

**GENEL İŞLEM ŞARTLARININ
HAKİM TARAFINDAN DENETİMİ**

EROL BOYRAZ

ARALIK 2019

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

GENEL İŞLEM ŞARTLARININ
HAKİM TARAFINDAN DENETİMİ

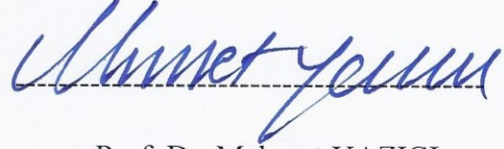
EROL BOYRAZ

ARALIK 2019

Tez Başlığı : Genel İşlem Şartlarının Hakim Tarafından Denetimi

Tezi Hazırlayan : Erol BOYRAZ

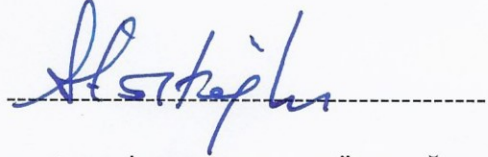
Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı:



Prof. Dr. Mehmet YAZICI

Enstitü Müdürü

Bu tezin yüksek lisans derecesi elde etmek için gerekli koşulları sağladığını onaylarım.



Prof. Dr. İbrahim Sahir ÇÖRTOĞLU

Özel Hukuk ABD Başkanı

Bu tez, tarafımdan incelenmiş olup Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.



Prof. Dr. Cemal OĞUZ

Tez Danışmanı

Tez sınav Tarihi : 02.12.2019

Tez Jüri Üyeleri:

Prof. Dr. Cemal OĞUZ (Çankaya Üniv.)

Doç. Dr. A. Dilşad Keskin (Hacı Bayram-ı Veli Üniv.)

Doç. Dr. Gamze Turan BAŞARA (Çankaya Üniv.)



ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, tez çalışmamda bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları bilimsel etik kurallara gözeterek ifade ettiğimi ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. *02.12.2019*

EROL BOYRAZ

ÖZET

Genel İşlem Şartlarının Hakim Tarafından Denetimi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Erol Boyraz

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Cemal Oğuz

Aralık 2019, 119 sayfa

İnsanlık tarihi kadar eski olan sözleşmeler tarihi, bireyler arasında yapılan basit sözleşmeler ile başlamış, Sanayi Devrimi ile gelişen ve karmaşıklaşan üretim zincirleri ile sözleşmeler de karmaşık bir hale gelmiştir. Hızlanan ticari yaşam ile sadece üretim yaptığı alan ile ilgilenen büyük işletmeler, alanında elde ettiği bilgi birikimi ile sözleşmeleri kendi lehine olacak şekilde düzenleyerek işletme riskini en aza indirme çabasına girişmişlerdir. Sözleşme şartlarını kendi lehlerine olacak şekilde düzenleyen işletmeler, zamanla sözleşmenin ekonomik olarak zayıf tarafı olan tüketicileri daha güçsüz hale getirmişlerdir. Ekonominin temel unsurlarını zayıflatan bu durum karşısında tüketicileri korumaya yönelik uygulamalar hukuk dünyasında yerini almaya başlamıştır. Ülkemizde de bu durumun bir yansıması olarak 6098 sayılı TBK'nın 20.-25. maddeleri arasında genel işlem şartlarına ilişkin genel hükümler düzenlenmiştir. Genel hükümler ile birlikte diğer bazı kanunlarda da genel işlem şartlarına ilişkin hükümler mevcuttur. 6502 sayılı TKHK'nın 5. maddesinde "Haksız Şartlar" adıyla genel işlem şartlarına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Türk hukukunda yer alan genel işlem şartlarına ilişkin genel ve özel hükümler ışığında hakim tarafından genel işlem şartlarına ilişkin yapılabilecek denetim tez konusu olarak ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Borçlar Kanunu, Genel İşlem Şartları, Haksız Şart

ABSTRACT

Judicial Supervision of the General Terms And Conditions

Graduate School of Social Sciences Private Law

Erol Boyraz

Advisor: Prof. Dr. Cemal Oğuz

December 2019, 119 pages

The history of contracts, dating back as old as the history of humanity, had commenced with the simple contracts made between individuals; [and evolved] as the contracts became more complex with the complexified production chains following the Industrial Revolution. With the accelerating speed of the commercial life, major enterprises that are concerned solely with their production area showed endeavours to minimise the management risks by formulating the contracts in their own favour, using the know how they accumulated in years on their own production area. These enterprises that formulate the contract terms in their own favour have caused the consumers on the other side of the contract become weaker. In response to this situation which undermines the basic principles of the economy, practices towards protecting consumers have made an appearance in the legal world. As a reflection of this movement in our Country, general provisions on general terms and conditions have been regulated between Articles 20-25 of the Turkish Code of Obligations numbered 6098. Together with these general provisions, additional provisions on general terms and conditions are codified in certain other laws. In Article 5 of the Consumer Law numbered 6502, the provisions on general terms and conditions are codified under the name “Unlawful Conditions”. In light of the general and specific provisions on general terms and conditions in Turkish Law, the [scope of the] judicial supervision of the general terms and conditions is studied hereunder as the subject of this thesis.

Keywords: Code of Obligation, General Term and Condition, Unlawful Condition

TEŐEKKÜR

Tez çalıŐmalarım sűrecinde deęerli yardım ve katkılarıyla beni bilgilendiren ve yűnlendiren tez danıŐmanın Prof. Dr. Cemal OęUZ'a, "ABSTRACT" bűlűmű çevirisinde bana desteęi ile yardımcı olan arkadaŐım Aysın KADİRBEYOęLU'na, tez yazma sűrecimde bana en çok desteęi veren eŐım Aslı BOYRAZ'a ve bu sűrete kendisine gűsterdięim ilgiden bir parça çaldıęım halde bűtűn sevimlilięi ile bana desteęini esirgemeyen canım kızım Nilay BOYRAZ'a teŐekkűrű bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER LİSTESİ

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR.....	xv

GİRİŞ.....	1
------------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMELER TEORİSİ

§.1. Klasik Sözleşme Teorisi.....	6
§.2. Modern Sözleşme Teorisi.....	8
§.3. Türk Borçlar Hukukunda Sözleşmelerin Kuruluşu ve Genel İşlem Şartları.....	9

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL İŞLEM ŞARTLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

§.4. Standart Sözleşmeler.....	12
I. Genel Olarak Standart Sözleşmeler.....	12
II. Standart Sözleşmelerde Sözleşme Sunulan Tarafın Güçsüz Olmasının Nedenleri.....	14
A. Ekonomik Güçsüzlük.....	14

B. Bilgi ve Tecrübe Eksikliği.....	14
C. Psikolojik Üstünlük.....	15
D. Aldatıcı Reklamlar.....	15
§.5. Genel İşlem Şartlarının Tanımı.....	16
§.6. Genel İşlem Şartlarının Hukuki Niteliği.....	19
I. Objektif Normlar Görüşü.....	19
II. Sözleşme Özgürlüğü Görüşü.....	20
§.7. Genel İşlem Şartları ve Sözleşme Özgürlüğü İlkesi.....	21
§.8. Genel İşlem Şartlarının Yararları ve Sakıncaları.....	23
I. Genel İşlem Şartlarının Yararları.....	23
II. Genel İşlem Şartlarının Sakıncaları.....	25

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE GENEL İŞLEM

ŞARTLARI

§.9. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Şartlarının Yeri.....	28
I. Genel İşlem Şartlarının Sözleşmenin İçeriğine Dahil Edilmesi.....	29
A. Genel İşlem Şartlarının Önerilmesi.....	30
B. Genel İşlem Şartlarının Kabulü.....	32
1. Genel Bilinçli Kabul.....	34
2. Özel Bilinçli Kabul.....	34
C. Sözleşme Sunulan Tarafın Menfaatlerine Aykırı Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İçeriğine Dahil Edilmesinde	

Özel Durum.....	35
1. Sözleşmeyi Sunan Tarafın Açık Öneride Bulunması.....	36
2. Karşı Tarafa Öneri Hakkında Açık Bilgi Verilip, Bunların İçeriğini Öğrenme İmkânı Sağlanması.....	36
3. Karşı Tarafın Önerilen Şartları Kabul Etmesi.....	36
D. Genel İşlem Şartlarının Sözleşmenin İçeriğine Dahil Edilmemesinin Sonuçları.....	37
II. Genel İşlem Şartlarının Önceden Tek Taraflı Olarak Belirlenmesi.....	38
A. Genel İşlem Şartlarının Üçüncü Bir Kişi Tarafından Hazırlanması.....	39
B. Genel İşlem Şartlarının Yasalar İle Getirilmesi	40
III. Genel İşlem Şartlarının İleride Birden Fazla Sözleşmede Kullanılmak Üzere Hazırlanması.....	41
IV. Genel İşlem Şartlarının Genel ve Soyut Olması.....	43
A. Genel İşlem Şartlarının Genel Olması.....	43
B. Genel İşlem Şartlarının Soyut Olması.....	44
V. Genel İşlem Şartlarının Niteliğini Etkilemeyen Hususlar.....	45
A. Sözleşme Metninin İçeriğinin Değerlendirilmesi.....	45
B. Sözleşme Metninde Kullanılan Kelimelerin Uyumluluğu.....	46
C. Sözleşme Metninde Yer Alan Tartışma Kayıtları.....	46
D. Sözleşmenin Tarafı Bakımından.....	47
E. Bireysel Sözleşme Hükümleri İle Genel İşlem Şartlarının Çatışması.....	47
F. Bazı Özel Durumlar.....	48

§.10. Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi Sorunu.....	48
I. Genel İşlem Şartlarının Geçersizliği Sağlama Bakımından Görüşler.....	51
A. Ahlaka Aykırılık Görüşü.....	51
B. Gabin Görüşü.....	52
C. Anayasal İlkeler ve Özellikle Sosyal Devlet İlkesine Dayanan Görüş.....	52
D. Objektif İyiniyete Dayanan Görüş.....	52
II. Türk Hukuk Sisteminde Genel İşlem Şartlarının Denetimi.....	53
A. Doğruluk ve Güven İlkesinden Hareketle Geliştirilen Kurallardan Bazıları.....	53
§.11. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Genel İşlem Şartlarına Yönelik Denetim Yolları.....	54
§.12. Genel İşlem Şartlarının Yürürlük Denetimi.....	55
I. Yazılmamış Sayılma.....	57
A. Yazılmamış Sayılmanın Hukuki Niteliği.....	57
1. Yazılmamış Sayılmanın Eksiklik Yaptırımı Bakımından Değerlendirilmesi.....	57
2. Yazılmamış Sayılmanın İptal Yaptırımı Bakımından Değerlendirilmesi.....	58
3. Yazılmamış Sayılmanın Butlan Yaptırımı Bakımından Değerlendirilmesi.....	58
4. Yazılmamış Sayılmanın Yokluk Yaptırımı Bakımından Değerlendirilmesi.....	60
B. Yazılmamış Sayılma Yaptırımı Uygulamanın Şartları.....	61

1. Karşı Tarafın Menfaatine Aykırı Genel İşlem Şartları.....	61
2. Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Genel İşlem Şartları.....	62
3. Düzenleyene Tek Yanlı Olarak Karşı Taraf Aleyhine Düzenleme Yetkisi Veren Genel İşlem Şartları.....	62
C. Yazılmamış Sayılan Hükümlerin Sözleşmelerin Diğer Hükümlerine Etkisi.....	63
D. Yazılmamış Sayılan Yan Edimler Hakkında Uygulanacak Hükümler.....	64
II. Sözleşmenin Her İki Tarafının Kendi Genel İşlem Şartlarına Dayanması Durumu.....	65
III. Genel İşlem Şartları İle Bireysel Sözleşme Hükümünün Çatışması Sorunu.....	66
§.13. Genel İşlem Şartlarını Sözleşmeyi Düzenleyenin Aleyhine Yorumlama.....	66
I. Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Genel İşlem Şartlarının Yorumu.....	68
A. Genel İşlem Şartının Açık ve Anlaşılır Olmaması.....	69
B. Genel İşlem Şartının Birden Fazla Anlama Gelmesi.....	69
§.14. Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetimi: Dürüstlük Kurallarına Aykırı Olarak Aleyhe Hüküm Koyma Yasağı.....	70

I. İçerik Denetimi Kavramı ve Amacı.....	70
II. Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İçerik Denetimini Şartları.....	72
A. Genel İşlem Şartlarının Sözleşmenin Karşı Tarafının Aleyhine veya Onun Durumunu Ağırlaştırıcı Nitelikte Olması.....	72
B. Genel İşlem Şartlarının Dürüst Kuralına Aykırı Olması.....	72
1. Dürüstlük Kuralının Mahiyeti ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı.....	73
2. Dürüstlük Kuralının Somutlaştırılmasının Gerekliliği.....	76
III. Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartlarına Uygulanacak Yaptırım.....	77

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNA GÖRE HAKSIZ SÖZLEŞME ŞARTI

§.15. Tüketici Sözleşmeleri ve Tarafları.....	80
I. Tüketici İşlemi ve Tüketici Sözleşmeleri.....	80
II. Tüketici Sözleşmelerinin Tarafları.....	82
A. Tüketici.....	82
B. Müteşebbis.....	84
§.16. Haksız Sözleşme Şartının Tanımı ve Genel İşlem Şartından Farkları.....	85
§.17. Haksız Sözleşme Şartlarının Unsurları.....	86
I. Tüketici İle Müzakere Edilmemesi.....	88

II. Tarafların Hak ve Yükümlülüklerinde Tüketici Aleyhinde	
Bir Dengesizlik Bulunması.....	91
III. Tüketici Aleyhine Sözleşmede Yer Alan Dengesizliğin	
Dürüstlük Kuralına Aykırı Olması.....	92
IV. Haksız Şartların Unsurlarının Değerlendirilmesinde	
Belirlenen Kriterler.....	93
V. Yönetmelik Kapsamında Sayılan Haksız Şart Örnekleri.....	93
§.18. Haksız Sözleşme Şartının İçerik Denetimi.....	94
I. Tüketicinin Korunması Meselesi.....	96
II. Haksız Şartların İçerik Denetimi.....	99
III. Haksız Şartların İçerik Denetiminin Hukuki Sonuçları.....	100
§.19. Haksız Sözleşme Şartlarının Yorum Yoluyla Denetimi.....	101

BEŞİNCİ BÖLÜM

6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN

KAPSAMINDA GENEL İŞLEM ŞARTLARI DENETİMİ YAPMAYA YETKİLİ

VE GÖREVLİ MAHKEMELER

§.20. Tüketici Mahkemeleri.....	103
I. Tüketici Mahkemelerinin Görevine Giren İşler.....	103
II. Yetkili Tüketici Mahkemesinin Belirlenmesi.....	105
SONUÇ.....	108
KAYNAKÇA.....	114

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e. : Adı geçen eser

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

BATİDER : Ankara Üniversitesi Bankacılık ve Ticaret Enstitüsü Dergisi

TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

Bkz. : Bakınız

BTHAE : Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü

C. : Cilt

D : Dergi

GİK : Genel İşlem Koşulu

HD : Hukuk Dairesi

HGK : Hukuk Genel Kurulu

HMK : 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

İBD : İstanbul Barosu Dergisi

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

s. : Sayfa

TTK : Türk Ticaret Kanunu

vd. : Ve devamı

Y. : Yıl

YHGK. : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

YİBK. : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

YKD. : Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Tarihin eski dönemlerinden 16. yüzyıla kadar kişiler kendi ihtiyaçlarını büyük ölçüde kendileri üretir, kendileri üretmedikleri malları ise dışarıdan sözleşmeler yoluyla elde ederlerdi. Ancak kişilerin dışarıdan aldıkları ürünler son derece sınırlı ve işlenmemiş haldeydi. Bu nedenle kişiler arasındaki sözleşmeler trampa gibi basit sözleşmelerden ibaretti.¹

Kişilerin sınırsız ihtiyaçlarını, sınırlı kaynaklar ile sınırlı zamanda karşılamaya çalışma çabası neticesinde yeni üretim ve pazarlama teknikleri ortaya çıkmaya başlamıştır. Yeni üretim ve pazarlama tekniklerinde üretici, satıcı veya sağlayıcılar, ortaya çıkan piyasa şartlarına uyum sağlamak amacıyla, sözleşme içeriğini serbestçe şekillendirme özgürlüğünü tek başına kullanma çabalarına girişmişlerdir. Sözleşmeyi serbestçe şekillendirme özgürlüğünün, girişimciler tarafından tek taraflı olarak kullanılmaya başlanması ile tüketicinin menfaatlerini tehlikeye düşüren ve sözleşme dengesini tüketici aleyhine bozan sözleşme şartları ortaya çıkmıştır. Girişimcilerin işletme riskini minimuma indirme çabaları ile de günümüzde genel işlem şartları bulunmayan bir sözleşme yapmak neredeyse imkansız hale gelmiştir.²

¹ Renan Baykan, *Tüketici Hukuku Mevzuata İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri*, İstanbul, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2004, s. 17.

² Adem Yelmen, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2014, s. 40; Baykan, a.g.e s. 17; Fikret Eren, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2015, s. 214; Cevdet İlhan Günay, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2015, s. 137; Ebru Ceylan, “Genel İşlem Koşulları”, **Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferans I, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, İstanbul Barosu Yayınları**, 2012, s. 172; Manfred Rehbinder, “Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması”, **İstanbul Üniversitesi Dergisi**, C.42., 1976, s. 641; Turhan Esener, Fatih Gündoğdu, *Borçlar Hukuku I, Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği*, İstanbul, Vedat Yayınevi, 2017, s. 230.

Sosyal devlet anlayışının devletlere hakim olmaya başlaması ile sözleşmenin zayıf tarafını oluşturan tüketicinin korunması görüşü hakim olmaya başlamıştır.³ Dünyadaki birçok devlet ile birlikte ülkemizde de bu yönde adımlar atılmış, tüketici sözleşmelerinde kullanılan pazarlık konusu yapılmamış olan haksız sözleşme şartlarını denetime tabi tutan “*Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Kötüye Kullanılabilir Kayıtlara İlişkin 1993 Tarihli Yönerge*”⁴ nin bir yansıması olarak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda yer alan maddeler ile sözleşmelerde yer alan ve sözleşmenin dengesini tüketici aleyhine bozan haksız sözleşme şartlarına yönelik denetim imkanı sağlanmıştır. Her ne kadar 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda genel işlem şartlarına ilişkin bir hüküm bulunmasa da, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 20 ila 25. maddeleri arasında da genel işlem şartlarına ilişkin hükümler düzenlenmiştir.⁵

Günümüzde genel işlem şartlarına ilişkin çeşitli kanunlarda düzenlemeler bulunmaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 20-25. maddeleri arasında genel işlem şartlarına ilişkin genel hükümler düzenlenmekle birlikte, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda “*Haksız Rekabet*” başlığı altında özel nitelikte hükümler mevcuttur. Ayrıca 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nun 24 ve devamı maddelerinde de genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeler mevcuttur.⁶

Tezin konusunu genel işlem şartlarının denetiminin yoğun olarak tüketici hukuku kapsamında yapıldığı gözetilerek 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında genel işlem şartlarının denetimi de tez konusu olarak ele alınmıştır. Tüketici hukuku açısından genel işlem şartlarının özel bir görünümü niteliğinde olan haksız sözleşme şartları, ancak tüketici sözleşmelerinde söz konusu

³ Yelmen, a.g.e, s. 41.

⁴ Yelmen, a.g.e, s. 43.

⁵ Yelmen, a.g.e, s. 42.

⁶ Yelmen, a.g.e, s. 43.

olabileceği için, tüketici hukuku açısından genel işlem şartlarının denetimi yalnızca tüketici sözleşmeleri bakımından genel işlem şartlarının denetimi ele alınacaktır.⁷

Genel işlem şartlarının denetimi incelenirken, genel işlem şartlarının sözleşmelerin tarihsel gelişimi ile yakından ilgili olduğu değerlendirilerek öncelikle sözleşmeler teorisinin tarihsel incelemesi kısaca yapılmıştır. Daha sonra genel işlem şartlarına ilişkin genel nitelikteki temel düzenlemelerin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yapılmış olması ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun 83/1 maddesinde kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiş olması nedeniyle, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında genel işlem şartlarının özel görünümü olan haksız şartların denetiminde, kanunda hüküm bulunmaması halinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan genel hükümler uygulanacağından, genel işlem şartlarının hukuki niteliği ve genel işlem şartlarına yönelik genel denetim yolları 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamında ele alındıktan sonra, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında haksız şartların hukuki niteliği ve haksız şartlara yönelik 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile getirilen denetim yolları ele alınmıştır.

Tez konusu incelenirken, öncelikle genel işlem şartlarının ve haksız şartların tanımı, hukuki niteliği, unsurları, genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin uygulama alanları ele alınmış, ardından genel işlem şartlarına ve haksız şartlara ilişkin denetim yolları incelenmiştir. Her ne kadar teoride genel işlem şartlarına ilişkin denetim mekanizmaları idari ve yargısal denetim olarak ikiye ayrılmakta ise de, çalışmamızın başlığından da anlaşılacağı üzere, tezimizde genel işlem şartlarının hakim tarafından yapılan yargısal denetim yolları ele alınmıştır.

Teoride genel işlem şartları bulunan sözleşmeleri imzalayan tarafların, sözleşme türlerine göre farklı isimlerle anıldığı görülmektedir. Çalışma kapsamında genel işlem şartlarının 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri bakımından incelendiği bölümde sözleşme tarafları, sözleşmeyi önceden tek taraflı olarak hazırlayıp sözleşmenin karşı tarafına sunan taraf "*sözleşmeyi sunan*" veya

⁷Ömer Çınar, *Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar*, İstanbul, On iki Levha Yayınları, 2009, s. 2; Yelmen, a.g.e, s. 40; Cemal Oğuz, *Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları*, 2013, a.g.e, s. 23.

“sözleşmeyi hazırlayan” , kendisine önceden tek taraflı olarak hazırlanıp sözleşmeyi kabul edip etmemek ile sözleşme özgürlüğü sınırlı olan taraf ise *“sözleşme sunulan”* olarak anılmıştır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında genel işlem şartlarının incelendiği bölümde ise sözleşme tarafları ise, sözleşmeyi önceden tek taraflı olarak hazırlayıp sözleşmenin karşı tarafına sunan taraf *“müteşebbis”*, kendisine önceden tek taraflı olarak hazırlanıp sözleşmeyi kabul edip etmemek ile sözleşme özgürlüğü sınırlı olan taraf ise *“tüketici”* olarak anılmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMELER TEORİSİ

Toplumlarda gelişmeye bağlı olarak uzmanlaşma ile birlikte, bireyler uzmanlaştıkları alanlarda toplumda bir görev üstlenmiş, ihtiyaçlarını toplumdaki diğer bireylerin ürettikleri ile değişimler yaparak gidermeye başlamışlardır. Kişiler arasındaki mal ve hizmetlerin değişim ve dolaşım aracı olarak sözleşmeler kullanılmıştır.⁸

Sözleşmeler en az iki tarafın bulunduğu hukuki işlemlerdir.⁹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinde, sözleşmelerin “kişilerinden” değil, “ taraflarından” bahsettiği görülecektir. Bir tarafta birden fazla kişi bulunabilir. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile de sözleşme kurulmuş olacaktır. Tarafların birbirine uygun irade beyanında bulunması, tarafların karşılıklı söyledikleri sözlerin aynı olmasını değil, açıklanan iradelerin birbiri ile uyumlu olmasını ifade etmektedir.¹⁰

Hukuk tarihinde sözleşmeler, ilk dönemlerde insan hayatında yer alan hukuki işlemlerin sınırlı olması karşısında belirli alanlar ile sınırlı kalmış, Roma Hukukunda

⁸ Ayşe Havutçu, *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, Ankara, Güncel Hukuk Yayınları, 2003, s. 1; Şebnem Akipek Öcal, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Yer Alan Haksız Sözleşme Şartları İle Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Genel İşlem Koşullarının Bankacılık Sektörü Açısından Değerlendirilmesi”, **2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2013, s. 331.

⁹Eren, a.g.e, s. 200.

¹⁰ Yusuf Altay, *Tüketicinin Korunması Bakımından Haksız Şartlar* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2014, s. 9; Akipek Öcal, a.g.e, s. 331; Eren, a.g.e, s. 200; Oğuz, a.g.e, s. 5.

gördüğümüz üzere de, sıkı şekil şartlarına bağlı olarak sadece belirli alanlarda yapılmıştır. Zamanla artan insan ihtiyaçları, çağın getirdiği teknolojik gelişmeler ile birlikte sözleşmeler teorisi de gelişmiş ve sözleşmelerin çeşitliliği artmıştır.

Sözleşme özgürlüğünün ve sözleşmeler teorisinin temelini oluşturan irade özgürlüğü, bireylerin sorumluluk kendilerine ait olmak üzere, hukuki ilişkilerini kendi iradeleri ile düzenlemelerini ifade etmektedir.¹¹ Sözleşmelerin sayısının ve çeşitliliğinin artması ile paralel olarak, sözleşmeler teorisinde de bir takım gelişmeler olmuştur. Sanayi Devrimi ile yaşanan gelişmeler neticesinde ortaya çıkan ve bireylerin irade özgürlüğünü esas alan düşünce akımları ile birlikte devletler, bireylerin irade özgürlüklerini tanımak zorunda kalmışlardır.

Devletler irade özgürlüğünü yasalarına almaya başlamaları ile birlikte, irade özgürlüğünün özel bir görünümü olan sözleşme özgürlüğü ilkesi de yasalarda yerini almıştır. Sözleşme özgürlüğü, kişilerin aralarındaki hukuki ilişkiyi anlaşarak düzenlemeleridir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere sözleşmelerde esas olan, tarafların sözleşmenin içeriği hakkında, herhangi bir baskı altında kalmadan serbestçe konuşmalarıdır. Ayrıca sözleşme kurup kurmama, sözleşmenin diğer tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini değiştirme ve sözleşmeyi sona erdirmeye gibi sözleşme özgürlüğünün yansımaları mevcuttur.¹²

§.1. Klasik Sözleşme Teorisi

Klasik sözleşme teorisi sözleşme özgürlüğü ve tarafların eşitliği ilkesine dayanır.¹³ Liberal ekonomi modelinin temelini oluşturan klasik anlayışta, tarafların iradeleri uyuşana kadar pazarlık yapma imkanı mevcuttur ve tarafların iradelerinin birleştiği noktada sözleşme kurulur. Bu nedenle liberal ekonomilerde, yasa koyucular

¹¹Derya Ateş, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 72, Ankara, 2007, s. 76.

¹²Çınar, a.g.e, s. 7; Turgut Akıntürk, Derya Ateş Kahraman, *Borçlar Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 2013, s. 47; Mehmet Bahtiyar, *Makaleler-I*, İstanbul, Beta Yayınevi, 2008, a.g.e. s. 99; Ateş, a.g.e., s. 77.

¹³Bahtiyar, a.g.e. s. 100.

bireyler arasındaki sözleşmelere müdahaleden kaçınarak, sözleşmeleri tarafların iradelerinin uyuşmasından ibaret olarak görürler. ¹⁴

Klasik sözleşme teorisinin temelinde, bütün insanların akılcı davranan, özgür ve hukuken eşit olduğu düşüncesi yatmaktadır. Klasik anlayışa göre sözleşme içeriği, tarafların birbirine zıt çıkarlarından karşılıklı ödümler vermeleri ile adil bir şekilde çözümlenecektir. Çünkü klasik anlayışın temelinde yatan akılcı anlayışa göre, akılcı bir varlık olan insan kendi menfaatine aykırı bir işleme onay vermeyecektir. Bu nedenle klasik sözleşme teorisi, irade özerkliğine dayanan bireysel sözleşme modelini benimsemiştir. ¹⁵

Liberal ekonomilerin de esas aldığı bireysel sözleşmeler, tarafların karşılıklı görüşmeleri ile belirlenmektedir. Bireysel sözleşmelerde, tarafların iradeleri uyuşana kadar pazarlık yapma imkanı mevcuttur. Sözleşmeler tarafların karşılıklı birbirine uygun iradeleri ile kurulduğundan, hukuk düzenleri bireysel sözleşmelerin içeriğine etki etmemektedir. Yalnızca taraflar arasındaki uyuşmazlıklarda dengeleyici ve düzenleyici bir rol üstlenmektedir. ¹⁶

Türk hukuk sisteminde, Türk Borçlar Kanunu'nda klasik sözleşme teorisinin bir yansıması olarak sözleşmeler, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile doğarlar ve taraflar karşılıklı iradeleri uyuşana kadar görüşüp konuşma imkanına sahiptir. ¹⁷

¹⁴Havutçu, a.g.e, s. 1; Oğuz, a.g.e, s. 1.

¹⁵ O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.I, İstanbul, Legal Yayınevi, 2012, a.g.e. s. 285.

¹⁶Havutçu, a.g.e, s 28; Selahattin Sulhi Tekinay v.d., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Filiz Yayınevi, 1983, a.g.e, s. 203.

¹⁷Oğuz, s. 1; Günay, a.g.e, s. 137; Bahtiyar, a.g.e. s. 100.

§.2. Modern Sözleşme Teorisi

Sözleşmeler hukukunun tarihsel karakteri, tarafların tam bir irade özgürlüğü ile ve eşit şartlar altında anlaştığı varsayımına dayanmakta ise de; gelişmiş ekonomilerin karmaşık yapısına ve güçlü aktörlerine karşı bireylerin zayıflığı ile tüketicilerin korunmasına yönelik eğilimler bu varsayımı zayıflatmıştır.¹⁸ Özellikle de 19. yüzyıldaki sanayi devrimi neticesinde oluşan nüfus artışı, şehirleşme, göç olgusu gibi ekonomik ve sosyal gelişmeler kitlelere yönelik üretimde ve hizmette değişimi zorunlu kılmıştır.¹⁹

Kitlelere yönelik üretim ve sonucunda kitlesel talep ile birlikte klasik sözleşme teorisi günlük ihtiyaçları karşılayamaz hale gelmiştir. Zira kitlelere yönelik üretim ve pazarlama yapan müteşebbislerin, her müşteri ile tek tek bir araya gelip pazarlık yapması, iradeleri uyuşana kadar görüşmeleri ve nihayetinde her müşteri ile ayrı ayrı sözleşme hazırlaması mümkün değildir.²⁰

Özellikle günümüzde alıcı ile satıcının yüz yüze gelmeden dahi internet üzerinden yaptıkları ve sayıları milyarları bulan alışveriş işlemlerinde, sözleşmenin bütün yönleriyle, her sözleşme maddesinin tek tek taraflarca tartışılıp kararlaştırılması neredeyse imkansız hale gelmiştir. Buna bağlı olarak önceleri bireysel olarak yapılan sözleşmelerin birörneklendirilmesi ve ussallaştırılması gerekmiştir. Zira Anayasa ve yasalar ile tanınan sözleşme özgürlüğü ilkesi, herkese sosyal ve kültürel farklılıklarına bakılmadan eşit olarak tanınmaktadır. Bireylerin sözleşme özgürlüğünü kullanabilme ve gerçekleştirebilme özgürlüğü yoksa, güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü ancak şekli bir özgürlük olacaktır ve maddi anlamda bir sözleşme özgürlüğünden bahsedilemeyecektir.²¹

¹⁸ M. Kemal OĞUZMAN, M. Turgut ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul Vedat Kitapçılık, 2013, a.g.e, 164.

¹⁹ Havutçu, a.g.e, s. 2; Bahtiyar, a.g.e. s. 100; Oğuz, a.g.e, s. 1; Tekinay, a.g.e, s. 203.

²⁰ Akıntürk/Ateş Kahraman, s. 47.

²¹ Havutçu, a.g.e, s. 2-30; Oğuz, a.g.e, s.1; Yahya Deryal, *Tüketici Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 35.

İleride detaylı olarak açıklanacağı üzere, genel işlem şartlarının hukuk hayatına girmesi ile klasik sözleşme teorisinin dayandığı akılcı insan teorisi sarsılmıştır. Alanında uzmanlaşan işletmelerin çeşitli yollarla sözleşme kuracağı kişileri aldatması veya çeşitli kartel, tröst gibi yollarla alanında tekelleşen şirketlerin kişilere bazı sözleşme şartlarını dayatması mümkündür. Dolayısıyla akıl sahibi bir insan, istemediği halde zararına olan bazı sözleşme şartlarını kabul edebilir.

Klasik sözleşme teorisinin temelinde bireysel sözleşmenin yer aldığı gibi, modern sözleşme teorisinin temelinde de standart sözleşmeler yer almaktadır. Zamanla hızlanan ve gelişen hukuki işlemler karşısında da sözleşmeler bireysellikten uzaklaşarak tek tipleşmeye başlamıştır. Sözleşmelerin tek tipleşmesiyle ortaya çıkan standart sözleşmelerin içeriği, kısmen veya tamamen genel işlem şartları ile belirlenmektedir.²²

§.3. Türk Borçlar Hukukunda Sözleşmelerin Kuruluşu ve Genel İşlem Şartları

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 1. maddesinde, sözleşmelerin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulduğundan bahsetmektedir. Burada karşılıklı beyanlar arasındaki uyumun sözleşmenin esaslı noktalarında olması beklenir. Sözleşmenin esaslı noktaları dışında kalan, asli olmayan yan unsurlarda tarafların uyuşması sözleşmenin kurulması bakımından bir engel değildir. Zira sözleşmenin yan edimleri tamamlayıcı ve düzenleyici hukuk kuralları ile de sonradan tamamlanabilecektir. Türk Medeni Kanunu doğrultusunda yeri geldiğinde hakim kanun koyucu gibi davranarak hukuk yaratma yoluna bile gidecektir.²³

Genel işlem şartları, sözleşmelerin çoğunlukla yan edimlerini düzenlemek üzere kullanılırlar. Zira sözleşmelerin asli şartlarının önceden tek taraflı olarak belirlenmesi ve sözleşmenin karşı tarafına dayatılması durumunda bir sözleşmenin

²²Havutçu, a.g.e, s. 3; Akıntürk/Ateş Kahraman, s. 47; Antalya, a.g.e. s. 285; Oğuz, a.g.e, s. 1; Tekinay, a.g.e, s. 203.

