

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDEKİ HAKSIZ ŞARTLAR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

GONCA GÜL SARIOĞLU ALTUN

ANABİLİM DALI : ÖZEL HUKUK

PROGRAMI : ÖZEL HUKUK

TEZ DANIŞMANI: YRD. DOÇ. DR. CÜNEYT BELLİCAN

EKİM 2017

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDEKİ HAKSIZ ŞARTLAR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

GONCA GÜL SARIOĞLU ALTUN

1410051019

ANABİLİM DALI : ÖZEL HUKUK

PROGRAMI : ÖZEL HUKUK

Tez Danışmanı : Yrd. Doç. Dr. Cüneyt Bellican

Diğer Jüri Üyeleri : Doç. Dr. Cem Akbıyık

Yrd. Doç. Dr. Mustafa Cahit Günel

EKİM 2017

ÖNSÖZ

Bu çalışmayı gerçekleştirmemde araştırma konusunun belirlenmesi sürecinden başlayarak her aşamada değerli ilgi ve bilgisi, görüş, öneri ve yardımlarıyla bana yön veren danışman hocam Sayın Yrd. Doç. Dr. Cüneyt Bellican başta olmak üzere tüm hocalarıma; ayrıca, çalışmam boyunca destek ve katkılarını benden hiç esirgemeyen sevgili anne, babama ve eşime diğer emeği geçen herkese teşekkürlerimi sunarım.

Gonca Gül Sarıoğlu Altun

Ekim 2017

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	v
GİRİŞ	ix
BİRİNCİ BÖLÜM GENEL OLARAK TÜKETİCİ KAVRAMI, TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİ, HAKSIZ ŞART KAVRAMI VE HAKSIZ ŞART KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ, GENEL HÜKÜMLERE GÖRE GENEL İŞLEM ŞARTI KAVRAMI VE TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDE HAKSIZ ŞARTIN GÖRÜNÜMÜ	1
I. TÜKETİCİ KAVRAMI	1
II. TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİ	3
A. SÖZLEŞMENİN TARAFLARINDAN BİRİNİN TÜKETİCİ OLMASI	5
B. MAL VE HİZMET ALINMASININ AMAÇLANMASI	5
C. ŞEKİL ZORUNLULUĞUNUN KURAL OLARAK OLMAMASI	5
III. HAKSIZ ŞART KAVRAMI VE TARİHSEL GELİŞİMİ	6
A. HAKSIZ ŞARTLARA İLİŞKİN HUKUKUMUZDA KULLANILAN FARKLI TERİMLER VE SİSTEMATİK SORUNU	12
B. HAKSIZ ŞARTLARA VE GENEL İŞLEM ŞARTLARINA İLİŞKİN BAZI BATI ÜLKELERİNDEKİ DÜZENLEMELER	13
1. Almanya	13
2. Avusturya	14
3. Fransa	14
4. İngiltere	15
5. İtalya	16
6. İsviçre	16
C. HAKSIZ ŞARTIN TANIMI, UNSURLARI	16
1. Haksız Şartın Tanımı	16
2. Haksız Şartın Unsurları	19
IV. GENEL HÜKÜMLERE GÖRE GENEL İŞLEM ŞARTI	22
A. GENEL OLARAK GENEL İŞLEM ŞARTI	22
B. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ YARARLARI VE SAKINCALARI ..	22
1. Genel İşlem Şartlarının Yararları	22
2. Genel İşlem Şartlarının Sakıncaları	23

C. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ TANIMI.....	23
D. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ	24
E. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ UNSURLARI	24
1. Bir Sözleşmenin Koşulunu ve Yan Edimin Konusunu Oluşturmaları.....	25
2. Önceden ve Tek Yanlı Olarak Belirlenme	25
3. Genel ve Soyut Nitelikte Olma	26
4. Çok Sayıda Sözleşme İçin Önceden Hazırlanma.....	27
5. Sözleşmenin Kuruluşu Aşamasında, Önceden Hazırlanan Şartların Kullanılması	27
F. GENEL İŞLEM ŞARTI KAVRAMININ HAKSIZ ŞART KAVRAMI İLE KARŞILAŞTIRILMASI.....	28
V. TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDE HAKSIZ ŞARTIN GÖRÜNÜMÜ	30
A. GENEL OLARAK GÖRÜNÜMÜ VE 93/13 SAYILI AB YÖNERGESİNİN KAPSAMI.....	30
1. Takas Yasağına İlişkin Hükümler	35
2. Tazminat Talebine İlişkin Hükümler	36
3. Cezai Şarta İlişkin Hükümler	36
4. Sorumsuzluk Anlaşmasına İlişkin Hükümler.....	36
B. BAZI ÖZEL SÖZLEŞMELER AÇISINDAN GÖRÜNÜMÜ	37
1. Paket Tur Sözleşmeleri	37
a. Genel Olarak.....	37
b. Paket Tur Sözleşmelerinin Haksız Şart İle İlişkisi.....	38
2. Abonelik Sözleşmeleri	39
a. Genel Olarak.....	39
b. Abonelik Sözleşmelerinin Haksız Şart İle İlişkisi	41
3. Tüketici Kredileri, Konut Finansmanı Sözleşmeleri ve Kredi Kartı Sözleşmeleri	42
a. Genel Olarak.....	42
b. Tüketici Kredileri, Konut Finansmanı Sözleşmeleri ve Kredi Kartı Sözleşmelerinin Haksız Şart İle İlişkisi	44
4. Taksitle Satış Sözleşmeleri	46
a. Genel Olarak.....	46
b. Taksitle Satış Sözleşmeleri ve Haksız Şart İle İlişkisi	47
5. Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri.....	47
a. Genel Olarak.....	47
b. Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri ve Haksız Şart İle İlişkisi	48
6. Mesafeli Sözleşmeler Ve Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler	48

a. Genel Olarak.....	48
b. Mesafeli Sözleşmeler, Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler ve Haksız Şart İle İlişkileri.....	50
7. Devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmeleri	51
a. Genel Olarak.....	51
b. Devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmeleri ve Haksız Şartla İlişkileri	52
8. İş yeri dışında kurulan sözleşmeler	52
a. Genel Olarak.....	52
b. İş yeri dışında kurulan sözleşmeler ve Haksız Şartla İlişkileri	53
İKİNCİ BÖLÜM HAKSIZ ŞART DENETİMİ TÜRLERİ VE 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE GENEL İŞLEM ŞARTLARINA İLİŞKİN DENETİM TÜRLERİ.....	54
I. HAKSIZ ŞART DENETİMİ TÜRLERİ.....	54
A. İDARİ DENETİM.....	54
B. YARGISAL DENETİM	56
1. Genel Olarak	56
2. Yargısal Denetimin Unsurları	60
a. Dürüstlük Kuralı.....	60
b. Oransızlık Kriteri	61
c. Şeffaflık Kuralı.....	63
d. Açıklık Kuralı.....	64
C. HAKSIZ ŞART DENETİMİNE İLİŞKİN TÜKETİCİNİN BAŞVURABİLECEĞİ HUKUKİ YOLLAR	65
1. Tüketici Hakem Heyetine Başvuru	65
a. Genel Olarak.....	65
b. Yetkili Tüketici Hakem Heyeti	65
c. Konu Bakımından Tüketici Hakem Heyetinin Görevi.....	66
d. Heyetin Başvuruyu İnceleme Usulü.....	66
e. Başvurunun Karara Bağlanması ve Hukukî Sonuçları.....	67
2. Tüketici Mahkemesine Başvuru.....	68
a. Yetkili ve Görevli Mahkeme	68
b. Yargılama Usulü	68
II. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE GENEL İŞLEM ŞARTLARINA İLİŞKİN DENETİM TÜRLERİ	68
A. Yürürlük Denetimi (Yazılmamış Sayılma) ve Doktrine Göre Yazılmamış Sayılma Yaptırımının Hukuki Niteliği	69

1. Yürürlük Denetimi (Yazılmamış Sayılma)	69
2. Doktrine Göre Yazılmamış Sayılma Yaptırımının Hukuki Niteliği	74
B. Genel İşlem Şartlarının Yorumlanması.....	78
C. Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetimi	81
1. İçerik Denetiminin Yaptırımı.....	82
2. Sözleşme Boşluğunun Doldurulması	83
3. 6098 Sayılı Kanun'un Zaman Bakımından Uygulanması	84
SONUÇ	85
KAYNAKÇA.....	88



