

BK'DA GENEL İŞLEM KOŞULLARI
ve TKHK'DA HAKSIZ ŞARTLAR

Beste BULUT, ELİF MIZRAK, Zeynep ULUS GÖZÜM

İstanbul, 2016

KISALTMALAR

<u>TKHK:</u>	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
<u>TBK :</u>	Türk Borçlar Kanunu
<u>TMK :</u>	Türk Medeni Kanunu
<u>TTK :</u>	Türk Ticaret Kanunu
<u>GİŞ :</u>	Genel İşlem Şartı
<u>TBB :</u>	Türkiye Barolar Birliği
<u>S. _____:</u>	Sayı
<u>s. _____:</u>	Sayfa
<u>Md. _____:</u>	Madde
<u>Örn. _____:</u>	Örnek
<u>Y. _____:</u>	Yargıtay
<u>HD. _____:</u>	Hukuk Dairesi

GİRİŞ:

Tüketici kavramı 19. Yy sonlarında karşımıza çıkmış fakat Tüketici Hukuku'nun gelişmesi, aşağıdaki bahislerde de anlatacağımız üzere, yeni zamanlara rastlamıştır. Tüketici Hukuku öncelikle batılı ülkelerde önem kazanmıştır. Aşağıda daha ayrıntılı bahsedeceğimiz üzere, hukukumuzda, bu konudaki çalışmalar 1982 Anayasasından sonra hızlanmıştır ve günümüzde tüketici haklarını düzenli ve ayrıntılı bir şekilde ele alan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ("**TKHK**") 2013 yılında hukukumuzdaki yerini almıştır.

Genel işlem koşullarının ortaya çıkışı ise sanayi inkılâbına dayanmaktadır¹. Sanayinin gelişimi ile birlikte bazı mal ve hizmetler seri olarak üretilmeye başlanmıştır. Bunun sonucu olarak, taraflar arasında her gün onlarca sözleşme yapılması gereği doğmuştur. Bu durum ise önceden şahsi olan sözleşmelerin belli bir forma bağlanması ihtiyacına neden olmuş ve neticeten önceden şahsi olan sözleşmeler giderek standart sözleşmelere dönüşmeye başlamıştır². Nitekim genel işlem koşulları sözleşmelerin çabuk yapılmasını, bu suretle de zamandan tasarruf edilmesini sağlar³.

Biz çalışmamızda ilk önce, TKHK' da yer alan "*Haksız Şartlar*" ile ilgili açıklamaları yeri geldikçe Türk Borçlar Kanunu ("**TBK**") ile kıyaslamak suretiyle ele alacağız. Öncelikle "Tüketici" ve "Tüketici İşlemi" kavramlarından bahsedip, bu kısmın ikinci bölümünde ise "Haksız Şart" ve unsurları, kanuni yaptırımları açıklayacağız. Ödevimizin devamında ise, TBK kapsamındaki Genel İşlem Koşulları ("**GİŞ**") ele alınarak, TKHK ile benzerlik ve farklılıklarını belirterek, konuyu daha ayrıntılı açıklamaya çalışacağız.

Öncelikle, Borçlar Hukukundaki gelişmelerden de kısaca bahsetmekte yarar görüyoruz. 818 sayılı eski Borçlar Kanununda özel bir düzenleme hükmü yer almamaktaydı. Uygulamada genel işlem koşullarının içerik denetimi MK m.2'ye yani hakkın kötüye kullanılmaması ilkesine veya bir sözleşme hükmünün ahlaka, kamu düzenine, kişilik

¹ BAHTİYAR, Mehmet; Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması, s.100.

² YELMEN, Adem; Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları, s.40.

³ EREN, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014, s.215.

haklarına aykırı olmayacağına ilişkin genel kurallara göre yapılmaktaydı⁴. Durum böyle olunca, yeni Türk Borçlar Kanunumuza tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlarla benzer nitelikte olan genel işlem koşullarının denetlenmesi müessesesi getirilmiş ve son derece isabetli olmuştur.

Yeni Borçlar Kanununda özel hükümlerle yer alan genel işlem koşullarını aşağıda sırasıyla; öncelikle genel hatlarıyla ele alıp, ardından unsurları, sözleşme kapsamına girmesi ve yazılmamış sayılmanın hüküm ve sonuçları tespit ederek açıklayacağız.

Ardından, Genel işlem koşullarının yorumu ve içerik denetimi incelenecektir. Ödevimizdeki incelememiz ayrıca, ödevimizin sonunda da yer vereceğimiz üzere, TKHK' da yer alan haksız şart ile TBK' da yer alan genel işlem koşulları karşılaştırılarak yapılacaktır.

⁴ TOPAK, Süleyman, TBB Dergisi, 2016, s.297.

I. TÜKETİCİ VE TÜKETİCİ SÖZLEŞMESİ KAVRAMLARI:

1) TÜKETİCİ KAVRAMI VE UNSURLARI:

a) Tüketici:

Tüketicinin kanuni tanımı, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un tanımlar başlıklı 3. Maddesi kapsamında yapılmış olup, kanunda tüketici; “*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” olarak ifade edilmektedir⁵. Söz konusu kanuni tanımdan bir gerçek veya tüzel kişinin tüketici olabilmesi için sahip olması gereken unsurlara ulaşabiliriz. Buna göre, bir kişinin tüketici olabilmesi için 3 unsura sahip olması gerekmektedir. Bu unsurları şu şekilde sıralamak mümkündür⁶;

- Tüketici işlem yaparken ticari veya mesleki amaç taşımamalı,
- Tüketici bir harekette bulunmalı,
- Tüketici bir gerçek veya tüzel kişi olmalıdır.

b) Tüketicide Bulunması Gerekli Unsurlar:

i. Ticari ve Mesleki Amaçlı Olmama:

Tüketici kavramının kanuni tanımından da anlayacağımız üzere, kanun, her alıcıyı tüketici saymamış ve kapsamına dâhil etmemiştir. Bir mal veya hizmeti, kişisel ihtiyaçlar dışında, üretim, satış, ticari hayatta kullanma gibi amaçlarla da edinmek mümkündür⁷. Bu halde, söz

⁵ASLAN, Yılmaz, *6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, İstanbul 2014, s.3; KOSTAKOĞLU, Cengiz, *Banka Kredileri Tüketici Konut Kredileri ile Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar*, İstanbul 2016, s.264; GÜMÜŞ, Alper, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, İstanbul 2014, s.16. ; ULU, Elif, Tüketici Hukukunda Haksız Şart, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1427.htm, 10.10.2016; İNAL, Tamer, Tüketici Hukuku, İstanbul 2014, s.66, 609.

⁶ ASLAN, s.3.

⁷ ASLAN, s.4.

konusu mal ya da hizmeti edinen kişiyi tüketici saymak mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, tüketicinin edinmiş olduğu mal bir daha ticari hayatta kullanılmamalı ve bundan bir gelir elde edilmemelidir. Aynı şekilde, edinilen mal, başka bir malın hammaddesi olarak da kullanılmamalıdır. Kanunda belirtilmiş olan söz konusu “ticari ve mesleki olmama” amacını belirlerken esas alınacak kişi, satıcı değil alıcıdır⁸. ASLAN’ a göre; bir ticari işletmeyle alakalı olan her hukuksal işlemde ticari veya mesleki amaç bulunmaktadır⁹. Fakat gerçek kişiler açısından bu durumun istisnaları vardır. Ticari iş sayılmayacak durumlara ilişkin Türk Ticaret Kanunu (“TTK”) md.19/1¹⁰’ de de belirtildiği üzere, tacirin, işin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını bildirmesi, bu durumun halin icabından anlaşılması kıstasları burada da uygulanabilmektedir. Tüzel kişi tacirler açısından ise böyle bir istisna bulunmamaktadır. Bununla birlikte, doktrinde bazı yazarların, alınan malın ticari olmayan kısımları diğer kısımlarından ayrılabilirdiği ölçüde, bu kısımlara TKHK uygulanabileceği şeklinde görüş bildirdiği görülmektedir¹¹. Fakat ASLAN bu konuda, alıcının yalnızca kullanım amacının araştırılmasının yeterli olmayacağı ve malların maliyetlerinin ticari işletme kayıtlarına geçip geçmediğinin araştırılması gerektiği görüşündedir¹². Yani, bir ticari işletmenin hem özel işlerinde hem de ticari işlerinde kullandığı bir otomobilin maliyeti geri döneceğinden ve kayıtlarda yer alacağından, bu durumda TKHK’ nun uygulanamayacağını düşünmektedir¹³. Bu durumda, ASLAN’ a göre maliyetin geri dönüp dönmeyeceği kıstasından yararlanılması uygun olacaktır. Kanaatimizce de, bu görüş daha hakkaniyetli görünmektedir ve yerindedir. Bir işverenin yanında çalışan bir kişinin, işletme için bir eşya satın alması durumunda (örn; terzide çalışan bir kişinin malzeme alması, şoförün benzin alması gibi) bu kişilerin temsil yetkisi ile hareket ettikleri ve işletme hesabına bir sözleşme yaptıkları düşünülerek işlemleri tüketici işlemi kabul edilmemelidir¹⁴.

Kanunda zirai amaçtan bahsedilmemiştir. Fakat ziraatın de mesleki ve ticari amaçlarla yapılıp yapılmamasına göre, hangi kapsamda olacağı belirlenebilecektir ve örneğin, çiftçinin

⁸ ASLAN, s.4.

⁹ ASLAN, s.4, 5.

¹⁰ **Madde 19- Ticari İş Karinesi:** Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adı sayılır. (2) Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır.

¹¹ ASLAN, s.5, dipnot7.

¹² ASLAN, s.5.

¹³ ASLAN, s.5; FİSKECİ, Özgür, <http://fiskecihukuk.com>, [Tüketicinin Korunması Hukukunda Haksız Şart Kavramı](http://fiskecihukuk.com), 08.10.2016.

¹⁴ ASLAN, s.6.

evinde ekmek yapmak için satın aldığı buğday tüketim için iken, tarlasına dikim amaçlı aldığı buğday zirai amaçlı olarak değerlendirilecektir¹⁵.

ii. Gerçek veya Tüzel Kişi Olma:

TKHK' nun tanımlar başlıklı 3. Maddesinden çıkan bir başka unsur, ticari ya da mesleki amaçlar dışında hareket eden kişinin gerçek ya da tüzel kişi olmasıdır. Tüzel kişi, Medeni Kanun' un ("TMK") 47. Maddesinde; "*Başlı başına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar. Amacı hukuka veya ahlâka aykırı olan kişi ve mal toplulukları tüzel kişilik kazanamaz.*" Şeklinde tanımlanmıştır. TTK' nın 3. Maddesine göre, TTK' da düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir. Ticari işlere ticari kurallar uygulanmakta olduğuna göre, tüzel kişi tacirlerin, ticari ya da mesleki olmayan amaçlarla bir mal ya da hizmet satın almaları mümkün değildir. Bu nedenle de, tacir olan tüzel kişilerin, tüketici kapsamında sayılmaları mümkün olmayacaktır¹⁶.

Ticari şirketler, ödedikleri bedelin geri dönüşünü, işlemin bedelini maliyet olarak hesaba geçirebildikleri için sağlayabilmektedirler. Fakat tüketici işlerinde, bu durum söz konusu olmamaktadır. Gerçek kişi tacirler, yukarıda belirttiğimiz üzere, TTK md. 19 kapsamında, ticari işletmeleriyle ilgili olmayan bir işlem yapabilirler dolayısıyla, yapılan bu işlemi de maliyet olarak hesaplarına geçirmeleri mümkün olmamaktadır¹⁷. Doktrinde bu duruma karşıt görüş olarak, bir ticari şirket yalnızca tüketim amacıyla bir malı edindiğinde, söz konusu ticari şirketin de tüketici sayılması gerektiği belirtilmiştir¹⁸. Bu durumda örneğin, işletmeye çay-kahve makinesi alındığında ya da yemekhanede kullanılmak üzere yiyecek maddesi alımında, nihai tüketim amacı olup, ticari nitelik olmadığından, şirket tüketici addedilmeli ve bu kapsamdaki korumadan yararlandırılmalıdır¹⁹. Kanaatimizce, ticari şirketler, bu kapsamdaki bir alımı da maliyet olarak hesaba geçirebileceklerinden, tüketici olarak addedilmeleri mümkün olmamalıdır. Çünkü tüketici olan kişi bu faydadan yararlanamamakta ve kişisel

¹⁵ ASLAN, s.6.