²³Havutçu, a.g.e, s. 4.

kurulmasından bahsedilemeyecektir. Aksi durum Türk hukuk teorisinin de temelini oluşturan sözleşme özgürlüğü prensibini ortadan kaldıracaktır.²⁴

²⁴Havutçu, a.g.e, s. 5.

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL İŞLEM ŞARTLARI ve HUKUKİ NİTELİĞİ

Gelişen sosyal ve ticari hayat karşısında yeterli görülmeyen klasik sözleşme teorisi yerine zamanla yayılan, klasik sözleşme teorisinin getirdiği zorlukları ve yavaşlığı aşan modern sözleşme teorisi ile standart sözleşmeler hukuk sistemlerine girmeye başlamıştır.

Tarihsel olarak bakıldığında, genel işlem şartlarının Sanayi Devriminin bir ürünü olduğu anlaşılacaktır. Seri üretim ve nüfus artışı ile birlikte mal değiş tokuşlarında yaşanan artış ile işletmeler, her sözleşmede ayrı ayrı pazarlık yapmak yerine sözleşmeleri tek tipleştirerek standart hale getirmiş, işletmelerin zarara uğrama riskini en aza indirmeye çalışmışlardır.²⁵

Standart sözleşmeler ile birlikte tarafların pazarlıkla sözleşme maddelerini belirleme usulü yerine, önceden bir tarafın sözleşme şartlarını hazırlayıp diğer tarafa sunması usulü uygulanmaya başlamıştır. Günümüzde yapılan alışverişlerin neredeyse tamamının genel işlem şartlarını içeren standart sözleşmeler ile yapıldığını söylemek hatalı olmayacaktır. Bu nedenle genel işlem şartlarının ortaya çıkmasını sağlayan standart sözleşmeler hakkında kısa bir bilgi verildikten sonra genel işlem şartları ve hukuki niteliği incelenecektir.²⁶

²⁵ Yeşim Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2001, s. 2; Esener/Gündoğdu, a.g.e., s. 230.

²⁶Atamer, a.g.e, s. 2.

§.4. Standart Sözleşmeler

I. Genel Olarak Standart Sözleşmeler

Teoride tip sözleşme, standart sözleşme, kitlesel sözleşme, kitle sözleşme, katılnmalı sözleşme, katılım sözleşmeleri veya formüler sözleşme olarak adlandırılan sözleşmeler, tek taraflı olarak ve konularında uzman kişilerce her türlü ihtimal düşünülerek hazırlanan metinlerden oluşur. Kişi ya bütün olarak sözleşmeyi kabul edecektir ya da mal veya hizmeti almaktan vazgeçecektir. Klasik sözleşme teorisinin benimsediği bireysel sözleşmenin aksine, standart sözleşmelerde tarafların karşılıklı konuşması veya pazarlık yapması söz konusu değildir.²⁷

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 02/09/2013 tarihli²⁸, 03/12/2013 tarihli²⁹, 26/05/2014 tarihli³⁰ kararları ışığında standart sözleşmeler şu şekilde tanımlanmaktadır; “Standard sözleşmeler, içeriğini kısmen veya tamamen genel işlem şartlarının oluşturduğu, tarafların karşılıklı müzakereleri sonucu değil, aksine, taraflardan biri veya üçüncü kişi tarafından önceden hazırlanmış hükümlerin kullanıldığı sözleşme tipidir.”³¹

Yargıtay'ın 05/04/1944 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, iltihaki sözleşmeler olarak isimlendirdiği sözleşmelerin bireysel sözleşmelerden

²⁷ Oğuz Ersöz, “Genel işlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması”, **İstanbul Aydın Üniversitesi Dergisi**, Yıl:3 Sayı:1, İstanbul, Haziran 2017, s. 72; Altay, a.g.e, s. 66; Aydın Zevkliler, Murat Aydoğdu, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Ankara. Seçkin Yayınevi, 2004, s. 158; Akipek Öcal, a.g.e, s. 331; Günay, a.g.e, s. 138; Turgut Uygur, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, C. I, Madde 1-236, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 305; Akıntürk/Ateş Kahraman, s. 47; Antalya, a.g.e. s. 286; Esener/Gündoğdu, a.g.e., s. 230; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta Yayınevi, 2014, s. 70; Bahtiyar, a.g.e. s. 101; Lale Sirmen, “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**, Ankara, 2011, s. 111; Oğuz, a.g.e, s. 6; Tekinay, a.g.e, s. 203.

²⁸13. H.D., T. 02/09/2013, E. 2013/21504, K. 2013/20403

²⁹13. H.D., T. 03/12/2013, E. 2013/28578, K. 2013/30187

³⁰13. H.D., T. 26/05/2014, E. 2014/16149, K. 2014/16413

³¹ Murat Aydoğdu, *Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2014, s. 41.

ayrılmasında temel aldığı ölçüt, sözleşme şartlarının önceden tespiti ile icabın umuma yapılmasıdır.³²

Standart sözleşmelerde, bütün hükümlerin tartışmaya kapalı olarak öneriye sunan tarafından belirlenmesi şart değildir. Yani sözleşmede bir takım hükümler tarafların karşılıklı iradeleri ile belirlendiği gibi bir takım hükümler de sözleşmeyi sunan tarafça tek yanlı olarak belirlenebilecektir.³³

Genel işlem şartları kavramı ile standart sözleşme kavramı her ne kadar iç içe geçmiş bir durumda ve zaman zaman birbirlerinin yerlerine kullanılmakta iseler de, tamamen aynı kavramlar değildirler. Standart sözleşmeler, içeriğini tamamen veya kısmen genel işlem şartlarının oluşturduğu sözleşmelerdir.³⁴

Standart sözleşmeleri bireysel sözleşmelerden ayıran ana özellik, sözleşme içeriğinin belirlenmesi usulüdür. Standart sözleşmelerde, bireysel sözleşmelerde olduğu gibi tarafların karşılıklı olarak bir araya gelip, sözleşmenin içeriğini belirlemesi söz konusu değildir. Sözleşmeyi sunan taraf sözleşmeyi önceden hazırlamakta ve karşı tarafa hazır olarak sunmaktadır. Bu nedenle sözleşmeyi sunan taraf ile sözleşme sunulan taraf arasında fiili bir eşitsizlik hali mevcuttur. Sözleşmeyi sunan taraf, sözleşme sunulan tarafa göre açıkça ve fiilen üstün konumdadır.³⁵

³²YİBK. T. 05/04/1944, E. 1944/4 K. 1944/12; Nihat Yavuz, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, C. I, Madde 1-338, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 244; Oğuz, a.g.e, s. 8.

³³Reisoğlu, a.g.e, s. 71.

³⁴Havutçu, a.g.e, s 13; Altay, a.g.e, s. 67; Antalya, a.g.e. s. 285.

³⁵Havutçu, a.g.e, s. 3; Zevkliler/Aydoğdu, a.g.e, s. 159; Mehmet Akçal, “Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:18, Sayı:1,s. 50; Antalya, a.g.e. s. 286.

II. Standart Sözleşmelerde Sözleşme Sunulan Tarafın Güçsüz Olmasının Nedenleri

A. Ekonomik Güçsüzlük

Sözleşme sunulan taraf, ileride birden fazla hukuki ilişkide kullanılmak üzere sözleşmeyi hazırlayan tarafa göre ekonomik olarak zayıf konumdadır. Standart sözleşmeler ile serbest rekabet giderek zayıflamakta, sözleşme sunulan taraf ya sözleşmeyi imzalamak ya da sözleşme yapmaktan tamamiyle vazgeçmek zorunda bırakılmaktadır. Piyasa şartlarını tek başına belirleme imkanı bulunmayan bireylerin de sözleşme içeriğine etki etme şansları kalmamaktadır.³⁶

B. Bilgi ve Tecrübe Eksikliği

Sözleşmeyi hazırlayan taraf, sözleşme sunulan tarafa göre, ayrıca bilgi ve tecrübe olarak da üstün durumdadır. Sözleşme konusu iş bakımından piyasada faaliyet gösteren, aynı konuda birden fazla kişi ile birden fazla şekilde sözleşme yapan sözleşme hazırlayan tarafın, sözleşme sunulan tarafa göre bilgi ve tecrübe olarak üstün olacağı aşikardır.

Ayrıca baskıdan uzak bir şekilde, sözleşme sunulan taraf ile sözleşme yapma noktasına gelmeden sözleşme içeriğini hazırlama imkanı bulunduğundan, sözleşmeyi tamamen kendi çıkarlarına hizmet edecek şekilde, her türlü risk durumunu hesaplayarak düzenleme fırsatı da bulunmaktadır.

Sözleşme hazırlayan taraf, genelde sözleşmeleri alanında uzman, hukuk tekniğine hakim hukukçulara hazırlatmaktadır. Hukuk alanında deneyimi olmayan sözleşme sunulan tarafın, hukuk tekniğiyle hazırlanan metinleri kısa bir sürede okuması, anlaması ve müdahale etmesi mümkün değildir.³⁷

³⁶Havutçu, a.g.e, s. 31.

³⁷Havutçu, a.g.e, s. 33.

C. Psikolojik Üstünlük

Sözleşme hazırlayan taraf, bilgi, tecrübe ve ekonomik olarak üstün olduğu gibi psikolojik olarak da sözleşme sunulan tarafa göre üstün durumdadır. Çeşitli satış tekniklerine maruz kalan sözleşme sunulan taraf, sözleşmenin içeriği hakkında sağlıklı ve etraflıca düşünme imkanını ortadan kaldırmakta, klasik sözleşme teorisinin benimsediği şekilde akılcı düşünmek yerine, daha duygusal kararlar almaktadır.³⁸

D. Aldatıcı Reklamlar

Reklamlar, üreticilerin mallarını veya hizmetlerini pazarlayabilmek için aktif olarak kullandıkları çok önemli araçlardan birisidir. Alıcıların kararlarını etkileyebilmek amacıyla mal veya hizmetin tanıtımını yapan reklamların, alıcıları aldatıcı öğeler içermesi, genel işlem şartlarının sözleşmelerde yer almasını kolaylaştırmaktadır.

Bir reklamın yanlış veya yanıltıcı olması ve alıcıların aldanma ihtimalinin bulunması durumunda aldatıcı bir reklamın varlığından söz edilebilecektir. Abartılı reklamlar, mukayeseli reklamlar, bilimsel araştırma sonuçlarına dayandırılan reklamlar veya ürün fiyatının kullanıldığı reklamlar aldatıcı reklamlara örnek olarak gösterilebilecektir.³⁹

³⁸Havutçu, a.g.e, s. 33.

³⁹ Celal Göle, *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Ankara, Türkiye İş Bankası Vakfı Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1983, s. 78.

§.5. Genel İşlem Şartlarının Tanımı

Reisoğlu'na göre;

Sözleşmede genel ve özel şartlar bulunmaktadır. Taraflar özel şartlarda anlaşılırsa, genel şartların da taraflarca kabul edilmesi durumunda sözleşme kurulmuş olur. Örneğin banka kredi sözleşmelerinde özel şartlar kısmında kredinin miktarı, faiz oranı, kredinin nerede kullanılacağı gibi bilgiler yer alırken, genel şart olarak bankayı koruyucu enflasyon durumunda sözleşmede yapılabilecek değişiklikler gibi şartlar yer almaktadır.⁴⁰

İşte bu durumda ortaya genel işlem şartları çıkmaktadır.

Genel işlem şartları öğretide;

-STICHER'e göre; "taraflardan birinin şimdiki ve gelecekteki tüm hukuki işlemlerinin temelini oluşturmak üzere önceden formüle ettiği sözleşme şartları"⁴¹

-AUER'e göre; "Bir hukuk süjesinin tek yanlı olarak gelecekte yapacağı aynı türde, belirsiz sayıda sözleşmenin içeriğini oluşturmak üzere genel ve soyut şekilde formüle ettiği sözleşme şartları"⁴²

-GAUSCH/SCHULEP'e göre; "belirli tipteki çok sayıda sözleşmenin kuruluşu bakımından önceden formüle edilmiş sözleşme hükümlerini"⁴³

⁴⁰ Reisoğlu, a.g.e. s.71; Aydoğdu,, a.g.e, s. 59.

⁴¹Sticher, Walter Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen als Wettbewerbliches Problem, Diss. St. Gallen 1981. (Naklen Havutçu, a.g.e, s. 72).

⁴²Auer, Eugen: Die richterliche Korrektur von Standart-Verträgen, Diss. Bern 1964. (Naklen Havutçu, a.g.e, s. 72).

⁴³ Gauch/Schulep, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Auflage, Zürich 1991.(Naklen Havutçu, a.g.e, s. 72).

-HECHT'e göre; *“taflardan birinin, gelecekte aynı türde sınırsız sayıda yapacağı hukuki ilişkileri düzenlemek üzere önceden tek yanlı ve sabit, kesin olarak hazırladığı, içeriği kapsamlı hükümlerden oluşan sözleşme şartları”*⁴⁴

-REHBİNDER'e göre; *“Bir sözleşme yanının diğer sözleşme yanına, bir sözleşmenin yapılması sırasında sunduğu ve birçok sözleşmenin yapılması sırasında sunduğu ve birçok sözleşme için önceden formüle edilen sözleşme koşullarının tümü”*⁴⁵

-HAVUTÇU'ya göre; *“gelecekte yapılacak aynı türdeki çok sayıda sözleşmenin içeriğini oluşturmak üzere önceden tek yanlı olarak genel ve soyut biçimde hazırlanan ve sözleşmenin kuruluşunda taflardan birinin dayandığı, görüşülmeden sözleşmenin içeriğine dahil olmasını istediği sözleşme koşulları”*⁴⁶

-EREN'e göre; *“Taflardan birinin ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak üzere önceden tek başına hazırlayıp düzenleyerek sözleşmenin yapılması sırasında diğer tarafa sunduğu standartlaştırılmış sözleşme hükümleri”*⁴⁷

-ATAMER'e göre; *“sözleşme taflarından birinin, ileride kuracağı sözleşmelerde karşı akidine değiştirilmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle, önceden, tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşulları”*⁴⁸

-TUNÇOMAĞ'a göre; *“Genel kayıtlar adı verilen bu kayıtlar, akdin bir tarafının üçüncü kişilerle yapmayı tasarladığı aynı nevide ve çok sayıdaki akitlerin konusunu teşkil etmek üzere, önceden tesbit ettiği birtakım kayıtlar”*⁴⁹

olarak tanımlanmıştır.

⁴⁴ HechtWerner: Der Standartisierte Vertrag als Rechtsdogmatisches Rechtspolitisches Problem, in: ZSR 1960.(Naklen Havutçu, a.g.e, s. 72).

⁴⁵Rehbinder, a.g.e, s. 647.

⁴⁶ Havutçu, a.g.e, s. 72.

⁴⁷Eren, a.g.e, s. 215.

⁴⁸ Atamer, a.g.e, s. 61.

⁴⁹ Kenan Tunçomağ, 1962 Yılında Yayınlanmış Borçlar Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları Üzerine Kısa İncelemeler, BATİDER, Y. 1964, C. II, s. 443.

Genel işlem şartları doktrinde görüldüğü üzere, farklı şekillerde tanımlanmakla birlikte genel olarak şu şekilde tanımlanabilir; genel işlem şartları sözleşme taraflarından birinin önceden tek taraflı olarak düzenlediği, sözleşme kurulurken karşı tarafa tartışma ve sözleşme içeriğine etki etme imkanı vermeksizin sunduğu, aynı türden birden fazla sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanan genel ve soyut hükümlerdir.⁵⁰ Örneğin tanımdan yola çıkılarak, evini kiralamak isteyen bir birey ile evi kiralamak isteyen bir birey arasında, tek seferlik kullanmak amacıyla hazırlanan kira sözleşmelerinde yer alan kayıtlar genel işlem şartı niteliği taşımadığı söylenebilir. Zira tarafların ileride çok sayıda kira sözleşmesi yapma niyeti yoktur.⁵¹

Genel işlem şartları içeren sözleşmelerde, sözleşmelerin tarafları özel isimlerle adlandırılabilir. Sözleşmeyi hazırlayan, sözleşme içeriğinde genel işlem şartlarını dahil eden ve sözleşmenin karşı tarafına genel işlem şartlarını sunan tarafa “*girişimci, hazırlayan, düzenleyen veya kullanan taraf*” gibi isimler verilmekte iken, sözleşme sunulan ve sözleşmeyi kabul veya reddetmek ile sınırlı olarak sözleşmeye etki edebilen tarafa ise “*karşı taraf, müşteri veya tüketici*” gibi isimler verilmektedir.

Genel işlem şartları kullanan ile sözleşme sunulan taraf arasında oluşan sözleşmede, tarafların uzlaşmaları sadece sözleşmenin esaslı unsurları olan asli edim ve karşı asli edim yükümlülüğü hakkında uzlaşma ile sınırlı kalmakta, diğer tüm yükümlülükler genel işlem şartları ile sözleşme sunulan taraf aleyhine olarak düzenlenmektedir. Dolayısıyla genel işlem şartları genelde, kanunun tamamlayıcı hükümlerini ve yorum kurallarına ilişkin taraf kararlaştırılmalarını konu alır. Halihazırda genel işlem şartlarının amacı da, tarafların sözleşmeyi kurarken kararlaştırdıkları asli edim yükümlülükleri dışında kalan sorunları tespit etmektir.

⁵⁰Ersöz, a.g.e, s. 73; Altay, a.g.e, s. 50; Günay, a.g.e, s. 140; Ceylan, a.g.e, s. 173; Akıntürk/Ateş Kahraman, s. 48; Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Hüküm*, İstanbul, Vedat Yayınevi, 2012, s. 60; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s. 123; Reisoğlu, a.g.e, s. 71; Bahtiyar, a.g.e. s. 102; Tekinay, a.g.e, s. 204.

⁵¹Bahtiyar, a.g.e. s. 102; Tekinay, a.g.e, s. 205.

Hatta *ANTALYA*'ya göre; sözleşmenin asli unsurlarının genel işlem şartları ile düzenlenmesi mümkün dahi değildir.⁵²

§.6. Genel İşlem Şartlarının Hukuki Niteliği

Alman hukukunda genel işlem şartlarının bağlayıcılığı konusundaki tartışmalar HUECK'in 1923 yılında yayımladığı makale ile başlamıştır.⁵³ Zaman içinde yapılan hukuki tartışmalar neticesinde, genel işlem şartlarının hukuki niteliği konusunda doktrinde iki görüş ileri sürülmüştür;

I. Objektif Normlar Görüşü

Objektif normlar görüşünde bir teoriye göre; genel şartlar, herkes için bağlayıcı nitelikte olan, genel, soyut hukuk normlarıdır. Teoriye göre, genel işlem şartlarının sözleşmelerde bağlayıcılık kazandırabilmesi için tarafların iradelerinin uyuşmasına gerek yoktur.⁵⁴

Objektif normlar görüşünde diğer bir teoriye göre ise; genel işlem şartları uyulması zorunlu hukuki normlar olmayıp, tamamlayıcı nitelikte ve sözleşme taraflarınca uyulması kararlaştırıldığında sonuç doğurabilecek normlardır.⁵⁵

Objektif normlar görüşüne yöneltile eleştirilerinden birisi, hukuksal normlarda karşılıklı çıkarların adalet ve hakkaniyete uygun olarak dengelenmesi amacı bulunmasına rağmen, genel işlem şartlarını sözleşmenin taraflarından birisi

⁵²Antalya, a.g.e. s. 290.

⁵³ Havutçu, a.g.e, s. 94.

⁵⁴ Havutçu, a.g.e, s. 93; Altay, a.g.e, s. 86; Tamer İnal, *Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri*, İstanbul, Kazancı Yayınevi, 2005, s. 231; Bahtiyar, a.g.e. s. 110; Oğuz, a.g.e, s. 28; Tekinay, a.g.e, s. 206.

⁵⁵ Çınar, a.g.e, s. 59; Yelmen., a.g.e, s. 47.

kendi menfaatleri doğrultusunda hazırlatarak, sözleşmenin karşı tarafına dayatmaktadır.⁵⁶

Objektif normlar görüşüne yöneltilen bir diğer eleştiri ise, hukuksal normların yetkili makamlarca çıkartılmasına rağmen, genel işlem şartlarının sözleşmenin bir tarafınca hazırlanmasıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na göre de, kanun yapma yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndedir. Bunun gibi anayasal düzene dayalı sistemlerde bireylerin kanun yapma yetkisi yoktur.⁵⁷

Genel işlem şartları hukuk tekniği bakımından değerlendirildiğinde, objektif normlar görüşünün genel işlem şartları ile uyumlu olmadığı anlaşılacaktır. Genel işlem şartlarının genel ve soyut olması, hukuk kuralları gibi tek bir olaya özgü olarak değil, benzer birden fazla durumda kullanılmak amacıyla hazırlanması, hukuk normları benzeri bağlayıcılıklarının bulunması gibi hususlar dikkate alındığında, görünüşte hukuk normları ile genel işlem şartlarının benzerliklerinin bulunduğu söylenebilir ise de, ancak yukarıda bahsedilen eleştiriler doğrultusunda, Türk hukuk teorisinde de genel işlem şartlarının bağlayıcılığı hususunda objektif norm görüşüne itibar edilmemiştir.⁵⁸

II. Sözleşme Özgürlüğü Görüşü

Sözleşme özgürlüğü görüşü ise; genel işlem şartlarının tek başına hukuki açıdan değersiz olduğunu, ancak sözleşme içeriğine dahil olduklarında sözleşme özgürlüğü kapsamında değer kazanacağını ifade etmektedir. Dolayısıyla tarafların karşılıklı kabul beyanları sonrasında ancak genel işlem şartları bir anlam ifade edecektir. Bu yönden genel işlem şartlarının geçerliliği sözleşmeye dayanmaktadır.

⁵⁶Altay, a.g.e, s. 87; Bahtiyar, a.g.e. s. 110; Tekinay, a.g.e, s. 206.

⁵⁷Bahtiyar, a.g.e. s. 110; Oğuz, a.g.e, s. 24; Tekinay, a.g.e, s. 206.

⁵⁸ Havutçu, a.g.e, s. 99.

Şartları bir tarafın önceden hazırlaması, genel işlem şartlarının geçerliliğinin sözleşmeye bağlı tutulmasını engellemez.⁵⁹

Türk hukukunda emredici normların nasıl çıkarılacağı sıkı şekil şartlarına bağlı olarak düzenlenmiştir. Yetkili kılınan organlarca ve şekil şartlarına bağlı olarak çıkarılan normlar dışında, sözleşmelerde taraflarca kararlaştırılan hükümlerin Türk hukukunda herkes için bağlayıcı veya tamamlayıcı hukuk normları haline gelmesi mümkün değildir. Bu nedenle sözleşmelerde taraflarca hazırlanan genel işlem şartları, sırf genel ve soyut nitelikte olmaları nedeni ile yasal norm kabul edilemezler.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında Türk Borçlar Kanunu'nda genel işlem şartları ile ilgili düzenlemeler değerlendirildiğinde, Türk hukukunda genel işlem şartlarının sözleşmeye dahil edilmeden bir anlam ifade etmedikleri, sözleşme içeriğine dahil olmaları ile birlikte taraflar bakımından bir değer kazandıkları söylenebilir. Bu yönüyle genel işlem şartlarının bağlayıcılığı bakımından, Türk hukuk teorisinde sözleşme özgürlüğü görüşü prensibinin hakim olduğu söylenebilir.⁶⁰

§.7. Genel İşlem Şartları ve Sözleşme Özgürlüğü İlkesi

İrade özgürlüğü ilkesi, hukuk düzeninin bireylere başkaları ile serbestçe hukuki ilişki kurma özgürlüğü veren temel bir ilkedir. Devlet irade özgürlüğü tanımakla bireylerin kendi arasındaki ilişkilere müdahaleden kaçınmış, sadece hukuki işlere güvence sağlamakla yetinmiştir.⁶¹

Türk hukuk sisteminde de irade özgürlüğü anayasa ve yasalarla güvence altına alınmıştır. Örneğin irade özgürlüğünün bir görünümü olan ve Anayasa'nın 48. maddesi ile Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesinde ifade edilen sözleşme özgürlüğü ilkesi, kişilerin hukuksal ilişkilerini istedikleri konu, kapsam ve şekilde istedikleri kişilerle yapabilmeleri serbestini içerir. Bu özgürlük kapsamında herkes

⁵⁹ Bahtiyar, a.g.e s. 111; Havutçu, a.g.e, s. 102; Altay, a.g.e, s. 87; İnal, a.g.e, s. 231; Eren, a.g.e, s. 218; Tekinay, a.g.e, s. 206.

⁶⁰Altay, a.g.e, s. 88; Eren, a.g.e, s. 218.

⁶¹ Havutçu, a.g.e, s 25.

sözleşme yapıp yapmamak; yapacaksa sözleşmenin karşı tarafını, sözleşmenin şeklini, konusunu ve şartlarını özgürce belirlemek hakkına sahiptir.⁶²

Sözleşme özgürlüğü bazı sınırlamalara tabi olabilir. Kanundan, dürüstlük kurallarından veya tarafların karşılıklı anlaşmalarından doğan bir takım sınırlamalar, sözleşme özgürlüğünü kısıtlayabilir. Örnek, olarak kanun bazı sözleşmelerde geçerlilik şekli belirlemektedir.⁶³

Liberal ekonomik düzenlerde, değiş tokuş ilişkisi bir kalıp çerçevesinde gerçekleşmektedir. Bu kalıp sözleşmedir.⁶⁴ Sözleşmeler, sınırlı bir zamanda, sınırlı sayıda insan için belirli konuları düzenler. Genel olarak hukuk düzenleri bireyler arasındaki özel alana müdahaleden kaçınmaktadır.⁶⁵ Sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında oluşturulan sözleşmelerin bir anlam ifade edebilmesi için, sözleşmenin taraflarının eşit pazarlık gücüne sahip olması ve tarafların sözleşmenin içeriğine etki edebilme gücünün mevcut olması gerekmektedir.

Klasik sözleşme teorisinin dayandığı sözleşme özgürlüğü ilkesi ile liberal anlayışın⁶⁶ temelinde yer alan tarafların eşitliği ve rekabet anlayışı, ekonomik gelişmeler ile birlikte yaşanan değişimler neticesinde, mal ve hizmet üretimi yapanların lehine bozulmuştur. İşletmelerin alanlarında uzmanlaşması, piyasayı yönlendirebilecek güçte olmaları karşısında işletmenin alanında uzman olmayan, ekonomik olarak piyasayı tek başlarına yönlendirme gücü bulunmayan tüketicilerin zayıflamasına neden olmuştur. Böylelikle klasik sözleşme teorisinin temelinde bulunan eşitlik ilkesi yalnızca şekli eşitlik boyutunda kalmış, maddi eşitlik temelden sarsılmıştır.⁶⁷

⁶²Ersöz, a.g.e, s. 71; Altay, a.g.e, s. 14; Bahtiyar, a.g.e. s. 104; Oğuz, a.g.e, s. 18.

⁶³Havutçu, a.g.e, s 26; Altay, a.g.e, s. 14.

⁶⁴ Atamer, a.g.e, s. 14.

⁶⁵ Atamer, a.g.e, s. 9.

⁶⁶Havutçu, a.g.e, s 27.

⁶⁷Oğuz, a.g.e, s. 22.

Zamanla yeni pazarlama teknikleri ile birlikte de tarafların bir araya gelerek müzakere yoluyla sözleşme oluşturmaları yerine üretici, sağlayıcı veya satıcılar ilerde çok sayıda hukuki ilişkide kullanılmak üzere, sözleşmelerin içeriğini önceden hazırlayarak tüketici dayatmaya başlamışlardır.

Önceden hazırlanan sözleşme, mal veya hizmeti satın almaya gelen kişilere, doğrudan ve tartışmaya mahal vermeyecek şekilde sunulmaktadır. Sözleşmeyi hazırlayan taraf, kendi çıkarlarını önceleyerek, sözleşmeden çıkabilecek uyuşmazlıklarda kendi lehine olacak hükümleri sözleşmeye eklemektedir. Bankalar, sigorta şirketleri, dayanıklı tüketim malları üretim ve pazarlaması yapan şirketlerin kişilere sundukları sözleşmeler, bu tip sözleşmelere örnek oluşturmaktadır. Bunun sonucu olarak sözleşme özgürlüğünün sözleşme taraflarını eşit sayan anlayışına aykırı olarak, bir tarafı özel olarak koruyan bir hukuk gelişmiştir.

§.8. Genel İşlem Şartlarının Yararları ve Sakıncaları

I. Genel İşlem Şartlarının Yararları

Genel işlem şartları sözleşme özgürlüğü ilkesini sınırlamakta ise de, genel işlem şartlarını kullanan taraf ve sözleşme sunulan taraf bakımından bir takım faydalar sağlamaktadır.

Genel işlem şartları sayesinde, tarafların bir araya gelip uzun zamanda hazırlayacakları sözleşmeler önceden hazırlanmak suretiyle zaman bakımından kolaylık sağlamaktadır. Ticari yaşamın kitlelere yönelik hizmet sunma işlemini bu şekilde hızlandırmış ve kolaylaştırmış olmaktadır.⁶⁸

Ticari yaşamın hızlanması sözleşmelerin ferdi olarak düzenlenmesinde bir takım sakıncalar doğmasına da neden olmuştur. Sözleşmelerin ferdi olarak düzenlenmeye çalışılması durumunda, sözleşmeler arasında içerik olarak farklılıklar

⁶⁸Altay, a.g.e, s. 60; Eren, a.g.e, s. 215; Bahtiyar, a.g.e. s. 105.

barınmasına sebep olabileceği gibi, bazı hükümlerin unutulmasına da neden olabilir. Genel işlem şartları ile ortaya çıkan standart sözleşmeler sayesinde bu sakıncalar bertaraf edilmektedir.⁶⁹

Genel işlem şartları ile işlemlerin basitleştirilmesi, rizikonun geniş ölçüde hesaplanabilmesini sağlamış, işletmelerin faaliyet alanlarındaki bilgi ve tecrübelerini sözleşmelere aktarabilmelerini kolaylaştırmıştır. İşletmeler sözleşmelerden doğabilecek rizikoları kendilerinden uzaklaştırarak daha sağlıklı ticari faaliyet yapma imkanına sahip olmakla birlikte, işletmelerin verimliliği de artmıştır. Zira işletmeler sözleşme düzenlerken yalnızca esaslı noktalar üzerinden pazarlık yapmakta, sözleşmelerin diğer unsurlarının kurulması bakımından zaman ve emek harcamamaktadırlar.⁷⁰

Ayrıca genel işlem şartları yasalardaki eksiklikler ve boşlukları doldurma amacına da hizmet etmektedir. Buna genel işlem şartlarının uzmanlaştırma işlevi denilmektedir. Genel işlem şartları ile sözleşmelerde hüküm bulunmadığı noktalarda kural olarak uygulanan tamamlayıcı hükümler ile örf ve adet kurallarının belirsiz olması ve bu belirsizlik nedeniyle oluşabilecek güvensizlik genel işlem şartları ile ortadan kaldırılarak sözleşmelere olan güvenilirlik arttırılmaktadır.⁷¹

Sözleşme hükümlerinin önceden ve açık bir şekilde düzenlenmesi, sözleşmenin karşı tarafı bakımından da hukuki güvenlik sağlamaktadır. Sözleşme edimlerinin ne şekilde yerine getirileceğine dair uzman hukukçular tarafından hazırlanmış sözleşme hükümleri sayesinde, yasalarda mevcut olabilecek eksiklik ve boşluklara karşı sözleşmenin karşı tarafı da hukuki güvenlik altına alınmış olmaktadır. Bu durum hukuki öngörülebilirlik açısından önemlidir.⁷²

⁶⁹Bahtiyar, a.g.e. s. 105.

⁷⁰Atamer, a.g.e, s. 32; Altay, a.g.e, s. 60; Oğuz, a.g.e, s. 2.

⁷¹Havutçu, a.g.e, s 23; Altay, a.g.e, s. 60; Eren, a.g.e, s. 215; Bahtiyar, a.g.e. s. 105.

⁷²Havutçu, a.g.e, s. 6.

II. Genel İşlem Şartlarının Sakıncaları

Genel işlem şartlarının yukarıda sayılan yararları karşısında genel işlem şartlarının denetimsiz bırakılması da bazı sorunlara yol açabilecektir. Zira sözleşme taraflarından birisi önceden, psikolojik bir baskı olmadan, olası bütün durumları gözeterek kendi çıkarları doğrultusunda sözleşmeyi hazırlamaktadır. Ancak sözleşmenin diğer tarafı önceden hazırlanmış bir sözleşme ile muhatap olmakta, sözleşmeyi olduğu gibi kabul etme veya sözleşme yapmama seçenekleri ile sınırlanmaktadır. Bu durum zaten ekonomik olarak güçlü ve baskın olan tarafın daha üstün hale gelmesine neden olmaktadır. Klasik sözleşme teorisinin temelinde yer alan tarafların eşitliği ilkesinin temelinden sarsılması ile maddi anlamda sözleşme adaleti ortadan kalkmaktadır.⁷³

Her ne kadar klasik sözleşmelerde de tarafların bazı menfaatlerden vazgeçerek başka menfaatler elde etme amacı var ise de, genel işlem şartı kullanılan sözleşmelerde, pazarlık unsuru ortadan kalktığından sözleşmede dengesizlik ortaya çıkmaktadır.⁷⁴

Sözleşmenin bir tarafının şartları değerlendirebilecek bilgi ve güçten yoksun olduğu değerlendirildiğinde genel işlem şartlarının denetimsiz bırakılması ekonomik olarak tehlikeli sonuçlar doğurabilecektir. Bilgi ve güç olarak zayıf olan tarafın korunması amacıyla bir takım özel düzenlemeler genel işlem şartlarının yararları karşısında gereklidir. Ayrıca sözleşmeyi hazırlayan işletmeler aynı faaliyet kolundan birden fazla kişi ile benzer sözleşmeler yaparken, sözleşme sunulan taraf farklı faaliyet konularında, farklı alanlarda uzmanlaşmış taraflarla sözleşme yapmaktadır. Bu durumda sözleşmenin tarafları arasındaki dengesizliği arttırmaktadır.⁷⁵

Genel işlem şartları içeren sözleşmelerde genel itibariyle sözleşmenin kapsamı hakkında bir pazarlık söz konusu değildir. Taraflar arasındaki uyuşma temel edimler üzerinedir. Ancak sözleşmeyi hazırlayan taraf sözleşmeyi yetkili ve alanında

⁷³Havutçu, a.g.e, s. 38; Altay, a.g.e, s. 62; Akipek Öcal, a.g.e, s. 332; Günay, a.g.e, s. 139; Bahtiyar, a.g.e. s. 106.

