmiştir.

Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren standart sözleşmede yer alan hükmü tüketici ile müzakere etmeye hazır olduğunu tüketiciye hissettirdiğini ve fakat tüketicinin istememesinden dolayı hükmün müzakere edilemediğini ispatlarsa ne olacaktır? Kanaatimizce sözleşme içeriği haline getirmek istediği hükümleri tüketici ile müzakere etmek amacıyla bunları tüketiciye sunmuş ve bir şekilde tüketicinin dikkatini bunlara çekmiş ve buna rağmen tüketici bu şartları müzakere etmemişse artık söz konusu hükümlerin tüketici ile müzakere edilmediğinden hareketle geçersiz olduklarını iddia etmek dürüstlük kurallarına uygun düşmez.

ATAMER, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşme şartlarını tüketiciyle müzakere etmeyi, gerekirse bunları değiştirmeyi kabul iradesinin yanı sıra tüketici için, bu şartları anlamak ve değiştirmek için gerekli olan bilgi birikimi veya profesyonel desteğin de mevcut olması gerektiğini ifade etmektedir.²⁴⁴ Biz bu görüşün pratikte uygulanabilir olmadığını, satıcı, sağlayıcı veya kredi verene aşırı külfet getireceğini, bunun da netice itibariyle fiyatların artması vs. şekillerde tüketiciye yansıtacağı ve tüketicinin başka yönlerden koruma dışı kalmasına yol açılacağını düşünmekteyiz. Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşme içeriği haline getirmek istediği hükümleri tüketiciye sunması, tüketicinin dikkatini bunlara çekmesi ve yasal düzenlemeden sapan hükümleri özellikle tüketiciye belirtmesi halinde artık

²⁴⁴ **ATAMER**, GİŞ Denetiminde Yeni Açılımlar, s.297

sorumluluğun kendisine sunulan imkanı kullanmayan tüketicide 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 tüketiciyle fiilen müzakere edildiğini göstermez²⁴⁵. Borçlar Kanunu Tasarısının 20/3'de "*Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.*" demek suretiyle bu husus ifade edilmiştir.

cc. Denetim Dışı Kalan Sözleşme Hükümleri

Tüketici sözleşmelerinde 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.

i. Uygulanması Gereken Hukuk Kuralını Aynen Tekrarlayan Sözleşme Hükümleri

Taraflar yaptıkları sözleşmede yasanın emredici hükümlerine aykırı olmayacak şekilde düzenleme yapabilirler. Bazı hususlarda yasa koyucu, taraflara girdikleri hukuki ilişkilerde nasıl davranmaları gerektiğini emredici bir şekilde belirtir ki tarafların bunun aksine bir sözleşme kuralı getirmeleri geçersizdir. 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. Ancak bu tür hükümlerin olduğu hallerde taraflar, bu hükümlerin aksini kararlaştırabilir, kendi aralarında belirleyecekleri usul ve esaslarda hükümler

²⁴⁵ **ATAMER**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GiŞ, s.73

getirebilirler. Tarafların sözleşmede düzenlemeyi unuttukları hususlar var ise bu taktirde bu hükümler devreye girer.

Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tüketici ile yaptığı sözleşmeye müzakere etmeden koyduğu hüküm, şayet taraflar bu konuda sözleşmeye hüküm koymasalardı zaten uygulanacak olan kanun hükmü ise bu durumda artık söz konusu hükmün tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konduğundan bahisle denetlenemez²⁴⁶. Nitekim zaten somut olayda ihtilaf ortaya çıktığında uygulanacak hüküm de, sözleşmede yer verilen yasa hükmüdür. Örneğin bir şehirlerarası yolcu taşıma firmasının sözleşme metnine “TTK'nın 804.maddesi gereği yolcunun yanında alıkoyduğu eşyalardan taşıyıcı sorumlu değildir.” şeklinde bir hükme yer vermiştir. Sözleşmede yer verilen bu hüküm olmasaydı da uygulanacak olan hüküm yine TTK m.804 olacaktı. Bu nedenle bu hükmün sırf tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye alındığı için denetlenmesi mümkün değildir.

Denetime tabi hükümlerin tüketicinin menfaatlerini en iyi şekilde koruyan yasa hükümlerinden sapan hükümler olduğu düşünülduğünde zaten uygulanacak olan yasa hükmünü tekrarlayan sözleşme hükmünün haksızlığından bahsedilemez.²⁴⁷ Emredici hükümlere sözleşmede yer verilmesi halinde ise 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 gerekir²⁴⁸. Ancak yasa hükmünü tekrarlayan ve tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konan bir hükmün denetim dışı kalabilmesi için söz konusu hükmün taraflar arasındaki hukuki ilişkinin, sözleşmenin mahiyetine uygun bir hüküm olması gerekir. Eğer sözleşmeye aynen alınan yasa hükmü taraflar arasındaki ilişkiye hiç uygulanmayacak bir kural ise bu durumda tüketici lehine olan yasal düzenlemeden bir sapmanın

²⁴⁶ ASLAN, s.287

²⁴⁷ ATAMER, GİŞ Denetiminde Yeni Açılımlar, s.313

²⁴⁸ ASLAN, s.287

varlığı kabul edilebilir ve bu hüküm denetime tabi tutulabilir.²⁴⁹ Hakeza tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye alınan ve ilgili yasa hükmünün aynı değil de değiştirilmiş hali şeklindeki sözleşme hükümleri de denetime tabidir.