¹⁶ ASLAN, s.7 (Yargıtay 19. HD. 6.7.1999 E.3932, K.4621 s. Kararında, gerçek kişi tacirlere tanınan hak dolayısıyla Tüzel kişi tacirlerin tüketici olamayacağına kabulünün Anayasa'nın eşitlik ilkesini zedeleyeceğinden bahisle, tüzel kişi tacirlerin tüketici olamayacağına karar vermiştir. Fakat daha sonra bu görüşünü değiştirmiş ve Y. 13 HD.E.2000/1255, K.2000/1249 s. Kararında tüzel kişi tacirin almış olduğu kamyonetle ilgili uyuşmazlığın, tüzel kişi tacirin tüketici olmayacağından bahisle genel mahkemede görülmesi gerektiğine karar vermiştir.); GÜMÜŞ, s.18,31.

¹⁷ ASLAN, s.8.

¹⁸ ASLAN, s.8.

¹⁹ ASLAN, s.8, dipnot 17.

kullanımı için bir malı satın almaktadır. Söz konusu şirketlerin, tüketici olarak sayılması tüketici kavramının anlamını genişleterek, zayıf taraftaki tüketiciyi korumak amacını aşacaktır.

iii. Hareket Etme:

Hareket etme kavramının içine, bir mal veya hizmeti almak, kullanmak, yararlanmak, buna yönelik bir sözleşme yapmak ve sözleşmenin öncesi ve sonrasında tüketicinin haklı olarak bekleyeceği hizmetleri de edinmesi gibi çeşitli unsurlar girmektedir²⁰.

2) TÜKETİCİ SÖZLEŞMESİ:

TKHK' nun tanımlar başlıklı 3. Maddesine göre Tüketici İşlemi; “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*” belirtmektedir. Kanun tüketici işlemini kurulan tüketici sözleşmeleri ve her türlü hukuki işlem olarak tanımlamıştır. Yani, “Tüketici İşlemi” genellikle karşımıza sözleşme olarak çıkmaktadır²¹. Bu durumda, tüketici sözleşmesi, sözleşmenin bir tarafında tüketici, diğer tarafında ise, satıcı- sağlayıcının olduğu bir sözleşme türü olarak tanımlamak mümkündür²². TKHK kapsamına tüketicinin taraf olduğu hukuki işlemler dâhil olup, tüketicinin taraf olduğu haksız fiiller kapsam dışı bırakılmıştır²³.

II. TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDEKİ HAKSIZ SART KAVRAMI:

²⁰ ASLAN, s.9.

²¹ GÜMÜŞ, s.9,31.

²² ASLAN, s.10. (Satıcı ve Sağlayıcı kavramları da TKHK md.3'de tanımlanmış olup, *Satıcı*; Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir. *Sağlayıcı* ise; Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır.

²³ ASLAN, s.10, s.10 dipnot 18 (Yargıtay kaçak su kullanımına ilişkin bir davada bunun bir haksız fiil olduğu gerekçesiyle davada tüketici mahkemeleri değil genel mahkemelerin görevli olduğunu hükme bağlamıştır. Yargıtay 7 HD. 14.06.2005- E. 1987/K 1956.)

Tüketici kavramı, 19. Yy sonlarında karşımıza çıktığını fakat Tüketici Hukuku'nun olgunlaşmasının yeni zamanlara rastladığını yukarıda belirtmiştik. Tüketici Hukuku öncelikle, gelişmiş batılı ülkelerde, başta ABD ve Kanada olmak üzere İngiltere, Fransa, Almanya, İsviçre Belçika gibi ülkelerde yaygınlaşmıştır. TKHK, Avrupa Birliği (“AB”) gümrük birliği kararından sonra, AB yetkililerinin talebiyle, AB düzenlemeleri esas alınarak çıkarılmıştır. Tüketici Hukuku'nun, AB' deki başlangıcı ise, AB'yi kuran Maastricht Anlaşmasındaki “Tüketicinin Korunmasının Güçlendirilmesi” ne ilişkin değişikliktir. Türk Hukuku'nda ise, tüketiciyi dolaylı olarak koruyan kurallar dışında, Osmanlı zamanında bir düzenleme bulunmamaktadır. Cumhuriyet döneminde ise, ilk kanun çıkana kadar, çeşitli düzenleme ve kurumlar olsa da, ilk kanun, 1995 yılında çıkmıştır. Bu konudaki çalışmalar 1982 Anayasasından sonra hızlanmıştır ve günümüzde tüketici haklarını düzenli ve ayrıntılı bir şekilde ele alan TKHK, 2013 yılında hukukumuzdaki yerini almıştır.

Borçlar Hukukumuzdaki sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, taraflar, kanuni sınırlar çerçevesinde istedikleri gibi bir sözleşme yapma imkânına sahiptirler. Bu ilke, bir sözleşmeyi yapıp yapmama, istenilen tip ve içerikte sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmeye son verme ve sözleşmenin şeklini belirleyebilme gibi hususlardaki serbesti anlamına gelmektedir²⁴. Günümüzde üretim koşullarının kitlesel hale gelmesiyle, işletmeler de aleyhlerine olabilecek her türlü durumu bertaraf etmek için, uzman hukukçulara çeşitli sözleşme tipleri hazırlatmışlardır. Bu durum, sözleşmeleri de kitlesel hale getirmiştir²⁵. Hemen her yerde karşımıza çıkan ve küçük harflerle sayfalarca yazılan bu form sözleşmelerin, alıcılar tarafından anlaşılması mümkün görünmemektedir. Okunamayacak kadar çok sayfadan oluşan, satıcının sorumluluğunu önemli ölçüde sınırlayan ya da ortadan kaldıran bu sözleşmelerin alıcılar tarafından okunması da olanaklı değildir. Bu nedenle tek taraflı olarak hazırlanmış bu sözleşmelere karşı, zayıf tarafta olan tüketicinin korunması gerekmiştir. Çünkü bu durum, sözleşmenin taraflarının serbest iradeleriyle, koşullar üzerinde tartışıp sözleşmeyi kurmalarını sağlayan sözleşme serbestisi yerine, bir tarafın bağımlı olmasına bırakmaktadır²⁶. Bu sebepten, çeşitli ülkelerde ve Avrupa Topluluğu'nda da bu konuda düzenlemeler yapılmış olup, hukukumuzdaki düzenleme de, 05.04.1993 tarihli “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Koşullar Hakkında AB Konsey Yönergesi” temel

²⁴ TOPAK, s.296; İNAL, s.606.

²⁵ ASLAN, s.309; TOPAK, Süleyman, “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları”, TBB Dergisi, Yıl: 2016, s.284.

²⁶ ASLAN, s.310,311; KOSTAKOĞLU, s.164; YAĞCI, Kürşad, *İstanbul Ticaret Odası, 6098 s. TBK Yenilikler ve Değişiklikler*, İstanbul 2012, s.27, GÜMÜŞ, s.50,51; TOPAK, s.287; 6502 s. TKHK Gerekçesi, <http://www.sayilikanun.com/6502-sayili-tuketicinin-korunmasi-hakinda-kanunun-gerekcesi>, 8.10.2016; İNAL, s.602.

alınarak oluşturulmuştur²⁷. Doktrinde genellikle “Genel İşlem Şartları” olarak anılan bu tarz şartları içeren sözleşmelere, “Tip Sözleşme”, “Katımlı Sözleşme”, “Formüler Sözleşme”, “Genel Şartlar”, “Kitle Sözleşmeleri”, “İltihaki Sözleşmeler”, “Standart Sözleşmeler” gibi isimler de verilmektedir²⁸. Yargıtay’ın “Standart Sözleşmeler” ile eş anlamlı olarak “İltihaki Sözleşmeler” terimini kullandığı bazen görülmekte ise de, bir kararında İltihaki Sözleşmeleri “*Bir kamu hizmeti ifa edip, hukuken veya eylemli olarak tekel durumu arz eden ve tüketicinin bağlanması gereken (Nakliye, elektrik, gaz, PTT. vs.) standart hükümleri içeren ve tüketicilerin olduğu gibi bağlanmak zorunluluğunda kaldığı sözleşmeler*” olarak tanımlamıştır ve uygulamadaki yaygın kullanımı da standart sözleşmeden ziyade bu şekildedir²⁹. Dolayısıyla, standart sözleşme teriminin “İltihaki Sözleşme”yi de içine alan daha geniş bir kavram olduğu görülmektedir³⁰. TBK md. 20/son hükmü gereği olarak, GİŞ’ e ilişkin hükümler uygun düştüğü ölçüde “İltihaki Sözleşmelere” de uygulanmaktadır dolayısıyla, “İltihaki Sözleşmeler” de haksız şart içerebilecektir³¹. TKHK, tüketici sözleşmeleri bakımından, GİŞ’ i de içine alan fakat daha geniş bir anlam ifade eden “haksız sözleşme koşulları” kavramını Yönerge ile paralel olarak kullanmıştır. Genel İşlem Şartı , “*sözleşmenin bir tarafınca, tek yanlı olarak, sözleşme kurulmadan önce hazırlanmış olan ve sözleşme koşullarında hiçbir etkisi olmayan karşı tarafa sunulan sözleşme koşullarıdır.*” Ülkemizde bununla ilgili düzenlemeler TBK ve TKHK’ da yer almaktadır. Bu bölümde biz yalnızca TKHK ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik hükümlerini göz önünde bulundurarak, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlarla alakalı olarak açıklamalarda bulunacağız.

1) **HAKSIZ ŞART KAVRAMI VE UNSURLARI:**

a) **Haksız Şart Kavramı:**

Haksız şart kavramı gerek TKHK md. 5 ve gerekse Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik md. 4 içerisinde tanımlanmıştır. Haksız Şart kavramının kanuni tanımı; “*Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde*

²⁷ ASLAN, s.309; TOPAK, s.285.

²⁸ ASLAN, s.310; KOSTAKOĞLU, s.164; YAĞCI, s.27.

²⁹ ASLAN, s.310, dipnot 9,10, (Y. 13. HD. 18.3.1996 E.1784, K. 2495) , GÜMÜŞ, s.51.

³⁰ ASLAN, s.310, dipnot 10.

³¹ GÜMÜŞ, s.51, 60; <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/tuketici-sozlesmelerinde-haksiz-sartlar>, 08.10.2016; 6502 s. TKHK Gerekçesi, <http://www.sayilikanun.com/6502-sayili-tuketicinin-korunmasi-hakkinda-kanunun-gerekcesi>, 08.10.2016.

tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartı” şeklindedir. Haksız şart, TKHK md. 5 hükmünde 9 fıkra halinde düzenlenmiş ve çıkarılan Yönetmelikle de açıklığa kavuşmuştur. GİŞ tanımını yukarıda yapmıştık, burada GİŞ’ ten farklı olarak çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanan sözleşmelerden ziyade, daha geniş bir tanım yapıldığı görülmektedir³². Haksız şartta önemli olan nokta, önceden çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanma değil, şartın, tüketici aleyhine dengesizlik yaratıp yaratmaması ve tüketici ile müzakere edilip edilmemesidir. TKHK’ da standart sözleşmelerle ilgili bir düzenleme getirilirken, TBK’ da GİŞ tanımında hangi hallerde GİŞ’ in haksız şart sayılacağı belirtilmemiş bu durum md.21’ de düzenlenmiştir. TKHK’ na göre ise, bir standart sözleşmenin zaten tüketici ile tartışılmamış ve içeriğini tüketicinin etkileyememiş olduğu kabul edilir³³. Dolayısıyla, bir genel işlem şartının haksız olması zorunlu değildir ve eğer karşı taraf aleyhine hükümler içermiyorsa bu hükümlere müdahale edilmez³⁴. TKHK kapsamındaki “haksız şart” unsurlarına değinmeden önce, TBK kapsamındaki GİŞ unsurlarına kısaca değinmekte yarar görüyoruz³⁵.