⁷⁴Atamer, a.g.e, s. 32.

⁷⁵Atamer, a.g.e, s. 36; Rehbinder, a.g.e, s. 643.

uzman kişilere önceden hazırlatarak üzerinde konuşulmamış yan edimlere ilişkin hükümleri kendi lehine düzenlemektedir. Ayrıca sözleşmenin genel işlem şartlarını içeren bölümü genelde uzun ve karmaşık bir şekilde hazırlanır. Sözleşmeyi sunulan taraf bakımından sözleşmenin imza edildiği anda okunup anlaşılması bu itibarla mümkün değildir.⁷⁶

Genel işlem şartları barındıran sözleşmelerin uzun ve karmaşık olması yanında, sözleşme sunulan taraf genelde zaman bakımından da baskı altındadır. Zaten alanında uzman kişilerce hukuk tekniği ile hazırlanan karmaşık sözleşmelerin kısa bir zaman diliminde anlaşılması tamamen imkansız hale gelmektedir. Sözleşme sunulan taraf, kendisine sunulan matbu sözleşme şartlarının değişmez nitelikte olduğu, kendisine sunulan kısa sürede tek başına sözleşmeyi değiştirecek güce sahip olmadığı kanısıyla pazarlık gücünü tamamen yitirmektedir.⁷⁷

Genel işlem şartlarını sözleşmede kullanan taraf, sözleşme sunulan taraf ile genelde sözleşmeyi değiştirme yetkisi olmayan kişileri muhatap etmekte, sözleşme sunulan taraf sözleşme içeriğinde değişikliğe gidilmesini talep edebilecek olsa dahi karşısında yetkili bir kimse bulamamaktadır. Bu şekilde organizasyon gücünü kullanan taraf, profesyonel olarak genel işlem şartları ile muhatap olmayan tarafa sözleşmeyi dayatma imkanı bulmaktadır.⁷⁸

Genel işlem şartlarının sözleşmeyi düzenleyen taraf bakımından sakıncalar doğurma ihtimali bulunduğunu söylemek zor olsa da, genel işlem şartları kendisini kullanan taraf bakımından da bir takım sakıncalar içermektedir. Türk Borçlar Kanunu'nunda genel işlem şartlarının denetimine ilişkin bir takım düzenlemeler mevcuttur. Ferdi sözleşmelerde yer alan hükümler bakımından uygulanmayan bu denetimler, genel işlem şartları bakımından sıkı bir şekilde uygulanmaktadır. Örnek olarak, ferdi bir sözleşmede yer alan hafif kusurdan sorumsuzluk kayıtları denetime tabi tutulamayacakken, Türk Borçlar Kanununun 21. maddesinde sözleşmenin karşı tarafı aleyhine olan genel işlem şartlarının geçerliliğinin bir takım şartlara bağlanmış

⁷⁶ Atamer, a.g.e, s. 35.

⁷⁷ Atamer, a.g.e, s. 35; Tekinay, a.g.e, s. 209.

⁷⁸ Atamer, a.g.e, s. 36.

olması nedeniyle hafif kusurdan sorumsuzluk kaydı içeren genel işlem şartları denetime tabi tutulabilecektir.⁷⁹

Günümüzde genel işlem şartları ticari hayatın hızı ve çokluğu karşısında zorunlu hale gelmiş ve ticari hayatı kolaylaştırmıştır. Genel işlem şartlarının denetimi yapılırken, genel işlem şartlarının yararları ve sakıncaları göz önünde tutularak her iki unsur arasında denge sağlanarak denetim yapılmalıdır.⁸⁰

⁷⁹ Altay, a.g.e, s. 62.

⁸⁰ Akıntürk/Ateş Kahraman, s. 47; Antaşıya, a.g.e., s. 285; Esener/Gündoğdu, a.g.e., s. 230; Hatemi/Gökyayla, a.g.e., s. 60; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 123; Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 164; Reisoğlu, s. 70; Bahtiyar, a.g.e. s. 99; İ. Yılmaz Aslan, *6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, Bursa, Ekin Basım Yayın, 2014, s. 399, Yelmen, a.g.e, s 40, 64; Aydoğdu,, a.g.e, s. 26; Havutçu, a.g.e, s. 8.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE GENEL İŞLEM ŞARTLARI

§.9. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Şartlarının Yeri

Taraflardan birinin tüketici olmadığı sözleşmelerde genel işlem şartlarının sınırlandırılması ilk kez Türk Borçlar Kanunu'nun 20-25 maddeleri arasında "*Genel İşlem Koşulları*" başlığı altında düzenlenmiştir.⁸¹ Bunun yanında Türk Ticaret Kanununun 55. maddesinde tacirler arasındaki sözleşmelerde dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmayı sınırlamış ve bazı kriterler çerçevesinde haksız rekabet saymıştır.⁸²

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinin gerekçesinde "*...genel işlem koşullarının tabi olduğu geçerlilik kuralları, bunlara aykırılığın yaptırımları ve genel işlem koşullarının yorumlanması gibi konuların açıklığa kavuşturulması amacıyla, bütün sözleşmeleri kapsayacak emredici hükümler şeklinde düzenlenmesi zorunlu görülmüştür.*" denilmektedir. Madde gerekçesinden de anlaşılmaktadır ki, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda yer alan genel işlem şartlarına yönelik düzenlemeler emredici olarak düzenlemiştir.⁸³

Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinde genel işlem şartlarının tanımı ise şu şekilde yapılmaktadır; "*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen,*

⁸¹Oğuzman/Öz, a.g.e, 164; Reisoğlu, a.g.e, s. 70.

⁸²Oğuzman/Öz, a.g.e, 165.

⁸³Uygur, s. 302; Yavuz, a.g.e, s. 269; Antalya, a.g.e. s. 288; Esener/Gündoğdu, a.g.e., s. 231; Reisoğlu, a.g.e, s. 74.

ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir." ⁸⁴

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 20. maddesinde yer alan tanım içeriğinden, -her ne kadar teoride farklı şekillerde sınıflandırılrsa da- genel işlem şartlarının unsurları şu başlıklar altında toplanabilecektir;⁸⁵

-Genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriğine dahil edilmesi

-Genel işlem şartlarının önceden tek taraflı olarak belirlenmesi

-Genel işlem şartlarının ileride birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanması

-Genel işlem şartlarının genel ve soyut olması

I. Genel İşlem Şartlarının Sözleşmenin İçeriğine Dahil Edilmesi

Türk hukuk teorisinde benimsenen sözleşme özgürlüğü görüşü uyarınca, genel işlem şartları sözleşme içeriğine dahil olduğu ölçüde yürürlük kazanacaktır. Sözleşme içerisine dahil olmadan önce genel işlem şartları, hukuk dünyasında henüz doğmamıştır ve yalnızca tasarı olarak kabul edilebilecektir.⁸⁶

Genel işlem şartlarının sözleşmede var sayılabilmesi için, genel işlem şartlarının öncelikle sözleşmenin kapsamı içerisine alınması gerekmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi kapsamında, sözleşmenin niteliği genel işlem şartlarının unsurları bakımından bir önem taşımamaktadır. Sözleşmenin bir tasarruf sözleşmesi, eşya hukuku sözleşmesi olması önemli değildir. Her durumda genel işlem şartlarına ilişkin hükümler sözleşmeye uygulanacaktır.⁸⁷

⁸⁴Uygur, s. 305; Oğuzman/Öz, a.g.e, 165.

⁸⁵Akıntürk/Ateş Kahraman, s. 50; Antalya, a.g.e. s. 299; Esener/Gündoğdu, a.g.e., s. 233.

⁸⁶ Yelmen., a.g.e, s. 52; Ceylan, a.g.e, s. 174.

⁸⁷ Atamer, a.g.e, s. 62.

Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği genel esaslar çerçevesinde genel işlem şartlarının sözleşme içeriğine alınması, tarafların iradelerinin karşılıklı olarak uyuşmasına bağlıdır. Bu hususta öncelikle Türk Borçlar Kanununda yer alan, sözleşmenin kurulması sırasında öneri ve kabule ilişkin hükümler, genel işlem şartlarının sözleşmeye dahil edilmesi hususunda uygulama alanı bulacaktır.⁸⁸

A. Genel İşlem Şartlarının Önerilmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun "Öneri ve Kabul" başlıklı kısımda yer alan maddelerinden anlaşılacağı üzere, tarafların irade beyanları, öneri ve kabul beyanları ile hukuk dünyasında var olmaktadır. Bu nedenle genel işlem şartlarının sözleşme içeriğine dahil olabilmesi için öncelikle sözleşmeyi sunan tarafın açık bir önerisinin mevcut olması gerekir. Sözleşmeyi sunan taraf, genel işlem şartlarını sözleşmenin metninde, sözleşmenin arkasında veya ayrı bir belgede sunarak, karşı tarafa açık bir öneride bulunmuş olur.⁸⁹

Genel işlem şartlarının önerilmesinden kasıt, sözleşmenin güçlü tarafının gücünü kullanarak, genel işlem şartlarının pazarlık yapılmadan bağlayıcılık kazanmasını istemesidir.⁹⁰ Ancak taraflar arasındaki sözleşmeye üçüncü bir kişinin tavsiyesi ile alınan sözleşme koşulları genel işlem şartı niteliği taşımayacaktır. Örneğin, sözleşme yapıldığı sırada noterin tavsiyesi ile sözleşmeye alınan koşullar genel işlem şartı niteliğinde değildir. Zira genel işlem şartlarının unsurlarından olan sözleşmenin bir tarafının diğer tarafına genel işlem şartlarını önermesi unsuru bu durumda gerçekleşmiş olmayacaktır.⁹¹

Sözleşmede genel işlem şartlarından faydalanacak taraf, en geç sözleşmenin kurulması sırasında karşı tarafa genel işlem şartlarını sunmalıdır. Türk Borçlar Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "...sözleşme yapılırken..." ifadesi

⁸⁸ Havutçu, a.g.e, s. 109; Yavuz, a.g.e, s. 278; Antalya, a.g.e, s. 302; Oğuz, a.g.e, s. 45.

⁸⁹ Havutçu, a.g.e, s. 109; Yavuz, a.g.e, s. 279; Antalya, a.g.e, s. 302.

⁹⁰ Kılıçoğlu, a.g.e, s. 131.

⁹¹ Havutçu, a.g.e, s. 86.

de bu hususu düzenlemektedir. Kanunun buradaki maksadı en geç sözleşme yapıldığı sırada sözleşmenin karşı tarafının genel işlem şartlarından haberdar olmasıdır. Aksi durumda sonradan genel işlem şartlarının sözleşmeye eklenmesi, sözleşmenin değiştirilmesi niteliğinde olacaktır. Değiştirilen sözleşmenin geçerli olabilmesi için de yeni bir kabul beyanı aranacaktır.⁹²

Türk hukuk teorisinde sonradan sözleşmeye eklenen hususlar geçerli olmadığı için, sonradan sözleşmeye eklenen genel işlem şartları da hukuken geçerli olmayacaktır. Örneğin, fiş, fatura, otobüs bileti, sinema bileti veya makbuz gibi evrakların teslimi sırasında genel işlem şartları hakkında bilgi verilmesi durumunda genel işlem şartları usulüne uygun önerilmemiş olacaktır. Bu durumda genel işlem şartlarının geçerliliğinden söz edilemez. Sözleşme sunulan tarafın, fiş, makbuz gibi sözleşme kurulduktan sonra verilen belgede yer alan genel işlem şartlarına ses çıkarmaması durumunda dahi genel işlem şartlarının kabul edildiğinden söz edilemez. Zira bu belgelerin temel amacı, edimin ifa edildiğinin kanıtlanmasıdır.⁹³

Genel olarak genel işlem şartları, genel işlem şartlarının yazılı olduğu sözleşmenin karşı tarafa sunulması ve sözleşmenin bu koşullar çerçevesinde yapılmak istendiğinin karşı tarafa bildirilmesi yoluyla önerilmektedir. Ayrıca sözleşme dışında, genel işlem şartlarının yazılı bulunduğu metne yollama yapılmak suretiyle, genel işlem şartlarının sözleşmeye dahil edilmek istenmesi halinde, sözleşme içeriğinde genel işlem şartlarına açıkça atıf yapılması gerekmektedir.⁹⁴

Genel işlem şartlarının önerilmesi bakımından özel bir durum olarak genel işlem şartlarının asılarak ilan edilmesi durumu değerlendirilebilir. Kural olarak, duvara asılarak ilan edilmiş genel işlem şartlarının sözleşme sunulan tarafından bilinmesini beklemek mümkün değildir. Ancak istisna olarak, genel işlem şartlarının ilan yoluyla duyurulması kabul edilebilir. Otomatlar gibi personelin bulunmadığı hallerde veya maç bileti, tiyatro bileti gibi binlerce kişiye verilen biletler için ayrı ayrı genel işlem şartları içeren metnin sözleşme yapılan kişiye verilmesinin mümkün

⁹² Yelmen,, a.g.e, s. 57; Altay, a.g.e, s. 58.

⁹³ Aydoğdu,, a.g.e, s. 59; Havutçu, a.g.e, s. 125; Atamer, a.g.e, s. 90; Oğuz, a.g.e, s. 73; Tekinay, a.g.e, s. 208.

⁹⁴ Atamer, a.g.e, s. 86.

olmadığı hallerde, ⁹⁵orta vasıftaki bir kişinin ilk bakışta fark edebileceği, kolaylıkla görebileceği, gözden kaçırma ihtimalinin bulunmadığı yerde genel işlem şartlarının ilan edilmesi durumunda, sözleşme sunulan tarafın genel işlem şartlarını bilmesini beklemek mümkündür. ⁹⁶

Genel işlem şartlarının önerilmesi bakımından diğer bir özel durum ise, sürekli olarak sözleşme içerisinde bulunan tarafların çerçeve sözleşme ile genel işlem şartlarına atıfta bulunmalarıdır. Çerçeve sözleşme ile genel işlem şartlarına atıfta bulunulması halinde, tarafların yapacakları her sözleşmede ayrıca genel işlem şartlarına dair icapta bulunmaları gerekmez. Ancak çerçeve sözleşmenin varlığının kabulü açısından, tarafların sürekli olarak sözleşme yapmaları yeterli değildir. Yapılan çerçeve sözleşme ile tarafların açıkça genel işlem şartları bakımından düzenleme yapmaları ve hangi sözleşmelere genel işlem şartlarının uygulanacağını açıkça belirtilmesi gerekmektedir. ⁹⁷

B. Genel İşlem Şartlarının Kabulü

Genel işlem şartlarının sözleşmeyi hazırlayan tarafça öneri olarak sunulmasından sonra, sözleşmenin sunulduğu tarafça kabul edilmesi gerekir. Genel işlem şartlarının sözleşme sunulan tarafça kabul edilmesi halinde, genel işlem şartları sözleşmenin kapsamı içerisine girmiş olacaktır. ⁹⁸

Genel işlem şartlarının kabulünde beklenen unsur, sözleşme sunulan tarafın genel işlem şartlarını bir bütün olarak, herhangi bir değişiklik olmadan, olduğu gibi kabul etmesidir. Zira genel işlem şartlarının temel unsuru, sözleşme sunulan tarafın içinde bulunduğu zayıflık nedeniyle pazarlık yapma, sözleşme içeriğine etki etme

⁹⁵ Atamer, a.g.e, s. 88; Antalya, a.g.e, s. 308.

⁹⁶ Havutçu, a.g.e, s. 124; Atamer, a.g.e, s. 88; Antalya, a.g.e, s. 308.

⁹⁷ Atamer, a.g.e, s. 96.

⁹⁸Eren, a.g.e, s. 217; Rehbinder, a.g.e, s. 648; Antalya, a.g.e, s. 306; Sirmen, a.g.e, s. 115.

imkanının bulunmamasıdır. Aksi durumda sözleşme bireysel sözleşmeye dönüşecektir.⁹⁹

Her ne kadar genel işlem şartlarının açık bir şekilde önerilmesi gerekmekte ise de, kabul beyanı yönünden açık bir kabul aranmamaktadır. Örtülü de olsa kabul beyanı, genel işlem şartlarının sözleşmeye dahil edilmesi bakımından yeterlidir. Nitekim Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 21/01/2002 tarihli¹⁰⁰ kararında uzunca bir süre GSM operatörü kullanan kişinin sözleşme hükümlerini örtülü kabul ile benimsediğine karar vermiştir.¹⁰¹

Türk Borçlar Kanunu'nun 6. maddesinde hangi hallerde örtülü kabulün geçerli sayılacağı, öneriye muhatap olanın itiraz etmemesi halinde kabul etmiş sayılacağı düzenlenmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 6. maddesinde; “*Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır.*” denilmektedir. Genel işlem şartlarında da sözleşme sunulan tarafın, genel işlem şartlarını örtülü kabul ettiğini söyleyebilmek için, Türk Borçlar Kanunu'nun 6. maddesinde sayılan şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.¹⁰²

Öğretide genel işlem şartlarının içeriğinin öğrenilerek veya öğrenilmeden kabul yapılması arasında ikili bir ayırım yapılmıştır. genel işlem şartlarının içeriğinin öğrenilerek kabul yapılması durumu “tam bilinçli kabul” veya “açık kabul” veya “özel bilinçli kabul” olarak adlandırılmıştır. genel işlem şartlarının içeriğinin öğrenilmeden yapılan kabul ise “genel bilinçli kabul” veya “global kabul” olarak adlandırılmıştır.¹⁰³

⁹⁹Havutçu, a.g.e, s. 87.

¹⁰⁰Yargıtay 13. HD. T. 21/02/2007, E. 2001/11843, K. 2002/418.

¹⁰¹ Atamer, a.g.e, s. 100; Antalya, a.g.e, s. 306.

¹⁰²Havutçu, a.g.e, s. 120.

¹⁰³Çınar, a.g.e, s. 80.

1. Genel Bilinçli Kabul

Genel bilinçli kabul durumunda, sözleşme sunulan taraf kendisine genel işlem şartlarının içeriği hakkında bilgi sahibi olma imkanı sağlanmasına rağmen, genel işlem şartlarının içeriğinden haberdar olmadan kabul iradesini açıklamaktadır. Burada kabul iradesini açıklayan tarafın maksadı genel işlem şartlarının sözleşmeye dahil edilmesidir.¹⁰⁴

Türk hukukunda sözleşme sunulan tarafın, içeriği hakkında herhangi bir bilgi sahibi olmadığı genel işlem şartlarına ilişkin beyanının kabul beyanı olarak değerlendirilmesinde güven teorisinden faydalanılmaktadır. Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralından yola çıkarak, sözleşmeyi sunan tarafın kabul iradesine güvenerek sözleşme yapması durumunda, güven teorisi uyarınca kabul eden tarafın kabul iradesine güvenmekte haklıdır. Ancak güven teorisinin işletilebilmesi için ilk kural, sözleşme sunulan tarafa genel işlem şartlarının içeriğini öğrenme imkanının sağlanmış olmasıdır. Aksi durumda genel işlem şartlarının sözleşme içeriğine dahil edilmesi mümkün değildir.¹⁰⁵

2. Özel Bilinçli Kabul

Özel bilinçli kabulde ise kabul iradesini açıklayan taraf, genel işlem şartlarının içeriğinden haberdar olarak genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriğine dahil edilmesine rıza göstermektedir. Öğretide özel bilinçli kabulü, tam bilinçli kabul¹⁰⁶ olarak adlandıran görüşler de mevcuttur.

Özel bilinçli kabul ancak sözleşme sunulan tarafın, sözleşmeyi okuyup anlayabilecek durumda olması halinde ortaya çıkabilecektir. Yalnızca genel işlem şartlarının sözleşmede var olduğunu bilmek, tek başına özel bilinçli kabul olarak değerlendirilemez.¹⁰⁷

¹⁰⁴Havutçu, a.g.e, s. 112; Atamer, a.g.e, s. 102; Antalya, a.g.e, s. 307; Sirmen, a.g.e, s. 115.

¹⁰⁵Havutçu, a.g.e, s. 113; Atamer, a.g.e, s. 102; Antalya, a.g.e, s. 308; Sirmen, a.g.e, s. 115.

¹⁰⁶Havutçu, a.g.e, s. 111; Antalya, a.g.e, s. 306; Sirmen, a.g.e, s. 115.

¹⁰⁷Havutçu, a.g.e, s. 111; Sirmen, a.g.e, s. 115.

Genel işlem şartlarının özel bilinçli kabul ile kabul edildiği hallerde, genel işlem şartlarının niteliğini yitirdiği kabul edilemez. Özel bilinçli kabul halinde, genel işlem şartları hakkında bir görüşme veya pazarlık söz konusu değildir. Yalnızca sözleşme sunulan taraf sözleşmede mevcut olan genel işlem şartlarını okuyarak, genel işlem şartları hakkında bilgi sahibi olmaktadır.¹⁰⁸

Üzerinde durulması gereken önemli bir husus, her ne kadar özel bilinçli kabul durumunda, sözleşme sunulan taraf genel işlem şartlarının içeriğinden haberdar olmakta ise de, sözleşme sunulan tarafın genel işlem şartlarına müdahale etme imkanının bulunmaması gerekir. Yani genel işlem şartlarında, aleyhinde bulunan bir düzenlemeyi çıkartarak yerine lehine bir düzenleme getirme imkanı bulunmamalıdır. Tartışılıp pazarlık konusu yapılan sözleşme koşulları, genel işlem şartı olmaktan çıkarak bireysel sözleşmeye dönüşecektir.¹⁰⁹

C. Sözleşme Sunulan Tarafın Menfaatlerine Aykırı Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İçeriğine Dahil Edilmesinde Özel Durum

Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesi, sözleşmenin sunulduğu tarafın menfaatine aykırı genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girmesinin özel olarak düzenlemiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesi; *“Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem şartlarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkanı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır.”* düzenlemesini içermektedir.

Madde metninden anlaşılacağı üzere sözleşme sunulan tarafın menfaatine aykırı genel işlem şartlarının sözleşme içeriğine dahil edilmesi için şu üç şartın gerçekleşmesi gerekmektedir;¹¹⁰

¹⁰⁸Havutçu, a.g.e, s.112.

¹⁰⁹Havutçu, a.g.e, s. 88.

¹¹⁰Antalya, a.g.e, s. 303.

1. Sözleşmeyi Sunan Tarafın Açık Öneride Bulunması

Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasında genel işlem şartları hakkında "açıkça bilgi verme" unsurundan bahsetmektedir. Ancak açıkça bilgi vermenin ne şekilde olacağına dair bir bilgi mevcut değildir. Dolayısıyla sözleşmeyi hazırlayanın her ne şekilde olursa olsun sözleşme sunulan tarafa bilgi vermesi açıkça bilgi verme şartının gerçekleşmesi bakımından yeterlidir.

Her türlü bildirim şekli geçerli sayılacaktır. Yeter ki karşı taraf genel işlem şartlarının varlığından haberdar olsun. İşte burada genel işlem şartları bakımından bilgi verilip verilmediği hususunun ispat yükü sözleşmeyi hazırlayan tarafa aittir.

2. Karşı Tarafa Öneri Hakkında Açık Bilgi Verilip, Bunların İçeriğini Öğrenme İmkânı Sağlanması

Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen bir başka husus ise, "karşı tarafa genel işlem şartlarının içeriğini öğrenme imkanının sağlanması" dır. Öğrenme imkanının sağlanması konusunda kanunda bir hüküm bulunmamasıyla birlikte burada anlatılmak istenen hususun, genel işlem şartlarını içeren hükümlerin sözleşmenin karşı tarafının hakimiyetine girmesidir.

Madde içeriğinde öğrenme imkanının sağlanmasından bahsedilmektedir. Ancak sözleşme sunulan tarafın içeriği öğrenmesi şartı aranmamaktadır. Genel işlem şartlarının alanında uzmanlaşmış ve sözleşmenin diğer tarafına göre güçlü konumda bulunan tarafça sözleşmeye eklendiği göz önüne alındığında, sözleşmenin sunulduğu tarafın genel işlem şartlarının içeriğini öğrenmesi şartının aranmasının anlamsız olacağı ortaya çıkacaktır.

3. Karşı Tarafın Önerilen Şartları Kabul Etmesi

Üçüncü kişilerce tavsiye edilen genel işlem şartlarının sözleşme içeriğine alınması ile birlikte, sözleşmeyi hazırlayan tarafın da bu genel işlem şartlarına dayanması gerekmektedir. Aksi durumda tavsiye edilen koşullar bir tarafa dayatılmış olmayacağı için genel işlem şartı hükmünü kazanamayacaktır. ¹¹¹

¹¹¹Çınar, a.g.e., s. 52; Aydoğdu., a.g.e., s. 47.

D. Genel İşlem Şartlarının Sözleşmenin İçeriğine Dahil Edilmemesinin Sonuçları

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan şartların sağlanması halinde genel işlem şartları sözleşmenin içeriğine dahil edilmiş olacaktır. Ancak şartların sağlanamaması durumunda, genel işlem şartlarının kısmen veya tamamen sözleşmenin dışında kalabilir. Genel işlem şartlarının bir kısmının veya tamamının sözleşme dışında kalması durumunda, sözleşmenin diğer hükümlerinin akıbetinin ne olacağı hususu ortaya çıkacaktır.¹¹²

Türk Borçlar Kanunu 22. maddesinde yazılmamış sayılan hükümler yönünden “...düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğu ileri süremez.” hükmünü düzenlemiştir. Kanun maddesinin düzenleme ile amacı, zaten sözleşmeyi hazırlayan tarafa göre güçsüz durumda olan tarafın daha da güçsüz olmasını engellemek, seçeneği sözleşme yapıp yapmamakla sınırlı olan tarafın seçim şansını daha da daraltmamaktır.¹¹³

Genel işlem şartlarının Türk Borçlar Kanunu’nun 21. maddesinde sayılan nedenler dışında bir nedenden dolayı sözleşme içeriğinde dahil edilmemesi durumunda da Türk Borçlar Kanunu’nun 22. maddesi kıyas yoluyla uygulanabilecektir. Dolayısıyla genel işlem şartlarının kısmen veya tamamen sözleşme içeriğine dahil edilmemesi durumunda sözleşmenin kalan hükümleri varlığını sürdürecektir.¹¹⁴

Türk Borçlar Kanunu’nun 22. maddesinin kıyas yoluyla uygulanabilmesi için, genel işlem şartlarının çıkarılması durumunda geriye kalan metnin sözleşme kurmaya yeterli içeriğe sahip olması gerekmektedir. Yani sözleşmenin esaslı noktalarının genel işlem şartlarının kısmen veya tamamen çıkarılması durumunda dahi sözleşmede ayakta durmaları gerekmektedir.¹¹⁵

¹¹²Havutçu, a.g.e, s. 146; Atamer, a.g.e, s. 120.

¹¹³Havutçu, a.g.e, s. 145.

¹¹⁴ Atamer, a.g.e, s. 120.

¹¹⁵Havutçu, a.g.e, s. 146.

Burada önemli bir ayrımı incelemek gerekmektedir. Sözleşme sunulan tarafın sözleşmeye ilişkin kabul iradesi açıklaması sırasında genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmaması iradesini açıkça ortaya koymuş ise, buna karşılık sözleşme sunan taraf da genel işlem şartlarının sözleşmede yer almasını sözleşmenin kurulması bakımından zorunlu görüyorsa genel işlem şartları artık sözleşmenin esaslı bir unsur haline gelmiş olur. Bu durumda sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde tarafların karşılıklı bir mutabakatı bulunmadığından sözleşme kurulmamış olacaktır. ¹¹⁶

II. Genel İşlem Şartlarının Önceden Tek Tarafı Olarak Belirlenmesi

Genel işlem şartlarının en önemli hukuki sorunu, sözleşme düzenleme özgürlüğünün tek tarafı olarak kullanılmasıdır. Genel işlem şartları, tek tarafı olarak, sözleşmeyi hazırlayan tarafça karşı taraf ile müzakere etmeden hazırlanmaktadır.¹¹⁷ Zira genel işlem şartlarını kullanan işletme sahipleri, işletmelerinin faaliyet alanlarını önceden belirledikleri için, ileride işletmenin faaliyet alanı kapsamında yapacakları sözleşme içeriklerini de önceden belirleme imkanına sahip olurlar. Sözleşmenin güçlü tarafını oluşturan işletme sahipleri, bu sayede daha da güçlü hale gelmektedir. Doğal olarak da işletme sahipleri, önceden kendi lehlerine olacak şekilde düzenledikleri bu sözleşmeleri, karşı taraf ile müzakere etmeden ve karşı tarafı sözleşme içeriğine etki ettirmeden sözleşmeyi kurmak isterler. ¹¹⁸

Hali hazırda, sözleşmeler teorisine göre de, genel işlem şartlarının müzakere edilmesi durumunda, genel işlem şartları niteliklerini yitirerek bireysel bir anlaşmanın hükümleri haline gelmiş sayılacaktır. Genel işlem şartlarının müzakere edildiğinden bahsedebilmek için ise, genel işlem şartlarının dayatıldığı tarafın sözleşmenin içeriğine etki edebilmesi gerekmektedir. Genel işlem şartlarının sadece okunması ve karşı tarafın anlaması sözleşmenin müzakere edildiğinden bahsetmek için yeterli olmaz.

¹¹⁶Havutçu, a.g.e, s. 147.

¹¹⁷Yavuz, a.g.e, s. 251; Antalya, a.g.e. s. 300; Esener/Gündoğdu, a.g.e., s. 233; Bahtiyar, a.g.e. s. 103; Oğuz, a.g.e, s. 12.

¹¹⁸ Atamer, a.g.e, s. 65; Yelmen, a.g.e, s. 53; Altay, a.g.e, s. 57; Zevkliler/Aydoğdu, a.g.e, s. 159; Eren, a.g.e, s. 219; Ceylan, a.g.e, s. 174; Yavuz, a.g.e, s. 245.

Her ne kadar genel işlem şartlarının unsurlarından birisi sözleşmenin önceden tek taraflı olarak hazırlanması ise de, genel işlem şartlarının, tek taraflı olarak hazırlandığından bahsedebilmek için, sözleşmenin taraflarının sözleşme yapma isteğinin uyuştuğu andan önce yazıya dökülmesi ve sözleşme yapıldığı esnada hazır şekilde diğer tarafa sunulması şart değildir. Sözleşme yapıldığı sırada, sözleşmeyi önceden tasarlayan tarafça sözleşmenin yazıya dökülmesi halinde de genel işlem şartlarına ilişkin hükümler sözleşmeye uygulanacaktır. Sözleşmenin ne şekilde yazıya döküldüğünün genel işlem şartlarının unsurları bakımından bir önemi yoktur. Yazıya dökme el yazısı, daktilo veya bilgisayar ile olabilir.¹¹⁹

A. Genel İşlem Şartlarının Üçüncü Bir Kişi Tarafından Hazırlanması

Genel işlem şartlarının önceden tek taraflı olarak belirlenmesinden kasıt, yalnızca sözleşme hükümlerinin bir tarafça tek başına hazırlanması değildir. Sözleşmeyi sunan taraf, sözleşmeyi tek başına hazırlayabileceği gibi, üçüncü bir özel veya tüzel kişiye de hazırlatabilir. Bunun içindir ki, tek taraflı olarak hazırlanmadan kasıt, sözleşmenin diğer tarafının sözleşmenin hazırlanması sırasında sözleşmeye etki edememesidir.¹²⁰

Sözleşmenin üçüncü bir kişi tarafından tasarlanması durumunda da genel işlem şartlarına ilişkin hükümler sözleşmeye uygulanabilecektir. Bu sebeple Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinde “...düzenleyen...tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu...” ifadesinin de hem sözleşmenin tarafı olanların hem de üçüncü kişilerin sözleşmeyi hazırlaması durumunu kapsadığını kabul ederek maddedeki hükmü geniş olarak yorumlamak gerekecektir.¹²¹

Doktrinde kanunun “tek başına” ifadesi kullanması eleştirilmektedir. YAVUZ'a göre; “tek yanlı olarak” ibresi veya Alman Medeni Kanunu'nda olduğu

¹¹⁹Havutçu, a.g.e, s. 75; Atamer, a.g.e, s. 65; Yelmen, a.g.e, s. 54; Altay, a.g.e, s. 58.

¹²⁰Havutçu, a.g.e, s. 75; Atamer, a.g.e, s. 66; Yelmen, a.g.e, s. 54; Akçaal, a.g.e, s. 53; Rehbindir, a.g.e, s. 647; Antalya, a.g.e, s. 300; Esener/Gündoğdu, a.g.e., s. 233; Oğuzman/Öz, a.g.e, 165; Bahtiyar, a.g.e, s. 103; Oğuz, a.g.e, s. 46.

¹²¹Kılıçoğlu, a.g.e, s. 130.

gibi “sözleşmenin taraflarından birinin önceden düzenlediği” gibi ibareler daha doğru olacaktır.¹²²

Örneğin; bir finans kurumunun kredi sözleşmesini kendi çalışanlarına hazırlatmayıp vekalet sözleşmesi ile tuttuğu avukata hazırlatması hükümlerin genel işlem şartı sayılmasına engel teşkil etmez.¹²³ Burada önemli olan sözleşmenin kurulması sırasında diğer tarafa önceden hazırlanmış olan genel işlem şartlarını içeren sözleşmenin sunulmasıdır. Yani sözleşme sunulan taraf, sözleşmenin içeriğine etki edememektedir ve sözleşme özgürlüğü sadece sözleşmeyi imzalayıp imzalamama ile sınırlıdır.