ii. Edim ve Karşı Edimi Belirleyen Sözleşme Hükümleri

AB Direktifinden mülhem yönetmeliğin 6.maddesinin 3.fıkrasında sözleşme hükümlerinin haksız olup olmadığının değerlendirilmesinde “*bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmış olmak koşuluyla, gerek sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki, gerekse mal veya hizmetin gerçek değeri ile sözleşmede belirlenen fiyatı arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme...*” yapılamayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla sözleşmede edim ve karşı edimi belirleyen hükümler denetim dışıdır. Yani edim ve karşı edim arasındaki denge, bir şartın haksız olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınmayacaktır. Serbest piyasa ekonomisinin kurallarının hakim olduğu bir ortamda edim ve karşı edimin piyasa adaletine bağlı olarak tespit edileceği açıktır.²⁵⁰

Edim ve karşı edime ilişkin bir dengesizlik olması halinde tüketici, şartları varsa Borçlar Kanunu'nun 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 tüketicinin tecrübesizliğinden, müzayaka halinde bulunmasından yararlanıp 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 değildir.²⁵¹.

²⁴⁹ **ATAMER**, GİŞ Denetiminde Yeni Açılımlar, s.314

²⁵⁰ **ATAMER**, GİŞ Denetiminde Yeni Açılımlar, s.315

²⁵¹ **BAYKAN**, s.189

Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tüketiciyle 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.

Yönetmeliğin 6/III maddesinde tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye alınan şartların haksızlığının taktirinde bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmış olmak koşuluyla asli edim yükümlerine ilişkin hükümlerin denetim dışı kalacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmamış olan asli edim yükümlerine ilişkin sözleşme hükümleri de denetime tabi olacaktır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ ŞARTLARIN TESPİTİ VE SÖZLEŞMENİN DURUMU

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

Mahkemenin önüne gelen uyuşmazlıkta tüketici sözleşmesinde yer alan bir hükmün haksız olup olmadığını değerlendirirken kullanacağı ölçüt ne olmalıdır? Bir başka deyişle mahkeme neye göre sözleşmede yer alan hükümlerin haksız olup olmadığını belirleyecektir?

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 sözleşmesinde yer alan hükümlerin haksızlığının taktirinde dürüstlük kuralının ölçüt olarak kullanılacağı sonucu çıkmaktadır. Ancak kanaâtimizce dürüstlük kuralının yanında mevcut yasal düzenlemeler, sözleşmenin doğası, sözleşmeye dayanan edimi tek taraflı belirleme yetkisinin kötüye kullanılmasının kıyasen uygulanması ve sözleşmenin niteliği de bir şartın haksızlığının taktirinde ölçüt olarak kullanılabilir.

A- Dürüstlük Kuralı

1- Genel Olarak

TKHK m.6/1'de satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme hükümlerinin haksız şart olduğu ifade edilmiştir. Bu tanım bir yönüyle noksan bir yönüyle ise kavram karmaşası yaratır niteliktedir:

Noksandır çünkü tanımda sadece satıcı ve sağlayıcı zikredilmiş buna karşılık kredi verenden bahsedilmemiştir. Halbuki tüketicinin kredi verenle akdettiği sözleşme de tüketici sözleşmesi olup, bu sözleşmede yer alan bir hükmün de haksız olması olasıdır.

Kavram karmaşası yaratır niteliktedir, çünkü tanımda iyiniyet kuralından bahsedilmiştir. Burada her ne kadar MK m.3'deki iyiniyet kuralından bahsedilmiş ise de yasa koyucunun asıl dile getirmek istediği kavramın MK m.2'de yer alan ve iyiniyet kuralından işlev olarak farklı olan dürüstlük kuralı olduğu açıktır.²⁵² Aynı kavram karmaşasına Yönetmelikte de rastlamaktayız. Yönetmeliğin 4.maddesinin d bendinde “iyiniyet kuralı” kullanılmış, buna karşılık 2.maddesinde ise “dürüstlük kuralı”na aykırı sözleşme hükümlerinin haksız olduğu ifade edilmiştir.

Medeni Kanun'un 3.maddesinde yer alan iyiniyet kuralı, hakkın kazanılması sırasında kişide varolan ve hoş görülebildiği taktirde hakkı kazandıran, hoş görülemediği halde ise hakkın kazanılmasını engelleyen bilgisizliği yada yanlış bilgiyi ifade ederken; Medeni Kanun'un 2.maddesinde yer alan ve TKHK m.6 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 yanıtılmamaları gerekir²⁵³.

MK m.2/1'e göre, “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.*”

Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” hükmünü içermekte olup, bu tanımda dürüstlük kurallarından bahsetmekte ancak dürüstlük kurallarının bir tanımı yapılmamıştır. Dürüstlük kuralları, orta

²⁵² ATAMER, GİŞ Denetiminde Yeni Açılımlar, s.303

²⁵³ EDİS, Medeni Hukuk, s.448

zekalı, 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 kurallar²⁵⁴ olarak tanımlanabilir.

2- Dürüstlük Kurallarının Özellikleri

a. Kamu Düzenine İlişkin Olma

EDİS²⁵⁵, dürüstlük kuralını düzenleyen MK m.2'nin emredici olmadığını savunmaktadır. Yazara göre, dürüstlük kuralı emredici nitelikte olmadığı için sözleşme ile bertaraf edilebilir. Yine **EDİS**'e göre MK m.2'nin sözleşme özgürlüğünün sınırlanması gibi bir ödevi yoktur²⁵⁶.

Bizim de katıldığımız görüşe²⁵⁷ 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.

b. Resen Göz Önünde Tutulma

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 hakimın resen araştırması²⁵⁸ ve bulacağı sonuca göre karar vermesi gerekir.