- GİŞ, sözleşmenin kısmen bir şartı olabileceği gibi, tamamen de bir sözleşmenin şartlarını oluşturabilir. Aynı şekilde asli edimleri oluşturabileceği gibi, tali edimleri de oluşturabilir. Her halükarda GİŞ, tek yanlı olarak hazırlanmıştır ve sözleşmenin diğer tarafı hazırlanmasına etki etmemiştir.
- GİŞ, taraflardan biri ya da bir üçüncü kişi tarafından, sözleşmenin kurulmasından önce, tek yanlı olarak hazırlanarak karşı tarafa sunulmuştur.
- GİŞ, tek bir sözleşmede kullanılmak üzere değil, birden çok sözleşmede kullanılmak üzere, genel ve soyut olarak hazırlanır.
- GİŞ, bu şartları kullanan, yani, sözleşmeyi hazırlayarak karşı tarafa sunan kişi tarafından, karşı tarafa sunulmak niyetiyle hazırlanır.
- TKHK, açısından baktığımızda, tüketici aleyhine şartlar taşıyorsa ve haksız şart unsurları tamsa, bu hükümler müzakere edilmemiş dolayısıyla, “haksız şart” sayılacaktır.

Haksız şart unsurları ise, kanuni tanımdan anlaşılacağı üzere 3 tanedir ve bu şartları tanımdan şu şekilde çıkartmak mümkündür;

³² ASLAN, s.315; GÜMÜŞ, s.60.

³³ ASLAN, s.316.

³⁴ ASLAN, s.317.

³⁵ ASLAN, s.317.

- Müzakere edilmeden tek yanlı olarak hazırlanması,
- Tarafların hak ve yükümlülüklerinde, tüketici aleyhine bir dengesizlik bulunması,
- Bu durumun dürüstlük kurallarına aykırı olması şeklindedir ve bu 3 şartın birlikte bulunması durumunda ilgili sözleşme koşulu, haksız şart olarak kabul edilecektir³⁶.

b) Haksız Şart Unsurları:

i. Tek Yanlı Olarak Konulma:

İlgili şartın haksız sözleşme şartı olabilmesinin ilk unsuru, taraflarca müzakere edilmeden tek yanlı olarak koyulmuş olmasıdır. Yani, sözleşmeyi sunan taraf tarafından ya da bu taraf için sözleşmeyi hazırlayan 3. Bir kişi tarafından (şirket avukatları vs.) karşı tarafla bir araya gelmeden, tek taraflı olarak hazırlanan bir sözleşme söz konusudur ve tüm sözleşme şartlarının bu unsuru sağlamış olması gerekmektedir. Hükümde de belirtildiği üzere, bir şartın müzakere edilmiş olması, sözleşmenin geri kalan kısmının haksız şart özelliği taşımasını engellemez. Müzakere edilmeden anlaşılması gereken, sözleşme şartının anlamını tüketicinin anlamış olması ve şartın içeriğine etki etme olanağının olduğunu bilmesi ve bu şekilde kabul etmiş olmasıdır³⁷. Kanun aynı şekilde, önceden hazırlanan ve standart sözleşme içinde yer almasından dolayı tüketicinin içeriğine etki edemediği sözleşme şartlarının müzakere edilmediğini kabul etmiştir. TKHK' nun aradığı müzakere şartı TBK' da bulunmamaktadır. Şöyle ki; TBK md.21' de önceden hazırlanan standart sözleşme alıcıya anlatılır ve alıcı da sözleşmedeki koşulu anlar ve kabul ederse, GİŞ haksız sayılmayacak ve sözleşmede kalabilecektir. TKHK' da ise bu yeterli görülmemiş ve tüketici ile müzakere şartı koyulmuştur³⁸. Buradan anlaşılması gereken, tüketicinin serbest iradesiyle hükmü değiştirip değiştiremeyeceğidir ve tüketicinin bunu bilip, ona göre karar vermesinin önemidir³⁹. GÜMÜŞ' e göre⁴⁰; hükümde geçen “önceden hazırlanmış standart sözleşme” kavramı isabetsizdir. Çünkü bununla, GİŞ ifade edilmiş olmaktadır ve muhatabının tüketici olduğu

³⁶ASLAN, s.317; TOPAK, s.292; FİSKECİ, Özgür, <http://fiskecihukuk.com>, Tüketicinin Korunması Hukukunda Haksız Şart Kavramı, 08.10.2016; 6502 s. TKHK Gerekçesi, [http://www.sayilikanun.com/6502-sayili-tuketicinin-korunmasi-hakinda-kanunun-gerekcesi,08.10.2016; İNAL, s.610.](http://www.sayilikanun.com/6502-sayili-tuketicinin-korunmasi-hakinda-kanunun-gerekcesi,08.10.2016)

³⁷ ASLAN, s.318.

³⁸ ASLAN, s.319; TOPAK, s.288; ULU, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1427.htm, 10.10.2016; FİSKECİ, Özgür, <http://fiskecihukuk.com>, Tüketicinin Korunması Hukukunda Haksız Şart Kavramı, 08.10.2016.

³⁹ ASLAN, s.319.

⁴⁰ GÜMÜŞ, s.62.

GİŞ' ler açısından "müzakere edilmeme karinesi" öngörülmektedir. Bu durumda, GİŞ niteliğindeki tüketici sözleşmelerinin, müzakere edilmediği kural olarak kabul edilmektedir.

ii. Hak ve Yükümlülüklerde Dengesizlik:

Bir hükmün tek yanlı, müzakere edilmeden konmuş olmasının yanında, ayrıca, o hükmün, tarafların hak ve yükümlülüklerinde dengesizlik oluşturması da gerekmektedir. Bir hükmün dengesizlik oluşturup oluşturmayacağına ilişkin kararın, sözleşmenin tümü değerlendirilerek verilmesi gerekmektedir⁴¹. Bir sözleşme şartı, tek taraflı hazırlanmasına rağmen, dengesizlik oluşturmayabileceği ve tüketici lehine olabileceği gibi, bir hükümdeki dengesizlik, diğer bir hükümle giderilmiş olabilmektedir⁴². Değerlendirme yapılırken, sözleşmeye konu mal ve hizmetin niteliği, iktisadi, hukuki vb. şartlar göz önüne alınarak ve varsa bağlantılı sözleşmeler de incelenerek yapılmalıdır⁴³.

iii. Dürüstlük Kuralına Aykırılık:

Satıcı tarafından tek yanlı olarak hazırlanıp, alıcıya sunulan sözleşme ve yarattığı dengesizlik, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek ve makul sayılamayacak nitelikte değilse, haksız sözleşme koşulu olarak kabul edilmeyecektir⁴⁴. Satıcının elde ettiği karla, alıcının ödediği bedelin dengesiz oluşu bu kapsamda değilken, tüketicinin ileride çıkabilecek sorunlarda elinde olan haklarını sınırlayan, satıcıda kalması gereken sorumlulukları tüketici üzerinde bırakan sözleşmeler bu kapsamdadır.⁴⁵

Yargıtay verdiği bir kararda "*Davacı davalı banka ile imzaladığı kredi sözleşmesi nedeni ile kendisinden farklı isimler altında tahsil edilen bedellerin iadesini istemekte olup, dairemizin yerleşik içtihatlarında da vurgulandığı üzere, davalı bankanın tacir olup, yaptığı masrafları tüketiciden isteme hakkı bulunduğu anlaşılmakta ise de, somut uyuşmazlığın tüketici hukukundan kaynaklandığı da gözetildiğinde, bankanın ancak davaya konu kredinin*

⁴¹ ASLAN, s.320; FİSKECİ, <http://fiskecihukuk.com>, [Tüketicinin Korunması Hukukunda Haksız Şart Kavramı](http://fiskecihukuk.com), 08.10.2016.

⁴² ASLAN, s.320, dipnot 29 (Örn; hafif ihmalden yapılan sorumsuzluk anlaşmasına karşılık müşteriye bununla dengede olacak kapsamda sigorta koruması sağlanması); FİSKECİ, <http://fiskecihukuk.com>, [Tüketicinin Korunması Hukukunda Haksız Şart Kavramı](http://fiskecihukuk.com), 08.10.2016; 6502 s. TKHK Gerekçesi, <http://www.sayilikanun.com/6502-sayili-tuketicinin-korunmasi-hakkinda-kanunun-gerekcesi>, 10.10.2016; İNAL, s.611.

⁴³ ASLAN, s.321; 6502 s. TKHK Gerekçesi, <http://www.sayilikanun.com/6502-sayili-tuketicinin-korunmasi-hakkinda-kanunun-gerekcesi>, 10.10.2016; İNAL, s.611.

⁴⁴ ASLAN, s.320; GÜMÜŞ, s.63.

⁴⁵ ASLAN, s.321.

verilmesi için zorunlu, makul ve belgeli dosya masraflarını tüketiciden isteyebileceğinin kabulü gerekir. Hemen belirtmek gerekir ki, bankaların kredi borçlusuna hayat sigortası yaptırmasındaki asıl amacının, kredi borcunu teminat altına almak olduğu ve hayat sigortası nedeni ile kredi borçlusunun belli bir prim ödeme borcu altına girdiği anlaşılmalı birlikte, hayat sigortası kapsamına alınmasında kredi borçlusu tüketicilerin de bir menfaatinin olduğu açıktır. Hal böyle olunca, sözleşme kapsamında tahsil edilen hayat sigorta primlerine ilişkin kayıtların haksız şart niteliğinde olduğunun kabulüne olanak bulunmamaktadır.” Şeklinde, sözleşmede önceden tek taraflı olarak belirlenen bir hükmün, dürüstlük kuralına aykırı olmaması ve tüketici lehine olması durumunda haksız şart olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir⁴⁶.

2) ÖNCEDEN HAZIRLANAN VE ANLAMI AÇIK OLMAYAN SÖZLEŞME ŞARTLARI:

TKHK “Haksız Şart”lara ilişkin 5. Maddesinin 3. Fıkrasında, bir sözleşme şartının standart bir sözleşmede yer alması dolayısıyla tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının müzakere edilmediği kabul edilmektedir. Sözleşmeyi düzenleyen, aksini iddia ediyor ise, bunu ispatla yükümlüdür denerek, ispat yükü satıcının üzerine bırakılmıştır. Ayrıca, sözleşmenin tamamından standart bir sözleşme olduğu sonucu çıkıyorsa, bir hükmün müzakeresi, bu maddenin uygulanmasına engel olmayacaktır. Buradan anlaşılan, yalnız bir maddenin müzakere edilmiş olması, sözleşmenin tamamına etki etmeyecek ve sözleşme müzakere edilmemiş sayılacaktır. Dolayısıyla, kanun koyucu, matbu sözleşmelerdeki şartların önceden tartışılmamış olduğuna dair bir karine kabul etmiştir⁴⁷. Ayrıca tüm sözleşme şartlarının tek tek müzakere edilmesi aranmaktadır⁴⁸. Kanunda, “önceden hazırlanmış” ve “standart sözleşme” kavramları kullanılmış, GİŞ’ e yer verilmemiştir fakat hüküm GİŞ’ i kapsar⁴⁹.

Gerek TKHK md.5 ve gerekse TBK md. 23 sözleşmede yer alan hususların, açık ve anlaşılır olması gerekliliğini hükme bağlamıştır ve aksi durumda ilgili kavramlar, tüketici

⁴⁶TOPAK, s.290; (Yargıtay’ ın aynı kapsamda, hayat sigortalarına ilişkin sözleşme şartında açık ve haksız oransızlık unsurunun gerçekleşmediğine dair vermiş olduğu diğer kararlar için bkz.; Yargıtay 13. HD. , E.2012/23738, K.2012/25211, T.08.11.2012, CEYLAN, Ebru, 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Düzenlemeler, s.489; Yargıtay 13. HD. E. 2014/23525, K. 2014/22547, T. 2.7.2014, www.kazanci.com, 14.10.2016.)

⁴⁷ ASLAN, s.321; KOSTAKOĞLU, s.268; TOPAK, s.288.

⁴⁸ ASLAN, s.321; GÜMÜŞ, s.63.