KISALTMALAR

AB	:	Avrupa Birliği
ABD	:	Amerika Birleşik Devletleri
Bknz	:	Bakınız
BATİDER	:	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
C	:	Cilt
ed.	:	Editör
GIŞ	:	Genel İşlem Şartları
GÜHFD	:	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	:	Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
HMK	:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İKÜ	:	İstanbul Kültür Üniversitesi
İÜHFMD	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İTO	:	İstanbul Ticaret Odası
m	:	Madde
NO	:	Numara
RG	:	Resmi Gazete
s	:	Sayfa
sy	:	Sayı
TBK	:	Türk Borçlar Kanunu
THHY	:	Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği
TKHK	:	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
TSHŞHY	:	Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik
TTK	:	Türk Ticaret Kanunu
ÜHFD	:	Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
vb	:	Ve Benzeri
y	:	Yıl

Y : Yargıtay
YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD : Yargıtay Kararları Dergisi
yy : Yüzyıl



Üniversite : İstanbul Kültür Üniversitesi
Enstitüsü : Sosyal Bilimler Anabilim
Dalı : Özel Hukuk
Programı : Özel Hukuk
Tez Danışmanı : Yrd. Doç. Dr. Cüneyt Bellican
Tez Türü ve Tarihi : Yüksek Lisans- Ekim 2017

ÖZET

TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDEKİ HAKSIZ ŞARTLAR

Gonca Gül Sarıoğlu Altun

Bu çalışmanın konusu sanayi devrimi ile birlikte tüketici ve satıcı/sağlayıcı ilişkisinin değişikliğe uğraması, sözleşme özgürlüğü ilkesine istisna olarak haksız şart içeren standart sözleşmelere ihtiyaç duyulması, bu tür sözleşmelerin tüketici ve satıcı/sağlayıcı arasındaki güç dengesini bozması, tüketicinin hak kaybına uğraması sonucu olarak bireysel sözleşme modeline uygulanan hukuk kurallarının tüketiciyi korumak için yetersiz kalması, tüketicinin haksız şart içeren sözleşmelere karşı korunması ihtiyacına ilişkindir. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında düzenlenen “haksız şartlar” müessesesinin uygulama alanı bulunduğu mevcut hukuk sisteminde ve öncesinde nasıl düzenlendiği, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamında düzenlenen genel işlem şartları ile ilişkisi incelenmiştir.

Tezin ilk bölümünde Genel Olarak Tüketici Kavramı, Tüketici Sözleşmeleri, Haksız Şart Kavramı ve Haksız Şart Kavramının Tarihsel Gelişimi, Genel Hükümlere Göre Genel İşlem Şartı Kavramı ve Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartın Görünümü konularına değinilmiş olup, ikinci bölümde Haksız Şart Denetimi Türleri ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartlarına İlişkin Denetim Türleri incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler : Haksız şart, genel işlem şartları, tüketici, tüketici sözleşmesi, idari denetim, yargısal denetim.

Bilim Dalı Sayısal Kodu :

University : Istanbul Kultur University
Institute : Institute of Social Sciences
Department : Private Law
Programme : Private Law
Supervisor : Yrd. Doç. Dr. Cüneyt Bellican
Degree Avarded and Date : MA- October 2017

ABSTRACT

UNFAIR CONDITIONS IN CONSUMER CONTRACTS

Gonca Gül Sarıoğlu Altun

The subject of this study is the change which has incurred in consumer and vendor/supplier relationships with the industrial revolution, the need for standard contracts containing unfair terms/conditions as an exception to the freedom of contracts principle, the violation of the balance of power between the consumer and the vendor/provider as a result of these contracts, the legal rules applied to the individual contract model that are inadequate in protecting the consumer and the need to protect the consumer against contracts containing unfair terms. The association of the current and previous legal system which provides an application area for the ‘unfair terms’ regulated within the scope of Consumer Protection Law number 6502 and the general procedure conditions regulated within the scope of Turkish Debt Law number 6098 has been examined.

The first part of the thesis deals with The Scope of the Consumer in General, Consumer Contracts, The Scope of Unfair Terms and the Historical Development of the Scope of Unfair Terms, the Scope of General Procedure Terms according to General Provisions and the Outlook of Unfair Terms in Consumer Contracts while the second part examines Types of Unfair Terms Inspection and Types of Inspection regarding General Procedure Terms according to Turkish Debts Law number 6098.

Key Words : Unfair condition, standardized terms, consumer, consumer contracts, administrative inspection, legal inspection.

Science Code :

GİRİŞ

Sanayi devrimiyle beraber sözleşmelerde değişiklikler meydana gelmiş, bireysel sözleşme modeli dışında standart sözleşme denilen yeni bir sözleşme modeli ortaya çıkmıştır. İş hayatının hızlı ve seri olarak ilerlemesi neticesinde sözleşmelerin müzakere edilebilme imkânı kalmamış, tüketiciler uzunca bir süre satıcı, sağlayıcı veya kredi verenlerin dayattıkları hükümlerle sözleşme yapmak zorunda kalmışlardır. Uzun bir süre standart sözleşmelerle ilgili uyumsuzluklarda bireysel sözleşme modeline uygulanan hukuk kuralları ile çözüm bulmaya çalışılmıştır. Ancak bu durumun yetersiz kalması sebebiyle tüketici korumasız kalmıştır.

Sözleşmede esas olan sözleşme özgürlüğü ilkesidir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği, taraflar sözleşme konusu üzerinde serbestçe müzakere edebilmeli, bu şekilde hükümleri oluşturabilmeli, diğer tarafı seçebilmeli, içeriğini değiştirebilmeli ve sözleşmeyi sona erdirebilmelidir. Buna göre kişilere diledikleri içerikte sözleşme yapma imkânı tanınmış ve kişi iradesinin bu konuda sınırlandırılmasına sıcak bakılmamıştır. Ancak sanayi devrimi sonucunda fabrikalardaki üretim, kitlelere hitap etmeye başlamıştır. Sonuç olarak da standart sözleşmeler, bireysel sözleşmelerin yerine kullanılmaya başlanmıştır. Standart sözleşmeler sayesinde girişimciler zaman kaybindan kurtarılmıştır. Aynı konuda değişik sözleşmeler yapmanın yol açacağı çok sayıda değişik davaya muhatap olma riskine maruz kalmalarının önüne geçilmiştir.

Düzenleyen, kendi lehine hizmet edecek şekilde sözleşme hükümlerini kullanarak, sözleşme ilişkisinden doğabilecek tüm riskleri karşı tarafa yükleme gayreti içerisine girmiştir. Standart sözleşmelerin bu şekilde kullanılması sonucu hakimler standart sözleşmelere müdahale etmek durumunda kalmışlardır. Ancak mahkeme kararlarının sadece tarafları bağlaması sebebiyle yetersiz bir koruma sağlanmış, Avrupa olmak üzere pek çok ülkede kanunlaştırma çalışmalarına başlanmıştır.

Gelişmeler sonucunda birçok ülke söz konusu duruma müdahale etme ihtiyacı hissetmiştir. 1942 yılında İtalya, 1964 yılında İsrail, 1976 yılında Almanya vs. gibi ülkeler genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeler yapmışlardır. Avusturya 1979

tarihli Tüketicilerin Korunması Hakkındaki Kanunla tüketicilerle yapılan sözleşmelere belli sınırlandırmalar getirmiş, İngiltere 1978 tarihli Rekabetin Önlenmesi Hakkındaki Kanunla garanti yükümlülüklerinin bu tür sözleşmeler vasıtasıyla kaldırılmasına sınırlandırmalar getirmiştir. Bu örnekler gibi pek çok Avrupa ülkesinde konuyla ilgili kanuni düzenlemeler yapılmıştır.

Sözleşme hukukumuz bireysel sözleşme modeli olan karşılıklı müzakere edilerek düzenlenen sözleşme modeli üzerine kurulmuştur. Sözleşmenin kurulması ve sonuçlarını doğurması için karşılıklı ve birbiriyle çelişmeyen irade beyanları gerekmektedir. Bunun sağlanması için sözleşme taraflarının karşılıklı konuşarak, sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde ortak bir noktada anlaşma sağlamaları gerekmektedir. İcap ve kabul bireysel sözleşme modelinin vazgeçilmez unsurlarıdır. Ancak standart sözleşmelerde karşılıklı anlaşma ve tartışma durumu ortadan kalkmakta ve karşı tarafın kabul veya ret beyanları bildirmekten başka bir seçeneği kalmamaktadır.