B. Genel İşlem Şartlarının Yasalar İle Getirilmesi

Genel işlem şartları, sözleşmenin bir tarafınca, diğer taraf ile müzakere edilmeden hazırlanan sözleşme koşullarıdır. Genel işlem şartlarının temel özelliği, sözleşmenin bir tarafınca hazırlanıp, diğer tarafınca kabul edilerek sözleşmeye eklenmesidir. Nitekim Türk Borçlar Kanununun 20. maddesi genel işlem şartlarına ilişkin olarak “düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak” şartını düzenlemiştir.¹²⁴

Yasalarla getirilen şartlar ise, sözleşmenin herhangi bir tarafınca hazırlanmamaktadır ve Türk Borçlar Kanununun 20. maddesinde düzenlenen bir tarafça hazırlanma şartı sağlanmamaktadır. Bu nedenle yasalar ile getirilen sözleşme şartları, Türk Borçlar Kanunu kapsamında, genel işlem şartı sayılmayacaktır. Ancak yasalarla getirilen emredici hükümlerin sözleşmede tekrarından ibaret olacaktır. Dolayısıyla bu hükümler hakkında genel işlem şartlarına ilişkin hükümler uygulanamaz.¹²⁵

¹²²Yavuz, a.g.e, s. 270.

¹²³Oğuzman/Öz, a.g.e, 165.

¹²⁴Kılıçoğlu, a.g.e, s. 130.

¹²⁵Çınar, a.g.e, s.55; Aydoğdu, a.g.e, s. 36; Havutçu, s. a.g.e, 79; Kılıçoğlu, a.g.e, s. 130.

III. Genel İşlem Şartlarının İleride Birden Fazla Sözleşmede Kullanılmak Üzere Hazırlanması

Türk Borçlar Kanununun 20. maddesinde yer alan tanımdan da anlaşılacağı üzere, genel işlem şartlarından bahsedebilmek için, sözleşme koşullarını taraflardan yalnızca birinin ve ileride çok sayıda sözleşmede kullanılmak amacıyla tek başına hazırlayıp karşı tarafa sunmuş olması gerekmektedir. Sözleşme tartışma ve pazarlık olmaksızın yapılmaktadır ve genelde ekonomik yönden güçlü olan tarafça hazırlanarak diğer tarafın önüne konulmaktadır.¹²⁶

Genel işlem şartlarının ileride birden fazla sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanması, aynı zamanda genel işlem şartlarının hukuk dünyasına girme sebebidir. Zira yukarıda bahsedildiği üzere genel işlem şartları, çoğalan ve çeşitlenen sözleşmelerin hızlanması amacını taşımaktadır.¹²⁷

ATAMER'in de yerinde olarak belirttiği üzere, genel işlem şartlarının sözleşme yapılmadan önce kaleme alınması, tek başına sözleşme hükümlerine genel işlem şartı niteliği kazandırmaz. Sadece bir sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanan sözleşme hükümleri, sözleşmenin bir tarafınca hazırlanmış taslaktan öteye geçemeyecektir. Zira genel işlem şartlarının en önemli amaçlarından birisi de sözleşmelerde rasyonelleşmeyi sağlamaktır.¹²⁸

Genel işlem şartlarının çok sayıda sözleşmede kullanılmasından maksat, şartların bir sözleşme için değil, birden çok sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanması olup, şartların fiilen kullanılmış olması gerekmez. İleride birden çok sözleşmede kullanma amacına hizmet edecek nitelikte hükümler taşıması bu unsurun varlığı için yeterlidir.¹²⁹

¹²⁶Yelmen, a.g.e, s. 55 ; Altay, a.g.e, s. 56; Eren, a.g.e, s. 218; Ceylan, a.g.e, s. 174.

¹²⁷ Atamer, a.g.e, s. 66; Yelmen, a.g.e, s. 55.

¹²⁸ Atamer, a.g.e, s. 67.

¹²⁹Havutçu, a.g.e, s. 81; Atamer, a.g.e, s. 67; Altay, a.g.e, s. 56; Antalya, a.g.e. s. 301; Esener/Gündoğdu, a.g.e., s. 234; Reisoğlu, a.g.e, s. 72.

Genel işlem şartları ile ileride düzenlenecek çeşitli sözleşme tiplerinin tali noktalarının genel ve kapsamlı bir şekilde düzenlenmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla genel işlem şartlarının hangi tip sözleşme için hazırlandıkları önem taşımaz.

Türk Borçlar Kanununun 20. maddesi incelendiğinde, genel işlem şartlarının ileride yapılacak birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanmasından bahsetmektedir. Kanun maddesinde yapılacak sözleşmelerin sayılarının belirli olup olmamasından bahsetmemektedir. 20. madde içeriği gözetildiğinde, ileride yapılacak sözleşmelerin sayısının belirli olup olmaması genel işlem şartlarının niteliğini etkilemeyecektir. Belirli sayıda veya belirsiz sayıda birden fazla sözleşmede genel işlem şartlarının kullanılmak üzere hazırlanması, genel işlem şartlarının niteliği bakımından yeterlidir.¹³⁰

Belirli sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanan genel işlem şartının, kaç sayıda sözleşmede kullanılması halinde genel işlem şartı niteliği kazanacağı ayrı bir duraksama noktasıdır. Türk Borçlar Kanununun 20. maddesi incelendiğinde birden fazla sözleşmede kullanılma niyeti aranmaktadır. Madde metni değerlendirildiğinde birden fazla deyiminin anlamının en az iki sözleşmeyi kastettiği anlaşılacaktır. Belirli sayıda en az iki sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanmış koşulların diğer şartları da sağlaması durumunda genel işlem şartı niteliğini sağlayacağı ortadadır.

Sözleşmede yer alan koşullar, birden fazla sözleşmede fiilen kullanılmasa dahi, koşulların birden fazla sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanması koşulların genel işlem şartı olarak nitelendirilmesi için yeterlidir. Sözleşme koşulunun, belirli bir kişi ile yapılan belirli bir sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanmasına rağmen, sonradan yapılan benzer sözleşmelerde de kullanılmaya devam edilmesi durumunda, sonradan yapılan sözleşmeler bakımından bu koşul genel işlem şartı niteliği kazanmış olacaktır.¹³¹

Türk Borçlar Kanununun 20. maddesinin 4. fıkrasında, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle faaliyetlerini sürdüren kişi ve kuruluşların

¹³⁰Havutçu, a.g.e, s. 82.

¹³¹Yelmen, a.g.e, s. 56; Aydoğdu, a.g.e, s. 57; Havutçu, a.g.e, s. 80; Reisoğlu, a.g.e, s.72.

hazırladıkları sözleşmelere, genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin sözleşmelerin niteliğine bakılmaksızın uygulanacağı düzenlenmektedir. Kanun metninde sözleşmenin niteliğine bakılmadan genel işlem şartlarının uygulanacağı vurgulanmıştır. Bu nedenle genel işlem şartlarının ileride birden fazla sözleşmede kullanılmak maksadıyla hazırlanması şartı, kanun metninde belirtilen kişi ve kuruluşlar bakımından aranmayacaktır.¹³²

KILIÇOĞLU, yasada genel işlem koşulları unsurları bakımından böyle bir unsura yer verilmesine karşı olduğunu belirtmektedir. Zira sözleşmede bir tarafın tek bir olaya özgü olarak hazırladığı sözleşme genel işlem koşulları içerebilecektir.¹³³

IV. Genel İşlem Şartlarının Genel ve Soyut Olması

Genel işlem şartları belirli bir kişi veya kişiler için değil, herkesle yapılacak sözleşmelerde uygulanacak şekilde hazırlanmış olmalıdır. Yani genel işlem şartları genel ve soyut nitelikte hazırlanmalıdır. Genel işlem şartlarının unsurlarından olan ileride birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanması unsuru, ancak genel işlem şartlarının genel ve soyut olması halinde mümkün olabilecektir.

A. Genel İşlem Şartlarının Genel Olması

Genel işlem şartlarının genel olması, sözleşmenin diğer tarafının belirli olmamasını yani belirli bir kişi gözetilmeden genel işlem şartlarının hazırlanmasını ifade etmektedir. Gelecekte yapılacak benzer sözleşmelerde objektif olarak belirlenebilir bir topluluğa yönelik hazırlanmış hükümler yer almaktadır. Sözleşmenin karşı tarafında yer alacak kişiler sözleşmenin hazırlanması esnasında

¹³²Çınar, a.g.e, s. 57, Yelmen, a.g.e, s. 55; Aydoğdu, a.g.e, s. 57; Yavuz, a.g.e, s. 272; Esener/Gündoğdu, a.g.e., s. 234.

¹³³Kılıçoğlu, a.g.e, s. 131.

somut olarak belirli değildir. Daha sonra sözleşmenin kurulması sırasında belirlenecektir.¹³⁴

B. Genel İşlem Şartlarının Soyut Olması

Genel işlem şartlarının soyut olması ise, sözleşmenin hazırlandığı sırada zaman ve yer bakımından belirsiz sözleşmeler için hazırlanmalarını ifade etmektedir. Sözleşmede yer alan genel işlem şartları, zaman ve yer bakımından belirli bir olay için hazırlanamazlar. Aksi durumda ileride doğacak birden fazla sözleşmede kullanılma imkanı ortadan kalkar.¹³⁵

Genel işlem şartlarının amacı, hükümlerin birden fazla sözleşmede kullanılmasıdır. Önemli olan husus sözleşmelerde kullanılan metinlerin aynı olmasıdır. Aynı olmasından kasıt, hükümlerin bire bir ve mutlak olarak aynı olması değildir. Nitekim Türk Borçlar Kanununun 20. maddesinin 2. fıkrasında “*Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem şartı sayılmasını engellemez.*” hükmüyle genel işlem şartı niteliğindeki hükümlerde, özde değişiklik yapılmadan küçük değişikliklerle genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerden kurtarmaya yönelik çabaların sonuçsuz kalması sağlanmıştır.¹³⁶

¹³⁴Havutçu, a.g.e, s. 80; Yelmen, a.g.e, s. 56; Altay, a.g.e, s. 54; Eren, a.g.e, s. 219; Yavuz, a.g.e, s. 245; Esener/Gündoğdu, a.g.e., s. 234; Reisoğlu, a.g.e, s. 72; Bahtiyar, a.g.e. s. 104; Oğuz, a.g.e, s. 12.

¹³⁵Yelmen, a.g.e, s. 56; Altay, a.g.e, s. 55; Eren, a.g.e, s. 219; Yavuz, a.g.e, s. 245; Esener/Gündoğdu, a.g.e., s. 234; Reisoğlu, a.g.e, s. 72; Bahtiyar, a.g.e. s. 104; Oğuz, a.g.e, s. 12.

¹³⁶Havutçu, a.g.e, s. 85; Oğuzman/Öz, a.g.e, 165.

V. Genel İşlem Şartlarının Niteliğini Etkilemeyen Hususlar

A. Sözleşme Metninin İçeriğinin Değerlendirilmesi

Genel işlem şartlarının metnlerinin özdeş olmaması veya ifadelerin yazı türü ve şekil olarak metnin genelinden farklı olması da onları genel işlem şartı olmaktan çıkaramaz. ¹³⁷ Nitekim Türk Borçlar Kanununun 20. maddesinin 2. fıkrasında “*Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metnlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem şartı sayılmasını engellemez.*” hükmü yer almaktadır. ¹³⁸

İfade tartışmaya açık olmadığı sürece, daha büyük veya daha koyu yazılmış olması, anlamı aynı olan hükümlerin sözleşme metnlerinde farklı dillerde veya aynı dilde farklı cümlelerle ve kelimelerle ifade edilmeleri de onları genel işlem şartı olmaktan çıkaramaz. Aynı şekilde tarafların görüşmeleri neticesinde genel işlem şartı niteliğindeki bazı hükümlerin değiştirilmesi, diğerlerinin genel işlem şartı sayılmasına engel teşkil etmez. ¹³⁹

Genel işlem şartlarını oluşturan şartların kapsamı da genel işlem şartlarının niteliği bakımından önemli değildir. Bir konu hakkındaki ayrıntılı sözleşme şartları genel işlem şartı niteliğini taşıdığı gibi, birkaç cümleden ibaret yüzeysel düzenlemeler de genel işlem şartı niteliğini kazanacaktır. ¹⁴⁰

¹³⁷ Atamer, a.g.e, s. 72; Akıntürk/Ateş Kahraman, s. 50; Antalya, a.g.e. s. 301; Kılıçoğlu, a.g.e, s. 130.

¹³⁸Uygur, s. 306; Yavuz, a.g.e, s. 270; Reisoğlu, a.g.e, s. 72.

¹³⁹Aydoğdu, a.g.e, s. 63; Akıntürk/Ateş Kahraman, s. 50; Kılıçoğlu, a.g.e, s. 130.

¹⁴⁰Havutçu, a.g.e, s. 90; Atamer, a.g.e, s. 72; Kılıçoğlu, a.g.e, s. 130.

B. Sözleşme Metninde Kullanılan Kelimelerin Uyumluluğu

İleride birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanan genel işlem şartları, bazen sözleşmelerde aynı anlama gelecek farklı kelimelerle düzenlenmektedir. Bu durum genel işlem şartlarına ilişkin getirilen denetim yollarının dolanılması sonucunu doğurmaktadır. Türk Borçlar Kanununun 20. maddesinin ikinci fıkrasında vurgulanan özdeş metin meselesi burada da ortaya çıkmaktadır. Sözleşmelerin içerik olarak aynı olmasına rağmen kelimelerin tıpa tıpa aynı olmaması, genel işlem şartlarına ilişkin denetim yollarını ortadan kaldırmaz.¹⁴¹

Genelde genel işlem şartları, yazılı şekilde hazırlanıp önceden basılarak kullanılmakta ise de, genel işlem şartlarının el ile yazılması, fotokopi ile çoğaltılması, hatta genel işlem şartlarının basılmayıp bir bilgisayara veya dijital bir hafızaya alınması durumunda da genel işlem şartlarını niteliklerini kaybetmeyeceklerdir. Ayrıca genel işlem şartlarının adi veya resmi sözleşme şeklinde yapılıp yapılmaması da genel işlem şartlarının niteliği bakımından bir önem taşımaz.¹⁴²

Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesine göre; genel işlem şartlarının, önceden hazırlanarak sunulan sözleşmelerin metninde veya eklerinde yer almasının kanunen bir önemi yoktur. Genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerden kaçınmak amacıyla yapılabilecek hilelerden kurtulmak amacıyla kanuna eklenmiş olan bu hüküm son derece yerinde bir düzenlemedir.¹⁴³

C. Sözleşme Metninde Yer Alan Tartışma Kayıtları

Sözleşmelerin metninde tüm hükümlerin önceden okunduğu, tartışıldığı ve kabul edildiği yönünde bir takım koşullar yer alabilmektedir. 20. maddenin 3. fıkrası bu kayıtların tek başına hükümlerin genel işlem şartı olmaktan çıkmasına neden

¹⁴¹Akıntürk/Ateş Kahraman, s. 50; Antalya, a.g.e. s. 301; Oğuzman/Öz, a.g.e, 166.

¹⁴²Havutçu, a.g.e, s. 91; Reisoğlu, a.g.e, s. 72.

¹⁴³Aydoğdu, a.g.e, s. 63; Havutçu, a.g.e, s. 92; Antalya, a.g.e. s. 302.

olmayacağına açıkça hükme bağlamıştır. Bununla birlikte, sözleşmedeki bütün hükümler taraflarca gerçekten ayrı ayrı tartışılarak aynen veya kısmen değiştirilerek kabul edilmişse ve öneri sunulan taraf öneriyi tartışmak imkanına sahipse sözleşme bireysel sözleşmeye dönüşmüş olur ve genel işlem şartlarına ilişkin hükümler sözleşmeye uygulanmaz.¹⁴⁴

D. Sözleşmenin Tarafı Bakımından

TBK 20. maddesinin dördüncü fıkrasından, genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin "...sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları..." sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın uygulanacağı anlaşılmaktadır. 20. maddenin bu hükmü karşısında, noterlerin yaptığı sözleşmelere veya BOTAŞ tarafından yapılan sözleşmelere de genel işlem şartlarına ilişkin hükümler uygulanabilecektir.¹⁴⁵

Yine Türk Borçlar Kanunu genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelerde, sözleşmenin taraflarını dikkate almamıştır. Türk Borçlar Kanununa göre, sözleşmenin tarafı kim olursa olsun genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeler sözleşmeye uygulanacaktır.¹⁴⁶

E. Bireysel Sözleşme Hükümleri İle Genel İşlem Şartlarının Çatışması

Reisoğlu'na göre, genel işlem şartlarını kapsayan bir sözleşmede, taraflar bireysel anlaşma ile genel işlem şartlarıyla çelişen hükümler kabul edilmiş ise, bireysel anlaşma ile belirlenen sözleşme hükümleri genel işlem şartlarına göre

¹⁴⁴Aydoğdu, a.g.e, s. 64; Uygur, s. 307; Yavuz, a.g.e, s. 272; Akıntürk/Ateş Kahraman, s. 50; Antalya, a.g.e. s. 302; Esener/Gündoğdu, a.g.e., s. 236; Kılıçoğlu, a.g.e, s. 131; Oğuzman/Öz, a.g.e, 166; Reisoğlu, a.g.e, s. 73.

¹⁴⁵Uygur, s. 307; Esener/Gündoğdu, a.g.e., s. 234; Kılıçoğlu, a.g.e, s. 132; Oğuzman/Öz, a.g.e, 166; Reisoğlu, a.g.e, s. 73.

¹⁴⁶Akıntürk/Ateş Kahraman, a.g.e, s. 49; Esener/Gündoğdu, a.g.e, s. 233; Kılıçoğlu, a.g.e, s. 130; Oğuzman/Öz, a.g.e, s. 165; Reisoğlu, a.g.e, s. 73; Bahtiyar, a.g.e, s. 103; Çınar, a.g.e, s. 61; Yelmen, a.g.e, s. 60; Aydoğdu, a.g.e, s. 34; 47; Havutçu, a.g.e, s. 92.

önceliğe sahiptir. Bireysel anlaşma dışındaki genel işlem şartları niteliklerini aynen koruyacaklardır.¹⁴⁷

F. Bazı Özel Durumlar

Genel işlem şartları, özel hukuk hükümlerine tabi olarak hazırlanmış sözleşmelerin içerisinde yer alırlar. Genel işlem şartlarının yer aldığı sözleşmeler her ne kadar, standart sözleşmeler olarak adlandırılmakta ise de, sözleşmelerin konularına göre isim aldıkları uygulamada gözlemlenmektedir. Örneğin, genel işlem şartları içeren satış sözleşmelerinin satış sözleşmesi, sigorta sözleşmelerinin sigorta sözleşmesi olarak adlandırılması gibi. Sözleşmeler uygulamada konularına göre isimlendirilseler bile, genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir. Sözleşmelerin türü ve isimleri genel işlem şartlarının varlığını ortadan kaldırmaz.

Sözleşmelerin ulusal veya uluslar arası olması, sözleşmede yer alan genel işlem şartlarının niteliğini değiştirmeyecektir. Türkiye'nin de taraf olduğu "Milletlerarası Menkul Mal Satışları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" hükümleri çerçevesinde, uluslar arası taşınır satışı sözleşmesinde yer alan genel işlem şartlarının denetlenebileceği hükmü anlaşılmaktadır.¹⁴⁸

§.10. Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi Sorunu

Schmidt-Rimpler'e¹⁴⁹ göre, sözleşmenin anlamı taraflara en uygun şekilde menfaatlerini dengeleme imkanı vermektir.¹⁵⁰ Genel işlem şartlarının kullanıldığı sözleşmelerde, genel işlem şartlarını hazırlayan taraf sözleşmedeki edimlerin

¹⁴⁷Reisoğlu, a.g.e, s. 73; Rehbinder, a.g.e, s. 649.

¹⁴⁸Aydoğdu, a.g.e, s. 48.

¹⁴⁹*Schmidt-Rimpler, Walter*, "Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts" AcP 147 (1941), 130, 155 vd. (Naklen Atamer, a.g.e, s. 58)

¹⁵⁰ Atamer, a.g.e, s. 58.

dengelenmesini gözetmez. Sözleşme hazırlayan taraf, piyasa ekonomisi şartlarında kar maksatlı hareket ettiği için sözleşmede kendi çıkarlarını önceleyecektir. Bu durumda tarafların menfaatlerinin dengelenmesinden bahsetmek imkansız hale gelecektir. Sözleşme özgürlüğü prensibini ihlal eden bu durum karşısında sözleşme sunulan tarafın sözleşmenin içeriğine müdahale etme imkanı son derece sınırlıdır.

Görüldüğü üzere genel işlem şartlarının sözleşmelerde kullanılması, sözleşme özgürlüğü prensibi bakımından bir takım problemler ortaya çıkarmaktadır. Ortaya çıkabilecek sorunların çözümlenebilmesi için öncelikle genel işlem şartlarından zarar görmesi muhtemel olan, sözleşme içeriğine etki edemeyen ve zayıf konumda bulunan sözleşmenin sunulduğu tarafın korunması için önlemler alınması gerekmektedir.¹⁵¹

Genel işlem şartlarında ortaya çıkan, sözleşmenin zayıf tarafının korunması problemi, hukuk sistemlerinde korunma yolları ile ilgili bir arayış başlatmıştır. 20. yüzyılda bireyin haklarının devlete karşı korunması gerektiği görüşünün devamı olarak, çeşitlenen hukuki işlemlerle birlikte bireyin bireye karşı da korunması gerektiği görüşü ortaya çıkmaya başlamıştır.¹⁵² Bireyin bireye karşı korunması görüşü kapsamında yapılan çalışmalar neticesinde Alman Hukukçu Raiser'in 1935 yılında yayımlanan monografisi¹⁵³ ile başta Alman hukuk sistemi olmak üzere, tüm dünya hukuk sistemlerinde, genel işlem şartlarının denetimi problemi önemli bir sorun olarak tartışılmaya başlanmış ve yapılan çalışmalar neticesinde hukuk sistemlerinde, sözleşmenin zayıf tarafını koruyucu bir takım ilkeler benimsenmiştir.¹⁵⁴

Genel işlem şartlarının denetlenmesi hususunda, teoride iki farklı denetim yolu öngörülmüştür. Denetim yollarından ilki idari denetim yoludur. İdari denetim yolunda, bütün genel işlem şartlarının sözleşmelerde kullanılmadan önce idari bir denetim kurumu tarafından denetlenmesi önerilmiştir. Genel işlem şartları

¹⁵¹Havutçu, a.g.e, s. 9.

¹⁵² Atamer, a.g.e, s. 22.

¹⁵³Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ,1935; “*Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*” isimli monografi (Naklen HAVUTÇU a.g.e, s. 10)

¹⁵⁴Havutçu, a.g.e, s 10.

sözleşmede kullanılmadan ve taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkmadan idari bir kurum tarafından denetlenecek, uyuşmazlık olarak mahkeme önüne gelmeden sorun çözülecektir.¹⁵⁵

Sözleşme sunulan taraf bakımından, genel işlem şartlarına karşı dava açmanın zahmetli olacağı, sözleşme sunulan tarafın dava açma zahmetine katlanmayacağı, bu nedenle genel işlem şartlarının denetimsiz kalacağına dair genel işlem şartlarına yönelik yargısal denetime yapılan eleştiri nedeniyle ortaya atılan idari denetim yolu¹⁵⁶, genel işlem şartlarına yönelik hakim tarafından yapılan bir denetim olmadığından çalışmamız kapsamında değildir. Bu nedenle kısaca idari denetim yolunun açıklanmış olmasını yeterli görüyoruz.

Asıl çalışma konumuzu oluşturan ve hakim tarafından yapılan yargısal denetim ise, genel işlem şartlarına yönelik olarak yapılması önerilen ikinci denetim yoludur. Türk hukuk sisteminde de genel işlem koşullarına yönelik yargısal denetim yolu benimsenmektedir.

Türk Hukukunda, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile genel işlem şartlarının denetimi ile ilgili hükümler tesis edilmeden önce, sözleşmede zayıf konumda bulunan tüketicinin korunması hususunda görüşler mevcuttu. Nitekim Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 18/03/1996 tarihli¹⁵⁷ kararında *“Ekonomik bakımdan güçsüz olanların korunması, Anayasamızda belirtilen “sosyal hukuk devleti” ve “iktisadi ve sosyal hayatın adalete göre düzenlenmesi” eş söyleyişle “sosyal adalet” ilkelerinin bir gereğidir. Sırası gelmişken hemen vurgulayalım ki, hakim, Medeni Yasanın 1. maddesinin kendisine tanıdığı yasa koyucu gibi hareket etme yetkisine dayanarak, özellikle hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde objektif iyi niyet kurallarına uyulmayı öngören MK m. 2/1, kişiliğin korunmasını düzenleyen MK m. 24, ahlaka aykırılığı yasaklayan BK m. 19/II gibi genel kurallar altında sözleşme özgürlüğüne tüketiciyi koruyucu sınırlamalar getirebilir.”* demek suretiyle

¹⁵⁵ Atamer, a.g.e, s. 50; Altay, a.g.e, s. 92; Baykan, a.g.e, s. 205; Antalya, a.g.e. s. 287.

¹⁵⁶ Atamer, a.g.e, s. 50; Oğuz, a.g.e, s. 2.

¹⁵⁷Yargıtay 13. HD. T. 18/03/1996, E. 1996/1734, K. 1996/2495

sözleşmede zayıf konuma düşen tüketicinin Anayasal ve yasal bir takım ilkelere dayanarak korunabileceğine işaret etmiştir.¹⁵⁸

Genel işlem şartlarının denetimi sorunu bir çok açıdan ele alınabilir. Örneğin genel işlem şartlarının sözleşmeye alınması başlı başlına bir problem teşkil edebilir. Yine sözleşmeye alınan genel işlem şartlarının nasıl yorumlanacağı, genel işlem şartlarından birinin veya bir kısmının geçersiz sayılması durumunda sözleşmenin diğer hükümlerine etkisi müstakil sorunlar olarak ortaya çıkmaktadır.

Genel işlem şartlarına karşı korunma problemi genel olarak sözleşme sunulan taraf bakımından ortaya çıkmakta ise de, sözleşmeyi düzenleyen taraf bakımından da bir takım sorunlara neden olmaktadır. Ancak sözleşmeyi düzenleyen tarafın konumu ve sözleşme içeriğine etki edebilme gücü gözetildiğinde, sözleşme sunulan taraf kadar koruma yönünden bir düzenleme ihtiyacı olmadığı ortaya çıkacaktır.¹⁵⁹

I. Genel İşlem Şartlarının Geçersizliğini Sağlama Bakımından Görüşler

Genel işlem şartlarının denetimi konusunda, genel işlem şartlarının geçersizliğini sağlama bakımından görüşler dört ana grupta toplanabilir;

A. Ahlaka Aykırılık Görüşü

Alman Federal Mahkemesi'nce 1906-1941 yılları arasında benimsenen bu görüşe göre; genel işlem şartlarının geçersizliği önceleri ahlaka aykırılık görüşüne dayandırılmıştır. Ahlaka aykırılık ölçütü geniş yorumuyla kullanılabilmesi ve genel işlem şartının içeriğine girmeden yalnızca kabul ettirilme şekli ile denetleme yapıldığından eleştirilmiş ve kabul görmemiştir.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Atamer, a.g.e, s. 26.

¹⁵⁹ Havutçu, a.g.e, s 11.

¹⁶⁰ Yavuz, a.g.e, s. 252; Antalya, a.g.e. s. 288; Bahtiyar, a.g.e. s. 114.

B. Gabin Görüşü

İsviçre hukukunda *MERZ* tarafından ortaya atılan görüşe göre, genel işlem şartlarının denetimi gabin hükümlerinden yararlanılmak suretiyle yapılabilir. Bu görüşün temelinde, genel işlem şartlarının ekonomik üstünlüğün kötüye kullanılması sayesinde tek taraflı hazırlandığı, bu şekilde gabinin objektif unsuru olan temel edimler arasında açık oransızlık bulunması şartının gerçekleştiğinin kabulü ilkesi yatmaktadır. Sözleşmeyi kabul eden tarafın psikolojik baskı altında ve güçsüz durumda olması da gabinin subjektif unsuru olan tecrübesizlik olarak nitelendirilebilir.¹⁶¹

C. Anayasal İlkeler ve Özellikle Sosyal Devlet İlkesine Dayanan Görüş

SEROZAN tarafından 1961 Anayasası'na dayanılarak savunulan¹⁶² bu görüşe göre; genel işlem şartlarının denetimi, anayasal ilkeler ölçüt alınarak gerçekleştirilebilir. Yargıçlar anayasal ilkelerle bağlıdır ve anayasal ilkelere uymak zorundadırlar. Anayasal birer ilke olan eşitlik ve sosyal devlet ilkeleri gereğince yargıç, zayıf ve güçsüz olanı korumalıdır. Yargıç, genel işlem şartlarını, kamu düzenine ve ahlaka aykırılık gerekçesiyle geçersiz kılabilir.¹⁶³

D. Objektif İyiniyete Dayanan Görüş

Genel işlem şartlarının kötüye kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın, koşulların hakkaniyete uygun olup olmadığına ve sözleşme taraflarının karşılıklı çıkarlarının dengelenip dengelenmediğine bakılmaktadır.¹⁶⁴

¹⁶¹Yavuz, a.g.e, s. 253; Antalya, a.g.e. s. 288; Bahtiyar, a.g.e. s. 115.

¹⁶²Yavuz, a.g.e, s. 253; Tekinay, a.g.e, s. 217.

¹⁶³Bahtiyar, a.g.e. s. 115.

¹⁶⁴Yavuz, a.g.e, s. 254; Bahtiyar, a.g.e. s. 116.

II. Türk Hukuk Sisteminde Genel İşlem Şartlarının Denetimi

Kanun koyucu genel işlem şartlarına yönelik bir takım koruma yolları benimsemiştir. Sözleşmeyi hazırlayan tarafın bilgi ve tecrübe olarak daha üstün olması, sözleşme içeriğini kendi lehine olacak şekilde düzenlemesi, sözleşme sunulan tarafın zaman, tecrübe ve bilgi olarak zayıf olması karşısında sözleşme sunulan tarafın, genel işlem şartlarına yönelik oluşabilecek tereddüdünü kanun koyucu denetim yolları ile engellemektedir. Denetim yolları ile sözleşme sunulan taraf, genel işlem şartlarından korkmadan sözleşmeyi imzalayabilecektir. Bu sayede genel işlem şartları ile sağlanmak istenen kolaylık kendisini gösterebilecektir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundan önce mevzuatımızda genel işlem şartlarına ilişkin 4077 sayılı yasanın 6. maddesi dışında bir düzenleme söz konusu değildi.¹⁶⁵ Bu nedenle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun yasalaşmadan önce, Yargıtay'ın genel işlem şartlarının denetiminde, doğruluk ve güven ilkesinden yararlanmaktaydı.¹⁶⁶ Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 07/04/1981 tarihli¹⁶⁷ kararında, satıcıya teslim süresini uzatma yetkisi tanıya genel işlem şartının, tüketici aleyhine kötüye kullanılıp kullanılmadığının ve doğruluk ve güven ilkesine aykırı davranış davranmadığının araştırılması gerektiğine hükmetmiştir.

A. Doğruluk ve Güven İlkesinden Hareketle Geliştirilen Kurallardan Bazıları

Genel işlem şartlarının denetimi hususunda, doğruluk ve güven ilkesinden hareketle geliştirilen kurallardan da yararlanılmaktadır. Geliştirilen kurallardan bazıları;

Genel işlem şartının açık olmaması durumunda sözleşmeyi hazırlayan tarafın aleyhine yorum kuralı; sözleşmede yer alan genel işlem şartı açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, koşul sözleşmeyi hazırlayan tarafın aleyhine

¹⁶⁵Kılıçoğlu, a.g.e, s. 124; Oğuzman/Öz, a.g.e, 164; Reisoğlu, a.g.e, s. 74.

¹⁶⁶Akıntürk/Ateş Kahraman, s. 49; Reisoğlu, a.g.e, s. 74.

¹⁶⁷ 13. H.D., T. 07/04/1981, E. 1981/1045, K. 1981/2514

yorumlanır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, sözleşmeyi hazırlayan tarafın ekonomik olarak üstün olan taraf olması aranmaz. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 23. maddesi de bu kuralı düzenlemektedir.¹⁶⁸

Alışılmış olmama kuralı; genel işlem şartlarında yer alan bir kayıt, sözleşmenin görünüşüne göre karşı tarafın tahmin edemeyeceği kadar alışılmamış olması durumunda sözleşmenin zorunlu parçası olamaz.¹⁶⁹

Genel işlem şartlarının dar yorumlanması kuralı. 170

§.11. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Genel İşlem Şartlarına Yönelik Denetim Yolları

Genel işlem şartları hukuksal nitelik itibariyle sözleşmeseldir ve bu nedenle koşulların bağlayıcılığı, tüketicinin bunu bilerek veya bilmesi gerekerek sözleşmeye dahil etmiş olmasını gerektirir. Modern toplum yaşamındaki gelişmeler de dikkate alındığında, güçlü müteşebbislerin karşısında bilgi ve güç olarak zayıf konumda bulunan tüketicinin korunması ihtiyacı daha belirgin ortaya çıkmıştır. İşte bu ihtiyaç karşısında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile birtakım korunma yolları benimsenmiştir.

Genel itibariyle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu tarafından getirilen koruma yollarının yargısal koruma yolları olduğu söylenebilir.¹⁷¹

Genel işlem şartları bakımından sözleşmenin konusu önem taşımamaktadır. Genel işlem şartlarına ilişkin unsurların varlığı yeterlidir. Bu sebeple herhangi bir ayırım yapılmaksızın genel işlem şartları denetimi tüm sözleşmeler bakımından uygulanacaktır. Ancak bir sözleşme hükmünün genel işlem şartı olarak nitelendirilmesi, hükmün daima geçersiz sayılmasına neden olmaz. Yalnızca diğer

¹⁶⁸Akıntürk/Ateş Kahraman, s. 49; Kılıçoğlu, a.g.e, s. 129; Bahtiyar, a.g.e. s. 117.

¹⁶⁹ Bahtiyar, a.g.e, s. 114; Akıntürk/Ateş Kahraman, s. 49; Kılıçoğlu, a.g.e, s. 129.

¹⁷⁰Kılıçoğlu, a.g.e, s. 129.