⁴⁹ ASLAN, s.321.

lehine, düzenleyenin aleyhine olacağını belirtmiştir⁵⁰. Gerekçede bu durum; “*Contrastipulatore* (Sözleşme, şüphe hâlinde düzenleyen aleyhine yorumlanır.) ilkesi olarak Roma Hukukundan bu yana geçerli olan bu kural, sözleşme hükmünü kaleme alan tarafın bunun anlaşılır olması sorumluluğunu taşıması düşüncesine dayanır.” şeklinde ifade edilmiştir⁵¹. Burada önemli olan, ilgili hükmün, ortalama bir tüketici açısından açık ve anlaşılır olmasıdır. Yani bir hüküm, “ortalama bir tüketicinin” anlayabileceği şekildeyse, o hükmün anlaşılır olduğu kabul edilecektir⁵².

3) **YAPTIRIM VE DENETİM:**

TKHK md.5 hükmüne göre, tüketici ile akdedilen sözleşmede yer alan haksız şartlar, kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşı karşıyadır. Sözleşmenin geri kalan kısmı ise, geçerliliğini korumaktadır ve sözleşmeyi yapan, bu kısım ile bir sözleşme yapmayacağını ileri süremeyecektir. TBK md.21’ de ise, genel işlem koşullarının hangi halde sözleşmeye dâhil olacağını belirttikten sonra, aksi halde GİŞ’ in yazılmamış sayılacağı hükme bağlanmıştır⁵³. Aynı şekilde hükmün devamında, sözleşmenin niteliği ve işin özelliği ile uymayan şartların da yazılmamış sayılacağını belirtmiştir. TBK md. 22’ de ise, geri kalan hükümlerle sözleşmenin devam edeceğini ve sözleşmeyi düzenleyenin yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı sözleşme yapmayacağını iddia edemeyeceği düzenlenmiştir.

TKHK haksız şartları kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlamışken, TBK yazılmamış sayılma ifadesini kullanmıştır. TBK’ ya göre sözleşmede dengesizlik yaratan bu hükümler hiç olmamış gibi varsayılacaktır. TKHK ise, bu hükümlerin olduğunu kabul etmekte, fakat hükümsüz saymaktadır⁵⁴. Sonuç olarak her iki kanun bakımından da kısmi hükümsüzlük söz konusu gibi görünse de, TBK bakımından, bu konudaki görüşlere ilişkin açıklamayı, ödevimizin “GİŞ” kısmında yapacağız. Sonuç olarak, bu hükümler, hukuksal olarak hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır, sözleşmenin geri kalanı ise geçerliliğini koruyacaktır. Ancak alıcı isterse, sözleşmenin geri kalan kısmını da geçersiz saydırma imkânına sahiptir.

⁵⁰ KOSTAKOĞLU, s.168, 268; GÜMÜŞ, s.56; 6502 s. TKHK Gerekçesi, <http://www.sayilikanun.com/6502-sayili-tuketiginin-korunmasi-hakkinda-kanunun-gerekcesi>, 08.10.2016.

⁵¹ 6502 s. TKHK Gerekçesi, <http://www.sayilikanun.com/6502-sayili-tuketiginin-korunmasi-hakkinda-kanunun-gerekcesi>, 08.10.2016.

⁵² ASLAN, s.323.

⁵³ KOSTAKOĞLU, s.166; GÜMÜŞ, s.51.

⁵⁴ ASLAN, s.324; KOSTAKOĞLU, s.267, YAĞCI, s.34; GÜMÜŞ, s.59.

Haksız şartların geçersiz sayılması sonucu, sözleşmede bir boşluk doğabilir. Oluşan bu boşluğu, hâkim kendisi özel hukuktaki tamamlayıcı hükümlere göre dolduracaktır⁵⁵. Bunu yaparken işlem, eğer bir tüketici işlemi ise, öncelikle TKHK, burada hüküm bulunmayan hallerde ise genel hükümlere başvuracak ya da kendi koyacağı normlara göre boşluğu dolduracaktır⁵⁶.

Haksız şartların yargısal denetimi, TKHK md.5'in 6. ve 7. fıkrasına göre belirtilen unsurlar dikkate alınarak yapılmaktadır. TBK md.25 ise, "İçerik Denetimi" başlığını taşımakta ve GİŞ, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı hükümler koyulamayacağını hükme bağlamaktadır⁵⁷. Hâkim, dürüstlük kuralına aykırı olarak, tüketici aleyhine dengesizlik yaratan bir kural olup olmadığına ilişkin araştırmasını yaparken ilgili hüküm uyarınca,

- Sözleşme konusu mal ve hizmetin niteliği
- Sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar
- Sözleşmenin diğer hükümleri
- Haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümlerini dikkate alarak yapacaktır⁵⁸.

Belirtilen unsurlar, sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir. Sözleşme yapıldığı sırada dengeli olan fakat daha sonra ortaya çıkan koşullar dolayısıyla dengesizleşen hükümler var ise, söz konusu hüküm uygulama alanı bulmayacaktır ve bu durumda sözleşmenin uyarlanması gibi başka dava yollarına başvurmak gerekecektir⁵⁹. Hükümün 7. Fıkrasına göre, açık ve anlaşılır yazılmış olması koşuluyla, tarafların asli edim yükümlülüklerine ilişkin bir değerlendirme yapılamayacaktır⁶⁰. Gerekçede, bu durum "*Serbest Piyasa Ekonomisi*"nin bir gereği olarak belirtilmiştir ve *serbest piyasa ekonomisinde edimler arası dengede objektif adaletin yerini "Piyasa Adaleti" nin alacağı*" şeklinde belirtilmiştir. Saydamlık ilkesine aykırı davranılmış olma hali dışında, edimler arasındaki denge, denetime konu olamayacaktır

⁵⁵ ASLAN, s.325.

⁵⁶ ASLAN, s.325; GÜMÜŞ, s.73; TKHK gerekçesi. (<http://www.sayilikanun.com/6502-sayili-tuketicin-korunmasi-hakkinda-kanunun-gerekcesi>, 14.10.2016.); TOPAK, s.310.

⁵⁷ KOSTAKOĞLU, s.170, YAĞCI, s.38; GÜMÜŞ, s.57; TOPAK, s.290.

⁵⁸ ASLAN, s.326; KOSTAKOĞLU, s.268; GÜMÜŞ, s.64; FİSKECİ, Özgür, [http://fiskecihukuk.com, Tüketicinin Korunması Hukukunda Haksız Şart Kavramı, 08.10.2016.](http://fiskecihukuk.com/Tuketicin-Korunmasi-Hukukunda-Haksiz-Sart-Kavrami,08.10.2016)

⁵⁹ ASLAN, s.326.

⁶⁰ KOSTAKOĞLU, s.268; ASLAN, s.326; GÜMÜŞ, s.60,66; TOPAK, s.287; ULU, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1427.htm, 10.10.2016); FİSKECİ, Özgür, [16](http://fiskecihukuk.com, Tüketicinin Korunması Hukukunda Haksız Şart Kavramı, 08.10.2016.</p></div><div data-bbox=)

çünkü doğru fiyatı tespit etmek için bir hukuksal ölçüt bulunmamaktadır⁶¹. Yönetmeliğin “Yargısal Denetim” başlıklı maddesinde ise, “ Meşru menfaati olan” gerçek ve tüzel kişilerin genel olarak hazırlanmış standart sözleşmelerdeki haksız şartların önlenmesi için dava açabilecekleri belirtilmiştir. Maddedeki “Meşru menfaati olan” kavramı ile sözleşme yapan ya da henüz yapmamış ama yapma ihtimali olan tüketici, tüketici örgütleri (tüketici örgütlerinin kendilerinin değil üyelerinin meşru menfaati aranmalıdır) belirtilmektedir⁶². Ayrıca, Yönetmelik md. 23/4 hükmü gereğince, Bakanlık da bu tip davaları açabilmektedir. Yönetmeliğin son kısmında belirtilen Haksız Şart örnekleri, sınırlı sayıda değil, örnek olarak sayılmıştır.

Ödevimizin bundan sonraki kısmında, “*Genel İşlem Koşulları*” ayrıntılarıyla incelenecektir.

III. GENEL İŞLEM KOŞULLARI

1) GENEL OLARAK:

Sözleşmeler kural olarak, kurulma ve içeriğinin belirlenmesi açısından iki tarafın, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile ortaya çıkmaktadır. Ancak günümüz koşullarında, bazı mal ve hizmetlerin, belirli bir kişiden ziyade kitlelere sunulması gerekliliği doğmuştur. Bunun sonucu da, her kişi ile ayrı ayrı sözleşme düzenlemek yerine, önceden hazırlanan sözleşme modellerinin o mal ya da hizmeti almaya gelen kişilere tartışmaya yer vermeyecek şekilde sunulması olmaktadır⁶³.

Genel işlem koşullarına ilişkin Yeni Türk Borçlar Kanunumuzda yer alan altı maddelik düzenleme, Türk Borçlar Kanunu’nun getirdiği en önemli yeniliklerden biridir. Türk Borçlar Kanunu’ndan önce de mevzuatımızda sınırlı sayıda ve dar kapsamda olsa da, bazı özel düzenlemelere yer verilmekteydi⁶⁴. Ancak, Türk Borçlar Kanunu’ndaki bu altı maddelik hükümlerle, “Genel İşlem Koşulları” , hukukumuza kapsamlı şekilde ve her türlü sözleşme ilişkisinde geçerli, genel bir düzenleme olarak girmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda yer alan genel işlem koşulları ile ilgili ilk göze çarpan düzenleme, bu düzenlemelerin, kişi bakımından uygulama alanı ile ilgili olarak bir

⁶¹ ASLAN, s.327; 6502 s. TKHK gerekçesi, <http://www.sayilikanun.com/6502-sayili-tuketicin-korunmasi-hakkinda-kanunun-gerekcesi>, 10.10.2016.

⁶² ASLAN, s.328.

⁶³ AKINTÜRK, Turgut; ATEŞ KARAMAN, Derya: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Yirminci Bası, Ocak 2013, İstanbul, s. 47.

⁶⁴ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m6; 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.766, m.1266; Banka ve Kredi Kartları Kanunu m.24 gibi.

sınırlama yapmamasıdır. Yani genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler, tacirler yanında, tacir olmayanlar (tüketiciler, alıcılar, müşteriler) için de uygulanabilecektir⁶⁵.

Genel işlem koşulları, ancak sözleşmenin içeriğine dahil olduktan sonra hukuki bakımdan bir değer kazanır ve anlam ifade eder, öncesinde, sözleşmenin kurulması için yapılacak icaba temel teşkil eden bir tasarı ve projeden başka bir şey değildir⁶⁶.

Genel işlem koşullarına uygulamada çeşitli şekillerde rastlanır. Bunlar ya sözleşmenin kuruluşu sırasında karşı tarafa verilir ya da sözleşmenin kuruluşundan önce ilan edilmek suretiyle karşı tarafın bilgilerine sunulur.

Genel işlem koşulları, Türk Borçlar Kanunu'nun 20/1. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre; "*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir*". Bununla beraber, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun m.5 hükmünde yer alan haksız şartlar için öngörülen; "*bir sözleşme şartının önceden hazırlanması*", "*standart sözleşmede yer alması*" ve "*tüketiciyle önceden müzakere edilmemesi*" durumları, Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşulları hükümleriyle de benzer niteliktedir⁶⁷.

Genel işlem koşullarının tanımı doğrultusunda, unsurlarını tek tek ele alıp inceleyeceğiz.

2) GENEL İŞLEM KOŞULLARININ UNSURLARI:

TBK m.20/1'de yer alan tanıma göre dört unsur mevcuttur. Buna göre, ilk olarak genel işlem koşulları bir sözleşmenin hükümleridir. İkinci olarak, bu koşullar, sözleşme kurulmadan önce hazırlanmalıdır. Yine bunlar, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacı taşırlar. Son olarak ise, düzenleyen bunları, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunar.

A. Bir Sözleşmenin Hükümleri Olması

⁶⁵ AYDOĞDU, Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 13, Sayı: 2, 2011, s.1-50 (Basım Yılı: 2013).

⁶⁶ YELMEN, s.50.