²⁵⁴ **EDİS**, Seyfullan; "Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği", s.447-460, s.449 (Prof. Dr. Mahmut KOLOĞLU'YA 70 inci Yaş Armağanı, Ankara, 1997

²⁵⁵ **EDİS**, Doğruluk ve Güven Kuralları, s.451

²⁵⁶ **EDİS**, Doğruluk ve Güven Kuralları, s.458

²⁵⁷ **ZEVKLİLER**, s.156

²⁵⁸ **EDİS**, Medeni Hukuk, s.449; **ZEVKLİLER**, s.157

c. Genel Hukuk Normu Olma

Dürüstlük kuralı, sosyal hayatta karşılaşılabilecek tüm olaylara uygulanabilecek genel bir hukuk normudur.²⁵⁹ Soyut ve genel olarak hazırlanmış hukuk kurallarının hayatın ve günün koşullarına uyarlanmasında dürüstlük kuralı büyük önem arz etmektedir.

d. Kişilerin Dışında Oluşma

Dürüstlük kuralına uyulup uyulmadığı tespit edilirken, kişinin o andaki duygu ve düşünceleri²⁶⁰ ile ruh hali dikkate alınmaz. Dava konusu somut olayda toplum içerisindeki orta, makul ve vasat seviyedeki bir kişinin davranış tarzına uygun hareket edilmiş ise kişinin dürüstlük kuralına riayet ettiği aksi taktirde 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.

e. Tamamlayıcı Olma

Hayatta ve toplumda karşılaşılabilecek tüm olay ve durumların önceden öngörülmesi ve bunlara ilişkin hukuk normu konması mümkün değildir. İleride karşılaşılabilecek 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 ileride 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

²⁵⁹ EDİS, Doğruluk ve Güven Kuralları, s.451; ZEVKLİLER, s.156

²⁶⁰ EDİS, Doğruluk ve Güven Kuralları, s.449; ZEVKLİLER, s.156

olmayabilir. Bu hallerde hukuk boşluğundan söz edilir. İşte dürüstlük kuralı bu boşlukları doldurmakta tamamlayıcı bir rol oynar.

3- Denetim Ölçütü Olarak Dürüstlük Kuralı

Haksız şartların denetiminde dürüstlük kuralı bir denetim ölçütü görevi görür. Dürüstlük kuralına göre denetimde haksızlığı tartışılan şartların hakkaniyete uygun olup olmadığı ve sözleşmede tarafların karşılıklı menfaatlerinin dengede olup olmadığına bakılmaktadır²⁶¹. Yargıtay 13.Hukuk Dairesi²⁶² 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 BK m.19'a dayanarak yasanın emredici hükümlerine aykırı saymış diğer taraftan da *"...iltihaki 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 kararında²⁶³ ise sağlayıcının iltihaki sözleşmelere özgü avantajlardan yararlanmak suretiyle kendi yararına sözleşmeye hüküm koymasının MK'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 imkanı bulunmamaktadır²⁶⁴. Türk kanun koyucusu bu hususu göz ardı etmemiş, 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.

²⁶¹ İNAL, Borca Aykırılık, s.151

²⁶²Y. 13.HD. E:2001/5771 K:2001/7408 sayı ve 05.07.2001 tarihli kararı. (<http://www.kazanci.com.tr/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb//hamfiles/13hd-20>)

²⁶³ Y. 13.HD. E: 1996/1734 K:1996/2495 sayı ve 18.03.1996 tarihli kararı. (<http://www.kazanci.com.tr/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb//files/13hd-1996-1>)

²⁶⁴ TANDOĞAN, s.32

Sözleşmeye müzakere edilmeden konulan bir hükmün haksızlığını denetleyen hakimin ana kriteri, dürüstlük kuralı olup, hakimin 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 şartın dürüstlük kuralına aykırılığı tespit edilirse bu şartın haksız olduğu kabul edilecektir. Bu şekilde haksız olan şartın geçersiz olacağı ise TKHK m.6'da 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 batıl olduğu söylenebilecektir.

ATAMER²⁶⁵, tüketici aleyhine dürüstlük kuralına aykırı olarak dengesizliğe neden olan bir hükmün haksız şart olarak nitelendirilebilmesi için ayrıca ortaya çıkan dengesizliğin, sapmanın önemli olması gerektiğini ifade etmektedir. Nitekim 93/13 sayılı AB Direktifinde de bir sözleşme hükmünün haksız olarak nitelendirilebilmesi için bu hükmün yarattığı dengesizliğin belirgin, dikkat çekici olması, tüketiciyi uygunsuz şekilde zarara uğratması gerektiği belirtilmiştir²⁶⁶. 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 belirgin²⁶⁷, münasip olmayan bir şekilde²⁶⁸, olması

²⁶⁵ **ATAMER**, GİŞ Denetiminde Yeni Açılımlar, 309

²⁶⁶ **BAYKAN**, s.186, **DEUTSCH** (Çev. HAVUTÇU), s.265

²⁶⁷ **BAYKAN**, s.185; **İNAL**, Borca Aykırılık, s.153

gerekenden daha ağır bir hale sokup sokmadığı ve şayet hükümlerle getirilen rizikoyu satıcı, sağlayıcı veya kredi veren üstlenmiş olsaydı bunlar için daha az külfetli olup olmadığının tespitidir. Tüketicisiyle müzakere edilmeden sözleşmeye alınan hükmün taraflar yönünden bu şekilde değerlendirildikten sonra bunun tüketici açısından daha fazla külfetli olduğu söylenebiliyorsa bunun haksız olduğu söylenebilecektir.