¹⁷¹ Altay, a.g.e, s. 90.

hükümlere göre, genel işlem şartı olarak nitelendirilen hükümlere mahsus bazı geçersizlik sebepleri vardır.¹⁷²

§.12. Genel İşlem Şartlarının Yürürlük Denetimi

Genel işlem şartlarının yürürlük denetimi, tek taraflı olarak düzenlenerek sözleşmenin içeriği haline getirilmek istenen şartların sözleşme içeriği haline gelip gelmemesi ile ilgilidir. Teoride yürürlük denetimini bağlayıcılık denetimi olarak adlandıran görüşler de mevcuttur.¹⁷³

Genel işlem şartlarının yürürlük denetiminin konusu, genel işlem şartlarının hangi şartlarda sözleşme içeriğine dahil olmuş sayılacağına tespitidir. Yürürlük denetiminde öncelikle, genel işlem şartlarının sözleşmeye dahil edilmesine ilişkin her iki tarafın rızasının geçerli bir şekilde uyuşup uyuşmadığının tespitine çalışılır.¹⁷⁴ Bu noktada güven teorisi devreye girecektir. Tarafların karşılıklı beyanları, genel işlem şartlarının sözleşmeye dahil edilmesine yönelik icap ve kabulleri güven teorisi çerçevesinde değerlendirilecektir. Kural olarak tarafların üzerinde müzakere ettiği ve üzerinde anlaşığı hususlar sözleşmeye dahil olacaktır. Sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşma sağlandıktan sonra yan hususların da sözleşmeye dahil olabilmesi için tarafların sözleşme müzakerelerinde yan hususların da sözleşmeye dahil olacağını karşı tarafa bildirmesi gerekmektedir.¹⁷⁵

Genel işlem şartlarının denetiminin yapılabilmesi için ön koşul, taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin varlığıdır. Taraflar arasında kurulmuş geçerli bir sözleşmenin bulunmaması halinde denetlenmesi gereken genel işlem şartlarından da

¹⁷² Esener/Gündoğdu, a.g.e, s. 232; Oğuzman/Öz, a.g.e, s. 167; Aydoğdu, a.g.e, s. 40.

¹⁷³ Havutçu, a.g.e, s. 40-105; Altay, a.g.e, s. 91; Reisoğlu, a.g.e, s. 77.

¹⁷⁴ Havutçu, a.g.e, s. 105; Altay, a.g.e, s. 96; Eren, a.g.e, s. 221; Esener/Gündoğdu, a.g.e., s. 236; Reisoğlu, a.g.e, s. 77.

¹⁷⁵ Atamer, a.g.e, s. 81.

bahsedilemez. İşte genel işlem şartlarının geçerli bir sözleşmenin içeriğini oluşturup oluşturmadığının denetimine yürürlük denetimi denir.¹⁷⁶

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 1. maddesi, sözleşmelerin meydana gelmesi için her şeyden önce tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanını aramıştır. Kanununun 2. maddesi ise, tarafların sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmalarını sözleşmelerin kurulması bakımından yeterli bulmuştur. Kanun maddelerinden anlaşılacağı üzere tarafların sözleşmenin esaslı unsurları bakımından karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmaları halinde sözleşme kurulmuş sayılacaktır.

Türk Borçlar Kanununun 2. maddesi tarafların esaslı noktalar üzerinde konuşup anlaşmasını zorunlu kıldığından genel işlem şartları sözleşmelerin ancak esaslı olmayan ikincil unsurları hakkında olabilecektir. Her ne kadar teoride genel işlem şartları ile sözleşmenin asli edim unsurlarının karşılaştırılabileceği yönünde bir görüş bulunsun da,¹⁷⁷ genel işlem şartlarının sözleşmeyi hazırlayan tarafça önceden hazırlanmadığı, genel işlem şartlarının pazarlık yapılmaksızın toptan kabul edilmesi gerektiği, piyasa ekonomisini benimseyen ve standart sözleşmelerin temelinde bulunduğu liberal ekonomilerde serbest piyasanın bulunduğu, sözleşmenin asli edimleri konusunda bir pazarlık imkanının bulunmadığı durumlarda bir sözleşmeden değil, dayatmadan bahsedileceği değerlendirildiğinde, genel işlem şartları ile asli edim yükümlülüklerinin karşılaştırılmasının mümkün olmadığı görüşü kanaatimce daha yerinde olacaktır. Aksi durumda sözleşmede yer alan asli edim yükümlerine, genel işlem şartlarına ilişkin hükümler uygulandığında sözleşme kurumuna duyulan güven azalarak, genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerden beklenen fayda elde edilemeyecektir. ¹⁷⁸

¹⁷⁶ Esener/Gündoğdu, a.g.e., s. 237.

¹⁷⁷Havutçu, a.g.e, s. 91.

¹⁷⁸Çınar, a.g.e, s. 67.

I. Yazılmamış Sayılma

Genel işlem şartlarına karşı yazılmamış sayılma yaptırımını, Türk Hukuk sisteminde ilk defa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile girmiştir.¹⁷⁹ Türk Borçlar Kanununun 21. ve 22. maddelerinde yazılmamış sayılma koruma yolu olarak düzenlenmektedir. Kanun koyucunun yazılmamış sayılma yolu ile muradı yazılmamış sayılan hükümlerin sözleşmeye dahil olmamasıdır. Bu nedenle bir çeşit yürürlük denetimi sağlamaktadır.

A. Yazılmamış Sayılmanın Hukuki Niteliği

Türk Borçlar Hukuku doktrininde yer alan yaptırım çeşitleri birbirinden farklı ayrımlara tabi tutulmuştur. Yazılmamış sayılma yaptırımının da hukuki niteliği konusunda doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur.

1. Yazılmamış Sayılmanın Eksiklik Yaptırımını Bakımından Değerlendirilmesi

Taraflar arasında düzenlenen sözleşmeler için yasaların öngördüğü unsurların sözleşmede bulunmaması durumuna eksiklik denir. Eksiklik durumunda sözleşme hukuk dünyasında geçerli bir şekilde ortaya çıkmış olur. Ancak kanuni unsurlarda eksiklik bulunması nedeniyle sözleşme hüküm ve sonuç doğurmaz. Sözleşmede askıdadır. Ne zaman ki sözleşmedeki eksiklikler giderilir işte o zaman sözleşme başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmuş olur. Sözleşmedeki eksiklik giderilmez ise sözleşme kesin olarak hükümsüz hale gelir.¹⁸⁰

Genel işlem şartlarının geçerliliğine ilişkin unsurlar sözleşmenin kurulması aşamasında denetlenmektedir. genel işlem şartlarının geçerliliğine ilişkin şartların sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşmesinin genel işlem şartlarının geçerliliği bakımından bir önemi yoktur. genel işlem şartları yine de yazılmamış sayılacaktır.

¹⁷⁹Aydoğdu, a.g.e, s. 73.

¹⁸⁰Yelmen, a.g.e, s. 95.

Eksiklik yaptırımına ilişkin açıklamalardan anlaşılacağı üzere eksiklik yaptırımı durumunda var olan eksikliğin sonradan giderilmesi durumunda sözleşme baştan itibaren geçerli olacaktır. Dolayısıyla genel işlem şartlarının yazılmamış sayılması, bir eksiklik yaptırımı olmadığı açıktır.¹⁸¹

2. Yazılmamış Sayılmanın İptal Yaptırımı Bakımından Değerlendirilmesi

Gerekli şartlarına uygun olarak geçerli bir sözleşmenin, geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasına iptal yaptırımı denilmektedir. Sözleşme başlangıçta bütün unsurları ile geçerli olarak kurulmuştur. Ancak iptal hakkında sahip olan kişi sözleşmeyi sonradan geçmişe dönük olarak sözleşmeyi ortadan kaldırmaktadır. Örnek olarak Türk Borçlar Kanunu aldatma ile iradesi sakatlanan kişiye sözleşmeyi iptal hakkı tanımıştır. İptal hakkı bulunan taraf, iptal iradesi açıklamalı ve bu iradesini karşı tarafa ulaştırması gerekir.¹⁸²

Genel işlem şartlarına uygulanan yazılmamış sayılma yaptırımında, yazılmamış sayılan hükümler sözleşmenin kuruluşundan itibaren geçersizdir. Ancak görmekteyiz ki iptal yaptırımında, iptal yaptırımına tabi hükümler başlangıçta geçerli olmakla birlikte, iptal edilene kadar da geçerliliklerini korumaktadır. Ayrıca yazılmamış sayılan hükümler yönünden, hükümlerin geçersiz olması için sözleşmenin karşı tarafına herhangi bir irade beyanında bulunmak gerekmekte ise de iptal yaptırımında iptal hakkı sahibi iptal hakkının kullanıp karşı tarafa bu iradesini ulaştırana kadar sözleşme hükümleri geçerlilikleri korurlar. Bu açıklamalar ışığında yazılmamış sayılma yaptırımı iptal türünde bir yaptırım değildir.¹⁸³

3. Yazılmamış Sayılmanın Butlan Yaptırımı Bakımından Değerlendirilmesi

Butlan yaptırımında, taraflar arasında yapılan bir hukuki işlem, hukuk düzenince öngörülen geçerlilik şartlarına sahip olmadığı için işlemin başlangıcından itibaren geçersizdir. Her ne kadar hukuki işlem geçersiz olsa da hukuki işlem hukuk dünyasında yerini almıştır. Ancak başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç

¹⁸¹Yelmen, a.g.e, s. 95.

¹⁸²Yelmen, a.g.e, s. 96.

¹⁸³Yelmen, a.g.e, s. 96.

doğurmayacaktır. Doktrinde bu durum hukuki işlemin ölü doğması olarak adlandırılır. Butlan yaptırımını kendiliğinden gözetilir. Ayrıca butlan hali söz konusu olduğunda hukuki işlem herkes bakımından kesin hükümsüzlük sonuçlarını doğurur.¹⁸⁴

Türk Borçlar Kanununun 27. maddesinde butlan yaptırımını kısmi butlan ve tam butlan olarak iki şekilde düzenlenmiştir. Tam butlan durumunda, sözleşmede yer alan eksiklik sözleşmenin tamamını geçersiz kılar. Butlan yaptırımını sonradan ortadan kaldırılamaz. Hukuki işlemin sonradan tamamlanması ile geçerli hale getirilemez.

Kısmi butlan durumunda ise, hukuki işlemin butlan yaptırımına tabi olan kısmı geçersiz hale gelirken, hukuki işlemin kalan kısmı hukuki sonuç doğurmaya devam edecektir. Kısmi butlanın sağlanabilmesi için tarafların kısmi butlan şeklinde sözleşmenin devamı bakımından iradelerini göstermiş olmaları gerekir. Aksi durumda sözleşmenin tamamı butlan yaptırımını ile karşı karşıya kalacaktır.

AKİPEK ÖCAL ile *EREN* yazılmamış sayılmadan kesin hükümsüzlük yaptırımının anlaşılması gerektiği görüşündedir.¹⁸⁵ *HATEMİ/GÖKYAYLA*, yazılmamış sayılma yaptırımının “*kısmi hükümsüzlük*” olduğunun mutlak olduğunu belirtmektedir.¹⁸⁶ Yine doktrinde bu yaptırımın “kesin hükümsüzlük” türünde bir yaptırım olduğu yönünde başka görüşler de mevcuttur.¹⁸⁷ *ANTALYA* “...*bu geçersizlik esnek geçersizlik yaklaşımına uygun olarak kesin hükümsüzlükten daha ağır bir geçersizliktir.*”¹⁸⁸ demektedir.

YELMEN'e göre;

¹⁸⁴Yelmen, a.g.e, s. 98.

¹⁸⁵ Akipek Öcal, a.g.e, s. 336.

¹⁸⁶ Hatemi/Gökyayla, a.g.e, s. 62.

¹⁸⁷Bu konuda bkz: Öz, Turgut,: yeni Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, 2. Bası İstanbul 2012.

¹⁸⁸Antalya, a.g.e, s. 310.

“...Gerçekten de yazılmamış sayılan bir şart, tam butlanda (kesin hükümsüzlükte) olduğu gibi başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaz. Yine batıl işlem, hangi sebepten olursa olsun, sonradan hayat kazanamaz. Bununla birlikte, yazılmamış sayılan hüküm, başlangıçta sözleşmenin kapsamına girmiş değildir. Dolayısıyla yazılmamış sayılan bir hükmün, “batıl da olsa mevcut” olduğundan söz edilemez. Görüldüğü gibi, yazılmamış sayılma tam butlandan da (kesin hükümsüzlükten de) ayrı bir hukuki niteliğe sahiptir.”¹⁸⁹

4. Yazılmamış Sayılmanın Yokluk Yaptırımını Bakımından Değerlendirilmesi

Yokluk yaptırımında sözleşme hiç var olmamıştır. Kurucu unsurları bulunmayan hukuki işlem başlangıçtan itibaren kurulmamıştır ve meydana gelmemiştir. Haliyle kurulmayan bir sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurduğundan bahsetmek de mümkün değildir.¹⁹⁰

Yazılmamış sayılma, genel işlem şartlarının yürürlüğe girip girmemesi açısından geçerlilik yaptırımını uygulamaktadır. Bu yaptırım *KILIÇOĞLU*'na göre “yokluk” türünde bir yaptırımdır. Bu sebeple yazılmamış sayılma yaptırımının diğer taraf için bağlayıcı olabilmesi için bir irade açıklaması veya dava açılması gerekli değildir. Yine *KILIÇOĞLU*'na göre; böylelikle Borçlar hukukumuzda, olmayan bir yaptırım türü olan “yokluk” yaptırımını girmiş bulunmaktadır.¹⁹¹ *OĞUZMAN/ÖZ*, “...TBK m.21 hükmünde “yazılmamış sayılma”, karşı tarafın kabul beyanının bu hükümleri kapsamadığı, diğer deyişle, tarafların bu genel işlem şartlarının sözleşmede yer alması hususunda anlaşmadıkları anlamında kullanılmış görünmektedir. Bu durumda hükümsüzlük “yokluk” derecesine çıkmaktadır.”¹⁹² demektedir. Yine doktrinde *AYDOĞDU* ve *AKÇAAL* da yazılmamış sayılma yaptırımının yokluk türünde bir yaptırım olduğu görüşündedir.¹⁹³

¹⁸⁹Yelmen, a.g.e, s. 99.

¹⁹⁰Yelmen, a.g.e, s. 103; Aydoğdu, a.g.e, S. 75.

¹⁹¹Kılıçoğlu, a.g.e, s. 132.

¹⁹²Oğuzman/Öz, a.g.e, 168.

¹⁹³Aydoğdu, a.g.e, s. 76; Akçaal, a.g.e, s. 57.

B. Yazılmamış Sayılma Yaptırımı Uygulamanın Şartları

1. Karşı Tarafın Menfaatine Aykırı Genel İşlem Şartları

Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasına göre “*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem şartlarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkan sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem şartları yazılmamış sayılır.*”. Madde metninden anlaşılacağı üzere ilk olarak, genel işlem şartlarının sözleşmenin kapsamına girmesi şartları oluşmadığı takdirde yazılmamış sayılma yaptırımı uygulanacaktır.¹⁹⁴

1. fıkraya göre genel işlem şartlarının sözleşme kapsamına girmesi ancak şu iki şartın gerçekleşmesi durumunda mümkündür;

-Sözleşmenin yapılması sırasında diğer tarafa bu şartların varlığı hakkında açıkça bilgi vermek ve içeriklerini öğrenme olanağı sağlamak,

-Genel işlem şartları menfaatine aykırı olan tarafın da bu şartları kabul etmesi.¹⁹⁵

Bu şartları sağlamayan genel işlem şartları, kanunun ifadesine göre yazılmamış sayılacaktır.¹⁹⁶ Burada dikkat edilmesi gereken bir husus yasa herhangi bir bilgilendirmeyi yeterli görmemekle birlikte sözleşmeyi hazırlayan tarafın, diğer tarafı açıkça bilgilendirmesi gerektiğini düzenlemiştir. Dolayısıyla sözleşme hakkında genel açıklamalar bu şartı sağlamayacaktır. Bilgilendirmenin yapıldığı her türlü delille ispatlanabilir. Burada şartların sağlandığını ispat yükü genel işlem şartını hazırlayan ve bundan yararlanacak olan tarafa aittir.¹⁹⁷

¹⁹⁴Akçaal, a.g.e, s. 56; Akıntürk/Ateş Kahraman, s. 50; Esener/Gündoğdu, a.g.e., s. 237; Reisoğlu, a.g.e, s.75.

¹⁹⁵Uygur, a.g.e, s. 309; Yavuz, a.g.e, s. 278; Akıntürk/Ateş Kahraman, s. 51; Antalya, a.g.e, s. 304; Esener/Gündoğdu, a.g.e., s. 237.

¹⁹⁶Oğuzman/Öz, a.g.e, 167.

¹⁹⁷Kılıçoğlu, a.g.e., s. 133; Oğuzman/Öz, a.g.e, 167.

2. Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Genel İşlem Şartları

Türk Borçlar Kanununun 21. maddesinin 2. fıkrasına göre “*Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.*”. Madde içeriğinden açıkça anlaşılmaktadır ki genel işlem şartları dahil oldukları sözleşmenin niteliğine uygun olmalıdır. Aksi takdirde yazılmamış sayılacaklardır. Bu nitelikteki şartlar, karşı tarafa açıkça bilgi verilip öğrenme imkanı sağlansa dahi yazılmamış sayılma yaptırımını ile karşı karşıya kalacaktır.¹⁹⁸

Sözleşmenin bir tarafının yasal yükümlülüklerini alışılmışın dışında ortadan kaldıran hükümler sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem şartlarına örnek olarak verilebilir.¹⁹⁹ Ya da UYGUR’un örneklediği gibi; “*Döviz hesabını belli bir para cinsinden açtıran kişiye, hesabın bulunduğu kurumca farklı bir yabancı para veya Türk Lirası ile ödeme yapılması, olağan dışı sayılacağı için, bu tür bir genel işlem koşulu yazılmamış sayılacaktır.*”²⁰⁰

“Sözleşmenin niteliği ve işi özelliği” kavramından kasıt, alışılmamış ve şaşırtıcı koşullardır.²⁰¹ Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem şartları, Türk Borçlar Kanunu’nun 21. maddesinin 1. fıkrasındaki koşulları sağlansa dahi yazılmamış sayılacaktır.²⁰²

3. Düzenleyene Tek Yanlı Olarak Karşı Taraf Aleyhine Düzenleme Yetkisi Veren Genel İşlem Şartları

Türk Borçlar Kanunu’nun 24. maddesinde göre “*Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.*”.

¹⁹⁸Yavuz, a.g.e, s. 278; Akıntürk/Ateş Kahraman, a.g.e. s. 51; Antalya, a.g.e, s. 309; Esener/Gündoğdu, a.g.e., s. 237; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 135; Reisoğlu, a.g.e, s. 75.

¹⁹⁹Akçaal, a.g.e, s. 57.

²⁰⁰Uygur, a.g.e, s. 309; Oğuzman/Öz, a.g.e, 169.

²⁰¹Oğuzman/Öz, a.g.e, 169.

²⁰²Akçaal, a.g.e, s. 57; Ceylan, a.g.e, s. 179; Antalya, a.g.e, s. 309; Reisoğlu, a.g.e, s. 75.

Sözleşme metninde sözleşmeyi hazırlayan tarafa tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine sözleşmenin bir hükmünü değiştirme veya yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlara tek taraflı olarak aleyhe değiştirme yasağı denilmektedir.²⁰³

Yazılmamış sayılma yaptırımına tabi olan hükümler, sözleşmeyi hazırlayan tarafa karşı tarafın aleyhine tek yanlı olarak sözleşmeyi değiştirme yetkisi veren hükümlerdir. Dolayısıyla karşı tarafın lehine değiştirme yetkisi veren hükümler yazılmamış sayılma yaptırımına tabi olmayacaktır.²⁰⁴ Örneğin; bankaya kredi faiz oranını tek taraflı olarak değiştirebilme yetkisi tanıyan hükümler yazılmamış sayılma yaptırımına tabi olacakken, faiz oranını indirme yetkisi veren hükümler yazılmamış sayılma yaptırımına tabi olmayacaktır.²⁰⁵

C. Yazılmamış Sayılan Hükümlerin Sözleşmelerin Diğer Hükümlerine Etkisi

Türk Borçlar Kanununun 22. maddesine göre “Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.”. Sözleşmenin genel işlem şartlarının yazılmamış sayılması durumunda, genel işlem şartları dışındaki hükümleri geçerliliklerini korumaya devam edecektir. Yani bu durumda sözleşmeyi metne döken tarafın yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak olduğu yönünde bir iddia ileri sürmesinin yolu da Türk Borçlar Kanununun 22. maddesi ile engellenmiş olmaktadır. Böylece genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin Türk Borçlar Kanununun 27/2 maddesi ile dolanılması önlenmiş olmaktadır.²⁰⁶

²⁰³Yavuz, a.g.e, s. 288; Akıntürk/Ateş Kahraman, a.g.e. s. 51; Hatemi/Gökyayla, a.g.e, s. 62; Oğuzman/Öz, a.g.e, 171; Reisoğlu, a.g.e, s. 76.

²⁰⁴Uygur, a.g.e, s. 314; Akıntürk/Ateş Kahraman, a.g.e, s. 50; Hatemi/Gökyayla, a.g.e, s. 62; Kılıçoğlu, a.g.e, s. 135; Oğuzman/Öz, a.g.e, s. 167.

²⁰⁵ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 135; Oğuzman/Öz, a.g.e, 171; Reisoğlu, a.g.e, s. 75.

²⁰⁶ Yelmen, a.g.e, s. 107; Aydoğdu, a.g.e, s. 78; Akçaal, a.g.e, s. 58; Uygur, a.g.e, s. 311; Yavuz, a.g.e, s. 283; Akıntürk/Ateş Kahraman, a.g.e. s. 51; Antalya, a.g.e, s. 310; Hatemi/Gökyayla, a.g.e, s. 62; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 137; Reisoğlu, a.g.e, s. 76.

Sözleşmenin diğer ayakta kalan diğer hükümlerinin aynıyla devam edeceği hususu, Türk Borçlar Kanununun 22. maddesinde hükmünde kuşkuya yer bırakmayacak şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla aksi ispat edilemeyen bir kanuni varsayımdan bahsedildiği kuşkusuzdur. Bu durum yasadan doğan sözleşmeyi devam ettirme zorunluluğu olduğunu göstermektedir.²⁰⁷

Türk Borçlar Kanununun 22. maddesinde, sözleşmeyi düzenleyen tarafın yazılmamış sayılan hükümlerin sözleşmede var olmaması durumunda, sözleşme yapmayacağına dayanarak sözleşmenin diğer hükümlerini geçersiz hale getiremeyeceği hususu düzenlenmektedir. Maddenin mefhumu muhalifinden anlaşılacağı üzere, sözleşme sunulan taraf, yazılmamış sayılan hükümler sözleşmede var olmasa idi sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürebilecektir.²⁰⁸

Belirtmekte yarar var ki, yazılmamış sayılan hükümlerin, sözleşmenin yan edimleri olması durumunda sözleşmenin diğer hükümleri geçerliliğini korumaktadır. Hali hazırda sözleşmenin asli edimlerinin genel işlem şartları ile düzenlenmesi pek mümkün görünmemekte ise de, istisna olarak asli edimler genel işlem şartları ile asli edimlerin düzenlenmesi durumunda ve yazılmamış sayılma yaptırımına genel işlem koşulunun maruz kalması durumunda sözleşmenin diğer hükümleri de geçerliliklerini yitirecektir. Zira Türk Borçlar Kanununun 1. maddesi gereğince, asli edimler üzerinde tarafların anlaşamaması durumunda sözleşme kurulmuş sayılmayacaktır.²⁰⁹

D. Yazılmamış Sayılan Yan Edimler Hakkında Uygulanacak Hükümler

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, genel işlem şartları ile düzenlenen hükümler yazılmamış sayıldığında sözleşmenin kalan hükümleri sonuç doğurmaya devam edecektir. Peki yazılmamış sayılan sözleşmenin yan edimlerine ilişkin hükümler nasıl doldurulacaktır?

²⁰⁷ Aydoğdu, a.g.e, s. 80.

²⁰⁸ Aydoğdu, a.g.e, s. 81; Antalya, a.g.e, s. 310.

²⁰⁹ Aydoğdu, a.g.e, s. 78; Sirmen, a.g.e, s. 117.

Sözleşmede bulunan yan edimlere ilişkin genel işlem şartlarının yazılmamış sayılması durumunda, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun genel hükümleri çerçevesinde öncelikle Türk Borçlar Kanununda yer alan yedek hukuk kuralları sözleşmeye uygulanacaktır. Eğer yedek hukuk kuralları ile sözleşmenin tamamlanması mümkün olmaz ise, örf ve adet kurallarına göre sözleşmenin tamamlanması sağlanacaktır. Nihayetinde yedek kuralları ile örf ve adet kuralları sözleşmenin tamamlanmasına yeterli olmuyor ise, Türk Medeni Kanunun 1. maddesi uyarınca hakim yasa koyucu gibi hareket ederek, sözleşmeye hüküm koyacaktır.²¹⁰

II. Sözleşmenin Her İki Tarafının Kendi Genel İşlem Şartlarına Dayanması Durumu

Sözleşme kurulurken sözleşmenin her iki tarafının da kendi genel işlem şartlarını sözleşme koyması ve sözleşmenin uygulanması sırasında kendi getirdiği genel işlem şartlarına dayanması mümkündür. Tarafların yollama yaptığı genel işlem şartlarının kısmen veya tamamen çatışması durumunda hangi genel işlem şartına dayanılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Öğretide bu soruna “genel işlem şartlarının çatışması”²¹¹ denilmektedir.

Teoride bu soruna ilişkin çeşitli çözüm yolları²¹² benimsenmiş ise de, *GİGER* tarafından ortaya atılan ve Türk hukukunda *HAVUTÇU* tarafından benimsenen görüş²¹³ kanaatimce de Türk Borçlar Kanunu’nun sözleşmelerin kurulmasına yönelik hükümlerine en uygun olanıdır.

Genel işlem şartlarının niteliği gereği, sözleşmelerin ancak yan edimleri hakkındaki hükümler genel işlem şartları ile düzenlenebilecektir. Türk Borçlar Kanunu’na göre, sözleşmelerde yan edimlerin ifasına yönelik bir anlaşmazlık durumunda düzenleyici ve tamamlayıcı hükümler ile taraflar arasındaki anlaşmazlık

²¹⁰ Aydoğdu, a.g.e, s. 79; Akçaal, a.g.e, s. 59.

²¹¹ Havutçu, a.g.e, s. 143.

²¹² Havutçu, a.g.e, s. 143.

²¹³ Havutçu, a.g.e, s. 144.

giderilecektir. Her iki tarafın sözleşme kapsamına almak istediği genel işlem şartlarının çatışması durumunda düzenleyici ve tamamlayıcı hükümler doğrultusunda anlaşmazlık çözülecektir.²¹⁴

III. Genel İşlem Şartları İle Bireysel Sözleşme Hükümünün Çatışması Sorunu

Genel işlem şartı ile bireysel sözleşme hükmü çeliştiğinde, bireysel sözleşme hükmüne öncelik tanınacaktır. Hukuk teorisinde bu önceliğe “*bireysel anlaşmaların önceliği ilkesi*” denilmektedir.

Her ne kadar mevzuatımızda bireysel anlaşmaların önceliğine dair bir düzenleme mevcut değilse de, Yargıtay’ın da kararlarında benimsediği “özel kural genel kuralı bertaraf eder ilkesi” ile yola çıkılarak, bireysel sözleşme hükümlerinin genel işlem şartlarını bertaraf edeceği sonucuna ulaşılabilecektir.²¹⁵

Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 14/04/1995 tarihli²¹⁶ kararında, genel işlem şartlarına aykırı olarak taraflarca kararlaştırılan hususların, genel işlem şartlarından önce uygulanacağından bahsetmektedir. Genel işlem şartları arasına genel işlem şartlarına aykırı sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağına dair hüküm içerik denetimi ile zaten geçersiz kılınacaktır.²¹⁷

§.13. Genel İşlem Şartlarını Sözleşmeyi Düzenleyen Aleyhine Yorumlama

Hayatın her alanında olduğu gibi hukuki işlemler hakkında da yorum söz konusudur. Hukuki işlemlerin yorumlanmasından maksat, hukuki işlemin tam olarak

²¹⁴Havutçu, a.g.e, s. 144.

²¹⁵Havutçu, a.g.e, s. 141.

²¹⁶Yargıtay 11. HD. T. 14/04/1995, E. 1995/1993, K. 1995/3369

²¹⁷Aydoğdu, a.g.e, s. 44.

ne anlama geldiği, hüküm ve sonuçlarının ne olduğu ve işlemin tarafları üzerindeki etkisi gibi hususlarda yapılan zihni çalışmadır.²¹⁸

Genel işlem şartları da, diğer hukuki işlemler gibi yoruma tabidir. Genel işlem şartlarının yorumu, genel işlem şartlarının sözleşmede hangi anlamı ile varlık kazanacağı hususunun tespiti çalışmasıdır. Taraflarca farklı anlaşılan genel işlem şartlarına en doğru anlamı yorum yoluyla hakim belirleyecektir.²¹⁹

Genel işlem şartlarının yorumlanması bakımından doktrinde iki görüş mevcuttur; birinci görüşe göre, genel işlem şartlarının yorumunda somut sözleşme özellikleri dikkate alınarak yorum yapılmalıdır.²²⁰ İkinci görüşe göre ise, genel işlem şartlarının birden fazla sözleşmede kullanılma amacı gözetilerek soyut ve genelleyci yorum yöntemi benimsenmelidir.²²¹

Hukuki işlemlerin yorumlanması, tarafların istemedikleri veya düşünmedikleri yeni bir durumu ortaya çıkarma faaliyeti değildir. Bu nedenle genel işlem koşulları yorumlanırken, genel işlem şartlarının bulunduğu sözleşme çerçevesinde tarafların iradeleri göz önünde tutulur. Sözleşme çerçevesinde, tarafların sözleşmede yer alan kelimeler ne anlam yüklediği tespit edilmeye çalışılır.²²² Nitekim Yargıtay'ın çeşitli kararlarında²²³ sözleşmenin yorumlanmasında tarafların gerçek ve müşterek iradelerine ulaşılması gerektiğini ifade edilmiştir. Zira genel işlem şartlarını sözleşmeden bağımsız düşünülmesi mümkün değildir.

Genel işlem şartlarının yorumu ile, tarafların edimleri ve yükümlülükleri genişletilemez ve daraltılamaz. Ayrıca genel işlem şartlarının yorumu, hukuk düzeninin emredici hükümlerine aykırı olamaz.

²¹⁸Oğuz, a.g.e, s. 75.

²¹⁹Havutçu, a.g.e, s. 148; Sirmen, a.g.e, s. 119.

²²⁰Oğuz, a.g.e, s. 77.

²²¹ Atamer, a.g.e, s. 130; Oğuz, a.g.e, s. 78.

²²²Oğuz, a.g.e, s. 90.

²²³ Yargıtay 14. HD. T. 21/02/2007, E. 2007/426, K. 2007/1574; Yargıtay 9. HD. T. 04/12/1975, E. 1975/29973, K. 1975/52852; Yargıtay 2. HD. T. 14/12/2006, E. 2006/20180, K. 2006/17687.

Genel işlem şartları, nitelikleri gereği sözleşmenin bir tarafınca düzenlenmeleri nedeniyle, sözleşmenin diğer tarafının belirli bir bilim dalına özgü terimleri bilip bilmediği sözleşmenin kurulması esnada araştırılmadığı için, yorumun makul, dürüst, orta zekalı kişiye göre yapılması gerekmektedir.²²⁴

I. Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Genel İşlem Şartlarının Yorumu

Türk Borçlar Kanununun 23. maddesinde genel işlem şartlarının yorumlanması hususu ayrıca düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanununun 23. maddesine göre; “Genel işlem koşulları hükümleri açık ve anlaşılır değilse veya hüküm birden fazla anlama geliyorsa düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır”.²²⁵

Türk Borçlar Kanununun 23. maddesinde kullanan tarafın aleyhine, karşı tarafın lehine yorumlanması ilkesi benimsenmiştir. Düzenlemenin kökeni Roma Hukuku’nda yer alan “In dubio contra stipulatorem” ilkesine yani “açık olmayan hükümlerin onu kaleme alan aleyhine yorumlanması” ilkesine dayanmaktadır.²²⁶ Genel işlem şartları kullanan lehine yorumlansa idi, genel işlem şartlarını kaleme alan genel işlem şartlarını kendisi lehine kullanacaktı. Bu durumda güçlü olan ve sözleşmeyi hazırlayan taraf daha güçlü hale gelecek ve genel işlem şartlarına ilişkin denetim yollarının etrafını dolanma imkanı ortaya çıkacaktı.²²⁷

Öncelikle genel işlem şartları bir sözleşmenin parçası olmadan yoruma tabi tutulması mümkün değildir. Bunun yanında Türk Borçlar Kanununun 23. maddesi, genel işlem şartlarının yorumlanması konusunda bazı kriterler belirlemiştir;²²⁸

²²⁴Oğuz, a.g.e, s. 91; Bilge Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 43. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019, s. 174; Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara, S Yayınları, 1989, s. 24.

²²⁵Reisoğlu, a.g.e, s. 77; Tekinay, a.g.e, s. 213.

²²⁶ Esener/Gündoğdu, a.g.e., s. 240; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 133; Sirmen, a.g.e, s. 119.

²²⁷ Akıntürk/Ateş Kahraman, a.g.e, s. 52; Hatemi/Gökyayla, a.g.e, s.62; Kılıçoğlu, a.g.e, s. 133; Yelmen, a.g.e, s. 111; Akçaal, a.g.e, s. 59; Antalya, a.g.e, s. 312.

²²⁸ Akıntürk/Ateş Kahraman, a.g.e. s. 52; Esener/Gündoğdu, a.g.e., s. 239; Oğuzman/Öz, a.g.e, 170.

A. Genel İşlem Şartının Açık ve Anlaşılır Olmaması

Genel işlem şartının açık ve anlaşılır olmaması, genel işlem şartının sözleşmedeki anlamının tartışmaya mahal vermeyecek şekilde tespit edilememesini ifade etmektedir. Bu durumda sözleşmede yer alan hükmün uygulanabilmesi için yorumlanması gerekmektedir.²²⁹

Yargıtay 11. Hukuk 02/03/1998 tarihli²³⁰ kararında, taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklı çıkan anlaşmazlıklarda sözleşmenin yorumu, öncelikle mantık ve gramer kurallarına göre yapılacaktır. Yargıtay bu kararında yorumun başlangıç noktasını tespit etmektedir. Yargıtay'ın kararı doğrultusunda, genel işlem şartlarının yorumuna mantık ve dil bilgisi kurallarından başlanacaktır.