⁶⁷ TOPAK, Süleyman, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2016, s.299.

Genel işlem koşulları, kural olarak sözleşme hükümleridir. Çünkü bunlar, bir sözleşmenin muhtevasını oluşturmak için hazırlanırlar⁶⁸. Ancak bunların yanında, sözleşmede ferdi nitelikte hükümler olması da mümkündür.

Genel işlem koşulları uygulamada özellikle banka, sigorta, elektrik, doğalgaz, internet gibi alanlarda karşımıza çıkar.

B. Önceden Tek Taraflı Hazırlanması

Bir hukuki işlemde, genel işlem koşullarının varlığından bahsedilebilmesi için, söz konusu koşulların, sözleşme kurulmadan önce, tek taraflı olarak hazırlanmaları gerekir. Bunlar, farklı müşterilerle kurulacak aynı türden, çok sayıda sözleşme için bir çerçeve oluşturma amacıyla kaleme alınmaktadır⁶⁹. Örnek olarak, matbu kredi kartı sözleşmelerini verebiliriz. Bildiğimiz üzere bunlar, sözleşme öncesi hazırlanmış olup basılı bir şekilde önümüze konmaktadır.

Bir sözleşme metnine ne zaman GİŞ olarak nitelendirileceğini tanımlayan BK m.20 uyarınca işletmenin, “...tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu...” metinler, yani karşı tarafın hiçbir şekilde hazırlanmasına katılmadığı metinler genel işlem koşuludur. Buna paralel olarak, md.20/3 uyarınca; “genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar tek başına onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz”. Uygulamada, özellikle bankalarca, kullanılan genel işlem koşullarının altına müşteriye, el yazısıyla, sözleşmenin karşılıklı müzakere edilerek kabul edildiği yazdırılmaktadır. Ancak bu uygulama, sözleşme koşullarının genel işlem koşulları olarak nitelendirilmesini önlemez⁷⁰ Aynı şekilde TKHK m. 6 da “satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu..” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla, burada bakılması gereken açık bir pazarlık, müzakere olup olmadığıdır. Eğer tarafların denk bir pazarlık iktidarına sahip olduğu kabul edilebiliyorsa, o zaman bu sözleşme bir GİŞ değil, bireysel sözleşmedir ve sadece BK sözleşme özgürlüğünü sınırlayan genel hükümleri çerçevesinde denetlenir⁷¹. Dolayısıyla, bireyin, bireysel sözleşmede sahip olduğu pazarlık yapma veya maddeleri tartışma hakkı Genel İşlem koşullarında elinden alınmış, yalnızca ‘evet veya hayır’ diyebilme imkânı tanınmıştır⁷².

⁶⁸ Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 8 Nisan 2011.

⁶⁹ YELMEN, s.53.

⁷⁰ YAVUZ, Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, 2. Baskı, Adalet Yayınları, S.84.

⁷¹ ATAMER, Yeşim; Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi?, s.104.

⁷² ÖZER, Şenalp, Genel İşlem Şartları (<http://senalpozer.av.tr/makaledetay-genel-islem-sartlari-15.html>), Giriş Bölümü.

C. İleride Çok Sayıda Benzer Sözleşmede Kullanma Amacı Taşınması

Genel işlem koşullarının varlığının kabulü için gerekli olan diğer bir unsur, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılma amacı taşımasıdır. Bu unsur aynı zamanda, genel işlem koşullarının ortaya çıkış sebeplerindedir.

Öte yandan bu unsura ilişkin TBK m.20/4'te istisnai bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; “*Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır*”. Yani bu tür sözleşmelerde, genel işlem koşullarının unsurlarından, ‘ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacı’ aranmaz⁷³.

D. Sözleşmenin bir tarafının diğer tarafına sözleşmenin kuruluşu sırasında sunması

Genel işlem koşullarının varlığı için aranan son unsur, sözleşmenin bir tarafının diğer tarafına, bunları sözleşmenin kuruluşu sırasında sunmasıdır. TBK m.20/1'de ‘sözleşme yapılırken’ ifadesi yer aldığından, genel işlem koşullarının en geç sözleşmenin kuruluşu sırasında sunulması gerekmektedir.

1. GENEL İŞLEM KOŞULLARINDA ÖNEM TAŞIMAYAN HUSUSLAR

TBK m. 20/1'e göre, “*Genel işlem koşullarının sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz*”. Yani, genel işlem koşullarının geçerliliğinden söz ederken, şekli kıstaslardan yola çıkılmayacağından söz edilmektedir.

Yine, genel işlem koşullarının varlığı bakımından önem taşımayan diğer bir husus, metinlerin mutlak anlamda örtüşmesidir. TBK m. 20/2'ye göre, “*Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez*”. O halde sözleşmede yer alan metinler özdeş olmasa da, onları genel işlem şartları olarak nitelendirmek mümkündür⁷⁴.

2. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ SÖZLEŞME KAPSAMINA GİRMESİ

A. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ SÖZLEŞME KAPSAMINA GİRMESİNİN UNSURLARI

⁷³ YELMEN, s.61

⁷⁴ YELMEN, s.61.

a. Genel İşlem Koşullarının Varlığı Hakkında Açıkça Bilgi Verilip İçeriğini Öğrenme İmkânı Sağlanması

Genel işlem koşullarını sözleşmeye dâhil etmek isteyen kullanıcının, sadece bu koşulların varlığı hakkında karşı tarafa bilgi verilmesi yeterli değildir. Kullanıcının aynı zamanda, karşı tarafa bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlaması da gerekir. Ancak bu hükmün eleştiriye açık olduğu tartışmasızdır. Zira karşı tarafa bilgi verilip, öğrenme imkânı sağlandığına dair ispat yükü, hazırlayana aittir ve bunu ispat edebilmek oldukça zordur.

1. Genel İşlem Koşullarının Varlığı Hakkında Açıkça Bilgi Verilmesi

Genel işlem koşullarının geçerlilik kazanması, diğer bir ifadeyle sözleşme içeriğine dâhil edilebilmesi için, karşı tarafa bunların varlığı hakkında açıkça bilgi vermek gerekmektedir. Söz konusu bilgilendirme, TBK m.21/1 gereğince, en geç sözleşmenin kuruluşu esnasında yapılır. Aksi halde sözleşme kurulduktan sonra, daha önce hiç sözü edilmeyen genel işlem koşullarından söz edilmesi durumunda, TBK md.1 anlamında hüküm ifade etmez⁷⁵. TBK m.21'in gerekçesinde açıkça bilgi vermenin ne şekilde yapılacağı konusunda bilgi yer almamasına karşın, kanaatimizce, kastedilen karşı tarafı genel işlem koşullarının varlığından haberdar etmektir. Dolayısıyla varlığından haberdar edecek her türlü bildirim şekli, geçerli olmalıdır. Karşı tarafın, genel işlem koşullarının varlığını öğrendiğine dair ispat yükü ise, hazırlayana(kullanana) ait olacaktır⁷⁶. Tüketici hukuku açısından bakıldığında, TKHK' da ve yönergede, sözleşmenin içeriğine dâhil edilmek istenen sözleşme kayıtlarının hangi durum ve şartlar altında sözleşmenin içeriğine dâhil edileceği düzenlenmemiş olduğundan, TBK 21/1 kıyasen uygulanarak⁷⁷, bahsi geçen 'bilgi verme' kurumunun, aynı şekilde yürütülmesi gerekecektir.

Genel işlem koşulları, önceden genellikle basılı bir şekilde hazırlanır. Basılı şekilde bulunan genel işlem koşullarının varlığı hakkında haberdar edilmesi ise, genel olarak basılı metnin bir suretinin karşı tarafa verilmesi ile gerçekleşir⁷⁸.

2. Genel İşlem Koşullarının İçeriğinin Öğrenme İmkânının Sağlanması

⁷⁵ YELMEN, S.83.

⁷⁶ YELMEN, S.84.

⁷⁷ YAVUZ, s.89.

⁷⁸ YELMEN, s.84.

Türk Borçlar Kanunu m.21/1’de bahsi geçen, ‘*Genel işlem şartlarının içeriğinin öğrenme imkânının sağlanması*’ yine kanunun gerekçesinde açıklanmamıştır. Ancak burada kastedilenin, Genel İşlem Koşulları’na ilişkin hükümlerin görsel, işitsel vs yöntemlerle karşı tarafın hâkimiyet alanına girmesiyle mümkün olduğu düşünülmektedir. Ancak bu, her bir maddenin tek tek karşı tarafa okunması veya gösterilmesi demek değildir. Zira bu husus, genel işlem şartı niteliğini kaybetmesine yol açacaktır. Dolayısıyla örnek olarak basılı bir halde karşı tarafa verilmesi veya flash disk ile iletilmesi, karşı tarafın hâkimiyet alanına girmesini sağlayacaktır ve yeterli olacaktır.

B. Karşı Tarafın Kabulü

Kabul TBK m.1 anlamında, icaba uygun olarak sözleşmenin meydana gelmesine kesin bir şekilde imkân sağlayan, karşı tarafa varması gereken tek taraflı bir irade açıklamasıdır⁷⁹.

Açık kabul, kabulün, şüphe ve tereddüde mahal vermeyecek şekilde açıklanmasıyla mümkün olur. Açık kabul yazılı olabileceği gibi, sözlü veya karşılıklı tarafların daha önce belirlediği bir işaretle veya susmayla da mümkündür⁸⁰.

Zımni kabul ise, TBK m.6’ya göre; ‘*Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır*’ şeklinde tanımlanmıştır. İlgili madde hükmünden yola çıkarak, işin özelliği gereği açık kabulü beklemek gerekmediği sürece, makul bir süre içinde reddedilmediğinde, genel işlem şartları kabul edilmiş sayılmaktadır.

Doktrinde kabul edilen bir başka kabul şekli ise, global (evrensel) kabuldür. Burada kastedilen, karşı taraf yani müşteri, sözleşme şartlarını değiştirme ümidiyle yaklaşmayıp ve sözleşme hükümlerini anlamaya da çalışmayarak yalnızca kabul etmektedir⁸¹. Bu durum, karşı tarafça rıza gösterildiği anlamında kabul edilmektedir. Ancak global kabul yoluyla, bir bütün olarak benimsenen genel işlem koşullarına karşı müşteriyi koruma ihtiyacı hasıl olacaktır. Bu koruma, kapsam denetimi (TBK md.21/1), şaşırtıcı genel işlem koşulları denetimi (TBK md.21/2), yorum denetimi (TBK md.23), değiştirme ve yeni düzenleme yapma yasağı denetimi (BK. md.24) ile içerik denetimi (TBK md.25) diye sıralanabilir. Bahsi geçen denetim şekillerini ileride detaylı bir şekilde ele alacağız.

⁷⁹ AKINTÜRK/KARAMAN, s.27.

⁸⁰ EREN, Fikret, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.

⁸¹ SİRMEN, Lale, Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Nisan 2011, BATIDER, Ankara 2012, s.14; KAŞAK, Esra: Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları İÜHFD., S.1, Y.2012,s. 416.

YAZILMAMIŞ SAYILMA

Yazılmamış sayılma müessesesi, Türk Borçlar Kanunu md.21, 22 ve 24’de düzenlenmiş olup, ayrıntıları aşağıda inceleyeceğiz.

TBK m. 21/1’e göre, bir genel işlem koşulunun sözleşme kapsamına girmesi daha önce de açıkladığımız üzere iki şartın gerçekleşmesi ile mümkün olacaktır. Bunlar; sözleşmenin yapılması sırasında diğer tarafa bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermek ve içeriklerini öğrenme olanağı sağlamak ile genel işlem koşullarının karşı tarafının da bu koşulları kabul etmesidir. Bu iki şartın gerçekleşmemesi halinde ve ayrıca sözleşmenin niteliğine yabancı olan genel işlem koşulları, artık sözleşmenin bir parçası sayılmayacak, yani yazılmamış sayılacaktır⁸². Sözleşmenin zayıf tarafının korunmasına yönelik dikkat çekici bir yaptırım olarak, kanun metninde yer alan yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Yeni bir hükümsüzlük kavramı mı olduğu, yoksa yokluk ya da butlana mı dâhil olduğu konusunu, bu kavramları açıklayarak aydınlığa kavuşturmayı amaçlıyoruz.