Genel işlem şartlarının kullanılması sözleşmeyi standart sözleşme haline getirmekte ve sözleşme özgürlüğünün ruhuna aykırı bir duruma sebep olmaktadır.

Mevcut çalışmada öncelikle tüketici, tüketici sözleşmeleri, haksız şart kavramı ve tarihsel gelişimi, genel hükümlere göre genel işlem şartı, tüketici sözleşmelerinde haksız şartın görünümü, haksız şart denetim türleri, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartlarına İlişkin Denetim Türleri hakkında bilgi verilmeye çalışılmıştır. Bireysel sözleşme modeli ve sözleşme özgürlüğü ilkesinin istisnasını teşkil eden tezin konusunu oluşturan tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar konusu ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK TÜKETİCİ KAVRAMI, TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİ, HAKSIZ ŞART KAVRAMI VE HAKSIZ ŞART KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ, GENEL HÜKÜMLERE GÖRE GENEL İŞLEM ŞARTI KAVRAMI VE TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDE HAKSIZ ŞARTIN GÖRÜNÜMÜ

I. TÜKETİCİ KAVRAMI

19. yüzyıldan önce “tüketici” değil, “alıcıdan” söz edilmekteydi, 19. yüzyıldan sonra tüketiciye bahsedilmeye başlanmış ve 20. yüzyılın başından itibaren tüketicinin korunması hakkında yasal düzenleme yapılma ihtiyacı olmuştur.¹

“Tüketim ve tüketici” kavramları esasında ilk olarak iktisat bilimi tarafından ele alınmıştır. İktisatta tüketim, ekonomik sürecin son safhasını oluşturmaktadır. Servetin elde edilmesi, işlenmesi ve dağıtımından sonra tüketim gelir.²

Hukuki dilde “tüketici kavramı” geniş ve dar olarak ikiye ayrılmaktadır.³ “Ticari veya mesleki faaliyeti ya da şahsi ihtiyacı için sözleşme yapan gerçek veya tüzel kişi”, geniş anlamda tüketiciyi tanımlarken; “ticari veya mesleki faaliyeti dışında ya da şahsi ihtiyacı için sözleşme yapan gerçek veya tüzel kişi” ise dar anlamda tüketiciyi tanımlamaktadır.⁴ Tüketici tanımının unsurları; ticari ve mesleki amaçlı olmama, gerçek veya tüzel kişi olma, mal veya hizmeti edinme, yararlanma veya kullanmadır.⁵ Bu tanımlara göre, tüketicinin, “mesleki olmayan amaçlarla”, kişisel

¹Aslan, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, 2006, (Tüketici), s. 29.

² Baykan, Renan, Tüketici Hukuku Mevzuata İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri, İstanbul Ticaret Odası, İstanbul, 2005, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Yayın No: 2005-41, s. 37.

³Akipek, Şebnem/Aydoğdu, Murat, “Madde 5- Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal-Doç. Dr. Murat Aydoğdu Şerhi”, Milli Şerh- 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (National Commentary, Commentary On The Consumer Protection Law No. 6502), ed. Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem, 1. Baskı, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 134; Aydoğdu, Murat, Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi, Birinci Baskı, Ekim 2014, Ankara, s. 180.

⁴Aydoğdu, s. 180.

⁵Aslan, (Tüketici), s. 32.

ihtiyaçlarını gidermek için bir mal veya hizmeti satın alması gerekmektedir.⁶ Satın alınan malı tekrar piyasaya sürmek, mesleki veya ticari faaliyette kullanmak söz konusu değildir.⁷ 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un m.3/k hükmüne göre, *“Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi”* ifade eder. Görüldüğü üzere kanun amaç sistemini esas almıştır. Mevcut iki tarafın zıt amaçlarının olması gerekmektedir.⁸ Yargıtay'ın verdiği bir karara göre tacir olan tüzel kişilerin özel işlemleri olamayacağı için, yaptıkları her türlü işlemin ticari sayılmasının gerektiği hükmü verilmiştir.⁹

Kişinin tüketici olabilmesi için satın aldığı malı kendi kullanımı için almasına gerek yoktur. Örneğin, hediye amaçlıda almış olabilir. Önemli olan kar elde amacı gütmemesidir.¹⁰ Ticaret şirketlerinin tüketici olması olanaklı değildir. Çünkü ticari şirketlerin ticari amacı dışında bir amacı olması mümkün değildir.¹¹ Ancak, gerçek kişi tacirlerin istisnaen ticari olmayan, tüketici amaçlı işlemleri olabilir. Bunun dışında gerçek kişilerin tüketici kapsamında olması gibi, dernek, vakıf, kooperatif, vb. tüzel kişiler de tüketici kapsamına girer.¹² Ülkemizde tüzel kişiler de tüketici kavramı içerisinde yer alırken, birçok Avrupa ülkesinde genel eğilim tüketicilerin sadece gerçek kişiler olması yönündedir. Bunun istisnası ise Paket Turlara ilişkin AB Yönergesi' dir. (Yönerge m.2/4)¹³. AB Yönergesinin m. 2/b' de tüketici *“Bu yönerge hükümlerine tabi olan sözleşmelerde, mesleki faaliyeti kapsamında değerlendirilmeyecek bir amaçla hareket eden gerçek kişidir.”* denilmektedir.¹⁴ Avrupa Konseyinin 24 Temmuz 1990 tarihli Direktifi m.2/3'de, *“bir işletme ya da ticarethane sahibinin, mesleğinde, işletmesinde, ticarethanesinde kullanmamak koşuluyla, yalnızca kendi özel kullanımı için satın alması halinde bu kişi tüketici*

⁶Havutçu, Ayşe, “Açık İçerik Denetim Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması”, İzmir, 2003, s.20; Çınar, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, 1. Baskı, İstanbul, Ekim 2009, On İki Levha Yayıncılık, s. 35.

⁷Karadağ, Özgür, Türk Borçlar Kanunu'nda genel işlem koşulları ve tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar, 2. Baskı, Ankara 2015. s. 109.

⁸Akipek/Aydoğdu, s. 135.

⁹ Yargıtay 11 HD. 1997/1815E., 1997/5112K., 06.06.1997T.; bknz. Kartal, Doğan, “Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar” Yüksek Lisans Tezi, T.C. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Danışman Doç. Dr. Süleyman Yalman, Konya, 2008, s. 34.

¹⁰Akipek/Aydoğdu, s. 135; Çınar, s. 38; Aydoğdu, s. 181.

¹¹ Aydoğdu, s. 181; Akipek/Aydoğdu, s. 136.

¹²Çınar, s. 38; Aydoğdu, s. 181; Akipek/Aydoğdu, s. 136.

¹³Aydoğdu, s. 181, 182; Akipek/Aydoğdu, s. 136.

¹⁴Karadağ, s. 108.

sayılmıştır".¹⁵ Alman Medeni Kanunu m.13'de tüketici, "Bir hukuki işlemi, meşgul olduğu mesleki ve sanatsal faaliyet için yapmayan gerçek kişidir." şeklinde tanımlanmıştır.¹⁶

Doktrinde bir görüşe göre, bir kişinin, bir işlemi hem özel amaçla yapması hem de ticari amaçla yapması durumunda, amacın bölünerek, tüketici sayılması mümkün olmamalıdır. Bu sebeple haksız şartlara ilişkin hükümlerden yararlanmamalıdır.¹⁷ Yargıtay da bir kararında, bir ticari ortaklığın kendi adına araç olarak bu aracı ticari ortaklığın işlerinde kullanması durumunda bazen özel nitelikte kullansa bile vergi kanunları ve ortaklık bilançosu bakımından karışıklıklar yaratacak nitelikte olacağından tüketici sayılmamalıdır."¹⁸

Yargıtay verdiği bir başka kararda kahvehane işleten davacının dava konusu projeksiyon cihazını söz konusu kahvehanede kullandığından davacının yasadaki tanımlandığı şekilde tüketici sıfatı taşımadığını belirtmiştir.¹⁹

II. TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİ

Sözleşme kavramının temelinde borç kavramı vardır. Borç kavramı ayrı ayrı tanımlanması gereken iki farklı anlama gelmektedir. Birincisi geniş anlamda borç, ikincisi ise dar anlamda borçtur. Geniş anlamda borç kavramı ile taraflar arasında kurulan borç ilişkisi ifade edilirken, dar anlamda borç kavramı ile borç ilişkisinden doğan münferit alacak ve borçlar ifade edilir. Borç ilişkisinin en önemli kaynaklarından birisi ise sözleşmelerdir.²⁰

Genel olarak sözleşmeler hem günlük hayatta hem de ticari hayatta vazgeçilmezdir. İki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile meydana gelir. Kural olarak sözleşmenin var olabilmesi için kurucu unsur "serbesti ilkesi" dir. Sözleşmeyi

¹⁵ Official Journal of the European Communities, 28.09.90 No. C, 243/2; **Zevkliler**, Aydın/**Özel**, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Seçkin, Kasım 2016, [www.ab.gov.tr>files>ceb](http://www.ab.gov.tr/files>ceb), s. 94.