B. Genel İşlem Şartının Birden Fazla Anlama Gelmesi

Genel işlem şartları yukarıda bahsedildiği üzere genel ve soyut olarak hazırlanırlar. Genel işlem şartları hazırlanırken sözleşmenin karşı tarafı belirli değildir. Genel işlem şartları belirli bir ilişki için hazırlanmadıkları için, genel işlem şartlarının birden fazla anlama gelmesi zaman zaman karşılaşılan bir durumdur.²³¹

Birden fazla anlama gelen genel işlem şartları, sözleşmeyi düzenleyen aleyhine yorumlanacaktır. Zira sözleşme şartlarını hazırlayan taraf, genel işlem şartlarını tek başına hazırladığına göre, sözleşmenin diğer tarafına yüklenebilecek bir kusur mevcut değildir.²³²

²²⁹Kılıçoğlu, a.g.e., s. 134.

²³⁰Yargıtay 11. HD. T. 02/03/1998, E. 1997/10396, K. 1998/1278

²³¹Oğuz, a.g.e, s. 94.

²³²Oğuz, a.g.e, s. 96.

§.14. Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetimi: Dürüstlük Kurallarına Aykırı Olarak Aleyhe Hüküm Koyma Yasası

I. İçerik Denetimi Kavramı ve Amacı

Genel işlem şartları, tarafların birbirine uygun karşılıklı iradeleri neticesinde sözleşmeye alınmakta ve sözleşme bakımından bağlayıcılık kazanmaktadır. Böylelikle genel işlem şartları sözleşmenin bir parçası haline gelmektedir. Genel işlem şartları sözleşmeye dahil edilirken, taraflar genel işlem şartlarının içeriğini tartışıp içerikleri hakkında mutlak bir uyuşma sağlayarak genel işlem şartlarını sözleşmenin içeriği haline getirmezler. Tarafların uyuşan iradeleri yalnızca genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriği haline getirilmesi ile ilgilidir. Genel işlem şartlarının genel sözleşme içeriklerinden farklı bu özel durumu nedeniyle genel işlem şartlarının ayrıca içerik denetimine tabi tutulmasını gerektirmiştir.²³³

İçerik denetimi kavramına hukuk tekniği açısından baktığımızda, hakimin genel işlem şartlarının içeriğini denetlemesi “içerik denetimi” olarak adlandırılmaktadır.²³⁴ Burada hakimin müdahalesi sözleşmenin içeriğini değiştirici yöndedir. Hakim içerik olarak sözleşme şartlarının uygun olup olmadığını denetlerken tarafların çıkarlarını da adil olarak dengelemektedir. Böylelikle içerik olarak genel işlem şartlarının içerik olarak geçerliliklerine sınır konulmaktadır. Bu nedenle hakkaniyet denetimi olarak görülmektedir.²³⁵ Örneğin, içerik olarak sözleşmeye uygun olmayan sözleşme hükümlerinin, hakim tarafından geçersiz hale getirilmesi mümkündür.²³⁶

Genel itibariyle yukarıda izah edilen çerçevede, genel işlem şartlarının karşısında sözleşme sunulan tarafın zayıflığı gözetilerek hakimin sözleşmeye müdahalesi genel olarak sözleşme sunulan tarafın lehine olmaktadır. Hali hazırda

²³³Havutçu, a.g.e, s. 153.

²³⁴Kılıçoğlu, a.g.e., s. 136.

²³⁵Antalya, a.g.e, s. 312.

²³⁶Havutçu, a.g.e, s. 42-154; Akçaal, a.g.e, s. 62.

Türk hukuk sisteminde yasalarla getirilen düzenlemelerin özünde de, genel işlem şartlarına karşı sözleşme sunulan tarafın korunması prensibi yatmaktadır. Hakim tarafından yapılan içerik denetimini, idare veya diğer yollarla yapılan içerik denetiminden ayırt edebilmek için, öğretide “açık içerik denetimi”²³⁷ olarak adlandırılmaktadır.

Açık içerik denetiminin sözleşme özgürlüğü prensibi ile çatıştığı, sözleşme özgürlüğü prensibini kısıtladığı düşünülebilir. Ancak ayrıntılı olarak yukarıda açıklandığı üzere, açık içerik denetimi, sözleşme özgürlüğü prensibinin bir sonucudur. Zira genel işlem şartlarının sözleşmede yer alması, sözleşme özgürlüğü prensibini bozmakta, hukuk düzeninin temel taşlarından olan sözleşme kurumunun güvenilirliğini ortadan kaldırmaktadır. Sözleşme kurumuna olan güvenin sarsılmaması, taraflar arasındaki dengesizliğin giderilmesi bakımından açık içerik denetimi gerekli ve zorunludur.²³⁸ Böylelikle sözleşme kurumunun güvenilirliği sağlanırken, sosyal adalet ilkesi de hayata geçirilmiş olmaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamalar neticesinde, genel işlem şartlarının içerik denetimi ile denetlenmesinin amacının, sözleşme özgürlüğü ilkesinin tek yanlı olarak kullanılması sebebiyle ortaya çıkacak problemlerin, tarafların dengesini adil bir şekilde koruyacak halde düzeltilmesi olduğu söylenebilir. Ancak içerik denetiminin kapsamına, tarafların sözleşmedeki edimlerinin denkleğinin kontrol edilmesi girmemektedir. Genel işlem şartlarının, sözleşmeyi hazırlayan tarafça tek yanlı olarak hazırlanıp sözleşme sunulan tarafa müzakere olanağı tanımadan dayatması halinde, taraflar arasındaki dengeyi bozacak nitelikte ortaya çıkabilecek sorunlar içerik denetimi ile bertaraf edilmektedir.²³⁹

²³⁷Havutçu, a.g.e, s. 42; Antalya, a.g.e, s. 312.

²³⁸Oğuz, a.g.e, s. 99.

²³⁹Havutçu, a.g.e, s. 158.

II. Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İçerik Denetiminin Şartları

A. Genel İşlem Şartlarının Sözleşmenin Karşı Tarafının Aleyhine veya Onun Durumunu Ağırlaştırıcı Nitelikte Olması

Türk Borçlar Kanununun 25. maddesinin genel işlem şartlarının içerik denetimi yapılabilmesi için ilk şartı, karşı taraf aleyhine veya onun durumu ağırlaştırıcı şekilde bir genel işlem şartının bulunmasıdır. Yine sözleşmeye dahil olmayan genel işlem şartları hakkında içerik denetimi yapılması söz konusu olmayacaktır.²⁴⁰

Kanun metninden anlaşılmaktadır ki, genel işlem şartlarının sözleşme sunulan tarafın aleyhe olup olmadığı değerlendirilecektir. Sözleşme sunan taraf bakımından sözleşmenin aleyhe olup olmadığı değerlendirilmeyecektir. Sözleşmedeki dengesizlik, tarafların karşılıklı yükümlülükleri karşılaştırılarak belirlenecektir.²⁴¹

B. Genel İşlem Şartlarının Dürüst Kuralına Aykırı Olması

Genel işlem şartlarının denetiminde aleyhe yorumlanma, yürürlük denetimi gibi denetleme unsurları genel işlem şartlarını belirli bir yere kadar denetleme imkanı verecektir. Ancak genel işlem şartlarının içerik olarak denetlenmesi ile, genel işlem şartlarının denetlenmesi ile ulaşılmak istenen amaca ulaşılabilecektir.²⁴²

Türk Borçlar Kanununun 25. maddesinde “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*” denilmektedir. Burada Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde yer alan “*dürüstlük kurallarına*” uygun hareket etme zorunluluğunun

²⁴⁰Yavuz, a.g.e, s. 292; Oğuzman/Öz, a.g.e, 170.

²⁴¹Antalya, a.g.e, s. 315.

²⁴²Atamer, a.g.e, s. 143; Eren, a.g.e, s. 222.

genel işlem şartlarında özel bir uygulaması söz konusudur. Bu uygulama aynı zamanda genel işlem şartlarının içerik denetimi mahiyetindedir.²⁴³

Türk Borçlar Kanununun 25. madde gerekçesinde, madde ile yapılan düzenleme ile birlikte ahlaka aykırılık ölçüsüne varmasa bile, öğretide dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen davranışların genel işlem şartı alanında da önlenmesinin amaçlandığı hususundan bahsedilmektedir. Hali hazırda ahlaka aykırı genel işlem şartları, 6098 sayılı TBK'nın 27. maddesinin 1. fıkrası uyarınca kesin hükümsüz sayılacaktır. Bu nedenle buradaki düzenleme kapsamındaki sözleşme hükümleri, ahlaka aykırı olmayacak derecede dürüstlüğe aykırı sözleşme hükümleridir.²⁴⁴

Her ne kadar 25. maddede sadece dürüstlük kuralı sınır olarak çizilmiş ise de, hakim genel işlem şartını denetlerken sözleşmenin genel sınırları ile de bağlıdır. Örneğin hakim, kişilik haklarına aykırılık, ahlaka aykırılık, kamu düzenine aykırılık gibi hususları kendiliğinden göz önünde bulunduracaktır. Genel sözleşme sınırları ile birlikte 25. madde genel işlem şartlarına özel olarak bir denetim kriteri belirlemiştir.

1. Dürüstlük Kuralının Mahiyeti ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Roma hukukunda “*bono fides*” olarak adlandırılan dürüstlük kuralı, hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde dürüst insan davranış biçimini ifade etmekteydi.²⁴⁵

Dürüstlük kuralı hukuki işlemlerin kuruluşunda, yorumunda, tamamlanmasında, yeni koşullara uydurulmasında ve sözleşme öncesi ilişkilerde önemli rol oynamaktadır.²⁴⁶ Ayrıca dürüstlük kuralının, yazılı hukukun eksikliklerini

²⁴³Akıntürk/Ateş Kahraman, a.g.e. s. 51; Antalya, a.g.e, s. 312; Esener/Gündoğdu, a.g.e., s. 240; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 136; Oğuzman/Öz, a.g.e, 170; Reisoğlu, a.g.e, s. 78; Öztan, a.g.e, s. 174.

²⁴⁴Uygur, a.g.e, s. 316; Yavuz, a.g.e, s. 289; Antalya, a.g.e, s. 312; Oğuzman/Öz, a.g.e, 170; Sirmen, a.g.e, s. 120.

²⁴⁵Arslan, a.g.e, s. 4.

²⁴⁶Öztan, a.g.e, s. 175; Mehmet Ayan, Nurşen Ayan, *Medeni Hukuka Giriş*, Ankara, Seçkin Yayınevi, Ekim 2016, s. 190; Arslan, a.g.e, s. 28; Ateş, a.g.e., s. 86.

tamamlama fonksiyonu da vardır. Dürüstlük kuralı, kanunun uygulanmasında hakime yol gösterecektir.²⁴⁷

Dürüstlük kuralı doktrinde, “Orta zekalı, normal, makul kimselerin toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlaka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçlarıyla iş hayatının gereklerine cevap veren, bu sebeple de herkesçe benimsenen kurallar bütünüdür”²⁴⁸ şeklinde tanımlanmaktadır. Doktrinde dürüstlük kuralını, objektif iyiniyet kuralı olarak adlandıran görüşler de mevcuttur.²⁴⁹

Dürüstlük kuralına ilişkin temel düzenleme Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde yer almaktadır.²⁵⁰ Türk Medeni Kanununun 2. maddesine göre “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.

Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”

TMK 2. maddesinin 1. fıkrası ile 2. fıkrası arasında fonksiyon bakımından farklılık bulunmaktadır. Maddenin 1. fıkrası hukuki işlemlerin tamamlanması ve kanundaki boşlukların doldurulmasında veya hukuki işlemin ve kanundaki bir hükmün yorumlanmasında kullanılırken, 2. fıkrası gerçek olmayan boşluk durumlarında bunların düzeltilmesini sağlamaktadır.²⁵¹

Dürüstlük kuralının mahiyeti bakımından *YILDIZ*'ın şu örneği verilebilir; lunapark işletmecisi bir şahsın, başka bir şahsa olan 25.000 TL tutarındaki borcunu, lunapark işletmesinde elde ettiği 1 TL'lik bozuk paralarla ödemek istemesi durumunda, alacaklı olan şahsın ödemeyi kabul etmemesi haklı bir davranış

²⁴⁷Arslan, a.g.e, s. 25; Ateş, a.g.e., s. 81.

²⁴⁸Yelmen, a.g.e, s. 125; Arslan, a.g.e, s. 23.

²⁴⁹Hüseyin Yıldız, *Medeni Hukukun Temel İlkeleri*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2009, s. 194; Arslan, a.g.e, s. 26.

²⁵⁰Oğuzman/Öz, a.g.e, s. 170; Ayan/Ayan, a.g.e, s. 189; Yıldız, a.g.e, s. 194; Serap Helvacı, Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk*, İstanbul, Legal Kitapevi, Ocak 2011, s. 39.

²⁵¹Öztan, a.g.e, s. 175.

olacaktır. Zira TMK 2. maddesine göre, herkes borçlarını yerine getirilen dürüstlük kuralına uymalıdır.²⁵²

2. fıkra bir yasak düzenlenmektedir. Bu yasak hakkın kötüye kullanılması yasağıdır. Hakkın kötüye kullanılması yasağı, kökeni Roma hukukuna kadar uzanan bir ilkedir.²⁵³ Dürüstlük kuralına aykırı hareket etmenin neticesi hakkın kötüye kullanılmasıdır.²⁵⁴

Hukuki işlemler ve kanunlar belirli bir amacı gerçekleştirmek maksadıyla düzenlenirler.²⁵⁵ Hukuk düzeni, bir menfaat sosyal veya ekonomik bir amacı gerçekleştiriyorsa, menfaati hakka dönüştürecektir.²⁵⁶ Bir hakkın kötüye kullanılması, hakkın tanınmasındaki amaca aykırı kullanılması ve bu kullanımda kullanan bakımından menfaat olmaması durumunda ortaya çıkacaktır.²⁵⁷ Hakkın kötüye kullanılması kavramı, kişiye hukuken tanınan bir hakkın, dürüstlük kuralına açıkça aykırı olarak kullanılması neticesinde, başkasına zarar verilmesi veya zarar verilme ihtimalinin ortaya çıkması olarak tanımlanabilir.²⁵⁸

Uygulamada nelerin hakkın kötüye kullanılması sayılacağına dair bir takım hükümler mevcuttur. Yüksek mahkeme kararlarında; paylı mülkiyette paydaşlardan birinin fiilen taksim ettikleri taşınmazda yol için ayrılmış kısmın bir parçasını çevirerek bahçe haline getirmesi²⁵⁹, ortak yerde değişiklik yapılmasına önceden rıza göstermiş bir kat malikinin daha sonra eski halin iadesi için dava açması²⁶⁰, karısının

²⁵²Yıldız, a.g.e, s. 196.

²⁵³ Şener Akyol, (2006) *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, İkinci Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 21; Öztan, a.g.e, s. 175.

²⁵⁴Ayan/Ayan, a.g.e, s. 201.

²⁵⁵Öztan, a.g.e, s. 179.

²⁵⁶Öztan, a.g.e, s. 180.

²⁵⁷ Akyol, a.g.e, s. 24; Oğuz, a.g.e, s. 17; Öztan, a.g.e, s. 181; Ayan/Ayan, a.g.e, s. 191; Arslan, a.g.e, s. 34.

²⁵⁸Ateş, a.g.e., s. 82.

²⁵⁹Yargıtay 14. HD. T. 20/02/1975, E. 1975/719, K. 1975/1049.

²⁶⁰Yargıtay 5. HD. T. 10/12/1979, E. 1979/8434, K. 1979/9203.

kolunu için hapse mahkum olan kocanın af yoluyla haptiden çıktıktan sonra eve dön çağrısında bulunması²⁶¹ hakkın kötüye kullanılması kapsamında kabul edilmiştir.

İnsanlığın ilk çağlarında hak sahibi, hakkını kendi gücüyle elde etmekteydi. Zamanla hukuk dünyasında yaşanan gelişmelerle hak sahibinin hakkını hukuk kurallarına göre alması esası benimsenmiştir. Hak sahibi hakkının hukuk düzenince korunmasını talep edebilmektedir.²⁶² Bir hakkın kötüye kullanılması durumunda ise, hukuk düzeni koruma sağlamaz. Bu nedenle hakkı kötüye kullanan kişi, hukuk düzeninin sağladığı koruma yolları ile hakkını alma imkanını elde edemeyecektir.²⁶³

2. Dürüstlük Kuralının Somutlaştırılmasının Gerekliliği

Dürüstlük kuralı içerdiği belirsizlik unsuru nedeniyle her zaman somutlaştırmaya muhtaçtır. Bu nedenle dürüstlük kuralı, bir anlaşmazlığa doğrudan uygulanmaz.²⁶⁴ Öncelikle somut olayı özelliğine ve durumuna göre dürüstlük kuralı somutlaştırılır, somutlaştırılmış duruma göre olaya uygulanır. Dürüstlük kuralının somutlaştırılmasında hakime en büyük yardımcı, somut hukuki ilişkide hukuk düzeninin koruduğu hukuki değerdir.²⁶⁵ Nitekim 25. maddede de, dürüstlük kuralına aykırı nitelikte karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte genel işlem şartlarının sözleşmeye konulamayacağı düzenlenmiştir. Maddede dürüstlük kuralına aykırı hükümler konulamayacağı düzenlenmekte ise de, nelerin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği hususunda açıklama yapılmamıştır.

Her ne kadar dürüstlük kuralı yapısı gereği geniş kapsamda ve birbirinden farklı şekilde uygulama alanları bulabilse de, Türk hukukunda yer alan düzenlemeler ile uluslar arası düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde dürüstlük kuralının somutlaştırılması mümkündür. Örnek olarak Türk Ticaret Kanununun 55. maddesinde dürüstlük kuralına aykırı işlem şartlarına örnekler sayılmıştır.²⁶⁶ Yine

²⁶¹Yargıtay 2. HD. T. 07/10/1974, E. 1974/5915, K. 1974/5708.

²⁶²Arslan, a.g.e, s. 1.

²⁶³Ayan/Ayan, a.g.e, s. 205; Arslan, a.g.e, s. 34.

²⁶⁴Ateş, a.g.e., s. 89.

²⁶⁵Ateş, a.g.e., s. 91.

²⁶⁶Antalya, a.g.e. s. 290.

Avrupa Konseyi'nin Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Şartlar Hakkında 05/04/1993 Tarihli Direktifi'nde de dürüstlük kuralına aykırı haksız şartlar maddeler halinde sayılmıştır.²⁶⁷

HELVACI/ERLÜLE'ye göre; “Bir davranışın dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı, toplumda hakim olan ahlaki ölçülere, geçerli adet ve uygulamalar ile somut hukuki ilişkinin amacına göre tespit edilir.”²⁶⁸

ANTALYA'ya göre; “sözleşmenin niteliğinde yer alan temel hak ve yükümlülükleri, sözleşmenin amacına ulaşmasını engelleyecek ölçüde sınırlıyorsa, *GİK* dürüstlük kuralına açıkça aykırıdır.”²⁶⁹

Hem iç hukuktaki düzenlemeler hem de uluslararası düzenlemeler gözetildiğinde dürüstlük kuralına aykırı olabilecek genel işlem şartlarına örnek olarak şu durum sayılabilir; ifa zamanının makul düzeyde veya belirli olmaması; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 07/04/1981 tarihli²⁷⁰ kararında, davalının teslim süresinin saklı tutmayı içeren koşulu kötüye ve davalı tüketici aleyhine Türk Medeni Kanunun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına, eş deyişle güven ilkesine aykırı kullanıp kullanmadığının tespit edilmesi gerektiğinden bahisle, ifa zamanının makul düzeyde olmamasının dürüstlük kuralına aykırı olduğuna hükmetmiştir. Bu nedenle makul düzeyi aşan sürede belirlenen ifa zamanını içeren genel işlem şartları, Türk Borçlar Kanununun 25. maddesi uyarınca içerik denetimine tabi olacaktır.

III. Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartlarına Uygulanacak Yaptırım

Türk Borçlar Kanununun 25. maddesi hakkın kötüye kullanılmasının yasak olduğunu düzenlemiştir. Ancak yapılan içerik denetimi sonucunda, genel işlem

²⁶⁷Antalya, a.g.e. s. 289.

²⁶⁸Helvacı/Erlüle, a.g.e, s. 39.

²⁶⁹Antalya, a.g.e, s. 316.

²⁷⁰Yargıtay 13. HD. T. 07/04/1981, E. 1981/1045, K. 1981/2514.

şartının dürüstlük kuralına aykırı olduğu sonucuna varılırsa ne tür bir yaptırım uygulanacağı belirlenmemiştir.

Madde gerekçesinde “*Bu tür hükümlerin yaptırımı, Tasarının 27 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük olacaktır. Başka bir ifadeyle burada, aynı fıkranın ikinci cümlesinin uygulanması söz konusu değildir. Bu sebeple, sözleşmenin kapsamına dahil edilen hükümlerden genel işlem koşullarına konulması yasak olanlar dışındakiler, geçerliliklerini koruyacaktır...*”

Madde gerekçesi açıkça, 27. maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin 25. madde kapsamındaki hükümlere uygulanamayacağından bahsetmektedir. Bu nedenle dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olan genel işlem şartlarının kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşması durumunda, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı anlaşılması durumunda dahi sözleşmenin kalan hükümleri geçerliliklerini yitirmeyecektir. Açıklamalar ışığında anlamaktayız ki, Türk Borçlar Kanununun 25. maddesi gerekçesi, 25. madde kapsamındaki hükümlerin kısmi olarak hükümsüz olması gerektiğini düzenlemiştir.²⁷¹

KILIÇOĞLU'na göre; dürüstlük kurallarına aykırı olarak konulduğu sonucuna varılan genel işlem şartları yazılmamış sayılacaktır. Konulan hükümlerin dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre değerlendirilecektir.²⁷²

²⁷¹Yavuz, a.g.e, s. 289.

²⁷²Kılıçoğlu, a.g.e, s. 136; Yelmen, a.g.e, s. 123.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNA GÖRE HAKSIZ SÖZLEŞME ŞARTI

Tüketici hukuku, hukuk dallarının geleneksel sınıflandırması arasında yer almamakta ise de, geleneksel sınıflandırma yer alan birden fazla hukuk dalı ile ilgilidir.

Medeni hukukun bir parçası olan Borçlar hukuku ile sözleşmelerin özellikleri bakımından ilgilidir. Tüketici hukuku kapsamındaki sözleşmelere tüketici hukukunda bir düzenleme bulunmaması halinde, Borçlar hukukunun genel hükümleri uygulanacaktır. Tüketicilerin haksız rekabet davaları, sigortacılık davaları gibi hukuksal işlemler ele alındığında, Tüketici hukukunun Ticaret hukuku ile ilgili olduğu anlaşılacaktır. Ceza hukuku ile Tüketici hukuku tarih boyunca beraber ilerlemişlerdir. Zira toplum sağlığını ve güvenliğini bozan suçlara karşı öngörülen cezalar ile tüketiciler korunmuştur. Yine Medeni Usul hukuku ve İdare hukuku ile de Tüketici hukukunun ilgili olduğu görülecektir.²⁷³

Tüketicinin korunması bakımından hukuk sistemleri, tüketicinin veya tüketim sözleşmesinin baz alınmasına göre subjektif sistem, objektif sistem ve karma sistem olarak üç gruba ayrılmaktadırlar. Subjektif sistemde tüketici kavramı esas alınmakta iken, objektif sistemde tüketim sözleşmesi tüketicinin korunması hukukunun temel ögesini oluşturmaktadır. Her iki kavramın birlikte ele alındığı sistemler ise karma sistem olarak adlandırılmaktadır.²⁷⁴

²⁷³ Baykan, a.g.e, s. 27.

²⁷⁴ Ömer Adil Atasoy, Mustafa Taşkın, Hakan Acar, *Tüketiciyi Koruma Hukuku*, Ankara, Osmangazi Üniversitesi Yayınları, 2000, s. 16.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, içerik itibariyle incelendiğinde tüketici kavramını esas alarak düzenlendiği görülecektir. Genel itibariyle değerlendirildiğinde subjektif sistemi esas aldığı görülen kanunun 2. maddesinde, her türlü tüketici işlemi ve tüketiciye yönelik uygulamaları kapsadığı açıkça ifade edilmiştir.²⁷⁵

Türk hukukunda tüketicinin haksız sözleşme şartlarına karşı korunması temel olarak 6502 sayılı yasa ile düzenlenmektedir. Ancak daha genel hükümler içermekle beraber, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda genel işlem şartlarına ilişkin hükümler de 6502 sayılı yasada hüküm bulunmaması halinde tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartlara uygulanacaktır.²⁷⁶ Bu nedenle çalışmamızda, yukarıda genel işlem şartlarına ilişkin açıklamalar ve genel işlem şartlarına yönelik getirilen koruma yolları tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartlara da aynen uygulanabilecektir. Bu düzenlemelerden önce aşağıda açıklayacağımız ve genel işlem şartlarına ilişkin hükümlere göre daha özel nitelikte olan hükümler, tüketici sözleşmelerine öncelikle uygulanacaktır.²⁷⁷

§.15. Tüketici Sözleşmeleri ve Tarafları

I. Tüketici İşlemi ve Tüketici Sözleşmeleri

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. maddesinin başlığı "*Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar*" şeklinde düzenlenmiştir. Madde başlığından ve içeriğinden anlaşılacağı üzere, 6502 sayılı kanunda haksız şartlarla ilgili hükümler sadece tüketici sözleşmelerinde uygulama alanı bulacaktır.²⁷⁸

²⁷⁵ Altay, a.g.e, s. 2.

²⁷⁶Eren, a.g.e, s. 217; Akçaal, a.g.e, s. 52; Sirmen, a.g.e, s.

²⁷⁷Oğuzman/Öz, a.g.e, 165.

²⁷⁸Akçaal, a.g.e, s. 52.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun 3. maddesinin (1) bendinde tüketici işlemi, “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil 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, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem*” olarak tanımlanmıştır.

6502 sayılı kanunda müstakil olarak tüketici sözleşmeleri kavramı tanımlanmamış olsa da, tüketici işlemi kavramının tanımından tüketicilerin taraf olduğu sözleşmelerin tamamının tüketici sözleşmesi olacağı anlaşılmaktadır.²⁷⁹

Tüketici sözleşmelerinin ayırt edici belli başlı özellikleri bulunmaktadır. Tüketici sözleşmelerinin temel özelliklerinden birisi tüketiciye, bir mal veya hizmetin sunulmasının amaçlanmasıdır. Mal veya hizmet karşılığında ise tüketicinin de parayla ölçülebilir bir değeri sözleşmenin karşı tarafına vermesi gerekmektedir. Açıkladığımız bu özelliğe göre ancak ivazlı sunulan mal veya hizmetler tüketici sözleşmelerinin konusu olabilecektir. Dolayısıyla bağış sözleşmeleri tüketici sözleşmelerinin konusu oluşturmayacaktır.²⁸⁰

Tüketici sözleşmelerinin nitelendirmesinde sözleşmenin çeşidi ve niteliği bir önem taşımayacaktır. Nitekim 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun 2. maddesi, kanun kapsamının her türlü tüketici işlemi ve tüketiciye yönelik uygulamayı kapsadığı belirtmesi de tüketicinin içinde bulunduğu hukuki işlemin niteliğinin ve çeşidinin hukuki işlemin kanun kapsamına girmesini engellemeyeceğini düzenlemektedir.²⁸¹

Tüketici sözleşmelerinde, tüketici tarafın mal veya hizmeti özel kullanımı için alması şarttır. Buradaki özel kullanımı ticari veya mesleki olmayan kullanım olarak anlamak doğru olacaktır.²⁸²

²⁷⁹ Altay, a.g.e, s. 18.

²⁸⁰ Zevkliler/Aydoğdu, a.g.e, s. 73.

²⁸¹ Zevkliler/Aydoğdu, a.g.e, s. 74.

²⁸² Zevkliler/Aydoğdu, a.g.e, s. 77.

6502 sayılı yasanın 2. maddesinde ise, kanun hükümlerinin her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsayacağı düzenlenmiştir. Bu genel hükümle birlikte haksız sözleşme şartlarını düzenleyen 5. maddede, haksız sözleşme şartlarının uygulanacağı sözleşmeler bakımından bir sınır konulmamıştır. Her iki kanun hükmü birlikte değerlendirildiğinde, haksız sözleşme şartlarına ilişkin hükümlerin tüketici ile yapılan tüm sözleşmelere uygulanacağını çıkarmaktayız.

II. Tüketici Sözleşmelerinin Tarafları

A. Tüketici

19. yüzyılda sanayi devriminden sonra seri üretim ile birlikte üretimde ortaya çıkan üretimdeki artışa bağlı olarak tüketim alışkanlıkları da değişmeye başlamıştır. Önceleri yalnızca zorunlu ihtiyaçları için tüketim faaliyetinde bulunan bireyler, seri üretimin getirdiği bollukla lüks ihtiyaçları için de tüketim faaliyetinde bulunmaya başlamışlardır. “*Tüketim toplumu*” kavramını oluşturan bu dönüm noktasından sonra, önceleri “alıcı” olarak adlandırılan sözleşme tarafı “tüketici” olarak adlandırılmaya başlanmıştır.²⁸³

Tüketici ve tüketim kavramları esasında iktisadi terimler olarak ortaya çıkmışlardır. Tüketim kavramı iktisatta, ekonomik sürecin son safhasını tanımlamaktadır. Türkçe’de anlamı, kullanarak, harcayarak yok etmek, sonunu getirmek, bitirmek olan tüketmek fiilinden türetilmiş olan tüketim kelimesi de üretilen şeylerin kullanılarak yok edilmesini tanımlamaktadır.²⁸⁴

İktisat biliminde tüketici ise, mal ve hizmetlerin başka mal ve hizmetlerin üretimi için değil de, tamamen kişisel veya ailesel gereksinimleri için kullanan veya tüketen kişi şeklinde tanımlanmaktadır.²⁸⁵

²⁸³ Altay, a.g.e, s. 27; Baykan, a.g.e, s. 17.

²⁸⁴ Baykan, a.g.e, s. 30.

²⁸⁵ Baykan, a.g.e, s. 30.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun 3. maddesinin (k) bendinde tüketici kavramı, bir girişimci ile sözleşme yapan ve sözleşmeyi kişisel ihtiyaçları için kişiyi ifade eder. Tüketici kavramının tanımlanmasında belirgin özellik, kişisel ihtiyaçları gidermek amacıyla, özel amaçlarla ivaz karşılığı bir mal veya hizmeti satın almaktır. Yani tüketici malı nihai olarak almaktadır. Belirli hukuki ilişkilerde sözleşmenin bir tarafının güçsüz olduğu kabul edilen ve korunmaya ihtiyacı olduğu belirtilen kişiler arasında tüketicilerin de bulunduğu ortak kanıdır.²⁸⁶

6502 sayılı kanunda yapılan tanım, içerik itibariyle herhangi bir ayrıma yer vermemiştir. Tanıma göre, yaş, meslek, sözleşme konusu gibi farklılıklar tüketici kavramı içeriğini etkilemeyecektir. Sözleşmede müteşebbis ile şahsi menfaati için işlem yapan sözleşme tarafı, geri kalan özelliklerine bakılmaksızın tüketici sayılacaktır.²⁸⁷

Yargıtay'ın bazı kararlarında tüzel kişilerin işlemlerinin ticari sayılması gerektiği, bu nedenle tüketici kavramına yalnızca gerçek kişilerin dahil olacağı kabul edilmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 29/12/1997 tarihli²⁸⁸ kararında ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 11/10/2000 tarihli²⁸⁹ kararında limited ortaklık adına malzeme alınması durumunda ortaklığın tüketici sayılmayacağını hükme bağlanmıştır.²⁹⁰

Her ne kadar Yargıtay'ın bazı kararlarında tüzel kişilerin tüketici sayılmayacağı hükme bağlanmış ise de,²⁹¹ *ZEVKLİLER/AYDOĞDU*, “*ticaret şirketlerinin tüm işlemlerinin ticari olduğu, o nedenle tüketici sayılmayacakları*” görüşündedir. ²⁹² *POROY* daha da esnek davranarak “*tüketici sıfatıyla hareket eden*

²⁸⁶ Havutçu, a.g.e, s 19; Ersöz, a.g.e, s. 79; Altay, a.g.e, s. 29; Atasoy/Taşkın/Acar, a.g.e, s. 5

²⁸⁷ Altay, s. 30.

²⁸⁸Yargıtay 11. HD. T. 18/03/1996, E. 1997/8979, K. 1997/9841

²⁸⁹YHGK T. 11/10/2000, E. 2000/19-1255, K. 2000/1249

²⁹⁰ Çınar, a.g.e, s. 35.

²⁹¹ Altay, a.g.e, s. 32; Deryal, a.g.e, s. 44.

²⁹² Zevkliler/Aydoğdu, a.g.e, s. 80.

bir tüzel kişinin, dernek veya ticaret şirketi olsa dahi, tüzel kişinin tüketiciyi koruyucu hükümlerden yararlanacağı” görüşündedir. 293 Yine TAŞKIN da “gerçek kişi tüketicilerin yararlandıkları korumadan, sadece tüketim gayesi ile hareket eden bir ticaret şirketini mahrum etmek doğru olmayacaktır.” 294 diyerek POROY ile aynı görüşte olduğunu belirtmiştir.

B. Müteşebbis

Tüketici sözleşmelerinde, tüketicinin karşısında bulunan taraf müteşebbis tarafını oluşturmaktadır. 6502 sayılı kanunda müteşebbisin tanımı yer almamakla birlikte, kanunun 3. maddesinin (ı) bendinde sağlayıcı, (i) bendinde satıcı, (ğ) bendinde ise kredi veren tanımlanmıştır.

Kanunun 3. maddesinin (ı) bendine göre sağlayıcı, kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan, hizmet sunan adına veya hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişileri; (i) bendine göre satıcı, kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan, mal sunan adına veya hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişileri; (ğ) bendine göre kredi veren ise, mevzuatı gereği tüketicilere kredi vermeye yetkili olan gerçek veya tüzel kişiyi kapsamaktadır.²⁹⁵

Tanımlardan anlaşılacağı üzere, müteşebbis kavramının tüketici kavramından farklı olarak tüzel kişi olması mümkündür. Tüketici kavramından daha geniş olarak ticari işletmeler ile birlikte ticari işletme sayılmayan küçük meslek sahipleri, serbest meslek sahipleri, tarım işletmeleri müteşebbis sayılabilecektir.²⁹⁶

²⁹³ Reha Poroy, “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları”, **Arslanlı'nın Anısına Armağan**, İstanbul 1976, s. 524.