Öncelikle, yokluk, bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının eksik olması halidir⁸³. Kurucu unsurlardaki eksiklik, o işlemin hukuken varlık kazanmasına engel olmaktadır, dolayısıyla hukuki işlem yok sayılmaktadır.

Kesin hükümsüzlük, hukuki işlemin kurucu unsurlarında bir eksiklik olmamasına rağmen, işlemin geçerlilik şartlarında (emredici hukuk kuralları gibi), kamu düzenini ilgilendirecek nitelikte bir eksikliğin varlığı halinde söz konusu olmaktadır⁸⁴.

Kısmi hükümsüzlük ise, BK m.27/2 ye göre, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması durumunda söz konusu olur. Bu geçersizlik, diğer hükümlerin geçerliliğini etkilemeyecektir.

Her ikisi birlikte değerlendirildiğinde yazılmamış sayılmanın niteliği, doktrinde farklı görüşlerle karşımıza çıkmaktadır. Akıncı’ya göre, yazılmamış sayılma yaptırımı, ne tam olarak butlan, ne de yokluk olup, farklı bir yaptırım türüdür. Burada sözleşmenin bazı hükümlerinin yok farz edildiği, bir çeşit kısmi yokluk durumu söz konusudur. Bir kısmı geçerli, bir kısmı ise yok hükmünde olan bir sözleşme mevcuttur⁸⁵. Eren⁸⁶ de, kısmi yokluk

⁸² AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.51.

⁸³ EREN, s.298.

⁸⁴ EREN, s.299.

⁸⁵ AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Konya 2011, s. 124.

⁸⁶ EREN, s.201.

durumunu kabul etmiştir. Öte yandan Uluslan⁸⁷, “Yazılmamış sayılmadan maksadın kesin hükümsüzlük olduğu anlaşılmaktadır” diyerek kesin hükümsüz olduğuna dair görüşü savunmaktadır. Öte yandan Yelmen ve Yeniocak, yazılmamış sayılmanın yeni bir yaptırım türü olduğu yönündeki görüşü benimsemiştir. Zira Yelmen⁸⁸’e göre, genel işlem koşullarının hukuki niteliği, bir sözleşme değil, sözleşmenin hükümleri olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, sözleşmeler için geçerli olan yaptırım türleri yazılmamış sayılma için birebir örtüşmeyecektir. Şahsi görüşüm, karma nitelikte olduğudur. Yazılmamış sayılma, kısmi yoklukla benzer yanları olmakla beraber, yeni bir tür olduğundan, herhangi bir yaptırımın içine direk olarak sokmanın mümkün olmadığı, dolayısıyla, sui generis (kendine özgü) bir yapıya sahip olduğu sonucuna varılabileceği kanaatindeyim.

Türk Borçlar Kanunu m.21/2 de; “Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır” ifadesindeki, ‘yabancı olan’ ile kastedilen aslında ‘şaşırtıcı şart’tır. Şaşırtıcı şart, denetim konusu genel işlem koşulunun yer aldığı sözleşme hükümleri dikkate alındığında, sözleşmenin diğer hükümleriyle anlamlı bir bütün oluşturmayan şart anlamına gelmektedir⁸⁹. Örneğin, bir kredi sözleşmesine ipotek fek ücreti hükmü eklenmesi, şaşırtıcı sayılacak ve yazılmamış kabul edilecektir. Başka bir örnek ise, Ankara’da yapılan sözleşmeye, yetkili mahkeme olarak İstanbul yazılması yine şaşırtıcı şarttır. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin⁹⁰ kararı da bu yönde olup, söz konusu kararda; “Davacı yan aleyhine sözleşmeye konulan muhtelif masraflar, erken kapama komisyonu ücreti, ipotek fek ücreti yazılmamış sayılmalıdır. Yazılmamış sayılan kalemlerin davalı bankaca tahsil edilmiş olması genel işlem şartına açıkça aykırı kabul edilerek iadesi gerekir” demektedir. Ayrıca belirtmelidir ki, 21/1 ile hüküm altına alınan, “karşı tarafın bu maddenin içeriğini öğrenmesi ve kabul etmesi” maddesi, söz konusu şaşırtıcı hükmü geçerli kılmayacaktır yani bu madde hükmü şaşırtıcı şart için geçerli değildir⁹¹. Öte yandan hükümde tercih edilen bu yaklaşım eleştirilmiş, şaşırtıcı şartların da karşı tarafa bilgi verme yoluyla sözleşmeye dâhil olabilmelerine imkân tanınması gerektiği savunulmuştur⁹². Mevzu bahis eleştiriyi ele aldığımızda, tacirler arasındaki sözleşmeler bakımından haklı olduklarını

⁸⁷ ULUSAN, İlhan, Türk Borçlar Kanunu’ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 1224.

⁸⁸ YELMEN, s.105.

⁸⁹ YENİOCAK, Umut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011, S.37.

⁹⁰ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2014/13315 E., 2014/13503 K., T.29.04.2014, www.kazancı.com, 12.10.2016.

⁹¹ YENİOCAK, s.38.

⁹² ATAMER, Yeşim, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ve Borçlar Kanunu Taslağı m.18, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu’na Armağan, Ankara 2004, s. 291 vd, s.325.

düşünmekteyiz. Nitekim Ticaret Hukuku gereği, nitelikli bir tacir gibi davranıp ‘şasırtıcı şart’ı görüp kabul ettiği düşünülmelidir. Diğer taraftan, genel işlem koşulları ile ilgili hükümlerin, zayıf tarafı koruyan hükümler olduğu düşünüldüğünde; kanun koyucunun TBK m.24’ ün gerekçesinde belirtmiş olduğu lehe düzenlemenin mümkün olduğuna dair yorumdan yola çıkarak, şasırtıcı olan şartlardan karşı tarafın aleyhine olanlar yazılmamış sayılıp, lehine olanların yazılmış sayılması uygun olacaktır⁹³.

TBK md.22 gereği, sözleşmenin yazılmamış sayılan maddeleri dışında kalan hükümleri, aynen geçerliliğini sürdürmeye devam edecektir. Böylece karşı tarafın ‘*yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağı*’ yönünde olabilecek muhtemel iddiaları, TBK md. 22 ile engellenmiş bulunmaktadır. Yazılmamış sayılması halinde, bu hükümlerin sözleşmeye hiç dâhil olmadığı kabul edilmektedir. TKHK’ da da benzer nitelikte bir hüküm söz konusudur. Buna göre, tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların bulunması halinde, bu haksız şartlar kesin olarak hükümsüz sayılacaktır. Bu hükümsüzlük hali ise, kısmi hükümsüzlüktür. Zira gerek Kanun gerekse yönetmelik maddesinde sözleşmenin, haksız şartlar dışındaki hükümlerinin geçerliliğini koruyacağı belirtilmiştir. Burada Türk Borçlar Kanunu 27.madde anlamında bir kısmi hükümsüzlük hali mevcuttur. Fakat TKHK m.5 gerekçesinde de belirtildiği gibi, burada TBK. 27.madde düzenlemesinden farklı olarak, sözleşmenin geri kalanının ayakta tutulması, tarafların bu konuda farazi iradelerine göre tayin edilmez. Sözleşme, her halükarda bu şartlar olmaksızın geçerliliğini koruyacaktır⁹⁴.

TBK m. 24 e göre ise, genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek taraflı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi içeren kayıtlar da yazılmamış sayılacaktır. TBK m. 24’te düzenlenen bu kural, sözleşme serbestisi kapsamında taraflara tanınmış olan sözleşmeyi değiştirebilme serbestisinin bir istisnasını oluşturmaktadır. Genel işlem şartlarına bu sözleşmeyi değiştirebileceğine ya da yeni düzenleme getirebileceğine dair bir madde koyulsa dahi, bu durum şasırtıcı olacağından yazılmamış sayılacaktır. Diğer taraftan, daha önce bahsetmiş olduğumuz TBK m.24’ün gerekçesini unutmamak gerekir. Söyle ki; “*maddede söz konusu edilen kayıtlar, sadece düzenleyenin lehine, diğer taraf aleyhine olan değişiklik ya da yeni düzenleme yapma yetkisi veren genel işlem koşullarına ilişkindir. Buna karşılık, diğer taraf lehine yapılacak değişikliklerin ya da yeni düzenlemelerin geçerli olduğu konusunda duraksama yoktur*”. O

⁹³ ŞEKER, Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, 1. Baskı, İstanbul 2015, s.48.

⁹⁴ TOPAK, s.308.

halde, karşı tarafın lehine olan yeni düzenlemelerin veya değişikliklerin geçerli sayılacağı açıktır⁹⁵.

Yazılmamış sayılmadan dolayı, sözleşmede oluşan boşlukların nasıl giderileceğine dair hüküm TBK md.22'nin gerekçesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “...*oluşabilecek sözleşme boşluklarının kanun hükümleriyle doldurulacağı ifade edilmiştir*”. Görüldüğü üzere, kanun koyucu tarafından yazılmamış sayılarak sözleşme dışında bırakılan genel işlem koşullarının, sözleşmede meydana getirebileceği sözleşme boşluklarının kanun hükümleri (emredici hukuk kuralı veya yedek hukuk kuralı) ile doldurulacağını açıkça ifade edilmiştir. Ancak, sözleşme boşluğunu dolduracak uygun bir kanun hükmü olmaması halinde, ne yapılacağına dair bir düzenleme getirmemiştir. Bu durumda hâkim, TMK md. 1 kapsamında örf ve âdete göre, burada da yoksa kanun koyucu gibi hareket ederek boşluğu kendi koyacağı kurallarla dolduracaktır(TBK md. 2)⁹⁶. Ancak hâkim, sözleşme boşluğu için kendi hukuk yaratırken adil bir sözleşmenin gereklerine dayanması gerekmektedir. Yani hâkim koyacağı kuralla, bir taraftan sözleşmenin karşı tarafına hiç beklemediği bir menfaat sağlayarak onu çok avantajlı bir duruma getirmemeli, diğer taraftansa, genel işlem koşullarına yakın bir çözüm benimseyerek, genel işlem koşullarını kullanan tarafın menfaatlerini korumalıdır⁹⁷.

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YORUMLANMASI

Genel işlem koşulları yorumlanırken, somut sözleşmede tarafların farazi ifadeleri incelenmekte ve burada açık olmayan veya birden fazla anlama gelen hükümlerin tam olarak ne anlama geldiğinin tespiti amaçlanmaktadır⁹⁸.

Yazılmamış sayılan veya ferdi nitelikte değerlendirilip, artık genel işlem koşulu sayılmayan hükümlerin yorumu bu kapsamda değerlendirilmez. Genel işlem koşulu sayılan hükümlerin yorumu bu kapsamdadır⁹⁹.

Genel işlem koşullarının yorumu TBK md. 23' te ‘*Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.*’ şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi, birden fazla anlama gelen, anlaşılır olmayan genel işlem koşulları, doğrudan düzenleyen kişinin aleyhine ve karşı tarafın lehine olacak şekilde yorumlanacaktır. Bu ilke, Roma Hukuku’ndan beri gelen, “*Şüph*

⁹⁵ ŞEKER, s.61.

⁹⁶ ŞEKER, s.211.

⁹⁷ ŞEKER, s.216.

⁹⁸ YELMEN, s.112

⁹⁹ YELMEN s.112

halinde düzenleyen aleyhine yorumlanma” kuralıdır¹⁰⁰. Bunun aksine davranış, ‘*çelişkili davranma yasağına*’ aykırı olacaktır¹⁰¹.

YORUMUN UNSURLARI

-AÇIK VE ANLAŞILIR OLMAMA

Genel işlem şartlarındaki bir hüküm, ‘*tartışmaya mahal verecek şekilde bir anlam*’a sahip olursa, bunun açık ve anlaşılır olduğundan söz edilemeyecektir¹⁰². Açık ve anlaşılır olmama, genel işlem şartının, sözleşme içerisindeki anlamının tam olarak tespit edilememesini ifade eder. Bu durumda yorum gerekmektedir¹⁰³. Yorum, genel nitelikleriyle mantık ve gramer kurallarına uygun olacak şekilde yapılacaktır¹⁰⁴.