Piyasada aynı mahiyetteki sözleşmelerde yer alan hükümler de sözleşme hükümlerinin haksız olup olmadığının taktirinde hakime 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 etmiştir²⁶⁹.

OĞUZ²⁷⁰, genel işlem şartlarının denetiminde MK m.2/2 hükmünden yararlanılmasının birtakım problemler yaratacağını belirtmektedir. Yazar denetimin MK m.2/2'ye göre yapılması durumunda hakimin sözleşmeye müdahalesini gündeme getireceğini ve bunun da sözleşme güvenliğini tehlikeye düşüreceğini, bu nedenle genel işlem şartlarının içerik kontrolünün ilişkilendirme anlaşmasının yorumu yoluyla yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Yazarın bu görüşüne katılmak mümkün değildir. İlişkilendirme anlaşmasının yorumu ile sadece genel işlem şartlarının 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 imkanı ortadan kalkacak ve haksız şartların denetimi çok sınırlı bir alanda

²⁶⁸ **KAPLAN**, Sözleşmeye Müdahale, s.75

²⁶⁹ Y. 13.HD. E:2005/11099 K:2005/17357 sayı ve 24.11.2005 tarihli kararı. (<http://www.kazanci.com.tr/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb//files/13hd-2005-1>); Yargıtay'ın aynı yöndeki bir başka kararı için bkz. Y. 13.HD. E:2005/11428 K:2005/17306 sayı ve 23.11.2005 tarihli kararı. (<http://www.kazanci.com.tr/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb//files/13hd-2005-1>)

²⁷⁰ **OĞUZ**, s.517

gerçekleşecektir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye alınan şartlardan tüketicinin durumunu dürüstlük kuralına aykırılık olması durumunda ve bu aykırılığın da belirli bir ehemmiyet arzemesi durumunda hakimin 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 karşılanmadığıdır²⁷¹.

B- 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 yapamazlar; ancak bazı hallerde tüketicinin entelektüel bilgisinin ve savaşım gücünün azlığından²⁷² dolayı emredici hükümlere aykırı hükümlere dahi sözleşmede yer verilebilmektedirler ki bu hükümleri içeren sözleşme geçersiz olur²⁷³. Buna karşılık taraflar tamamlayıcı (yedek) hukuk kurallarının aksini sözleşme ile kararlaştırabilirler. İşte hakim bir hükmün dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığını söz konusu hükmün saptığı tamamlayıcı hukuk kuralının içeriğini nazara alarak tespit edecektir. Bir başka deyişle hakim haksızlığı tartışılan sözleşme hükmü ile bu hükmün bertaraf ettiği tamamlayıcı hukuk kuralını karşılaştıracak ve arada herhangi bir sapma olup olmadığına bakacaktır.

Tamamlayıcı hukuk kurallarından sapma tarafların özgür iradeleri ile gerçekleşmişse ve taraflar bu hükmü müzakere ederken bu farklı düzenleme karşısında kendi çıkarlarının bilincinde olması, çıkarlarını koruyabilecek güce ve şansa sahip olması halinde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan hüküm adil ve haklı görülebilir²⁷⁴.

²⁷¹ **ASLAN**, s.291

²⁷² **TANDOĞAN**, s.25

²⁷³ **OĞUZ**, s.531

²⁷⁴ **HAVUTÇU**, s.35

Tamamlayıcı hukuk kuralları taraflar arasında adilane bir denge kurmaya çalışır. Bu kurallardan yapılan sapmaların da taraflar arası dengenin bozulduğuna ilişkin bir karine olarak kabul edilmesi gerekir. Ancak her sapmada da sözleşme hükmünün haksız olduğunu ve hakimin sözleşmeye müdahalesini kabul etmek her zaman doğru sonuçlar vermeyebilir²⁷⁵. Hatta bazı hallerde tamamlayıcı hukuk kurallarından yapılan sapma tüketici lehine dahi olabilir. Bazı hallerde ise yapılan sapmanın taraflar arasındaki dengeye ve özellikle de tüketicinin normalde olması gereken durumuna herhangi bir etkisi olmayabilir. Bu nedenle tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye alınan hüküm ile yasal düzenlemeden yapılan sapmanın önemli olup olmadığını tespitinin önem arz ettiğini belirtmek isteriz. Öncelikle sözleşmenin türü ve bu sözleşmenin tabi olduğu mevzuat daha sonra ise haksızlığı tartışma konusu yapılan sözleşme hükmü olmasaydı uygulanacak olan tamamlayıcı hukuk kuralının tespit edilmesi gerekir.²⁷⁶ Bu şekilde ilgili hukuk normu tespit edildikten sonra hakimin herhangi bir sapma olup olmadığını tespit etmesi gerekir. Sapma olduğunu tespit eden hakimin, sözleşmenin niteliğini, 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 gerekir²⁷⁷.

²⁷⁵ OĞUZ, s.517

²⁷⁶ Atamer'in haklı olarak belirttiği gibi söz konusu tamamlayıcı hukuk kuralı günün koşullarına uygun ve taraflar arası dengeyi sağlamaya elverişli ise denetim kriteri olarak kullanılacaktır. Bkz. **ATAMER**, GİŞ Denetiminde Yeni Açılımlar, s.305

²⁷⁷ OĞUZ, s.517

C- Sözleşmenin Doğası (Amacı)

Tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye alınan bir hükmün haksızlığının tartışıldığı çoğu halde dürüstlük kuralı ve uygulanması gereken mevcut yasal düzenlemeler denetim kriteri olarak kafi olmaktadır. Ancak bazı hallerde bu kriterler dışında sözleşmenin doğasına bakılarak da bir hükmün haksız olup olmadığı tespit edilebilir. Bu husus 1976 tarihli Alman GİŞ yasasının 9. paragrafının 2. fıkrasında vardı²⁷⁸.