²⁹⁴ Mustafa Taşkın, “Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketicilik Vasfı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Ankara, 1997, s. 36; Atasoy/Taşkın/Acar, s. 7.

²⁹⁵ Altay, a.g.e, s. 40; Antalya, a.g.e. s. 293.

²⁹⁶ Zevkliler/Aydoğdu, a.g.e, s. 86; Sirmen, a.g.e, s. 111.

Gerçek kişilerin işlemlerinde müteşebbis konumunda yer almaları için mesleki veya ticari amaçla hareket etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla gerçek kişilerin ticari veya mesleki amaçla hareket edip etmedikleri araştırıldıktan sonra müteşebbis olup olmadığına karar verilir.²⁹⁷

Sözleşmede bir tarafın müteşebbis sayılabilmesi için tüketici ile ilgili açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, müteşebbis olan tarafın tüketiciye sunduğu mal veya hizmeti para ile ölçülebilen bir değer karşılığında sunması gerekmektedir. Yani ivazlı olarak yapılmayan sözleşmelerde bir tarafın müteşebbis sayılması mümkün değildir.²⁹⁸

§.16. Haksız Sözleşme Şartının Tanımı ve Genel İşlem Şartından Farkları

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, metninde genel işlem şartları kavramı yerine haksız sözleşme şartları kavramını kullanmıştır. Haksız sözleşme şartları kavramı, genel işlem şartları kavramını içinde barındırmakla beraber daha geniş bir anlam ifade etmektedir.

*Ersöz'e göre haksız sözleşme şartları; TKHK ve yönetmelik uyarınca haksız şart, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.*²⁹⁹

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun 5. maddesinin 1. fıkrasında haksız sözleşme şartları; *"Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır."* şeklinde tanımlanmıştır.

²⁹⁷ Çınar, a.g.e, s. 39.

²⁹⁸ Zevkliler/Aydoğdu, a.g.e, s. 86.

²⁹⁹Ersöz, a.g.e, s. 81.

Tanımlardan hareketle söylenebilir ki, genel işlem şartları ile haksız şartlar arasındaki belirgin fark, genel işlem şartlarının ileride birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanması zorunlu bir unsur iken haksız şartlarda birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanma unsuru yoktur. Münhasıran bir sözleşme için dahi hazırlanmış olsa, haksız şartın diğer unsurları bulunması durumunda yeterlidir.³⁰⁰

Haksız şartlar ile genel işlem şartları arasındaki bir diğer fark, sözleşmeye uygulanacak yaptırımlar konusundadır. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, Türk Borçlar Kanunu'nda yaptırım çeşidi olarak yazılmamış sayılma yaptırımı kullanıldığı halde, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde haksız şartların yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğu ifade edilmiştir.³⁰¹

Haksız şartlar ile genel işlem şartları arasındaki üçüncü fark, haksız şartlara ilişkin 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesi yalnızca sözleşmenin taraflarından birinin tüketici olduğu sözleşmelere uygulanabilirken, Türk Borçlar Kanunu'nda genel işlem şartlarına ilişkin yapılan düzenlemeler genel hüküm niteliğinde olduğundan geçerli bütün sözleşmelere uygulanabilirler.³⁰²

§.17. Haksız Sözleşme Şartlarının Unsurları

Haksız sözleşme şartları genel itibariyle, 6502 sayılı yasanın 5. maddesi etrafında şekillenmektedir. Madde gerekçesinde belirtildiği üzere, esasen 5. madde ile 05/04/1993 tarihli “*Sözleşmelerdeki Haksız Şartlara İlişkin 93/13/AET sayılı Avrupa Birliği Yönergesi*” iç hukukun bir parçası haline getirilmektedir.

6502 sayılı yasanın 5. maddesinin 1. fıkrasına göre haksız sözleşme şartı; “tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen” ve “dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhinde dengesizliğe neden olan” sözleşme şartları haksız şart olarak tanımlanmıştı. Tanımdan da anlaşılacağı üzere 6502 sayılı yasa

³⁰⁰Ersöz, a.g.e, s. 81; Baykan, a.g.e, s. 188; Antalya, a.g.e. s. 293.

³⁰¹Ersöz, a.g.e, s. 82.

³⁰²Aydoğdu, a.g.e, s. 169.

Türk Borçlar Kanununda düzenlenen genel işlem şartından daha geniş tanımlanmıştır. Genel işlem şartında yer alan, önceden hazırlanma şartı ile çok sayıda sözleşmede kullanıma şartı tanımdan çıkarılmıştır ve sadece tüketici ile müzakere edilip edilmediği, tüketici aleyhinde dengesizliğe neden olup olmadığı kriter olarak belirlenmiştir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un haksız sözleşme şartlarına ilişkin tanım metni yorumlandığında, kendisinden de bekleneceği gibi daha tüketici lehine hükümler içerdiği söylenebilecektir.

Haksız şartları tanımlayan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun 5. maddesinde, haksız şartlarla ilgili olarak "sözleşmeye dahil edilen" kavramı kullandığı görülmektedir. Genel işlem şartlarını tanımlayan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinin 1. fıkrasında genel işlem şartları ile ilgili olarak "düzenleyenin tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu" ibaresinin kullanıldığı görülmektedir. Genel işlem şartları başlığı altında açıklandığı üzere, sözleşme hazırlayan taraf, faaliyet kolunu önceden belirlediği ve alanında uzman kişilere sözleşmeyi hazırlatabileceği, çoğu zaman da sözleşme hükümlerinin sözleşmeyi sunan tarafça bizzat hazırlanmadığı göz önüne alındığında haksız şartları tanımlayan 5. maddedeki "sözleşmeye dahil edilen" ibaresinin uygulama ve kanunun ruhu ile daha uyumlu olduğu anlaşılacaktır.³⁰³

6502 sayılı TKHK'nın 5. maddesi hükmünden, bir sözleşme şartının haksız olduğunun kabul edilebilmesi için şu üç şartın gerçekleşmesinin gerektiği anlaşılmaktadır;

-Sözleşme şartının tüketici ile müzakere edilmemesi,

-Tarafların hak ve yükümlülüklerinde tüketici aleyhinde bir dengesizlik bulunması,

-Tüketici aleyhine sözleşmede yer alan dengesizliğin dürüstlük kuralına aykırı olması.

Bu üç şartın ancak birlikte gerçekleşmesi durumunda haksız sözleşme şartından bahsedilebilecektir. Örneğin, sözleşmeye tüketici ile müzakere edilerek

³⁰³Altay, a.g.e, s. 53.

konulan bir şart, tüketici aleyhine dengesizlik oluştursa bile haksız şart olarak kabul edilmeyecektir.³⁰⁴

I. Tüketici İle Müzakere Edilmemesi

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. maddesinden hareketle, sözleşmede yer alan bir hükmün haksız şart sayılabilmesi için öncelikli koşul, hükmün tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulmuş olması gerektiğidir. Dolayısıyla sözleşme hükmü müzakere edildiği oranda denetim dışında bırakılacaktır.³⁰⁵

Tüketiciler her ne kadar kendi özel amaçları için bir takım hukuki işlemlere girmekte ise de, genelde tüketiciler piyasa şartları hakkında yeterli bilgi ve deneyime sahip olmazlar. Genelde tüketiciler satın alınan mal veya hizmetin fiyatı ve kalitesi ile yani, sözleşmenin esaslı unsurları ile ilgilendikleri için imzaladıkları sözleşmede yer alan genel işlem şartlarını okumayı ihmal ederler. Hali hazırda bu sözleşme içeriklerini okuyup değerlendirecek piyasa bilgisine ve tecrübeye de sahip değildirler. Bu nedenle kanun koyucu sözleşmenin zayıf konumunda bulunan tüketicilerin müzakere edilmeden sözleşmeye konulan genel işlem şartlarına karşı korunması amaçlanmıştır.³⁰⁶

Haksız şartın unsurlarından sayılan haksız şartın müzakere edilmemesi şartının anlaşılabilmesi için müzakere etmek deyiminden ne anlaşıldığının belirlenmesi gerekmektedir. Müzakere etmek deyiminden, haksız şartın tüketici tarafından öğrenilmesinden daha ileri bir bilgi sahibi olmayı anlamak gerecektir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem şartları için aradığı 21. maddenin 1. fıkrasında belirtilen "*tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkanı sağlamasına*" şartından farklı olarak, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun tüketici ile müzakere etme şartını

³⁰⁴ Aslan, a.g.e, s. 315.

³⁰⁵ Altay, a.g.e, s. 74; İnal, a.g.e, s. 218.

³⁰⁶ Havutçu, a.g.e, s. 20.

getirmiştir. Kanunun isminde belirtildiği üzere tüketicilerin korunması için hazırlanan kanunun ruhuna uygun olarak tüketici lehine şartlar sıkılaştırılmıştır. Bu durumda tüketicinin sözleşme şartını müzakere ettiğinde, sözleşme şartını değiştirebileceğini bilmeli ve müteşebbisin değiştirme niyeti bulunduğunu tüketiciye hissettirmesi gerekmektedir.³⁰⁷ GÜNAY ve UYGUR'un³⁰⁸ dediği ve 6098 sayılı TBK'nın 20. maddesinde belirtildiği gibi tüketicinin sözleşmeye "evet veya hayır" deme seçeneklerinin bulunduğu gibi "evet ama" deme seçeneğinin de bulunması gerekmektedir.³⁰⁹

5. maddede sözleşme hükmünün müzakere edilip edilmediği hususunda bir karine belirlenmiştir. Maddenin 3. fıkrasında, "Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketici ile müzakere edilmediği kabul edilir." hükmüyle müzakere edilip edilmediği hususundaki karineyi açıklamıştır. Karineye göre standart sözleşmedeki şartların tüketici ile müzakere edilmediği düşünülebilir.³¹⁰

3. fıkranın devamında "Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür." düzenlemesi ile bir sözleşme hükmünün müzakere edilip edilmediği hususundaki ispat yükünü sözleşmeyi düzenleyen tarafa yüklemiştir. Kanunun ruhuna uygun şekilde, genelde ekonomik ve uzmanlaşma olarak güçlü olan sözleşmeyi düzenleyen taraf aleyhine bir düzenleme içeren bu hüküm, zayıf olan tüketici tarafını korumayı amaçlamaktadır.³¹¹

Sözleşme hükmünün müzakere edilip edilmediği konusunda düzenlenen karinenin, standart sözleşme ile ilişkilendirildiği anlaşılmaktadır. Peki sözleşmenin bir bütün olarak değerlendirilmesinde, sözleşmenin standart sözleşme olduğu kabul

³⁰⁷Altay, a.g.e, s. 75; Akipek Öcal, a.g.e, s. 333.

³⁰⁸Günay, a.g.e, s. 140.

³⁰⁹Yavuz, a.g.e, s. 270.

³¹⁰Altay, a.g.e, s. 75.

³¹¹ Akipek Öcal, a.g.e, s. 334.

sonucuna varılırsa ve sözleşmedeki bir hükmün müzakere edilmiş olması durumunda haksız şart hükümlerinin uygulanması nasıl olacaktır? 5. maddenin 3. fıkrasının son cümlesi bu hususu düzenlemektedir. Son cümlede; *“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.”* denilmektedir.

Son cümle hükmü ile standart sözleşmelere, haksız şart hükümlerinin uygulanması hususunda bir istisna tanınmıştır. Bu istisna standart sözleşme hükümlerinin taraflarca müzakere edilmesidir. Kanun hükmü her ne kadar müzakere edilen koşullar yönünden istisna tanımakta ise de, tanınan istisna müzakere edilen hükümler ile sınırlıdır. Standart sözleşmenin müzakere edilmeyen koşulları hakkında, haksız şart hükümleri uygulanmaya devam edecektir.³¹²

Sözleşme hükümlerinin müzakere edilip edilmediği sözleşmenin bir bütün olarak değerlendirilmesi ile anlaşılacaktır. Sözleşmenin bir bütün olarak değerlendirilmesi neticesinde, sözleşmenin tüketici ile müzakere edildiğinin anlaşılmasına rağmen sözleşmenin bir veya birkaç hükmünün müzakere edilmemesi durumunda sözleşmenin müzakere edilmeyen kısmına haksız şartlara ilişkin hükümler uygulanacaktır.³¹³

Her ne kadar yukarıda değinildiği üzere, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre, genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin sözleşmelere uygulanabilmesi için sözleşmelerin ileride birden fazla kişi ile yapılması amacıyla düzenlenmesi gerektiği anlaşılmakta ise de, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. maddesi kapsamında, tüketicinin sözleşme içeriğine müdahale edememesi haksız şartlara ilişkin hükümlerin sözleşmelere uygulanabilmesi için yeterli olduğundan, standart sözleşmelerin birden fazla kişi ile yapılıp yapılmadığının bir önemi yoktur. Böylelikle genel işlem şartlarından farklı olarak, haksız şartlara ilişkin hükümlerin bireysel sözleşmelere de uygulanabilmesinin önü açılmıştır.

³¹² Akipek Öcal, a.g.e, s. 334.

³¹³ İnal, a.g.e, s. 218.

Her ne kadar sözleşmenin önceden hazırlanması durumunda haksız sözleşme şartına ilişkin hükümlerin uygulanacağı kanunda düzenlenmekte ise de, sözleşme hükümlerinin önceden hazırlanmamasına rağmen tüketicinin sözleşme içeriğine etki edememesi durumunda haksız şart kapsamında olan hükümlerin ne olacağı konusu 5. maddede düzenlenmemiştir. Kanaatimce, 5. maddenin 3. fıkrasında, sözleşme şartının önceden hazırlanması ve standart sözleşmede yer alması sebebiyle tüketicinin sözleşme koşuluna etki edememesi, sözleşme koşulunun taraflarca müzakere edilmediği yönünde karine oluşturacağını açıkça düzenlenmiştir. Madde metninde sözleşme koşulunun önceden hazırlanması, maddenin lafzı itibarıyla koşulun müzakere edilmediği karinesinin bir unsuru haline getirilmiştir. Bu nedenle önceden hazırlanmamak kaydıyla, sözleşmenin düzenlenmesi sırasında sözleşmeye eklenen koşullar, tüketici aleyhine dürüstlük kurallarına aykırı olarak oransızlık oluştursa bile, sözleşme koşulu hakkında haksız şartlara ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.³¹⁴

II. Tarafların Hak ve Yükümlülüklerinde Tüketici Aleyhinde Bir Dengesizlik Bulunması

Sözleşmede yer alan bir şart, sadece tüketici ile müzakere edilmediği için haksız şart sayılamayacaktır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. maddesinde haksız sözleşme şartlarının tanımında, bir sözleşme hükmünün haksız şart sayılabilmesi için tarafların hak ve yükümlülüklerinde tüketici aleyhinde dengesizliğe neden olması şart koşulmuştur. Bu nedenle tüketici lehine olan bir şart haksız şart sayılamayacaktır.³¹⁵

Metinde yer alan dengesizlik kavramı, ekonomik yönü ağır basan bir kavramdır. Sözleşmede tüketici aleyhine dengesizlik olup olmadığını sözleşmede yer alan kaydın, müstakil olarak değerlendirilmesi ile tespit etmek yerinde olmayacaktır. Sözleşmenin tüketici aleyhine bir dengesizlik oluşturup oluşturmadığı, sözleşmenin tarafları arasındaki güç dengesi, tüketicinin sözleşme kayıtlarına rıza gösterirken etki

³¹⁴ Çınar, a.g.e, s. 24.

³¹⁵ Çınar, a.g.e, s. 29; Altay, a.g.e, s. 78.

altında kalıp kalmadığı gibi hususlar değerlendirilerek belirlenecektir. Örneğin, büyük bir ticari işletme ile tüketicinin sözleşmesindeki haksız şartlar daha sıkı denetlenecektir. ³¹⁶

Dengesizlik kavramı değerlendirilirken, sözleşme şartlarının sözleşmenin bütünü gözönüne alınarak değerlendirilmelidir. Müstakil olarak bir sözleşme şartının, sözleşmenin kalanı dışında değerlendirmeye almak hatalı sonuçlar doğurabilecektir. ³¹⁷

Burada tüketici aleyhine var olan dengesizliğin doğru olarak irdelenmesi çok önemlidir. Tüketicinin korunması bakımından dengesizlik kavramı edimler arasındaki dengesizliği ifade etmez. Kanunun amacı sözleşme şartlarından doğan dengesizlik ile mücadele etmektir. Edim ile fiyat arasındaki dengesizlik haksız sözleşme şartı denetiminin konusu değildir. Kar etme amacı taşıyan ticari hayatın doğası gereği edim ile fiyat arasında bir dengesizlik bulunması doğaldır. ³¹⁸

III. Tüketici Aleyhine Sözleşmede Yer Alan Dengesizliğin Dürüstlük Kuralına Aykırı Olması

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, hükmün dürüstlük kuralına aykırı olmasını genel işlem şartının unsurlarından biri olarak saymamış olsa da 25. maddede genel işlem şartlarına, dürüstlük kuralına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağını hükme bağlamıştır. Böylece her iki kanun arasında paralellik sağlanmıştır. ³¹⁹

Ticari hayatın doğal bir sonucu olarak işletmelerin kar etme amacı olmakla birlikte, müteşebbislerin aşırı kar etmeleri veya tüketicilerin hakların iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacak düzeyde sınırlandırılmasının önlenmesi bakımından

³¹⁶ Çınar, a.g.e, s. 29.

³¹⁷ Altay, a.g.e, s. 78.

³¹⁸ Baykan, a.g.e, s. 189.

³¹⁹ Çınar, a.g.e, s. 29.

kanun koyucu tüketicileri koruyucu bir madde kaleme almıştır. Tabi ki sözleşmede yer alan edimlerin bire bir denk olması beklenemez ancak, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun 5. maddesinin 7. fıkrası gerekçesinde belirtildiği üzere serbest piyasa ekonomilerinde edimler arasında denge “*piyasa adaleti*” ile sağlansa da “*sayıdamlık ilkesine*” aykırı davranışların önlenmesi amaçlanmaktadır.

320

IV. Haksız Şartların Unsurlarının Değerlendirilmesinde Belirlenen Kriterler

Haksız şartların sayılan üç unsurunun tespiti bakımından 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; “*Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir.*”

V. Yönetmelik Kapsamında Sayılan Haksız Şart Örnekleri

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun 5. maddesinin 9. fıkrasında; “*...sınırlayıcı olmamak üzere haksız şart olduğu kabul edilen sözleşme şartları yönetmelikle belirlenir.*” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm doğrultusunda Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in ekinde sınırlayıcı olmayacak şekilde ve örnek olarak haksız şartlar sayılmıştır.³²¹

Yönetmelikte sayılan haksız şartlardan bazıları şunlardır;

- *Sözleşmeyi düzenleyen bir fiili veya ihmali nedeniyle, tüketicinin vücut bütünlüğünün veya maddi varlığının zarara uğraması halinde sözleşmeyi düzenleyen yasal sorumluluğunu sınırlayan şartlar;*

³²⁰ Altay, a.g.e, s. 79.

³²¹ Altay, a.g.e, s. 80; Baykan, a.g.e, s. 195; İnal, a.g.e, s. 219; Sirmen, a.g.e, s. 121.

- Sözleşmeyi düzenleyenin, sadece kendisi tarafından belirlenen koşullarda edimini ifa edeceği, buna karşılık tüketicinin herhalde ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar,
- Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketicinin, orantısız biçimde yüksek bir tazminat ödemesini gerektiren şartlar,
- Sözleşmeyi düzenleyenin sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı olarak değiştirmesine imkan veren şartlar,
- Sözleşmeyi düzenleyenin yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmesini zorunlu kılan şartlar,
- Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, geri dönülemez bir şekilde kabul ettiğini öngören şartlar.

Yönetmelikte sayılan bu haksız şart örneklerinin sınırlayıcı olmadığına ve örnek kabiline sıralandığına yukarıda değinmiştik. Yönetmelikte sayılan haksız şart örneklerinin yanı sıra Yargıtay kararları ile belirlenen bir takım haksız şartlar da mevcuttur. Örneğin, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 02/07/2010 tarihli³²² kararında tüketici aleyhine tek taraflı kararlaştırılan cezai şartın³²³, 04/02/2010 tarihli³²⁴ kararında kredi kartı üyelik yenileme ücretinin³²⁵ haksız şart olacağı belirtilmiştir.

§.18. Haksız Sözleşme Şartının İçerik Denetimi

Sözleşmelerde genel işlem şartlarının sınırlandırılması hususu, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da "Sözleşmede Haksız Şartlar" başlığı altında düzenlenmiştir.

³²²Yargıtay 13. HD. T. 02/07/2010, E. 2009/10480, K. 2010/9823

³²³Altay, a.g.e, s. 80.

³²⁴Yargıtay 13. HD. T. 04/02/2010, E. 2009/15504, K. 2010/1253

³²⁵Altay, a.g.e, s. 81.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Türk Ticaret Kanunu içerisinde genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeler, Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemelere göre daha özel nitelikte olduğundan, ilgili kanunlar kapsamındaki sözleşmelere öncelikle bu kanunlardaki hükümlerin uygulanması gerekecektir. Ancak sözleşmelerde yer alan hususlar hakkında, sayılan kanunlarda bir düzenleme bulunmaması halinde, konu ile ilgili Türk Borçlar Kanunundaki hükümler uygulanacaktır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'unun 83/1 maddesinde kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı zaten düzenlenmiştir.³²⁶

Nitekim 6502 sayılı yasanın 5. maddesi ile haksız sözleşme koşullarına yönelik bir takım korunma yolları benimsenmiştir. Peki haksız sözleşme koşullarına yönelik korunma yolları hangi sözleşmeleri kapsayacaktır? Madde metninde *“tüketici aleyhinde dengesizlik yaratılması”* ile *“tüketiciyle akdedilen sözleşmelerden”* bahsedilmesi ve kanunun isminin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun olması göz önünde bulundurulduğunda, kanunda yer alan haksız sözleşme koşullarına karşı korunma yollarının sadece tüketici sözleşmelerine uygulanacağını kabul etmek gerekir.

Maddede sözleşmenin bir tarafının tüketici olması gerektiği hususu açıkça belirtilmekte iken, sözleşmenin diğer tarafı konusunda herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır. Örneğin tüketici kredisi sözleşmelerine bu korunma yolları uygulanacağı zaman, sözleşmenin karşı tarafının kamu veya özel hukuk tüzel kişisi olup olmaması da bir önem taşımaz. Nitekim maddenin 5. fıkrası ile de bu husus düzenlenmiştir. Mesela GSM operatörleri, belediyelerin su idareleri gibi kurumlar, 6502 sayılı yasanın 5. maddesinde belirtilen, korunma yolları ile muhatap olacaklardır.

6502 sayılı yasanın 5. maddesinin 7. fıkrasında, sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, asli edim yükümlülükleri arasındaki dengeye ve asli edimlerin sözleşmede yer alan değeri ile piyasa değeri edimleri arasındaki dengeye ilişkin değerlendirme yapılamayacağından bahsetmiştir. Bu hüküm ile açıkça, haksız sözleşme şartlarının denetimi ve değerlendirilmesi kapsamına, sözleşmeden doğan

³²⁶ Ersöz, a.g.e, s. 80; Aydoğdu, a.g.e, s. 169.

ana edimlerin karşılaştırılmasının girmeyeceği düzenlenmiştir. Örnek olarak, sözleşme şartlarının denetimi yapılırken, sözleşmedeki malın bedelinin fahiş olduğuna ilişkin bir değerlendirme yapılamaz. Ancak madde metninde, hükümlerin açık ve anlaşılır bir şekilde kaleme alındığında denetim dışında tutulacağı düzenlenmiştir. Buradan da anlaşılacağı üzere anlam belirsizliği olduğu takdirde bahsedilen hükümler de yine denetime tabi olabilecektir.³²⁷

I. Tüketicinin Korunması Meselesi

Tüketicinin korunması meselesi, modern çağın hukuk teorilerinin bir meselesi gibi algılanmakta ise de, hukuk tarihinin eski dönemlerinde de tüketicinin korunmasına yönelik düzenlemeler bulunmaktaydı. Örneğin, Fransa’da 1481 yılında çıkarılan bir fermana göre, süte su karıştıran satıcıların ağzına ölüm tehlikesi ortaya çıkana kadar, huni ile süt dökülmesi emredilmiştir.³²⁸ Osmanlı’da da loncalar vasıtasıyla tüketiciyi koruyucu bir takım uygulamalar yapılmaktaydı. Kötü malzeme kullanmak, haksız rekabette bulunmak gibi uygulanamalar yasaklanmış, ceza olarak damgalanmak, şehirden kovulmak, meydan dayağı gibi uygulamalar benimsenmiştir.

329

Modern hukuk bağlamında ise, tüketici korunması yönündeki ilk çabalar 1800’lü yıllarda Amerika’da başlamıştır. Ülkede sanayi devrimi öncesinde “*kusursuz sorumluluk*” ilkesinin benimsenmesi ile tüketici güvenliğinin temelleri atılmıştır. Özellikle 15 Mart 1962 tarihinde dönemin Amerika Birleşik Devletleri Başkanı John F. Kennedy’nin Temsilciler Meclisi’nde yaptığı konuşmasında “*Tüketici Hakları*” kavramını ilk defa kullanmasından sonra tüketicilerin korunması yönünde yasa çalışmaları yapılmaya başlanmıştır. 15 Mart tarihi hala “*Dünya Tüketici Hakları*” günü olarak kutlanmaktadır.³³⁰

³²⁷ Aslan, a.g.e, s. 311.

³²⁸ Baykan, a.g.e, s. 19.

³²⁹ Deryal, a.g.e, s. 13; Atasoy/Taşkın/Acar, a.g.e, s. 10; Emrah Cengiz, *Tüketicinin Korunması*, Ankara, Beta Yayınevi, 2007, s. 19; Göle, a.g.e, s. 7.

³³⁰ Cengiz, a.g.e, s. 3; Göle, a.g.e, s. 24.

Avrupa'daki tüketici koruma hareketlerinin 1947 yılında Danimarka Tüketiciler Konseyi'nin kurulması ile başladığı söylenebilir. Avrupa Topluluğu ilk kez sağlık ve güvenliğin korunması, ekonomik çıkarların korunması, aldığı kusurlu ürünün düzeltilmesi, tüketicinin bilgilendirilmesi ve eğitimi ile tüketicinin temsil edilmesi hakkı olmak üzere 1975 yılında beş temel tüketici hakkını kabul etmiş, 1985 yılında da Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda "Tüketicinin Korunması İlkeleri Rehberi" ile evrensel tüketici hakları belirlenmiştir.³³¹ Ülkemizde ise tüketicilerin korunması gerektiğine dair görüşler ilk defa 1970 yıllarında ortaya çıkmaya başlamıştır.³³²

Sözleşmeyi imzalayıp imzalamama ile özgürlüğü sınırlı olan, sözleşmenin konusu olan piyasa hakkında bilgisi görece zayıf durumda bulunan ve ekonomik olarak daha güçsüz olan tüketicinin zayıflıklarından yararlanarak yasalar ile lehine yapılan düzenlemeleri ortadan kaldıran haksız şartlar mevcut olabilir. Hakkındaki lehe düzenlemelerden mahrum kalan tüketici, bu haliyle istismar edilmeye mahkum duruma gelmektedir. Sözleşme özgürlüğü prensibinin saf haliyle uygulanması, piyasada olan güveni böylelikle ortadan kaldıracaktır. Ayrıca genel işlem şartlarında sözleşme sunulan tarafın güçsüz olma nedenleri başlığında sıraladığımız nedenler ve reklam baskısı ile tüketicilerin rasyonel kararlar yerine duygusal karar verdikleri gözlemlenmiştir. Öyle ki, gerçek ihtiyaçların karşılanması amacı yerini tüketme ihtiyacına bırakmaya başlamıştır.³³³

Piyasa güveninin sarsılmaması için tüketicilerin harcama ve işlemlerinde daha bilinçli davranmaları, müteşebbisler karşısında makul işlemler yapmaları ve rasyonel kararlar alabilmeleri için adeta tekel konumuna gelen üreticilere karşı örgütlü bir şekilde yapılanmaları gibi çalışmalar tüketicinin korunması çabalarının bir ürünüdür. Zira rekabetin olmadığı piyasalarda keyfi fiyatlandırmalar, kalite dayatmaları gibi uygulamalar sıklıkla gözlemlenmektedir.³³⁴

³³¹Deryal, a.g.e, s. 16; Cengiz, a.g.e, s. 13; Göle, a.g.e, s. 25; Zevkliler/Aydoğdu, a.g.e, s. 40.

³³²Cengiz, a.g.e, s. 23; Göle, a.g.e, s. 26.

³³³Altay, a.g.e, s. 128; Deryal, a.g.e, s. 14; Baykan, a.g.e, s. 18; Atasoy/Taşkın/Acar, a.g.e, s. 13; Akipek Öcal, a.g.e, s. 332.

³³⁴Altay, a.g.e, s. 43; Baykan, a.g.e, s. 18.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 48. maddesinde sözleşme özgürlüğü temel hak ve hürriyetlerden sayılmakta ise de, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "Sosyal Devlet" ilkesinin özel bir görünümü olarak, Anayasa'nın 172. maddesi "Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder." şeklinde bir düzenlemeye sahiptir.³³⁵ Anayasa hükmünden anlaşılacağı gibi, tüketicilerin korunması için gerekli tedbirlerin alınmasını devlet bir ödev olarak yüklenmiştir. Böylelikle Cumhuriyet tarihinde ilk defa tüketicinin korunması meselesi Anayasa hükmü haline gelmiş olmaktadır.³³⁶

Anayasa ile devlete yüklenen bu ödev karşısında, haksız şartları içinde barındıran standart sözleşmeler, sözleşmenin yan edimleri düzenleyen haksız şartlar karşısında zayıf duruma düşmektedir. Sözleşme adaletinin temelinden sarsıldığı ve taraflar arasında tam bir eşitliğin bulunmadığı sözleşmelerde tüketicilerin korunması gerektiği açıktır.³³⁷

6502 sayılı yasada, haksız sözleşme şartları ile birlikte, sözleşme özgürlüğü ilkesinin de zarar gördüğü ve sözleşme özgürlüğünün tüketici aleyhine bozulduğu kabul edilmektedir. İşte bozulan bu dengeyi hukukun düzeltilmesi ve doğabilecek zararlara karşı tüketiciyi koruması gerekmektedir. Tüketici lehine getirilen koruma yollarıyla tüketici aşırı fiyatlar, haksız rekabet koşulları ile bozuk ve tehlikeli mallar gibi sakıncalı durumlardan korunmaktadırlar.³³⁸ Nitekim Anayasa'nın 171. maddesinde "*Devlet, milli ekonominin yararlarını dikkate alarak, öncelikle üretimin artırılmasını ve tüketicinin korunmasını amaçlayan kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayacak tedbirleri alır.*" hükmü ile de tüketicinin korunmasına yönelik tedbirlerin alınmasını devlete bir borç olarak yüklemiştir. Yine 167. maddesinde "*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak*

³³⁵ Altay, a.g.e, s. 44; Deryal, a.g.e, s. 16; Göle, a.g.e, s. 27; Zevkliler/Aydoğdu, a.g.e, s. 32; Oğuz, a.g.e, s. 3.

³³⁶ Atasoy/Taşkın/Acar, a.g.e, s. 16; Cengiz, a.g.e, s. 25.

³³⁷ Altay, a.g.e, s. 128; Zevkliler/Aydoğdu, a.g.e, s. 40.

³³⁸ Atasoy/Taşkın/Acar, a.g.e, s. 14.

tekelleşme kartelleşmeyi önler.” hükmüyle tüketicinin fahiş fiyatlara ve haksız rekabete karşı korunmasının önemini vurgulamıştır.

Her ne kadar yasalarla yapılan genel düzenlemelerde, klasik sözleşme teorisinin temelini oluşturan sözleşme özgürlüğü prensibi esas alınmakta ise de, tamamlayıcı ve düzenleyici hükümlerin aksinin sözleşme ile kararlaştırılması mümkündür. Sözleşmelerde yer alacak haksız şartlar ile tamamlayıcı ve düzenleyici yasa hükümlerinin aksinin kararlaştırılması durumunda, tüketici tarafın yasalar ile getirilen korumalardan yararlanması durumu ortadan kalkmaktadır.³³⁹

Tüm bu sayılan tüketici aleyhine olan durumlara rağmen, haksız şartların günlük yaşantıdan çıkarılması mümkün değildir. Hukuki işlemlerin sayıca fazlalığı, modern yaşamın getirdiği hız ile birlikte haksız şartlar yaşamın vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiştir. Her ne kadar haksız şartları yaşamdan çıkarmak mümkün olmasa bile, tüketicinin haksız şartlara karşı korunması mümkündür. Örneğin, tüketicilerin belli bir mal veya hizmeti satın alma kararını etkilemeye çalışan reklamların aldatıcı olmaması sağlayarak³⁴⁰ tüketiciler haksız şartlara karşı korunabilme imkanına kavuşacaktır. Dolayısıyla haksız şartlara karşı, tüketicinin korunmasına yönelik hükümlerin düzenlenmesi gerektiği açıktır.³⁴¹

II. Haksız Şartların İçerik Denetimi

Haksız şartların içerik denetiminin konusu, tarafların menfaatlerinin adil bir biçimde dengelenip dengelenmediği hususudur. Dolayısıyla içerik denetiminde hakim sözleşmeye müdahale etmektedir.³⁴²

Yukarıda haksız sözleşme şartlarının unsurlarına ayrıntılı olarak değindik. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 5. maddesinin 2. fıkrası, haksız sözleşme şartlarının denetimini hükme bağlamış bulunmaktadır. Maddeye

³³⁹ Havutçu, a.g.e, s. 39.

³⁴⁰Göle, a.g.e, s. 1.

³⁴¹ Havutçu, a.g.e, s. 39; Sirmen, a.g.e, s. 112.

³⁴²Altay, a.g.e, s. 129.

göre; “Tüketici ile akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür.”