-BİR DEN FAZLA ANLAMA GELME

Genel işlem şartlarındaki bir hüküm, birden fazla anlama gelecek şekilde düzenlenmiş olabilir. Genel işlem koşulları, taraflar arasındaki özel ilişki mahiyetinde hazırlanmazlar, genel ve soyut niteliklidirler. Bu sebeple, birden fazla anlama gelme durumuyla sıklıkla karşılaşılmaktadır¹⁰⁵.

GENEL İŞLEM KOŞULLARINDA YORUMUN SINIRI

Genel işlem koşulları, genel ve soyut nitelikte olduğundan, bunların yorumunu her somut sözleşmede farklılık arz edebilecektir. Bu sebeple, açık ve anlaşılır olmayan veya birden fazla anlama gelen genel işlem şartının yorumu, somut sözleşme kapsamındaki taraf iradelerine uygun olacak şekilde yapılmalıdır. Tarafların arzu etmedikleri, iradelerinin uygun olmadığı bir sonuç çıkarma şeklinde gerçekleşmemelidir¹⁰⁶.

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YORUMLANMASINDA METOD VE İLKELER

Genel işlem koşulları yorumlanırken TBK md.23’e göre, “*kullanan aleyhine ve karşı taraf lehine*” yorum ilkesi kullanılmaktadır.

1.GENEL METOD VE İLKELER

¹⁰⁰ YAVUZ s.94 ALTINTOP s.42 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; HATEMİ; SEROZAN; ARPACI s.239

¹⁰¹ YAVUZ s.95

¹⁰² YELMEN s.112

¹⁰³ YELMEN s.113

¹⁰⁴ 11.HD.,T.02.03.1998, E.1997/10396, K. 1998/1278 (KBİBB)

¹⁰⁵ YELMEN s.113

¹⁰⁶ YELMEN s.114-115

Genel metod ve ilkeler çeşitli şekillerde uygulanmaktadır. Şöyle ki; yapılan yorum yüzeysel olmamalı, tarafların iradelerini ortaya çıkaracak şekilde yapılmalıdır. Sözleşmenin kurulduğu andaki taraf iradeleri göz önünde bulundurulmalı ve ona göre yorumlanmalıdır. Sözleşme kurulduktan sonra oluşan yenilikler, göz önünde bulundurulmalı, hiçbir hüküm birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmemelidir¹⁰⁷.

Genel işlem koşullarının yorumlanmasında, bir haktan vazgeçmeye ilişkin beyanlar, dar yorumlanmalı, yorumda zayıf tarafın menfaatleri göz önünde bulundurulmalı, genellikle güçlü olanın aleyhine yorumlanma şeklinde gerçekleşmektedir. Taraflar arasında daha önceden süregelen benzer uygulamalar varsa, bunlar göz önünde bulundurulmalıdır¹⁰⁸.

Yorum, kendi içerisinde tutarlı olmalı, çelişkiye yer vermemeli, hukuka ve ahlaka uygun olmalıdır. Tarafların menfaatleri, adil bir şekilde ele alınmalı ve dengelenmelidir. Yorum dürüstlük kuralı ve ilkelerine uygun olmalıdır¹⁰⁹.

2.GENEL İŞLEM ŞARTLARININ KULLANAN ALEYHİNE VE KARŞI TARAF LEHİNE YORUMU

TBK md. 23' e göre, genel işlem şartları değerlendirilirken, kullanan aleyhine karşı taraf lehine yorum ilkesi benimsenmiştir. Bu, “*yorum denetimi*” olarak adlandırılmıştır. Buna göre, kullanan kişi, genel işlem şartlarında açık ve anlaşılır olmayan ya da birden fazla anlama gelen hükümleri, kullanan aleyhine ve karşı taraf lehine yorumlanacaktır. Bunun aksinin uygulanması, kullananın kendi kaleme almış olduğu bir hükümden yarar sağlamasına sebebiyet verecektir. Bu durum da, Roma hukukundan günümüze kadar gelmiş olan ‘*Kimse kendi kusuruna dayanarak hak iddia edemez.*’ İlkesine, doğrudan aykırılık oluşturacaktır. Hukuk buna izin vermemiştir¹¹⁰.

4721 sayılı TMK md.2'deki dürüstlük kuralı, genel işlem koşullarının yorumunda, özel bir uygulama alanına sahiptir¹¹¹. Yorum yapılırken, tüm bu hususlara dikkat edilmesi beklenmektedir.

GENEL İŞLEM KOŞULLARINDA İÇERİK DENETİMİ

YÜRÜRLÜK VE İÇERİK DENETİMİ

¹⁰⁷ YELMEN s.117-118

¹⁰⁸ YELMEN s.118-119

¹⁰⁹ YELMEN s.119

¹¹⁰ YELMEN s.120

¹¹¹ YELMEN s.121

Genel işlem koşullarında içerik denetimi TBK m.25’de düzenlenmiştir. Buna göre; ‘*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kuralına aykırı olarak, karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*’ Buna göre, genel işlem koşullarında dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafında aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hüküm konulamayacaktır. Kanuna göre bu şart ayrıca, dürüstlük kuralına da aykırı nitelik taşımamalıdır, taşınması durumunda bu nitelikteki hükümler geçersizdir¹¹². TBK m.21’e göre ‘*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları sözleşmenin kapsamına girmesi, düzenleyen tarafın sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafa bu koşullar hakkında açıkça bilgi vermesine, bu koşulların içeriğini öğrenme imkânı sağlanmasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır.*’ Dolayısıyla, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem şartlarının, sözleşmenin kapsamına girebilmesi, yürürlük imkânı kazanıp, sonuç doğurabilmesi için tarafların kabulü şarttır¹¹³. İçerik denetimi, sözleşmenin hükümleri olabilmiş maddeler için uygulanacaktır. Başka bir deyişle, yazılmamış sayılan hükümlerde genel işlem şartları için içerik denetimi yapılamayacaktır.

Genel işlem koşullarının bağlayıcılık unsuru, genel işlem koşullarına dâhil edilip edilmemesini ifade etmektedir. Bu kısaca, “*yürürlük denetimi*” olarak anılmıştır. Sözleşme maddelerinin yürürlüğe girip girmeyeceği, bu denetim kapsamında değerlendirilmektedir. Bu denetimden geçildikten sonra, içerik denetimine geçilecektir. Yürürlük denetiminde karşı tarafa, genel işlem koşulları hakkında bilgi verilmesi hali incelenecektir. Karşı tarafa bilgi edinme imkanı verilip verilmediğine bakılacaktır. Şayet, karşı tarafa genel işlem koşulları ile ilgili bilgi edinme imkânı verilmezse, bu durumun yaptırımı yazılmamış sayılmazdır. Örnek olarak, düzenleyen tarafından hazırlanan, karşı tarafın kabulüne sunulan ‘genel işlem koşulları’ niteliğindeki maddeler, rahatlıkla okunabilen büyüklükte olmalı, silik olmamalı, karşı tarafın bilgisine sunulmalıdır. Bu ve benzeri hallerde karşı tarafça imzalanmış olursa bile, ‘kabul idaresi’ geçersiz kabul edilmektedir ve bağlayıcı olmaz¹¹⁴.

Genel işlem koşullarını içeren sözleşmelerde zayıf tarafı, özellikle tüketiciyi karşı tarafın empoze ettiği hükümlere karşı korumak amacıyla içerik denetimi yapılmaktadır. Dolayısıyla genel işlem koşullarını düzenleyen bu kurallar, hukuki nitelik itibarıyla emredici olup amaçları karşı tarafı korumaktır¹¹⁵.

¹¹² YELMEN s.123 EREN s.222 YAVUZ s.96

¹¹³ EREN s.221

¹¹⁴ REİSOĞLU s.77

¹¹⁵ EREN s.220 YAVUZ s.98

TBK md.25'te, genel işlem şartlarının içerik denetimi için tek ölçüt olarak dürüstlük kuralı belirtilmiştir. Ancak hâkimin bu denetimi yaparken, sadece dürüstlük kuralı ile bağlı olması düşünülemez. Öncelikle, anayasayı ve mevzuatın emredici hükümlerini göz önünde bulundurması gerekmektedir¹¹⁶. Ayrıca, sözleşme özgürlüğünün sınırları da göz önüne alınmalı, emredici hükümlere, kamu düzenine, kişilik haklarına ve ahlaka aykırılık ve imkânsızlık, aşırı yararlanma, irade sakatlığı gibi bulunmaması gereken hallere dikkat edilmelidir¹¹⁷. Genel işlem koşulları, emredici hukuk kurallarına aykırı olamaz ve bu kuralları ortadan kaldıramaz¹¹⁸. Dürüstlük kuralının emredici niteliği gereği, hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerekir¹¹⁹. Dürüstlük kuralı göz önüne alınırken, ilgili madde sözleşmenin doğasından kaynaklı hak ve yükümlülükleri ve sözleşmenin amacına ulaşmasını tehlikeye sokacak derecede sınırlıyorsa, bu durumda onun, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde, karşı tarafın mağduriyetine sebebiyet verdiği kabul edilmelidir¹²⁰.

İÇERİK DENETİMİ İLE GEÇERSİZLİĞİNE HÜKMEDİLEBİLECEK GENEL İŞLEM ŞARTLARI

Kullananın, önerinin kabulü veya reddi ya da edimin yerine getirilmesi için, makul olmayan düzeyde, uzun veya belirsiz olarak öngörüldüğü sürelerin geçersizliği tartışılmaktadır ve makul süre tespit edilirken, kural olarak tarafların, menfaat dengeleri göz önünde bulundurulmalıdır¹²¹.

Dönme hakkına ilişkin hükümlerin, objektif olarak makul kabul edilmesi gerekmekte, sözleşmede önem arz eden bir ihlal teşkil etmesi gerekmekte, aksi halde, objektif makul bir sebep kabul edilmemelidir¹²².

TBK md.24'e göre; '*Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşullarını içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.*' Buna göre, kullananın tek taraflı değiştirme yetkisi, karşı tarafın aleyhine herhangi bir sonuç doğuramayacaktır. Düzenleyen tarafa, sözleşmeyi tek yanlı olarak, dilediği gibi değiştirme ya da yeni düzenleme yapma yetkisi verilmemektedir¹²³.

¹¹⁶ YELMEN s.124

¹¹⁷ YELMEN s.125 REİSOĞLU s.78

¹¹⁸ EREN s.220

¹¹⁹ YELMEN s.128

¹²⁰ YELMEN s.132

¹²¹ JAUERNIG/STADLER s 308 Rn 2. YELMEN s.133

¹²² JAUERNIG/STADLER s 308 Rn 2. YELMEN s.136

¹²³ YAVUZ s.95; UYGUR s.315

Böyle bir değişiklik yapılmak istendiğinde, karşı tarafın da onayının olması mecburidir. Karşı taraf aleyhine olup, onun kabulünü içermeyen değişiklikler geçersizdir¹²⁴. Buna karşılık karşı taraf lehine yapılacak değişiklikler veya düzenleme yetkisi veren genel işlem koşulları geçerlidir¹²⁵.

Karşı tarafın herhangi bir davranışını belirli bir bildirim olarak varsaymak için, karşı tarafa açıkça süre tanınması halinde ve kullanan sözleşmenin başlangıcında öngörülen davranışın ne anlama geleceğini özellikle belirtmekle yükümlü değilse, geçersizdir¹²⁶.

Taraflar genel olarak, TBK md. 180-182 hükümlerine göre cezai şart kararlaştırabilirler. Ancak, belirlenecek cezai şartın geçersizliği değerlendirilirken, ölçüsüz derece yüksek bir tazminatı içermemeli ve somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır¹²⁷.

Alacak zamanaşımını değiştiren hükümler kural olarak geçersizdir. Kullananın alacakları bakımından zamanaşımı işlemeyeceğine veya karşı tarafın zamanaşımı definde bulunamayacağına ilişkin şartlar da geçersiz kabul edilir¹²⁸.