Özellikle sözleşme hükmü olmasaydı onun yerine uygulanacak yedek bir hukuk kuralı yoksa veya dürüstlük kuralına göre de bir denetim yapılamıyorsa bu kritere göre denetim yapmak gerekli olabilir. Kanaatimizce diğer iki kriterin uygulanabildiği hallerde dahi sözleşmenin doğası yardımcı bir kriter olarak kullanılabilir.

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 konulan ve sözleşmenin içeriği haline getirilmesi halinde bu hüküm de haksız şart olarak nitelendirilebilir. Bu nedenle bu şekilde bir uyuşmazlık önüne gelen hakimin her şeyden önce sözleşmedeki hükmün sözleşmenin mahiyeti ile bağdaşan bir hüküm olup olmadığını değerlendirmesi, bağdaşmayan bir hüküm olduğunu tespit etmesi halinde bu hükmü haksız şart olarak nitelendirmesi gerekir.

Sözleşmenin doğasına göre denetim yapılırken hakimin sözleşmenin doğasına en uygun normu saptamaya çalışması, bazı hallerde ise taraflar arasındaki dengeyi en iyi sağlayacak şekilde MK m.1/II'ye²⁷⁹ göre davranması ve yerine göre kural koyması gerekir.

²⁷⁸ **KAPLAN**, Banka Sözleşmeleri, s.83

²⁷⁹ **ATAMER**, GİŞ Denetiminde Yeni Açılımlar, s.306

Taraflar arası dengeyi sağlamak için en adil çözümlü arayan hakimin sürekli olarak sözleşmenin amacını göz önünde bulundurması²⁸⁰, sözleşmenin amacına aykırı veya tüketicinin o sözleşme ile varmak istediği sonuca aykırı veya o sonucun elde edilmesini dürüstlük kuralına aykırı olarak ağırlaştırılan 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. Tabi burada öncelikle tüketicinin sözleşmeden doğan haklı ve meşru beklentilerinin neler olduğunun tespit edilmesi, daha sonra ise haksızlığı tartışma konusu yapılan hükmün tüketicinin bu haklı ve meşru beklentileri ne şekilde etkilediğinin incelenmesi gerekir.

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

Sözleşme içeriğinin belirleme yetkisi olan, daha doğrusu sözleşme içeriğini tek taraflı olarak belirleyen satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşme hükümlerini açık ve anlaşılır olacak bir şekilde hazırlama yükümlülüğü vardır. Saydamlık ilkesi olarak ifade edilen bu prensip Yönetmelik m.6/1'de "*Sözleşme şartlarının tüketicinin anlayabileceği şekilde açık ve anlaşılır dille yazılmış olması gerekir.*" şeklinde tezahür etmiştir. Esasında bu ilke "tüketicinin aydınlatılması" hakkının kapsamına girmektedir. Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tüketici ile müzakere etmeden aktettiği sözleşmede kullandığı ifadelerin tüketici açısından bu hükümlerin lehine ve aleyhine olan hususları değerlendirebileceği şekilde açık ve anlaşılır olarak kaleme almış olması gerekir.

²⁸⁰ ATAMER, GİŞ Denetiminde Yeni Açılımlar, s. 307

E- Sözleşmenin Niteliği (Kaleme Alınış Tarzı)

Doktrinde²⁸¹ tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye alınan bir hükmün haksızlığının tespitinde sözleşmenin kaleme alınış tarzının da denetim kriteri olarak kullanılacağı ifade edilmektedir. Kanaatimizce sözleşmenin kaleme alınış tarzı, haksız şartların içerik denetiminde başlı başına denetim kriteri olarak kullanılamaz. Yukarıda saydığımız diğer kriterlerin yanında yardımcı bir kriter olarak kullanılabilir.

§10- STANDART SÖZLEŞMELERDE HAKSIZ ŞARTLARIN KULLANILMASINI ÖNLEMeye YÖNELİK DAVA TÜRLERİ

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 8. maddesinde meşru menfaati olan gerçek veya tüzel kişilerin genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış olan standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların kullanılmasının önlenmesi için dava açabilecekleri belirtilmiştir.

Bu hüküm gereğince haksız şartlar içeren sözleşmelerin iptali için satıcı, sağlayıcı veya kredi verenle sözleşme yapmaya aday tüketici, tüketici örgütleri ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı dava açabilir.

Sözleşme kurulduktan sonra sözleşmenin tarafı olan tüketici sözleşmedeki hükümlerin haksız olduğundan bunların iptali için dava açabilir.

²⁸¹ **ATAMER**, GİŞ Denetiminde Yeni Açılımlar, s.308

§11- GEÇERSİZ SAYILAN SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNDEN SONRA SÖZLEŞMENİN DURUMU

Borçlar Kanunu m.20/II'nin 1.cümlesinde sözleşmedeki hükümlerden bir kısmının geçersiz sayılması halinde sözleşmenin ayakta tutulup ilgili şartın geçersiz sayılacağı, ancak bu şart olmadan sözleşmenin yapılmayacağı anlaşıldığı taktirde sözleşmenin tamamen geçersiz sayılacağı belirtilmiştir. Acaba satıcı, sağlayıcı veya kredi veren iptal edilen hüküm olmadan sözleşmeyi kurmayacağını bildirebilir mi?