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 20 vd. maddelerinde yazılmamış sayılma yaptırımını düzenlenmekte iken, 6502 sayılı kanun haksız şartlar bakımından böyle bir yaptırım öngörmemiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 25. maddesinde yer alan içerik denetimine ilişkin hüküm, 6502 sayılı kanun tarafından da benimsenmek suretiyle ve açıkça yaptırımını belirlenerek 6502 sayılı yasanın 5. maddesinde yer almıştır.

III. Haksız Şartların İçerik Denetiminin Hukuki Sonuçları

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu’nun 5. maddesine göre, haksız şartlar kesin hükümsüzlük yaptırımını ile karşı karşıya kalacaktır. Kanunda kesin hükümsüzlük olarak ifade edilen yaptırım aslında, hukukumuzda butlan yaptırımını olarak isimlendirilen yaptırım türüdür.

Genel işlem şartlarına ilişkin yaptırım türlerini incelediğimiz bölümde butlan yaptırımını ile ilgili olarak kısaca değindiğimiz hususlar kapsamında değerlendirileceği üzere, kesin hükümsüzlük halinde sözleşme hükmü ölü doğmuştur. Taraflarca hükmün geçersizliği her zaman ileri sürülebileceği gibi, hakim tarafından da resen göz önüne alınması gerecektir.

6502 sayılı yasada haksız şartların kesin hükümsüz sayılması halinde, hukuki sonuçlarının ne olacağı ayrıca düzenlenmiştir. Yasaya göre kesin hükümsüz sayılan haksız şartlar dışındaki hükümler geçerliliklerini aynen koruyacaklardır.

Yasanın 5. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesinde kanun, tüketicileri koruyucu bir hüküm benimsemiştir. Türk Borçlar hukukunda bazı durumlarda sözleşmenin tarafları sözleşmedeki bazı hükümlerin bulunmaması durumunda sözleşmeyi yapmayacaklarını ileri sürerek haklı nedenle fesih hakkı elde etmektedirler.

6502 sayılı yasa kendisinden bekleneceği üzere tüketicileri korumak maksadıyla bir hüküm getirmektedir. Yasaya göre “...sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.” Böylelikle haksız şartlara ilişkin koruma yollarının kanunu dolanmak suretiyle berataraf edilmesinin önüne geçilmiş olmaktadır.

§.19. Haksız Sözleşme Şartlarının Yorum Yoluyla Denetimi

Genel işlem şartlarının 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 23. maddesi kapsamında yorum yoluyla denetimine değinmiştik. 23. maddenin 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’daki karşılığı olarak, 23. madde ile paralel olarak 5. maddenin 4. fıkrasında; “Sözleşme şartlarının yazılı olması halinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi halinde; bu hüküm tüketici lehine yorumlanır.” hükmü düzenlenmiştir.

5. madde metninde sözleşme şartlarından bahsetmektedir. Bu nedenle yorum faaliyeti kapsamında hükümlerin değerlendirilebilmesi için sözleşme şartlarının yürürlük denetiminden geçmesi gerekmektedir.³⁴³

6502 sayılı Kanunu’nun 5. maddesinin 6. fıkrası doğrultusunda, haksız sözleşme şartlarının belirlenmesinde sözleşmenin kuruluş anındaki hükümler dikkate alınacağını söylemiştir. Aynı maddede düzenlenen yorum kurallarına ilişkin hükümler de bu doğrultuda sözleşmenin kuruluş anına göre uygulanacaktır. Yani hakim tarafların iradelerini sözleşmenin kuruluş anına göre belirleyecektir.³⁴⁴

Sözleşme hükümlerinin açık ve anlaşılır olmaması ile birden çok anlama gelmesi hususlarının nasıl değerlendirilmesi gerektiğini “Genel İşlem Şartlarının Sözleşmeyi Düzenleyen Aleyhine Yorumlama” başlığında incelemiştik. Genel İşlem şartlarının özel bir görünümü olan haksız şartlar bakımından da o başlığa atıf yapmakla yetiniyoruz.

³⁴³ Altay, a.g.e, s. 122.

³⁴⁴ Altay, a.g.e, s. 123.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 2. maddesi, bir sözleşmenin kurulabilmesi için sözleşme taraflarının en azından sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşmaları gerektiğini düzenlemiştir. İkinci derecedeki noktalar üzerinde bir anlaşma sağlanamaması durumunda hakim tarafından uyuşmazlığın çözüleceği hükme bağlanmıştır. Sözleşmenin esaslı noktalarının açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi halinde, yorum kuralları uygulanmayacak, sözleşmede gizli uyuşmazlık bulunduğu gerekçesi ile sözleşme geçersiz sayılabilecektir.³⁴⁵

³⁴⁵Altay, a.g.e, s. 127.

BEŞİNCİ BÖLÜM

6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA GENEL İŞLEM ŞARTLARI DENETİMİ YAPMAYA YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEMELER

§.20. Tüketici Mahkemeleri

I. Tüketici Mahkemelerinin Görevine Giren İşler

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68.maddesinde tüketici heyet heyetlerinin görev alanına giren işlerin parasal sınırları düzenlenmiştir. Maddede düzenlenen parasal sınırları olan 6.000 TL'yi aşan uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyetlerine başvurulamaz.³⁴⁶

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun 73. maddesinde tüketici mahkemelerinin görevleri belirlenmiştir. Maddeye göre; *“Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir.”* Kanunun 3. maddesinde ise tüketici işleminin tanımlandığı görülmektedir. Maddenin (1) bendine göre tüketici işlemi kapsamına tüketicilerin tarafı olduğu her türlü sözleşme ve hukuki işlemin girdiği düzenlenmektedir.

6502 sayılı yasanın getirdiği düzenlemeler değerlendirildiğinde, tüketicilerin tarafı olduğu sözleşmelerde bulunan haksız sözleşme şartları, yasanın 68. maddesinde düzenlenen parasal sınırı aştığında tüketici mahkemelerinin denetimine açık olacaktır.

³⁴⁶Mehmet Akif Tutumlu, *Tüketici Yargılaması Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2015, s. 143.

6502 sayılı yasanın 68. maddesinde düzenlenen parasal sınır, yasanın 68. maddesinin 4. fıkrasına göre her yıl yeniden değerlendirilme oranına göre arttırılacaktır. Bu nedenle tüketicinin sözleşmeyi yaptığı, sözleşmede uyuşmazlığın çıktığı ve tüketicinin mahkemeye başvurduğu tarih arasında parasal sınır bakımından farklılık olması muhtemeldir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 28/11/1956 tarihli³⁴⁷ içtihadı birleştirme kararı bu sorunu çözme yolunda bir ışık tutmaktadır. Kararda “*Her davada açıldığı tarihte tesbit edilen vaziyet hükmü esas ittihaz olunması iktiza eylesine...*” denilerek her davada, davanın açıldığı tarihteki hal ve şartların esas alınması gerektiği hükme bağlanmıştır. ³⁴⁸

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararı doğrultusunda, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 22/06/2015 tarihli³⁴⁹ kararı ile tüketici mahkemelerinin görevine giren işlerdeki parasal sınırın, tüketicinin başvuru yaptığı tarihteki parasal sınıra göre belirleneceği hükme bağlanmıştır. Bizim de katıldığımız bu görüşe, tüketicinin ilgili uyuşmazlık için tüketici mahkemesine başvurduğu tarihte geçerli olan parasal sınır dikkate alınarak hakim, uyuşmazlığın mahkemenin görevine girip girmediğini tespit etmelidir.

Tüketici mahkemelerinin görevi kapsamındaki uyuşmazlıkların değerinin, kanunda belirtilen parasal sınırlar içerisinde olup olmadığının tespitinde asıl borca bağlı faiz gibi feri alacakların dahil edilip edilmeyeceği de tartışılması gerekmektedir. Hukuk mahkemelerinin görevlerini esas olarak düzenleyen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu hususta bir hüküm bulunmamaktadır. ³⁵⁰

Her ne kadar 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu feri alacakların uyuşmazlığın değerinin hesaplanmasında dikkate alınıp alınmayacağı hususunda bir düzenleme içermemekte ise de, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasında bu hususta bir düzenleme bulunmakta idi. Düzenlemeye göre feri alacaklar uyuşmazlığın değerinin hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır.

³⁴⁷YİBK T. 28/11/1956, E. 1956/15, K. 1956/15.

³⁴⁸Tutumlu, a.g.e, s. 143.

³⁴⁹Yargıtay 13. HD. T. 22/06/2015, E. 2015/8849, K. 2015/9108.

³⁵⁰Tutumlu, a.g.e, s. 145.

Düzenlemenin temel dayanağı, ferî alacakların asıl alacak olmadan tek başlarına bir hukuki varlıkları yoktur. Dolayısıyla asıl alacak gibi uyuşmazlığın değerinin hesabında görev alamazlar.³⁵¹

Tüketici mahkemelerinin görevi ile ilgili son olarak, mahkemenin görevinin niteliği hakkında kısaca değinmek gerekmektedir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesi dava şartlarını düzenlemektedir. Dava şartları sağlanmadan mahkemenin yargılama yapması ve uyuşmazlığı çözmesi mümkün değildir. Bu nedenle dava şartları öncelikle ele alınmalı ve halledilmeden yargılama başlanmamalıdır. Dava şartları davanın taraflarınca her zaman ileri sürülebileceği gibi hakim de dava şartlarını resen dikkate almakla mükelleftir. 6100 sayılı yasanın 114. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde mahkemenin görevinin dava şartlarından olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca kanununun 1. maddesinde de mahkemelerinin görevinin kamu düzeninden olduğu vurgulanmıştır. Bu nedenle tüketici mahkemesi hakimi, uyuşmazlığı mahkemenin görevine girip girmediği hususunda bir değerlendirme yapması ve dava şartlarının sağlanmadığının tespit edilmesi durumunda davayı görmemekle görevli olacaktır.³⁵²

II. Yetkili Tüketici Mahkemesinin Belirlenmesi

Hukuk mahkemelerinin yetkilerine ilişkin genel hükümler 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kanunun 5. maddesi diğer kanunlardaki yetkiye ilişkin özel hükümler ayrı tutulmak üzere, mahkemelerin yetkisinin kanundaki genel hükümlere tabi olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle 6502 sayılı kanunda yer alan yetkiye ilişkin hükümler saklı kalmak üzere tüketici mahkemelerinin yetkisi 6100 sayılı kanununun genel hükümlerine tabidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, mahkemenin görevine ilişkin parasal sınırların belirlenmesinde olduğu gibi yetkiye ilişkin şartlar da davanın açıldığı tarihteki şartlara göre belirlenir.³⁵³

³⁵¹Tutumlu, a.g.e, s. 146.

³⁵²Tutumlu, a.g.e, s. 146.

³⁵³Tutumlu, a.g.e, s. 337.

6100 sayılı yasanın 6 ve devamı maddeleri, hukuk mahkemelerinin yetkisine ilişkin genel esasları konu almaktadır. 6. maddeye göre hukuk mahkemelerinde genel yetkili mahkeme davalının davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. Sözleşmeden doğan davalarda ise 10. maddeye göre sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi seçimlik yetki olarak belirlenmiştir.³⁵⁴

6100 sayılı kanunda yer alan yetkiye ilişkin genel hükümler yanında, 6502 sayılı yasanın 73. maddesinin 5. fıkrası da yetkiye ilişkin seçimlik bir hak tanımıştır. Maddeye göre tüketici davaları, tüketicinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemelerinde açılabilir. Böylelikle her iki yasa hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, tüketicilerin haksız sözleşme şartlarına ilişkin davaları üç farklı seçimlik yetki hükmüne dayanarak açması mümkündür.

6100 sayılı kanunda yer alan yetkiye ilişkin genel hükümlere göre 6502 sayılı yasada yer alan hüküm özel hüküm niteliğinde bulunmaktadır. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 17/09/2014 tarihli³⁵⁵ kararı burada önemli bir hususu vurgulamaktadır. Karara göre, genel nitelikteki hükümler özel nitelikli hükümleri kaldırmayacaktır.³⁵⁶

Tüketici mahkemelerinin görevi incelenirken, mahkemelerin görevinin kamu düzeninden olduğu, bu nedenle mahkemelerin resen dikkate alacağını belirtmiştir. Mahkemelerin yetkisi ise kamu düzeninden değildir. Hali hazırda yetkiye ilişkin hükümler de taraflara seçimlik haklar tanımaktadır. Dolayısıyla tüketici mahkemeleri yetkiye ilişkin hususları kendiliğinden değerlendiremeyeceklerdir. Ancak taraflarca ileri sürülmesi durumunda mahkemece incelenecek ve karara bağlanacaktır.³⁵⁷

Son olarak yetkiye ilişkin 6100 sayılı yasanın 17. maddesi uyarınca tüketicilerin yetki sözleşmesi yapması mümkün değildir. Maddeye göre; *“Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler.”* madde

³⁵⁴Tutumlu, a.g.e, s. 337.

³⁵⁵Yargıtay 13. HD. T. 17/09/2014, E. 2014/28794, K. 2014/27242

³⁵⁶Tutumlu, a.g.e, s. 339.

³⁵⁷Tutumlu, a.g.e, s. 341.

metninde açıkça yetki sözleşmenin tarafları sınırlandırılmıştır. Sözleşmenin her iki tarafının da tacir veya kamu tüzel kişisi olması şarttır. Dolayısıyla tüketicileri bir yetki sözleşmenin tarafı olamayacaklardır ve yetki sözleşmesi ile haksız sözleşme şartlarına karşı dava açacakları mahkemeyi belirleyemeyeceklerdir.³⁵⁸

³⁵⁸Tutumlu, a.g.e, s. 339.

SONUÇ

İnsanlık tarihi kadar eski olan sözleşmeler tarihi, kısıtlı üretim olanakları ve insanlar arası iletişimin günümüz kadar yoğun olmaması nedeniyle trampa gibi basit sözleşmeler ile başlamış; zamanla artan insan ilişkileri, üretim olanaklarının gelişmesi, klasik sözleşmelerin çağın ihtiyaçlarını karşılayamaması nedeniyle sözleşmelerin şekil değiştirmesi ile sözleşmeler tarihi devam etmiştir.

İlkel devletler ile başlayan devletler tarihinde ise, önceleri devletler bireyler arasındaki sözleşmelere müdahil olmaktan kaçınmıştır. Ancak zamanla gelişen sözleşme türlerinde taraflar arasındaki dengenin bozulması ile sosyal devlet anlayışı çerçevesinde devletler kişiler arasındaki sözleşmelere müdahil olmaya başlamıştır. Ülkemizde de “Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Kötüye Kullanılabilir Kayıtlara İlişkin 1993 Tarihli Yönerge” doğrultusunda genel işlem şartlarının denetimine ilişkin düzenlemeler mevzuatta yapılmıştır.

Sözleşmeler teorisi iki temel altında incelenmektedir. Klasik sözleşme teorisinde, tarafların eşitliği prensibi esastır. Sözleşmenin tarafları, sözleşme koşullarını tam olarak ve karşılıklı müzakere etme imkanına sahiptir. Sözleşme özgürlüğü ve irade özgürlüğü ilkeleri tam olarak klasik sözleşme teorisinde yer almaktadır. Liberal ekonomilerin benimsediği klasik sözleşme teorisinde, akılcı olan insanın kendi menfaatine aykırı bir işlem yapmayacağı görüşü hakimdir. Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmelerin kurulması ile ilgili düzenlemesinde, sözleşmelerin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile düzenleneceğini öngörmesi klasik sözleşme teorisini benimsediği göstermektedir.

Sanayi devrimi sonrası üretim metodundaki değişimlere paralel olarak klasik sözleşme teorisi günün ihtiyaçlarını karşılayamaz hale gelmiş, modern sözleşme teorisi ortaya çıkmaya başlamıştır. Modern sözleşme teorisinde, gittikçe karmaşıklaşan ekonomik hayatta güçsüz bir hale gelen bireylerin mal veya hizmet

sunanlara karşı korunması görüşü hakimdir. Sözleşmelerin rasyonelleştirilip çağın hızına ayak uyduracak hale getirilmesi, bireylerin hukuki güvenliğini tehlikeye düşürmesi ile devletlerin bireyleri koruyucu tedbirler alması modern sözleşme teorisinin temel yaklaşımıdır.

Klasik sözleşme teorisi sözleşmeleri bireysel sözleşmeler olarak adlandırmakta iken, modern sözleşme teorisi standart sözleşmeler ile bireylerin sözleşme yaptığını benimsemektedir.

Teoride birden fazla isimle anılan standart sözleşmeler, tamamı veya bir kısmı genel işlem şartları ile oluşturulan sözleşmelerdir. Standart sözleşmeler ile bireysel sözleşmeler arasındaki temel fark sözleşme içeriğinin belirlenmesi usulünde ortaya çıkmaktadır. Bireysel sözleşmelerde taraflar bütün sözleşme şartlarını karşılıklı müzakere ile sözleşme şartlarını oluşturmakta iken, standart sözleşmelerde sözleşme tarafının birisi sözleşme içeriğinin tamamı veya bir kısmına etki edememektedir. Bu durum sözleşme tarafları arasında fiili bir eşitsizlik durumu meydana getirmektedir.

Standart sözleşmelerde taraflar arasındaki eşitsizliğin birden fazla nedeni bulunmaktadır. Genel olarak ekonomik güçsüzlük, bilgi ve tecrübe eksikliği, psikolojik üstünlük ve aldatıcı reklamlar başlıkları altında sözleşme tarafları arasındaki eşitsizlik nedenleri incelenebilmektedir.

Genel işlem şartları doktrinde farklı şekillerde tanımlanmakla birlikte genel olarak şu şekilde tanımlanabilir; genel işlem şartları sözleşme taraflarından birinin önceden tek taraflı olarak düzenlediği, sözleşme kurulurken karşı tarafa tartışma ve sözleşme içeriğine etki etme imkanı vermeksizin sunduğu, aynı türden birden fazla sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanan genel ve soyut hükümlerdir.

Genel işlem şartlarının hukuki niteliği hususunda teoride iki görüş bulunmaktadır. Bu görüşler objektif normlar görüşü ile sözleşme özgürlüğü görüşüdür. Objektif normlar görüşü genel olarak, genel işlem şartlarının genel, soyut ve herkesi bağlayıcı kurallar olduğu görüşünü benimsemektedir. Her ne kadar genel işlem şartları genel ve soyut nitelikte ise de, herkes için bağlayıcı hukuki normlar nasıl çıkarılacağı ve yürürlüğe gireceği önceden kanunla belirlendiği, herkes için bağlayıcı hukuk normlarının çıkarılması ve yürürlüğe girmesinin sıkı şekil şartlarına

bağlandığı göz önüne objektif normlar görüşünün günümüzde genel işlem şartlarının hukuki niteliği bakımından doğru bir teori olmadığı görülecektir.

Sözleşme özgürlüğü görüşü ise, genel işlem şartlarının tek başlarına bir anlam ifade etmediği, ancak sözleşme taraflarınca sözleşmeye dahil edildiklerinde genel işlem şartlarının bir anlam ifade edeceğini savunmaktadır. Türk hukukunda yer alan, sözleşmelerin ancak tarafların iradelerinin uyuşması ile kurulacağına dair düzenleme gözetildiğinde sözleşme özgürlüğü görüşünün Türk hukuku bakımından daha isabetli bir görüş olduğu ortaya çıkacaktır.

İrade özgürlüğünün sözleşmelere bir yansıması olan sözleşme özgürlüğü, liberal ekonomik modelin ortaya çıkması ile hukuk düzenlerince benimsenmekte ise de, sanayi devrimi sonrasında ortaya çıkan seri üretim modeli ile sözleşme tarafları arasında ortaya çıkan dengesizlik sözleşme özgürlüğü ilkesinin sarsılmasına neden oldu. Liberal ekonomilerin temelinde yer alan sözleşme özgürlüğü ilkesinin korunması için zamanla hukuk düzenleri sözleşmenin zayıf tarafını koruyucu bir tavır almaya başlamıştır.

Hukuk düzenlerinin sözleşmenin zayıf tarafını koruyucu bir tavır almalarına neden olan sebepler aslında genel işlem şartlarının sakıncalarını oluşturmaktadır. Genel işlem şartları, sözleşmenin yalnızca bir tarafınca hazırlanması nedeniyle sözleşmenin diğer tarafına dayatılmakta ve yalnızca sözleşmeyi kabul edip etmemekle sözleşme özgürlüğü sınırlandırılmaktadır. Tarafların müzakere etme imkanı ortadan kaldırılmaktadır.

Genel işlem şartları kullanan taraf, birden fazla kişi ile aynı sözleşmeyi yaparak uzmanlaşmakta, sözleşmeleri daha karmaşık ve anlaşılmaz hale getirmektedir. Ayrıca sözleşmeleri değiştirme yetkisi olmayan çalışanlar genelde sözleşme sunulan taraf ile muhatap edilerek müzakere imkanı tamamen ortadan kaldırılmaktadır.

Genel işlem şartlarının, genel işlem şartlarının kullanan taraf bakımından sakıncası ise, bireysel sözleşmeler bakımından denetim yapılamayacak sözleşme koşulları genel işlem şartları olarak denetime tabi olacaktır.

Her ne kadar genel işlem şartlarının sözleşme tarafları bakımından sakıncalar doğurmakta ise de, sözleşmelerin hızlandırılması, rasyonelleştirilmesi, sözleşmelerin hukuki öngörülebilirliği sağlanması ve genel işlem şartlarının sözleşmeleri tamamlayıcı özelliği ile sözleşmede eksiklik bulunma ihtimalini ortadan kaldırmaktadır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20-25. maddeleri arasında genel işlem şartlarının genel esasları düzenlenmektedir. Genel hükümlere baktığımızda öncelikle genel işlem şartlarının sözleşme içeriğine dahil edilmesi gerektiğini görmekteyiz. Genel işlem şartlarının sözleşme içeriğine dahil edilmesi, sözleşmelerin kurulmasına ilişkin genel hükümler çerçevesinde ele alınacaktır. Dolayısıyla genel işlem şartları, öneri ve kabul aşamaları ile sözleşme içeriğine dahil olacaktır.

Dünya hukuk uygulamalarına paralel olarak Türk hukuk sisteminde de, sözleşmenin zayıf tarafını koruyucu bir takım hükümlerin yer aldığını söylemiştik. 6098 sayılı TBK'nın 21. maddesi koruyucu düzenlemelere örnek olarak verilebilir. Madde içeriğine göre, sözleşme sunulan tarafın menfaatine aykırı genel işlem şartlarının sözleşme içeriğine dahil olabilmesi, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verilip, koşulların içeriğini öğrenme imkanının sağlanması ve sözleşme sunulan tarafça koşulların kabul edilmesine bağlıdır.

Genel işlem şartlarının bir kısmının sözleşme içeriğine dahil edilmesi, bir kısmının dahil edilmemesi halinde sözleşme akıbetinin ne olacağı hususu da ayrıca düzenlenmiştir. TBK'nın 22. maddesi açıkça, sözleşme hazırlayan tarafın koşulların sözleşme içeriğine dahil olmaması halinde sözleşme yapmaktan kaçınmasını yasaklamıştır.

Genel işlem şartları sözleşmenin bir tarafınca, karşı taraf ile müzakere etmeden, ileride yapılacak birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere, genel ve soyut olarak hazırlanmaktadır. Hal böyle iken genel işlem şartlarının denetlenmesi meselesi ortaya çıkmaktadır. Genel işlem şartlarının denetlenmesi bakımından genel işlem şartlarının geçersizliği hakkında, ahlaka aykırılık görüşü, gabin görüşü, anayasal ilkeler ve özellikle sosyal devlet ilkesine dayanan görüş ve objektif iyiniyete dayanan görüş olmak üzere dört görüş vardır.

6098 sayılı TBK genel işlem şartlarının denetimine yönelik bir takım denetim yolları benimsemiştir. Denetim yollarından birisi, genel işlem şartlarının yazılmamış sayılmasıdır. Yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği, doktrinde tartışmalı olsa da yokluk yaptırımına daha yakın olduğu görüşündeyiz. TBK'ya göre; karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem şartları, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem şartları ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine düzenleme yetkisi veren genel işlem şartları yazılmamış sayılacaktır.

Yukarıda genel işlem şartlarının yazılmamış sayılması halinde, sözleşmeyi düzenleyen tarafın sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesinin mümkün olmadığını belirtmiştik. Yazılmamış sayılan hükümlerin yeri ise, genel hükümler çerçevesinde tamamlayıcı hükümler veya örf ve adet veya hakim hukuk yaratması ile doldurulacaktır.

Genel işlem şartlarına yönelik getirilen bir diğer denetim yolu ise, genel işlem şartlarının sözleşmeyi düzenleyen aleyhine yorumlanmasıdır. TBK'ya göre, açık ve anlaşılır olmayan veya birden fazla anlama gelen hükümler sözleşmeyi sunan tarafın aleyhine yorumlanacaktır.

Genel işlem şartları içerik bakımından da denetime tabidir. İçerik denetiminde hakim, sözleşmenin taraflarının edimlerinin dengesine müdahale etmektedir. İçerik denetimi dürütslük kuralı ile de doğrudan bağlantılıdır.

Genel işlem şartlarının yürürlük denetimi ise, sözleşme şartlarının geçerli bir şekilde sözleşme içeriğine dahil edilip edilmemesi ile ilgilidir. Bu denetim yolunda sözleşmenin kurulmasına yönelik genel hükümler gözetilecektir.

Genel işlem şartlarının tüketici hukukundaki özel yansıması ise, haksız şartlardır. 6502 sayılı TKHK tüketici hukukundaki genel işlem şartları haksız şartlar olarak adlandırmıştır. Düzenlendiği kanun itibariyle haksız şartlara ilişkin hükümler ancak tüketici sözleşmelerinde uygulama alanı bulabilecektir.

Tüketici sözleşmesinin bir tarafında, tüketici sıfatında bir tarafın bulunması zorunludur. Sözleşmenin diğer tarafının niteliğinin sözleşmenin türü bakımından bir önemi yoktur. Tüketicinin sıfatının belirlenmesinde en önemli etken, sözleşme yapmasındaki saiktir. Tarafın sözleşmeyi özel ihtiyacı için yapması gerekmektedir.

Haksız sözleşme şartının, genel işlem şartlarından bazı farkları bulunmaktadır. Öncelikle haksız şartlar, genel işlem şartlarına göre daha geniş bir kavramı ifade etmektedir. Zira genel işlem şartlarının birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanması zorunlu bir unsur iken, haksız şartların birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanması zorunlu değildir.

Genel işlem şartları ile haksız şartlar arasında denetim yolları bakımından da bir fark bulunmaktadır. Genel işlem şartlarına ilişkin, yokluk yaptırımına yakın nitelikte yazılmamış sayılma yaptırımını uygulanmakta iken, haksız şartlara ilişkin yaptırımın kesin hükümsüzlük olduğu açıkça düzenlenmiştir.

Haksız şartların, sözleşme şartının tüketici ile müzakere edilmemesi, tarafların hak ve yükümlülüklerinde tüketici aleyhinde bir dengesizlik bulunması ve tüketici aleyhine sözleşmede yer alan dengesizliğin dürüstlük kuralına aykırı olması olmak üzere üç temel şartı bulunmaktadır.

Haksız şartlara ilişkin genel şartlar ile birlikte “*Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik*” ile örnek olarak sınırlayıcı olmayacak şekilde haksız sözleşme şartları düzenlenmiştir.

Haksız şartlara ilişkin denetim yolları, haksız şartların içerik denetimi ve haksız şartların yorum yoluyla denetimi olarak iki şekilde belirlenmiştir. Hakim tarafından yapılacak denetimler, tüketici mahkemelerinde yapılmaktadır. Yetkili ve görevli mahkemelerin belirlenmesinde, 6100 sayılı HMK ile 6502 sayılı TKHK'nın genel hükümleri uygulanacaktır.

KAYNAKÇA

AKÇAAL, Akcaal, M. (2014), “Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:18, Sayı:1, S:49-69.

AKINTÜRK, T. ve ATEŞ KAHRAMAN, D. (2013) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul. Beta Yayınları.

AKİPEK ÖCAL, Ş.(2013) 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Yer Alan Haksız Sözleşme Şartları İle Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Genel İşlem Koşullarının Bankacılık Sektörü Açısından Değerlendirilmesi”, Ankara. Bilge Yayınevi, S:331-340.

AKYOL, Ş. (2006) Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İkinci Bası, İstanbul. Vedat Kitapçılık.

ALTAY, Y. (2014) Tüketicinin Korunması Bakımından Haksız Şartlar (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara.

ANTALYA, O. G. (2012) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul.

Legal Yayınevi.

ARSLAN, R. (1989) Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara, S Yayınları

ASLAN, İ. Y. (2014) 6502 Sayılı Kanunu'na Göre Tüketici Hukuku, Bursa.

Ekin Basım Yayın.

ATAMER, Y. (2001) Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu

Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, (2. Bası) İstanbul. Beta

Yayınevi.

ATASOY Ö. A. ve TAŞKIN, M. ve ACAR, H. (2000) Tüketiciyi Koruma Hukuku, 2.

Bası, Ankara. Osmangazi Üniversitesi Yayınları.

ATEŞ D., (2007) “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, Türkiye

Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 72, Ankara, S:76-93.

AUER, E.: Die richterliche Korrektur von Standard-Verträgen, Diss. Bern

1964. (Naklen Havutçu, a.g.e, s. 72)

AYAN, M. ve AYAN, N. (2016) Medeni Hukuka Giriş, Ankara, Seçkin Yayınevi.

AYDOĞDU M. (2014) Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının

ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, Ankara. Seçkin Yayınevi.

BAHTİYAR, M. (2008) Makaleler-I, İstanbul. Beta Yayınevi.

BAYKAN, R. (2004) Tüketici Hukuku Mevzuata İlişkin Yorum-Eleştiri-

Öneri, İstanbul. İstanbul Ticaret Odası Yayınları.

CENGİZ, E. (2007) Tüketicinin Korunması, Ankara. Beta Yayınevi.

CEYLAN, E. (2012) “Genel İşlem Koşulları”, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları I, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, İstanbul. İstanbul Barosu Yayınları, S:172-188.

ÇINAR, Ö. (2009) Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar. İstanbul. On İki Levha Yayınları.

DERYAL, Y. (2004) Tüketici Hukuku, Ankara. Seçkin Yayıncılık.

EREN, F. (2015) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara. Yetkin Yayıncılık.

ERSÖZ, O. (2017) “Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 3, Sayı 1, İstanbul, S:69-104.

ESENER, T. ve GÜNDOĞDU F. (2017) Borçlar Hukuku I, Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği, İstanbul. Vedat Yayınevi.

GÖLE, C. (1983) Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara. Türkiye İş Bankası Vakfı Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

GÜNAY, C. İ. (2015) Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara. Yetkin Yayınları.

HATEMİ, H. ve GÖKYAYLA E. (2012) Borçlar Hukuku Genel Hüküm, İstanbul. Vedat Yayınevi.

HAVUTÇU, A. (2003) Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Ankara. Güncel Hukuk Yayınları.

HECHT, W. (1960) Der Standartisierte Vertrag als Rechtsdogmatisches Rechtspolitisches Problem, in: ZSR. (Naklen Havutçu, a.g.e, s. 72)

HELVACI S. ve ERLÜLE. F. (2011) Medeni Hukuk, İstanbul. Legal Kitapevi.

İNAL, T. (2005) Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul. Kazancı Yayınevi.

KILIÇOĞLU, A. (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara. Turhan Kitabevi.

CEMAL O.: Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 1993.

OĞUZMAN M. K. ve ÖZ M. T. (2013) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-I, İstanbul. Vedat Kitapçılık.

ÖZTAN Bilge (2019) Medeni Hukukun Temel Kavramları, 43. Bası, Ankara. Turhan Kitabevi.

POROY, R. (1976) “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları”, Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul, S.513-550.

RAİSER: Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ,1935. (Naklen HAVUTÇU a.g.e, s. 10)

REHBINDER, M. (1976) “Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması”, (Çeviren: Ömer TEOMAN), İÜHF Mecmuası, C:42, S:641-653.

REİSOĞLU, S. (2014) Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul. Beta Yayınevi.

SCHMİDT-RİMPLER, WALTER (1941) “Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts” AcP 147. (Naklen Atamer, a.g.e, s. 58)

SCHULEP/GAUCH (1991) Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Auflage, Zürich. (Naklen Havutçu, a.g.e, s. 72)

SİRMEN, L. (2011) “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. S:108-133.

STICHER (1981) Walter Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen als Wettbewerbliches Problem, Diss. St. Gallen. (Naklen Havutçu, a.g.e, s. 72)

TAŞKIN, M. (1997) “Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketici Vasfı”, Ankara. Ankara Barosu Dergisi. S:30-37.

TEKİNAY, S. S. v.d. (1983) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Yayınevi.

TUNÇOMAĞ, K., 1962 Yılında Yayınlanmış Borçlar Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları Üzerine Kısa İncelemeler, BATİDER, Y. 1964, C. II.

TUTUMLU, M. A. (2015) Tüketici Yargılaması Hukuku, Ankara. Seçkin Yayınevi.

UYGUR, T. (2012) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara. Seçkin Yayıncılık.

YAVUZ, N. (2013) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara. Adalet Yayınevi.

YELMEN, A. (2014) Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara. Yetkin Yayınevi.

YILDIZ, H. (2009) Medeni Hukukun Temel İlkeleri, Bursa. Ekin Basım Yayın Dağıtım.

ZEVKLİLER A. ve AYDOĞDU M. (2004) Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara. Seçkin Yayınevi.

İlgili Yargıtay kararları

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soyisim, İsim: Erol Boyraz

Doğum Tarihi ve Yeri: 02/08/1991, Malatya

Telefon Numarası: 0 533 545 96 68

E-Posta: erol_boyraz@hotmail.com

EĞİTİM

Derece	Kurum	Mezuniyet Yılı
Lisans	Ankara Üniversitesi	2013
Lise	Malatya Anadolu Lisesi	2009

İŞ DENEYİMİ

Yıl	Yer	Pozisyon
2015	Milli Eğitim Bakanlığı	Hukuk Uzman Yrd.
2016-Halen	İstanbul Anadolu Adliyesi	Hakim

YABANCI DİL

Orta Seviye İngilizce (YDS 55; YÖK-DİL 80)