İÇERİK DENETİMİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Genel işlem koşullarında yapılan içerik denetimi sonucu, iki farklı durum ortaya çıkar. Denetlemeye tabi olan hükmüm karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı şartın dürüstlük kuralına uygun olması hali, bunlardan bir tanesidir. Bu halde madde, taraflar arasındaki ilişkiye uygun niteliktedir.

Diğer durum ise, karşı taraf aleyhine olan ve onun durumunu ağırlaştıran şartın dürüstlük kuralına uygun olmamasıdır. Bu durumda TBK md. 27/2'ye göre, yaptırım, kısmi kesin hükümsüzlüktür. Kesin hükümsüz olan şartlar sözleşmenin kurucu unsurlarından ise, sözleşme kesin hükümsüz hale gelir. Somut durumun özelliğine bakılarak sözleşmenin en yüksek had üzerinden geçerli olması kabul edilebilir¹²⁹. Kesin hükümsüz olan şartlar, artık taraflar arasında uygulanma imkânı bulamaz. Hâkim, maddenin bıraktığı boşluğu dürüstlük kuralı doğrultusunda, sözleşme ile elde edilmek istenen amaç ve koşullara göre tamamlar¹³⁰.

¹²⁴ YELMEN s.139-140 EREN s.221 YAVUZ s.95

¹²⁵ EREN s.221 KILIÇOĞLU s.117 UYGUR s.315

¹²⁶ BGB s308/5 NAKLEN; YELMEN s.140

¹²⁷ YELMEN s.147

¹²⁸ YELMEN s.148

¹²⁹ YELMEN s.158-159

¹³⁰ YELMEN s.159

HAKSIZ ŞART-GENEL İŞLEM KOŞULU GENEL KARŞILAŞTIRMA:

Yukarıdaki genel açıklamalarımız neticesinde genel bir kıyaslama yaparsak;

- Haksız şart; “tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartıdır.”
Genel İşlem Şartı, “sözleşmenin bir tarafınca, tek yanlı olarak, sözleşme kurulmadan önce hazırlanmış olan ve sözleşme koşullarında hiçbir etkisi olmayan karşı tarafa sunulan sözleşme koşullarıdır.”
- Öncelikle belirtmek gerekir ki; Genel İşlem Şartları ile Haksız Şart, aynı kavram değildir. Şöyle ki; haksız şartta GİŞ’ ten farklı olarak çok sayıda sözleşmede kullanma amacı güdülmemektedir. GİŞ, tek taraflı olarak, karşı tarafa sunulma niyetiyle hazırlanmaktadır. Tek bir sözleşme için düzenlendiğinde, haksız şart kavramı devreye girebilecektir. Haksız şartta önemli olan nokta, önceden çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanma değil, şartın, tüketici aleyhine dengesizlik yaratıp yaratmaması ve tüketici ile müzakere edilip edilmemesidir.
- Uygulama alanı bakımından; haksız şartın uygulama alanı tüketicilerdir. Öte yandan TBK’ da düzenlenen GİŞ’ in, uygulama alanı daha geniştir ve kişi bakımından bir sınırlama getirilmemektedir. Dolayısıyla, ticari işlerde de uygulanmaktadır. GİŞ, genel olarak haksız şarta girmeyen şartlar bakımından uygulanır.
- TKHK md. 5 uyarınca, haksız şart önceden hazırlanmışsa, yani tüketici içeriğe etki edememişse, müzakere edilmemiş olduğu kabul edilir. Dolayısıyla, haksız şart niteliğindedir. GİŞ bakımından ise, böyle bir karine mevcut değildir. Önceden tek taraflı olarak hazırlanan standart sözleşme, alıcıya anlatılır ve alıcı da sözleşmedeki koşulu anlayıp kabul ederse, GİŞ haksız şart sayılmayacak ve sözleşmede kalabilecektir. TKHK bakımından beklenen, tüketiciye hükmü değiştirebilme serbestisi tanınmış olmasıdır.
- TBK’ da yer alan yazılmamış sayılma düzenlemesi, haksız şartta bulunmamaktadır. Haksız şart halinde, sözleşmede yer alan haksız şartlar kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşı karşıyadır. Sözleşmenin geri kalan kısmı ise geçerliliğini koruyacaktır. Yani TKHK, haksız şartları kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlamışken TBK, yazılmamış sayılma ifadesini kullanmıştır. TBK’ ya göre, sözleşmede sorun yaratan hükümler hiç olmamış gibi varsayılacaktır. TKHK ise, bu hükümlerin olduğunu kabul etmekle birlikte, hükümsüz saymaktadır.

- Hem TKHK md. 5 hem de TBK md.23'te yer alan düzenlemeler birbiriyle paraleldir. Buna göre, sözleşmede yer alan hususların açık ve anlaşılır olması gerekliliği hükmüne bağlanmıştır. Aksi halde, düzenleyen aleyhine yorumlanacaktır.
- Yorum açısından bakacak olursak, genel işlem koşulları yorumlanırken şüphe oluşması durumunda, açık ve anlaşılır değilse, TBK md. 23'e göre düzenleyen aleyhine yorumlanır. Sözleşmede yer alan bir kayıt, tüketicinin aleyhine ise, dar yorumlama yapıp, sınırlı bir uygulama alanı izlenecektir. Genel işlem koşulları ile benzer olan hükümler, bu defa tüketiciyi koruyarak TKHK' da yer almaktadır¹³¹. Özellikle sorumluluğu sınırlandıran ve kaldıran kayıtlar ile yetkili mahkeme kaydı gibi sözleşme kayıtları açısından daraltıcı yorum yapılmalıdır. Bu, bağımlı bir yorum ilkesidir¹³².
- İçerik denetiminde ise, Maddelerin içerik denetimi yapılırken, hem TBK' ya göre hem de TKHK md.5 çerçevesinde incelendiğinde, özellikle güçsüz taraf aleyhine konulmuş maddelerde dürüstlük kuralına dayanılmaktadır. Dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacak şekilde, taraflar arasında bir dengesizlik yaratılmışsa, bunun yaptırımını, kesin hükümsüzlüktür¹³³.
- TBK md. 21.'de yer alan yürürlük denetimi, TKHK 'da yer almamaktadır. Açıkça bilgi vermek hükmü, burada yer almamaktadır. Buna rağmen, TBK md. 21 hükmü, kıyasen uygulanmaktadır. Bu durumda, sözleşmenin karşı tarafına, genel işlem koşullarının içeriği hakkında bilgi edinme imkânı verilmesi göz önüne alınacak ve bu durum göz ardı edilmişse, yaptırımını yazılmamış sayılma olacaktır. İçerik denetiminde, TBK md. 24 ile ayrıca düzenleyene, tek taraflı değişiklik yapma hakkı tanınan maddeler yazılmamış sayılacaktır.
- Maddelerin içerik denetimine ilişkin olarak, "Tüketici Sözleşmeleri'ndeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik" in EK' inde bulunan, haksız şartlar listesi uygulanır. Buna göre, tüketicinin dürüstlük kurallarına aykırı olarak mağdur olacağı sözleşmelerde yazılan şart, kesin hükümsüz kabul edilir.

¹³¹ UYGUR s.315

¹³² YAVUZ s.94

¹³³ YAVUZ s.98-99 ALTINTOP s.43-44

SONUC:

Ödevimizin ilk bölümünde, TKHK kapsamında Haksız Şartlar incelenmiş olup, inceleme TBK' da bulunan, GİŞ hükümleri de dikkate alınarak yapılmıştır. TKHK kapsamında Haksız Şartların daha iyi anlatılması amacıyla öncelikle “Tüketici” ve “Tüketici İşlemi” kavramları açıklanmış, daha sonra kanun gerekçesinden de yararlanılarak, Haksız Şart hükmü anlatılmıştır.

Ödevin ikinci bölümünde, ana hatlarıyla genel işlem koşullarını ele alıp ardından hangi hallerde sözleşme kapsamında sayılacağı ve her iki tarafın mağduriyetinin önlenmesi adına var olan hukuki korumaları açıklamış bulunmaktayız.

Genel işlem koşulları gereklilik sonucu Borçlar Kanununda özel hükümlerle yer almış, ancak bazı kanun boşluklarından dolayı eleştirilere maruz kalmıştır. Ödevimizin sonraki kısmında, sözleşmelerde genel işlem koşulları yorumlanırken dikkat edilmesi gereken hususlar incelenmiştir. Buna göre, bir madde yorumlanırken yorum yüzeysel olmamalı, tarafların iradelerini ortaya çıkaracak şekilde olmalıdır. Şayet, madde hükmü açık ve anlaşılır değilse ya da birden fazla anlama geliyorsa, yorum yapılacaktır.

Genel işlem koşullarının içerik denetiminde en çok üzerinde durulan husus, düzenleyen aleyhine karşı taraf lehine kabul edilmesidir. Aynı zamanda, dürüstlük kuralına uygunluk denetimi yapılmaktadır. İçerik denetiminde sözleşmeye uygun olmayan, karşı tarafa zorlu yükler yükleyip, dürüstlük kuralına aykırı kabul edilebilen genel işlem koşulları, hükümsüzlük yaptırımıyla karşı karşıya kalacaktır. Düzenleyene tek taraflı değişiklik yapma yetkisi veren maddeler de yazılmamış sayılacaktır.

Ödevimizin içeriğinde genel olarak, “Tüketici Kanunu’ndaki Haksız Şartlar ile Borçlar Kanunu’ndaki Genel İşlem Koşulları’nın benzerlik ve farklılıkları incelenmiştir.

KAYNAKÇA:

AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Konya 2011.

AKINTÜRK, Turgut; ATEŞ KARAMAN, Derya: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Yirminci Bası, Ocak 2013, İstanbul.

ALTINTOP, Atilla, Genel İşlem Koşulları, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, s.27-48, XII LEVHA 2012

ASLAN, Yılmaz,6502 s. Kanuna Göre Tüketici Hukuku, İstanbul 2014.

ATAMER, Yeşim, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ve Borçlar Kanunu Taslağı m.18, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, Ankara 2004, s. 291 vd.

ATAMER, Yeşim; Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? , İstanbul 2013.

AYDOĞDU, Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 13, Sayı: 2.

BAHTİYAR, Mehmet; Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması.

CEYLAN, Ebru, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Düzenlemeler, İstanbul 2015.

EREN, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014

GÜMÜŞ, Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul 2014.

İNAL, Tamer, Tüketici Hukuku, İstanbul 2014.

KAŞAK, Esra: Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları İÜHFD., S.1, Y.2012

KILIÇOĞLU, Ahmet, BORÇLAR HUKUKU GENEL HÜKÜMLER, GENİŞİLETİLMİŞ 15. BASI, TURHAN KİTABEVİ, ANKARA 2012

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI; Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme,2010 tarihli 5. Basıdan 6. Tıpkı bası, İstanbul 2014

KOSTAKOĞLU, Cengiz, Banka Kredileri Tüketici Konut Kredileri ile Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar, İstanbul 2016.

ÖZER, Şenalp, Genel İşlem Şartları (http://senalpozer.av.tr/makaledetay-genel_islem_sartlari-15.html), Giriş Bölümü, 11.10.2016.

REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku,25.bası, Beta,2014

SİRMEN, Lale, Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Nisan 2011, BATIDER, Ankara 2012.

ŞEKER, Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, 1. Baskı, İstanbul 2015.

TOPAK, Süleyman, “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları”, TBB Dergisi, Yıl: 2016 .(<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2016-122-1548>, Ekim 2016.)

ULUSAN, İlhan, “Türk Borçlar Kanunu’ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013.

UYGUR, Turgut, 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU ŞERHİ-CİLT-1, SEÇKİN 2001

YAĞCI, Kürşad, İstanbul Ticaret Odası, 6098 s. TBK Yenilikler ve Değişiklikler, İstanbul 2012.

YAVUZ, Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler Ve Yenilikler, 2. Bası, ADALET,2012 ANKARA

YELMEN, Adem, Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları, Yetkin,Ankara 2014

YENİOCAK, Umut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011

www.kazanci.com, Ekim 2016.

<http://www.tuketicihukuku.org>, Ekim 2016.

<http://www.savilikanun.com>, 6502 s. TKHK Gerekçesi, Ekim 2016.

http://www.turkhukusitesi.com/makale_1427.htm, Ekim 2016.