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 halinde mümkün olduğunca sözleşme ayakta tutulmalı ve satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin kendi kusurundan, ortaya çıkardığı haksız durumdan bu şekilde yararlanmasına imkan verilmemelidir²⁸². Borçlar Kanunu Tasarısının "*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. Yargıtay 13.Hukuk Dairesi²⁸³ de bir kararında geçersiz olan hükümler olmadan da sözleşme ayakta tutulabiliyorsa diğer hükümlerin varlığını koruyacağına hükmetmiştir.

Neredeyse her sözleşmede boşluk olması mümkündür. İçeriğini, kısmen veya tamamen genel işlem şartlarının oluşturduğu sözleşmelerde GİŞ'e dayanan satıcı, sağlayıcı veya kredi veren önceden her olasılığı düşünerek bunlara ilişkin hükümleri GİŞ içerisine aldığı için standart

²⁸² OĞUZMAN/ÖZ, s.22; YÜCEL, s.36

²⁸³ Y. 13.HD. E:2004/9747 K:2004/18207 sayı ve 14.12.2004 tarihli kararı. (<http://www.kazanci.com.tr/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/13hd-2004-9>)

sözleşmelerde boşluk bulunması istisnadır. Ancak standart 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. Sözleşmenin yorumunda mevcut hükmün anlamı tespiti çalışılırken; sözleşmenin tamamlanmasında sözleşme içeriği haline gelmemiş ya da gelmesine rağmen içerik denetimi sonucu iptaline karar verilen hüküm nedeniyle ortaya çıkan boşluk hakim tarafından sözleşmenin gayesine uygun olacak şekilde doldurulur²⁸⁴. Sözleşmenin tamamlanmasında da yorum yapılmaktadır. Ancak burada yapılan yorum tamamlamaya ihtiyaç olup olmadığına dairdir.

Yargısal denetim sonucu geçersiz sayılan hükümler nedeniyle ortaya çıkan boşluğu hakim dolduracaktır. Boşluk öncelikle yasanın emredici ve tamamlayıcı hükümleri ile doldurulacaktır²⁸⁵. Boşluğa ilişkin emredici veya tamamlayıcı hukuk kuralı yoksa bu durumda hakim boşluğu doldururken kendisini tarafların yerine koymalı, sözleşmenin amacını ve anlamını araştırmalıdır²⁸⁶.

Hakim bu boşluğu doldururken sözleşmenin tipik veya atipik sözleşme olmasına göre bir değerlendirme yapacaktır. Eğer sözleşme satım, kira veya karz şeklinde tipik bir sözleşme ise hakim, bu sözleşmenin ait olduğu tipik sözleşmeye ait tamamlayıcı hukuk kurallarını kullanarak boşluğu dolduracaktır. Şayet sözleşme atipik bir sözleşme ise hakim öncelikle bu sözleşmenin tipik sözleşmelerden hangisine benzediğini tespit edecek, ondan sonra da sözleşmenin mahiyetine aykırı düşmediği ölçüde tipik sözleşmeye ilişkin tamamlayıcı hükümleri kullanarak boşluğu dolduracaktır²⁸⁷. Şayet uygulanacak tamamlayıcı hukuk kuralı yoksa hakim MK m.1'e göre hareket ederek boşluğu doldurması gerekir.

²⁸⁴ **KAPLAN**, Sözleşmeye Müdahale, s.111

²⁸⁵ **KAPLAN**, Banka Sözleşmeleri, s.91

²⁸⁶ **EDİS**, Medeni Hukuk, s.310

²⁸⁷ **KAPLAN**, Sözleşmeye Müdahale, s.109

Sözleşmedeki boşluk doldurulurken birtakım esaslara riayet edilmesi gerekir:

1. Hakim sözleşmedeki boşluğu doldururken çok ihtiyatlı davranmalı, tarafların özgür iradelerine müdahale niteliğinde bir hareket tarzından kaçınmalıdır²⁸⁸.

2. GİŞ ile genelde sözleşmenin sübjektif esaslı noktaları düzenlenir. Ancak bazen sözleşmenin objektif esaslı noktalarının, edim ve karşı edimin dahi GİŞ ile düzenlendiği görülür²⁸⁹. Yapılan hukuksal denetim sonucunda sözleşmenin objektif esaslı noktalarında boşluk oluşması durumunda, bu boşluklar doldurulamaz.

²⁸⁸ **KAPLAN**, Sözleşmeye Müdahale, s.104

SONUÇ

Türk hukukunda tüketiciler uzun bir süre haksız sözleşme koşullarına karşı korumasız kalmış, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da 2003 yılında yapılan değişiklik ile getirilen 6.madde ile tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların denetlenmesi imkanı ve tüketicilerin haksız şartlara karşı korunmasının dogmatik temelleri atılmıştır. Yine Borçlar Kanunu Tasarısı'nda genel işlem şartlarının düzenlenmiş olması da Borçlar Kanunu'na göre özel kanun olan Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde ortaya çıkacak boşlukların doldurulması açısından olumlu bir yaklaşımdır.

Kanaatimizce 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.

Bir mal, hizmet veya krediyi ticari veya mesleki olmayan amaçlarla bir ivaz karşılığı edinen, kullanan veya yararlanan gerçek yada tüzel kişiye tüketici denir.