¹⁶ **Çınar**, s. 36.

¹⁷ **İnal**, Tamer, Açıklamalı-İçtihatlı Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, (İsviçre Hukuku- Fransız Hukuku ve Avrupa Birliği Konseyi Yönergeleri Işığında), İstanbul, 2005, (Kredi). s. 67; **Zevkliler**, Aydın/**Aydoğdu**, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Bası, Ankara, Seçkin, 2004, s. 25-26; **Çınar**, s. 39.

¹⁸ <http://emsal.yargitay.gov.tr>; bknz. **Zevkliler/Özel**, s. 95.

¹⁹ Yargıtay 13. HD. 2011/5369E., 2011/14523K., 17.10.2011T., bknz. **Karadağ**, s. 109.

²⁰ **Özel**, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku 6502 Sayılı Kanun'a Göre Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, s. 64-65.

oluşturan her iki tarafın özgür iradeleri ile sözleşmeyi oluşturmaları gerekir.²¹ Sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin içeriğini belirleme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü serbesti ilkesi gereğidir.²² Ancak giderek değişen yaşam koşulları ve ekonomik ilişkiler, değişen ve gelişen alışveriş ilişkileri sözleşmenin taraflarının sözleşmeyi tek tek görüşüp oluşturmalarına imkan vermemektedir.²³ Satıcı ve sağlayıcılar, sözleşmelerden aleyhlerine olarak çıkabilecek sorunları bertaraf etmek için, uzman hukukçulara sözleşme tipleri hazırlatmışlardır.²⁴ Sözleşmenin karşı tarafına sadece bu sözleşmeyi yapıp yapmama serbestisi tanınmakta, sözleşmeyi yapmaya karar verdiği hallerde de, sözleşmenin diğer tarafınca önceden hazırlanmış sözleşme koşullarını kabul etmesi beklenmektedir.²⁵

Taraflardan birinin tüketici, diğer tarafın ise satıcı (sağlayıcı) veya kredi veren arasında gerçekleştirilen mal veya hizmet alımına ilişkin her türlü sözleşme tüketici sözleşmesi olarak tanımlanabilir.²⁶

Sözleşme kavramı hukuki işlemin bir türüdür. Bir veya birden çok kişinin, hukuk düzenin çizdiği sınırlar içerisinde, hukuki sonuçlar yaratmaya yönelik irade açıklamasına “hukuki işlem” denir.²⁷ 6502 Sayılı Kanun’ dan önce Mülga 4077 Sayılı Kanun’ daki düzenlemede “*her türlü hukuki işlem*” olarak tanımlansa da Yüksek Yargıtay hukuki işlemi dar yorumlayarak, mal ve hizmet satışına ilişkin sözleşmeleri kanun kapsamında değerlendirmekteydi. Örneğin, tüketicinin aracına sigorta yaptırmaması durumunda, sigorta sözleşmelerinin Ticaret Kanunu’nda düzenlendiği gerekçesiyle, çıkan uyuşmazlıkları 4077 Sayılı Kanun kapsamında değerlendirmemiştir. Ancak 6502 Sayılı Kanun’ un genel gerekçesinde bu husus açıklığa kavuşturulmuş olup, tüketici işleminin sigorta, vekalet, bankacılık, eser, taşıma vs. dahil her türlü sözleşmeyi kapsadığı, uyuşmazlık durumunda Tüketici Mahkemelerine ve Tüketici Hakem Heyetine başvurulabileceği açıkça belirtilmiştir.

²¹**Akipek**, Şebnem, “Tüketici Kredisi Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından”, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 222.

²² **Özel**, s.65.

²³ **Akipek**, s. 222.

²⁴ **Havutçu**, s. 2 vd.; **Aslan**, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Bursa 2013 s. 169.

²⁵ **Akipek**, Şebnem, “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 Tüketici Hukuku Açıklamaları, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, (Sempozyum), s. 331.

²⁶ **Karadağ**, s. 102.

²⁷ **Özsunay**, Ergun, Borçlar Hukuku I, 2. Baskı, İstanbul, 1983, s. 39; **Baykan**, s. 253.

Tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasındaki sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğun ihlaline dayanan davalar bakımından görevli mahkeme tüketici mahkemeleridir.²⁸(TKHK m.73)

A. SÖZLEŞMENİN TARAFLARINDAN BİRİNİN TÜKETİCİ OLMASI

Kanundaki tanımda belirtildiği üzere sözleşmenin bir tarafı tüketici iken, diğer tarafın satıcı, sağlayıcı veya kredi veren sıfatını taşıması gerekmektedir. Yapılan sözleşmenin nihai kullanım amacına ilişkin mal veya hizmet alımı yapılması, ticari ya da mesleki amaçla yapılmamış olması gerekmektedir.²⁹ Mesleki olmayan bir amaçla edinilen mal tüketimin konusunu teşkil eder. Konut, otomobil, elektrikli ev aletleri gibi dayanıklı ev aletleri olabileceği gibi, dayanıksız gıda maddeleri de olabilir.³⁰ Tüketici işlemlerinde taraflardan birinin değil, her iki tarafında kimliği önemlidir. Bir tarafın tüketici olması gerektiği gibi, diğer tarafından satıcı-sağlayıcı olması gerekmektedir.³¹ Mal ve hizmet sunan kişilerin vasıflarının, mesleki branşlarının bir önemi yoktur. Bir ücret veya menfaat karşılığı olmak kaydıyla sonuç değişmez. Satıcı, özel sektöre bağlı olabileceği gibi kamu tüzel kişisi de olabilir.³²

B. MAL VE HİZMET ALINMASININ AMAÇLANMASI

Tüketici yapılan sözleşme ile mal veya hizmet elde etmeyi amaçlamaktadır. Bu sebeple tüketici sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmenin hangi nitelikte olduğu veya çeşidi önem taşımamaktadır.³³ Sadece sözleşmenin tarafı olan kişi değil, sözleşme konusu mal veya hizmeti edinen, kullanan veya yararlanan kişiler de tüketici kavramı içerisine alınmıştır.³⁴

C. ŞEKİL ZORUNLULUĞUNUN KURAL OLARAK OLMAMASI

Tüketici sözleşmeleri için kural olarak şekil serbestisi söz konusudur. Ancak 6502 Sayılı Kanun'da özel olarak düzenlenen bazı sözleşmeler açısından yazılı şekil şartı

²⁸ Özel, s. 62.

²⁹ Kara, İlhan, "Tüketici Hukuku", Ankara, 2012, s. 39; Karadağ, s. 104.

³⁰ Baykan, s. 40.

³¹ Aslan, s. 37.

³² Baykan, s. 40.

³³ Karadağ, s. 105.

³⁴ Aslan, s. 36.

aranmaktadır.³⁵ Ayrıca yazılı bir metin kullanılmaması durumunda düzenleyen sonradan yasal hükümlere uygun davrandığını ispat etmekte güçlük çekebilir.³⁶

III. HAKSIZ ŞART KAVRAMI VE TARİHSEL GELİŞİMİ

Genel olarak sözleşme, özel hukuk alanında borç altına girilmesinde, haklar edinilmesinde önemli bir kurumdur. Sözleşmede esas olan sözleşme özgürlüğü ilkesidir.³⁷ Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği, taraflar sözleşme konusu üzerinde serbestçe müzakere edebilmeli, bu şekilde hükümleri oluşturabilmeli, diğer tarafı seçebilmeli, içeriğini değiştirebilmeli ve sözleşmeyi sona erdirebilmelidir.³⁸ Sözleşme özgürlüğü ilkesi hukuk sisteminin temelini teşkil etmiştir. Bireysel sözleşme modelinde tarafların eşit olduğu, tarafların özgürce sözleşme düzenleyebilecekleri varsayılır.³⁹ Tüketici sadece hile, tehdit vs. gibi durumlarda korunur.⁴⁰ Sözleşme özgürlüğü ilkesi, eşit pazarlık ve ekonomik güce sahip taraflar arasında oluşması halinde anlam kazanır. Bu şekilde ancak sözleşmenin içeriğine pazarlık edilirse müdahale etmek mümkün olabilir.⁴¹ Yargıtay verdiği bir kararda sözleşme özgürlüğünden bahsetmiş, Anayasa tarafından teminat altına alındığını belirterek sözleşme özgürlüğü ve irade özgürlüğü kavramlarının aynı anlama geldiğini belirtmiştir.⁴² Ancak sözleşme özgürlüğü ilkesi, sözleşme adaleti ilkesi ışığında değerlendirilmelidir.⁴³

Güncel bir Yargıtay kararında da⁴⁴ sözleşme özgürlüğünün hukuk sistemimizde kabul edildiği, tarafların kanuna, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmamak şartıyla aralarında sözleşme düzenleyebilecekleri belirtilmiştir.

³⁵ Karadağ, s. 106.

³⁶ Çınar, s. 74.

³⁷ Çınar, s. 8; Aydoğdu, s. 19; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, 2017, s. 216.

³⁸ Çınar, s. 8.

³⁹ Aydoğdu, s. 20; Baykan, s. 25; Yelmen, Adem, Türk Borçlar Kanunu' na Göre Genel İşlem Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 39-41.

⁴⁰ Baykan, s. 25.

⁴¹ Topak, Süleyman, "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları", <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2016-122-1548>, s. 296-297.

⁴² Yargıtay 4. HD., 1977/13113E., 1978/12134K., 26.10.1978T. s. kararı, bkz. (YKD. 1979/5, 634-635); Erman, Hasan, Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları, İÜHFM, C. XXXVIII, S. 1-4, <http://www.journals.istanbul.edu.tr>, s. 601; Kartal, s. 13.

⁴³ Hatemi, Hüseyin/ Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 63.

⁴⁴Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2016/6416E., 2016/18820K., 20.10.2016T., <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

Bireysel sözleşme modeli 20 yy.' da değişikliğe uğramış, liberal anlayışın savunduğu rekabet anlayışı, tarafların eşitliği gücü elinde bulunduran lehine bozulmuştur.⁴⁵ Esasında karşılıklı müzakere edilen sözleşme şartları bakımından tarafların kendi çıkarlarına uygun düşen kayıtları sözleşmede düzenledikleri kabul edilirdi.⁴⁶ Ancak zamanla gelişen piyasa koşulları sebebiyle iki taraf arasında ki eşitlik bozulmuş ve sistem tüketici aleyhine dönmüştür. Önceki dönemlerde, kişiler ihtiyaçlarının büyük bir bölümünü kendi çabaları ile üretirlerdi. Dışardan alınan mallar ise yalın mamuller, basit kumaşlar, hububat gibi maddelerdi. Tüketici tartı ve ölçü de yapılan sahtekarlıklara, bozulmuş mallara karşı klasik hukuk kurallarınca korunurlardı.⁴⁷ Bireysel sözleşme modelinin yerini günümüzde “kütle sözleşme”, “formüler sözleşme” modelleri almaya başlamıştır.⁴⁸ Seri halindeki üretim ve sürüm, sözleşmelerin bir örnek olmasını zorunlu hale getirmiştir.⁴⁹ Yeni piyasa koşulları ve üretim ve pazarlama teknikleri sebebiyle sözleşmeyi oluşturan tarafların bir araya gelerek sözleşmeyi oluşturmasını zorlaştırmıştır. Tıpkı makine üretiminin, münferit üretimi seri halde yapılan üretime dönüştürmesi gibi, pazarlığı önleyerek vakit kazanmak, yeknesaklığı sağlamak için ve sözleşmede yer alması gereken bir takım hükümlerin unutulması ihtimalini ve kötü bir biçimde kaleme alınmasını engellemek için bu tip standart sözleşmelere ihtiyaç duyulmuştur.⁵⁰ Sözleşme özgürlüğü esas alındığında, önerinin sunulması ve kabul beyanının ortaya çıkmasıyla sözleşmenin kuruluş aşamasından, sözleşmenin sona ermesine kadar taraflar her aşamada hemen hemen eşit konumdadırlar. Standart sözleşmeler bireysel sözleşme modelinin esas olduğu sözleşme özgürlüğü ilkesinin istisnasıdır.⁵¹ Standart sözleşmeler ile ilgili kullanımlar 1880'li yıllarda sigorta sözleşmelerinde, bankacılıkta, kredi sözleşmelerinde, 1847 yılında demiryolu taşımacılığında olduğu belirtilmektedir.⁵²

Güncel piyasa şartları göz önünde tutulduğunda sözleşme kayıtlarının taraflarca müzakere edilmediği her durumda karşı tarafın sözleşme özgürlüğünün ve menfaatlerinin ihlal edildiği düşünülmemelidir. Genel işlem şartı içeren standart

⁴⁵ Karadağ, s. 159.

⁴⁶ Çınar, s. 63.

⁴⁷ Baykan, s. 21.

⁴⁸ Özel, s. 70.

⁴⁹ Aslan, s. 170.

⁵⁰ Poroy, Reha, “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları” Arslanlı' ya Armağan, 1979, s. 532; Aslan, s. 170.

⁵¹ Zevkliler/Özel, s. 119.

⁵² Aydoğdu, s. 22.

sözleşmelerin ticari hayatı kolaylaştırdığı, hızlandırdığı düşünülürse modern ekonomik yaşamdan uzak tutmak mümkün değildir. Bu sebeple denetimi yapılarak sakıncalarının bertaraf edilmesi gerekmektedir.⁵³ Sözleşmelerin standart hale gelmesiyle verimlilik artışı sağlanır, zaman ve masraftan tasarruf edilir ve sözleşme görüşmelerinde sadece esaslı noktalar belirlenir.⁵⁴ Sadece belirli koşullar altında ve hakim kararıyla hükümsüz veya yazılmamış sayılmaktadır.⁵⁵ Tüketici açısından tehlikeli yönü ise, ya kabul et ya da vazgeç diktası ile karşı karşıya bırakılmasıdır.⁵⁶ Bu sebeple satıcı/sağlayıcılar, çok sayıda kullanmak için sözleşmenin içeriğini oluşturacak kayıtları önceden hazırlama gereği duymuşlardır. Zaman içinde standart bir sözleşmeyi kabul etmek durumunda kalan tarafın ezildiği anlayışı egemen olmaya başlamış ve bazı ülkelerde sosyal anlayıştan hareket eden, genel nitelikli koruyucu yasal düzenlemeler yapılmıştır.⁵⁷ Kanun koyucunun bu konuda kayıtsız kalması, sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmayacağı için⁵⁸, belirli kıstaslar getirilerek taraflar arasındaki hakkaniyetin sağlanması amaçlanmıştır.⁵⁹ Adalet herkesin mutlak olarak eşit olmasını gerektirmez. Sosyal ve ekonomik farklılıklar göz önünde tutularak güçlü olanın karşısında güçsüz olanın yasalarla korunması adalet ilkesinin bir gereğidir.⁶⁰

Taraflardan birinin kendi şartlarını diğerine dikte etmesi sonucu sözleşme özgürlüğünden çıkılıp, sözleşmeyi hazırlayan taraf için sözleşme ayrıcalık haline gelmektedir.⁶¹ Sözleşmeyi düzenleyen tarafın da satıcı/sağlayıcı olması sebebiyle kendi menfaatleri gereğince sorumluluklarını en aza indirmekte, bazen ise tamamen kaldıracak sözleşme kayıtları oluşturmaktadırlar. Tüketicilerin ise çoğu kez bilgi birikimi yeterli olmadığı için sözleşmeyi müzakere edebilme imkanları olmamakta, sözleşmenin zayıf tarafını oluşturmaktadırlar.⁶² Güç dengesizliği söz konusu olmaktadır.⁶³ Sözleşme serbestisi ilkesi, kapitalist ekonomik işleyişte, iradesini

⁵³ Karadağ, s. 10; Çınar, s. 64.