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. 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 edilmelidir. Doktrinde "kitlese sözleşme", "kitle sözleşme", "tip sözleşme", "formüler sözleşme", "çerçeve

sözleşme”, “matbu sözleşme”, ve “iltihaki sözleşme”, “form sözleşme” kavramları ile de ifade edilen sözleşmeleri satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin hangi adla nitelendirdiklerine bakılmaksızın bunların hepsi standart sözleşme olarak düşünölmeli ve bu sözleşmelerdeki haksız hükümler de denetime tabi tutulmalıdır.

Standart sözleşmelerin kısmen veya tamamen içeriğini oluşturan genel işlem şartlarının tanımı yapılırken bunları satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin hazırladığı hükümler olarak değil ve fakat satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşme içeriği haline getirmek istediğı hükümler olarak tanımlamak hem işin doğasına hem de kanunun amacına daha uygun düşer. Bu nedenle Borçlar Kanunu Tasarısının 20.maddesinin 1.fıkrasında GİŞ için “düzenleyenin tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğı” ibaresinin kullanılmış olmasını doğru bulmuyor, tasarının bu şekilde yasalaşması halinde kanunun amacına ulaşmayacağını ve üçüncü kişilerce veya satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin bağılı olduğu mesleki birlikçe hazırlanan ve satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin kullandığı genel işlem şartlarının bu nedenle denetim dışı kalacağını düşünöyoruz. Tasarının gerek Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve gerekse AB Direktifi göz önüne alınarak yeniden düzenlenmesinin daha uygun olacağı açıktır.

Gerek ferdi gerekse standart tüketici sözleşmelerinde yer alan ve haksız olarak nitelendirilen hükümler, sözleşme nitelikli hükümlerdir. Nitekim hem TKHK m.6’da hem de Borçlar Kanunu Tasarısında genel işlem şartlarının 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 şartları da tarafların kabulü ile taraflar hakkında hüküm doğurur. Tüm sözleşme hükümleri gibi genel işlem şartları da yargısal denetime tabi olup, bunlardan haksız olarak nitelendirilebilenler olursa hakim bunların iptaline karar verebilecektir.

Tüketicinin haksız şartlara karşı korunmasında kanaâtimizce haksız şartların öncelikle idari denetime daha sonra ise yargısal denetime tabi tutulması amaca daha uygun bir yaklaşım olur. 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 imkanı 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 suretiyle olur. Haksız şartların önemli bir kısmını oluşturan genel işlem şartlarının sözleşme içeriği haline gelmesi, tüketicinin dikkatinin bunlara çekilmiş olmasına ve genel işlem şartları metninin en geç asıl sözleşmenin kurulduğu sırada tüketiciye verilmesine bağlıdır. Asıl sözleşme kurulduktan sonra tüketiciye bildirilen genel işlem şartları 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.

Haksız şartların yorumunda sözleşme içeriği haline gelmiş hükümlerin yorum yöntemleri ile satıcı, sağlayıcı veya kredi veren aleyhine yorumlanmasına çalışılmaktadır. 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. 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. Tüketicinin durumunu dürüstlük kuralına aykırı olarak ağırlaştırılan sözleşme hükümleri haksız olarak kabul edilecek ve bunların geçersizliğine karar verilecektir. Her ne kadar bir hükmün haksızlığı değerlendirilirken hakimin yararlanacağı ana kriter dürüstlük kuralı ise de bunun yanında kendisinden sapılan yasa kuralı, sözleşmenin doğası 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.

Sözleşme içeriği haline gelmediğine ya da sözleşme içeriği olmasına rağmen hakimce haksız olduğu için iptaline karar verilen hükümler nedeniyle ortaya çıkan durum yorumlanmalı, sözleşmenin söz konusu hükümler olmadan ayakta tutulup tutulamayacağı değerlendirilmelidir. Sözleşmenin söz konusu hükümler olmadan ayakta tutulması mümkün olmayan hallerde mümkün olduğunca sözleşmenin ayakta tutulmasına çalışılmalı, sözleşmedeki boşluk hakim tarafından doldurulmalıdır. Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin söz konusu hükümler olmadan sözleşmeyi yapmayacağı yönündeki iddiası ise dikkate alınmamalıdır.

KAYNAKÇA

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

AKİPEK, Şebnem. Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara, 1999

AKMAN, Sermet. Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul, 1976

ASLAN, Yılmaz. En Son Değişikliklerle Yargıtay Kararları Işığında Tüketici Hukuku, 2.Baskı, Bursa, 2004

ASLAN, İ.Yılmaz/**ŞENYÜZ**, Doğan/**ERGÜN**, Mevci. İşletme Hukuku, Bursa, 2002

ATAMER, Yeşim. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul, 1999 (Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması ve GİŞ)

- "Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, 2004, s. 291-331 (GİŞ Denetiminde Yeni Açılımlar)

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

BARLAS, Nami; "Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri", Prof.Dr. Erdoğan Moroğluna 65.Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s.807-828

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

BAYKAN, Renan. Tüketici Hukuku. İstanbul, 2004

Devlet Planlama Teşkilatı Özel İhtisas Komisyonları Türkiye-AT Mevzuat Uyumlu Sürekli Özel İhtisas Komisyonu Raporları, Cilt 2, Tüketicinin Korunması Alt Komisyonu, Ankara, Kasım 1995

DEUTSCH, Erwin. Avrupa Ortak Pazarında Tüketicinin Korunması-Avrupa Direktifi ve Alman Genel İşlem Şartları Hakkında Kanun Ç. Ayşe HAVUTÇU, Prof.Dr. Şükrü Postacıoğluna Armağan, İzmir, 1997, s.259-269