⁵⁴ Baykan, s. 203.

⁵⁵ Aydoğdu, s. 23; Karadağ, s. 10; Çınar, s. 64.

⁵⁶ Poroy, s. 532; Aslan, s. 170; Özel, s. 71; Baykan, s. 205; Akipek/Aydoğdu, s. 145.

⁵⁷ Akipek, (Sempozyum), s. 332; Özel, s. 71.

⁵⁸ Yelmen, s. 41.

⁵⁹ Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Genişletilmiş 20. Bası, Ankara, 2016, s. 123; Karadağ, s. 7.

⁶⁰ Karadağ, s. 7.

⁶¹ Baykan, s. 202.

⁶² Karadağ, s. 160.

⁶³ Baykan, s. 23.

sağlıklı şekilde ortaya koyamayan, hatta içinde bulunduğu koşullar gereği sağlıklı bir irade oluşturamayan bireyleri koruyamamıştır.⁶⁴ Yargıtay'ın 1996 yılında verdiği bir kararda, sosyal adalet ilkesi gereği, hakim TMK m. 1 hükmü gereğince kanun koyucu gibi hareket etme yetkisine dayanarak, borçların yerine getirilmesinde ve hakların kullanılmasında TMK m. 2/1'de düzenlenen objektif iyiniyet kurallarına uyulması, TMK m. 24' de düzenlenen kişiliğin korunması ve TBK m.19/2'de ahlaka aykırılığı yasaklayan genel kurallar altında sözleşme özgürlüğüne tüketiciyi koruyucu sınırlamalar getirebilir.⁶⁵

Sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği ilkesinin mevcut olmasını engelleyecek bir durumun olmaması halinde, sözleşme içeriğinin hukuka uygunluğu gerçekleşmiş olacak, buna uymayan sözleşme içeriği olduğu takdirde genel işlem şartlarının içerik denetimi yoluyla sözleşme adaleti gerçekleştirilmeye çalışılacaktır.⁶⁶

Sözleşmenin tamamının tek tarafça hazırlanan koşullardan oluşması halinde "standart sözleşme", sözleşmede bazı koşulların tek tarafça hazırlanıp, bazılarının müzakere sonucu belirlenmesi halinde ise genel işlem şartı içeren sözleşmeden bahsedilmeye başlanmıştır.⁶⁷ Standart sözleşme, genel işlem şartı ve haksız şart kavramlarının farklı anlamları vardır. Standart sözleşme, satıcı/sağlayıcının ileride pek çok kez kullanılmak üzere, önceden ve tek taraflı hazırladığı matbu sözleşmeyi ifade eder. Standart sözleşmenin içerdiği hükümlere genel işlem şartı denir. Haksız şart tüketici sözleşmelerine özgü bir kavramdır.⁶⁸

Doktrinde standart sözleşme kavramı yerine, genel işlem şartları, çerçeve sözleşme, iltihaki sözleşme, kitlesel sözleşme, formüler sözleşme gibi terimler de kullanılmaktadır.⁶⁹ Bazı yazarlarca iltihaki sözleşme ve standart sözleşme aynı anlamda kullanılsa da⁷⁰ iltihaki sözleşmeler, kamusal nitelikteki kuruluşların sağladıkları hizmetlerden faydalanmak için kendisine başvuran kişilerle yapmış

⁶⁴ **Yeniocak**, Umut, "Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartlarının Yargısal Denetimi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, 2013, Sayı 107, s. 76; **Topak**, s. 284.

⁶⁵ Yargıtay 13 HD., T. 18.03.1996, 1734/2495 s. kararı (YKD, 1996, 746-750); bkzn. **Kartal**, s. 10.

⁶⁶ **Özel**, s. 72.

⁶⁷ **Akipek**, (Sempozyum), s. 331.

⁶⁸ **Karakocalı**, Ahmet/**Kurşun**, Ali Suphi, Tüketici Hukuku, (6502 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre), 1. Baskı, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 36; **Gümüş**, M. Alper, "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi", C.1, İstanbul, 2014, s. 63.

⁶⁹ **Karadağ**, s. 33 **Akipek/Aydoğdu**, s. 142.

⁷⁰ **Akipek**, s. 224.

oldukları sözleşmeler için kullanılmaktadır.⁷¹ Aynı şekilde bazı Yargıtay kararlarında da standart sözleşmeler iltihaki sözleşmeler adı altında ifade edilmektedir.⁷² Yüksek mahkeme, 05.04.1944; 4/12 Sayılı İçtihadî Birleştirme Kararında, iltihaki sözleşme tanımlanmıştır. Buna göre, “*idarece önceden birtakım şartlarla hazırlanan ve umuma yöneltilen icabın karşı tarafça kabulüyle kurulan sözleşmedir.*”⁷³ Oysa standart sözleşme kavramı daha geniş bir kavramdır. Standart sözleşmeler ise kamusal nitelikte olsun veya olmasın önceden hazırlanmış genel işlem şartı içeren her sözleşme olabilir. Standart sözleşmelerin içeriğini kısmen veya tamamen genel işlem şartları oluşturur. Dolayısıyla genel işlem şartları içeren sözleşmeler standart sözleşmelerin kapsamı içindedir.

Haksız sözleşme şartı basit anlatımla güçlü tarafça hazırlanan ve sözleşmenin zayıf tarafı aleyhine belirgin bir dengesizlik yaratan sözleşme şartını ifade eder.⁷⁴ Standart sözleşmelerdeki haksız şartlar, bireysel sözleşmelerdeki sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünü ortadan kaldırmakta ve düzenleyen lehine kullanılmasını sağladığından, tarafların eşitliği, irade özgürlüğü ilkesine aykırıdır. Bu sebeple haksız şartların denetimi öngörülmüştür.⁷⁵

Ülkemizde tüketicinin haksız şartlara karşı korunmasıyla ilgili ilk somut düzenleme 2003 yılında, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 6.maddesinin, 4822 Sayılı Kanun’la değiştirilmesiyle olmuştur. Haksız şartların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile sınırlayıcı olmamak üzere usul ve esaslar hakkında bir Yönetmelik çıkarılması öngörülmüştür. Bu yönetmelik ilk olarak 13.06.2003 tarihinde “Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik” adıyla çıkarılmıştır. Daha sonra 17.06.2014 tarih, 29033 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ve eski yönetmeliği mülga eden, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır.⁷⁶

Türk Borçlar Kanunu’ndan farklı olarak 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’ da genel işlem koşulları başlığı yerine haksız şartlar başlığı tercih

⁷¹ Karadağ, s. 33.

⁷² Yargıtay 13. HD., 1996/1734E., 1996/2495K., 18.03.1996T., Yargıtay 3. HD., 1998/426E., 1998/6098K. 02.06.1998T.; bkz. Zevkliler/Özel, s. 118; bkz. Akipek/Aydoğdu, s. 142.

⁷³ Yavuz, Nihat, Öğretide ve Uygulamada Sözleşmedeki Haksız Şartlar, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 34.

⁷⁴ Baykan, s. 225.

⁷⁵ Gümüş, s. 50-51; Akipek/Aydoğdu, s. 128.

⁷⁶ Topak, s. 284.

edilmiştir. Bunun sebebi ise, haksız şartların, genel işlem şartlarını da kapsamına alması ve daha geniş bir anlama sahip olmasıdır.⁷⁷

4077 Sayılı Kanun gereğince, haksız koşulların yaptırımını, o koşulların tüketici için bağlayıcı olmaması iken, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesinde haksız koşulların batıl oldukları ifade edilmiştir. Yeni Kanunun 5. maddesinin 2. fıkrasında ise, tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız koşulların kesin hükümsüz olacağı öngörülmektedir. Söz konusu koşullar bakımından içerik denetimi düzenlenmektedir.⁷⁸

Haksız şart içeren sözleşmeler satış, kira, eser sözleşmeleri gibi tipik yani kanunda düzenlenen sözleşmeler olabileceği gibi, kanunda düzenlenmeyen atipik bir sözleşme şeklinde de ortaya çıkabilir. Bu sebeple haksız şart içeren sözleşmenin dahil olduğu türün herhangi bir önemi bulunmamaktadır.⁷⁹ Mevzuat teşkil eden Alman hukukunda miras, aile, şirketler hukuku, toplu iş sözleşmelerinde uygulanmayacağı öngörülse de hukukumuzda bu yönde bir düzenleme bulunmadığından ayırım gözetilmeksizin tüm sözleşmelere haksız şarta ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür.⁸⁰ Bununla birlikte hak ve borç doğurucu sözleşmelerde daha çok kullanılacağı açıktır.

Haksız şartların kullanıldığı sözleşmelerin bir taahhüt işlemi veya bir tasarruf işlemi olup olmaması arasında herhangi bir fark yoktur. Ayrıca sözleşme eki niteliğinde olmak şartı ile sözleşmenin karşı tarafından alınan tek taraflı beyanlar içinde haksız şarta ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmektedir.⁸¹

Haksız şartlar sözleşmenin kuruluşu sırasında karşı tarafa verilebileceği gibi sözleşmenin kuruluşundan önce ilan edilebilir veya levha olarak da asılabilir.⁸² Haksız şartların ilan ve levha yoluyla sözleşmeye dahil olabilmesi için söz konusu ilan metninin sözleşmenin yapıldığı yerde tüketicinin rahatlıkla fark edebileceği bir

⁷⁷Aslan, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Bursa 2013, s. 171; Akçaal, Mehmet/Uyumaz, Alper, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (M. 1-16) İlişkin Bir İnceleme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 4 Sayı:2 Yıl 2013, s. 252.

⁷⁸ Akçaal/Uyumaz, s. 253.

⁷⁹ Zevkliler/Özel, s. 120.

⁸⁰ Zevkliler/Özel, s. 120.

⁸¹ Atamer, Yeşim M., “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m.6 ve TTK m.55,f.1 (f)ile Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar, 8 Nisan 2011,BATİDER, Ankara 2012,(GİŞ Sempozyum), s. 13; Zevkliler/Özel, s. 120.

⁸² Karadağ, s. 38.

yerde yapılması gerekir. Tüketicinin işlem yaptığı sırada mağazanın hemen girişine değil de kasa arkasına asılması durumunda söz konusu şartların sözleşmeye dahil olmadığı söylenebilir. Aynı şekilde gazete, dergi, sokak vs. gibi yerlerde genel işlem şartlarının ilan edilmesi durumunda tüketicinin bu şartları hatırlaması söz konusu olamayacağı için söz konusu şartlar sözleşmenin içeriği haline gelmez.⁸³

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2016/16482 K. 2017/1568 T. 09.02.2017 kararında⁸⁴, söz konusu sözleşme hükmünün haksız şart olarak kabul edilip edilmeyeceği değerlendirilmesinde, haksız şartın 6502 Sayılı TKHK m. 5’de düzenlendiği, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı şekilde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları olduğu ifade edilmiştir. Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması sebebiyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilmektedir.

Hukuk sistemimizde sözleşme özgürlüğü prensibi kabul edilmiştir. Taraflar kanuna, ahlak ve adaba, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmamak şartıyla aralarında her konuda serbestçe sözleşme yapabilirler. (TBK m. 26-27) Somut olayda da davacı davaya konu sözleşmeyi serbest iradesi ile imzalamıştır. Bu sebeple taraflar arasında ki sözleşme ve anılan madde hükmü geçerli ve bağlayıcı olup haksız şart niteliğinde olmadığı anlaşıldığı hüküm altına alınmıştır⁸⁵

A. HAKSIZ ŞARTLARA İLİŞKİN HUKUKUMUZDA KULLANILAN FARKLI TERİMLER VE SİSTEMATİK SORUNU

4077 Sayılı Kanun’da “haksız şart” terimi kullanılmışken, 6098 Sayılı Kanun’da “genel işlem koşulları”, 6102 Sayılı Kanun’da ise “genel işlem şartları” terimi kullanılmıştır. Görüldüğü üzere kullanılan terimlerde bir uyum söz konusu değildir.⁸⁶ HAVUTÇU’ ya göre 4077 Sayılı Kanun içeriğinde haksız şartlar teriminin kullanılmasının sebebi daha geniş bir düzenlemeyi içermesidir.⁸⁷ Aydoğdu’ ya göre

⁸³ Çınar, s. 78.

⁸⁴ <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2016/18404E., 2017/154K., 17.01.2017T., Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2015/7196E., 2016/12943K., 11.05.2016T., <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

⁸⁶ Aydoğdu, s. 28.

⁸⁷ Havutçu, s. 219; Aydoğdu, s. 28.

ise, “haksız şartlar terimi, standart şartların denetimden sonra haksız olanların ayıklanması için öngörülen bir terimdir. GİK de standart şartla aynı anlamda olmak üzere kullanılmış olup, içerik denetimi bakımından haksız GİK ile “haksız şart” terimi aynı anlama gelmektedir. Aslında terim birliğinin sağlanması yararlı olacaktır.”⁸⁸ Kanaatimce, TKHK hükümlerinin sadece tacirler açısından uygulanabilmesi ve daha geniş bir düzenlemeyi içermesi sebebiyle terim birliğinin sağlanması bazı karışıklıklara sebep olabilecektir.

B. HAKSIZ ŞARTLARA VE GENEL İŞLEM ŞARTLARINA İLİŞKİN BAZI BATI ÜLKELERİNDEKİ DÜZENLEMELER

Haksız sözleşme şartı kavramı, 20. yüzyılın ortasından itibaren ABD’ de “Uniform Commercial Code”, Common Law’ ın içtihatlarına, hükümlerinde hakime haksız görünen her türlü sözleşme maddesini iptal etme yetkisi vermektedir.⁸⁹ Ancak münferit şekilde ilk defa İsrail’ de 1964 tarihli “Standart Sözleşmeler Hakkında Kanun” ile genel işlem şartlarında ilişkin düzenleme yapılmıştır.⁹⁰ Avrupa ülkelerinde ise 1960’lı yıllardan sonra teknik anlamda genel işlem şartı denetimi içeren özel kanunlaşma hareketleri başlamış, 1970’li yıllardan sonra Borçlar Hukukunda şekli anlamda haksız şartlara ilişkin çalışmalar söz konusu olmuştur.⁹¹

1. Almanya

Genel işlem şartları Almanya’ da ilk olarak 09.12.1976 tarihinde kabul edilen, 01.04.1977’de yürürlüğe giren “Genel İşlem Şartlarının Düzenlenmesi Hakkında Kanun” ile düzenlenmiştir.⁹² 1997 tarihinde yürürlüğe giren bir kanun ile değişiklikler yapılmış ve Avrupa Konseyinin 93/13 tarihli Yönergesi’ nin tüketici sözleşmelerinde sağladığı koruma söz konusu kanuna aktarılmıştır. Bu sebeple, “kötüye kullanılabilir sözleşme kayıtları”, “haksız şart” terimleri kullanılmamış,

⁸⁸ Aydoğdu, s. 28.

⁸⁹ Baykan, s. 226,

⁹⁰ Havutçu, s. 24; Toprak, Serap, Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerine Yansıması Olarak Haksız Sözleşme Şartları Üzerine Bir İnceleme, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2009, s. 119; Aydoğdu, s. 24.

⁹¹ Baykan, s. 226; Aydoğdu, s. 23.

⁹² Baykan, s. 226; Aydoğdu, s. 26; Yavuz, s. 45.