EDİS, Seyfullah. Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri. Ankara, 1993 (Medeni Hukuk)

- “Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Mahmut KOLOĞLU’YA 70 inci Yaş Armağanı, Ankara, 1997, s.447-460 (Doğruluk ve Güven Kuralları)

EREN, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul, 2006

GÜLTEKİN, Mehmet Ruşen. “Tüketicinin Korunması Açışından Tüketici Kredileri”. Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1999

GÜNGÖR, Gülin. Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicin Korunması, Ankara, 2000

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

İNAL, Tamer. Açıklamalı-İçtihatlı Tüketici Kredileri ve Tüketici Sözleşmeleri. İstanbul, 2002 (Tüketici Sözleşmeleri)

- Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul, 2004 (Borca Aykırılık)

KAPLAN, İbrahim. Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi. Ankara, 1987
(Sözleşmeye Müdahale)

- Banka Sözleşmeleri Hukuku, Cilt 1. Ankara, 1996 (Banka Sözleşmeleri)

KILIÇOĞLU, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2003

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

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

OĞUZMAN, KEMAL/ÖZ, M.Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
İstanbul, 2005

OZANOĞLU, Hasan Seçkin. Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım
Sözleşmesi. Ankara, 1999

ÖZEL, Çağlar. Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma
Hakkı. Ankara, 1998 (Geri Alma Hakkı)

- "Haksız Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması Sorununa Bir
Bakış ve Almanya Örneği", Batider C.XX, sy.2, s.53-69, Ankara,1999 (Haksız
Genel İşlem Koşulları)

ÖZTEKİN, Günseli. "Tüketici Akitlerinden Doğan İhtilaflarda Brüksel
Konvasyonu'nun Kabul Ettiği Yetki Kuralına İlişkin İki Avrupa Topluluğu
Mahkeme Kararı Örneği", Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU'na 65.Yaş Günü
Armağanı, İstanbul, 1999

SOYER, M. Polat. Genel İş Koşulları. İZMİR, 1987

TANDOĞAN, Halûk. Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması, Ankara,1977

TEKİNALP, Ünal. Banka Hukukunun Esasları, İstanbul, 1988

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atilla. Borçlar Hukuku, 7.Baskı, İstanbul, 1993

TUHR, von Andreas. Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı 1-2
Ç. Cevat **EDEGE**, Ankara 1983

YÜCEL, Cemal. "Tüketicinin Korunmasına İlişkin Hukukî Tedbirler"
(Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi) İstanbul,1988,

ZEVKLİLER, Aydın. Tüketicinin Korunması Hukuku, İzmir, 2004

ÖZET

Sanayi devrimi sonucunda ortaya çıkan seri ve kitle halinde üretim sonucunda sözleşmelerde değişiklikler olmuş, klasik borçlar hukuku sözleşmeleri dışında standart sözleşme denilen yeni bir sözleşme modeli ortaya çıkmıştır. Sözleşmelerin matbulaşması ve iş hayatının baş döndüren gelişmeleri neticesinde sözleşmelerin müzakere edilebilme imkânı kalmamış, tüketiciler uzunca bir süre satıcı, sağlayıcı veya kredi verenlerin empoze ettikleri hükümlerle sözleşme yapmak zorunda bırakılmışlardır. Uzunca bir süre standart sözleşmeler de ferdi sözleşmelerle aynı kaba konulmuş ve bunlarla ilgili uyumsuzluklara ferdi sözleşme hukuku kuralları ile çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Ancak böyle bir sözleşme hukukunun yetersiz kalması sebebiyle Anayasa'da dahi korunmasına yönelik hüküm bulunan tüketici korumasız kalmıştır.

Nihayet Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6.maddesinde 2003 yılında yapılan değişiklik ile tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartların denetlenmesi imkanı getirilmiştir.

Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar, sözleşme nitelikli hükümler olup, bunların öncelikle idari denetime daha sonra ise yargısal denetime tabi tutulması tüketicinin korunması açısından büyük önem arz etmektedir.

Gerek haksız şartların yargısal denetiminde gerekse sözleşmenin tamamlanmasında şüphe halinde tüketici lehine yoruma üstünlük tanımak kanunun ruhuna daha uygun düşer.

Anahtar Kelimeler : **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Haksız Şartlar, Genel İşlem Şartları, İdari ve Yargısal Denetim**
Tez Yöneticisi : **Doç.Dr.Cemal OĞUZ**

ABSTRACT

After serial and mass production, which arose as a result of industrial revolution, there have been some amendments on contracts, and besides contracts of classical law of obligations, a new contract model called standard contract has come up. Since contracts are being printed and there have been vertiginous developments in business life, no opportunity to negotiate contracts is present, and consumers have been forced to conclude contracts under the provisions imposed by sellers, vendors or credit grantors. Standard contracts and individual contracts have been treated in the same way for a long time and disputes arising out of such contracts have been tried to be solved according to rules of individual contracts law. However, because said contract law was inadequate, consumers, for whom there are provisions in the Constitutional Law on protection, have been unprotected.

Eventually, thanks to amendment to the 6. Article of the Law on Protection of Consumer in 2003, opportunity to audit unfair terms of consumer contracts has been introduced.

Unfair terms of consumer contracts are contractual provisions and it is very important to make such terms be subject to administrative controls and then judicial controls for protection of consumer.

In case of doubts in both judicial controls of unfair terms and completion of contracts, making predominance in favor of consumer is much more suitable for spirit of the law.