“genel işlem şartları” ifadesi kullanılmıştır.⁹³ 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Alman Medeni Kanun’unda benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir.⁹⁴

2. Avusturya

Avrupa Konseyinin 93/13 tarihli Yönergesi’ nin Avusturya’ da kanunlaştırılmasından önce, Avusturya Medeni Kanunu’nda genel işlem şartlarına ilişkin hüküm düzenlenmiştir. Yönergenin kanunlaştırılması için söz konusu maddeye hüküm eklenmiştir. Almanya’da olduğu gibi “kötüye kullanılabilir sözleşme kayıtları”, “haksız şart” terimleri kullanılmamış, “haksız sözleşme koşulları”, “standart sözleşme kayıtları”, “genel işlem şartları”, “haksız terimler” ifadeleri kullanılmıştır.⁹⁵ Avusturya’da cayma hakkı, tüketiciye uygulanacak cezai şartlar, bono düzenleme, maaşın temlik yasakları, tüketici davalarında yetkili mahkemenin belirlenmesi, muacceliyet kaydı, ayıbın tekellüfünün uygulaması, geçersiz sözleşme hükümleri gibi hususlardaki yürürlükteki kanunların boşluklarının doldurulması ve tüketici aleyhine olan hükümlerin değiştirilmesi amacıyla 1979’ da Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çıkarılmıştır.⁹⁶ Genel hüküm olarak medeni kanunda düzenleme yapılmasıyla yetinilmemiş⁹⁷, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’ un 6. maddesinde de düzenleme yapılmıştır. Bu hükümle sadece genel işlem şartları değil, tüketiciyi mağdur edebilecek bireysel sözleşme koşulları için de uygulanması mümkündür.⁹⁸ Aynı maddenin devamında satıcının sözleşmenin yapılması anında tek tek müzakere edildiklerini ispatlayamaması halinde genel işlem şartı niteliğindeki sözleşmelerde geçersiz sayılacak şartlar sıralanmıştır.⁹⁹

3. Fransa

Avrupa Konseyinin 93/13 tarihli Yönergesi’ nin Fransa’ da kanunlaştırılmasından önce, 1978 tarihli Mal ve Hizmet Alan Tüketicilerin Bilgilendirilmesi ve Korunması Hakkında Kanun’un 35 ve 38. maddelerinde genel işlem şartları düzenlenmiştir. 1993 yılında kanunlaşan Fransız Tüketici Kanunu’nun ilgili maddelerinde

⁹³ Çınar, s. 16.

⁹⁴ Yavuz, s. 83; Eren, s.216.

⁹⁵ Çınar, s. 17.

⁹⁶ Baykan, s. 234.

⁹⁷ Yavuz, s. 46; Çınar, s. 18.

⁹⁸ Çınar, s. 18.

⁹⁹ Baykan, s. 234-235.

değiştirilmeksizin düzenlenmiştir. Yönergenin Fransa’ da kanunlaşması, 1995 tarihli 95-96 sayılı Kanun ile olmuştur.¹⁰⁰ 1978 tarihli kanun ile birlikte Haksız Şartlar Komisyonu kurulmuştur.¹⁰¹ Ancak bu komisyonun kararları gerek hakimler gerekse genel işlem şartlarını hazırlayan satıcılar için tavsiye niteliğindedir. Haksız Şartlar Komisyonu’ nun görüşü alınmak suretiyle Danıştay kararı ile oluşturulması öngörülen hakimlere ve taraflara empoze edilecek haksız şartlara ilişkin kara liste 1978’den itibaren sadece bir karar yürürlüğe girmiştir. Bu sebeple sistemin başarılı olduğu söylenemez.¹⁰²

Düzenlemeye göre, sözleşmedeki bir şartın haksız şart olduğuna karar verebilmek için; *“sözleşmenin mesleki faaliyetini icra eden bir profesyonel ile mesleki faaliyetini icra etmeyen bir tüketici arasında yapılmış olması ve sözleşmenin konusu edilen şartın, mesleki faaliyetini icra etmeksizin sözleşmeye taraf olan kişi (tüketici) bakımından, belirgin bir dengesizlik yaratmış olması”* gerekmektedir.¹⁰³

4. İngiltere

1973 ve 1977 yıllarında İngiltere’ de haksız genel işlem şartlarına ilişkin kanunlar çıkarılmıştır.¹⁰⁴ 1977 tarihli “Haksız Sözleşme Şartları Kanunu”(Unfair Contract Terms Act,1977)’ nda genel işlem şartları içeren sözleşmelerin söz konusu hükümlerinin hükümsüz sayılacağı düzenlenmişti.¹⁰⁵ Avrupa Konseyinin 93/13 tarihli Yönergesi’ nin İngiltere’ de kanunlaştırılması için, 1994 yılında “Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Sözleşme Kayıtları Yönetmeliği” (Unfair Contract Terms in Consumer Contracts Regulations 1994) kabul edilmiştir. 1999 yılında ise, “Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Kayıtlar Yönetmeliği” (Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999) kabul edilerek, 1994 tarihli Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır. 2001 yılında, 1999 tarihli Yönetmelikte bazı değişiklikler yapılmıştır.¹⁰⁶

¹⁰⁰ Çınar, s. 18.

¹⁰¹ Yavuz, s. 45; Baykan, s. 234.

¹⁰² Baykan, s. 234.

¹⁰³ Yavuz, s. 84.

¹⁰⁴ Baykan, s. 226-227.

¹⁰⁵ Aydoğdu, s. 24; Çınar, s. 19; Toprak, s. 110.

¹⁰⁶ Çınar, s. 19.

5. İtalya

Avrupa Konseyinin 93/13 tarihli Yönergesi' nin İtalya' da kanunlaştırılmasından önce, bu alanda ilk sayılabilecek 1942 tarihli Medeni Kanun (1341-1342 hükümleri)¹⁰⁷ değişikliği dikkate alınrsa yaklaşık olarak sanayi devriminden 100 yıl sonra standart sözleşmelere müdahale edilmiştir.¹⁰⁸ İtalya Medeni Kanunu'nun bazı maddelerinde, genel işlem şartlarının bazı şartlarla sözleşme içeriği haline gelebileceği öngörülmüştü. Sözleşmenin kuruluşu ile ilgili hükümler arasında yer verilen bu düzenleme sadece yürürlük denetimine ilişkin bir düzenleme getirmişti. Yönergenin kanunlaştırılması amacıyla İtalya Medeni Kanun'a yönerge hükümleri eklenmiştir.¹⁰⁹ Kanunda yapılan düzenlemede “standart sözleşme” kavramına yer verilmiştir.¹¹⁰

6. İsviçre

İsviçre'de, haksız rekabet kapsamında 1986 tarihli “haksız rekabete Karşı Federal Kanun” ile düzenlenmiştir.¹¹¹ Diğer Avrupa ülkelerine göre gelişim daha farklı şekilde olmuştur. Tüketiciler gibi tacirler de 1986 tarihli kanunla koruma altına alınmıştır.¹¹² Ancak 2012 tarihli değişiklikten sonra sadece tüketiciler koruma kapsamına alınmıştır.¹¹³

C. HAKSIZ ŞARTIN TANIMI, UNSURLARI

1. Haksız Şartın Tanımı

Genel işlem şartı ve haksız şart kavramları uygulamada çok çeşitli şekilde karşımıza çıkmaktadır. Banka tasarruf cüzdanlarında, sigorta poliçelerinde, alım-satım sözleşmelerinin arka yüzünde, yolcu veya eşya taşınması sözleşmelerinde vs. farklı biçimde karşımıza çıkmaktadır.¹¹⁴ Tüketicinin Korunması Hukukunda özellikle Avrupa Birliği Hukukundan etkilenildiği için, “genel işlem şartı” terimi değil,

¹⁰⁷ Aydoğdu, s. 24; Yavuz, s. 46.

¹⁰⁸ Aydoğdu, s. 23.

¹⁰⁹ Baykan, s. 235; Çınar, s. 20.

¹¹⁰ Çınar, s. 20.

¹¹¹ Aydoğdu, s. 25; Yavuz, s. 47.

¹¹² Atamer, Yeşim, M. “Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, 2. Bası, İstanbul, 2001, s. 43-44 (GİŞ); Havutçu, s. 63; Akipek/Aydoğdu, s.138.

¹¹³ Akipek/Aydoğdu, s. 138.

¹¹⁴ Özel, s. 69.

“haksız şart” terimi tercih edilmiştir. 93/13 Sayılı Konsey Yönergesinde “Kötüye Kullanılabilir Şartlar” terimi tercih edilmiştir.¹¹⁵ Haksız şart teriminin kullanılmasının bir diğer sebebi de tüketiciye daha geniş kapsamda koruma sağlamasıdır.¹¹⁶

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında haksız şarttan söz edebilmek için iki koşulun varlığı şarttır. Bunlardan birincisi, satıcı veya sağlayıcının tek taraflı olarak tüketici ile müzakere etmeden hazırladığı sözleşmenin kurulması. İkincisi ise, söz konusu sözleşmede yer alan bir veya birden çok hükmün tarafların karşılıklı hak ve borçlarında dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde tüketici aleyhine dengesizliğe yol açmasıdır.¹¹⁷

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2009/14991 K. 2010/5048 T. 14.4.2010 kararında¹¹⁸, taraflardan birinin tüketici olması durumunda sözleşmelerde yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir. Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve standart sözleşmede yer aldığı için tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Taraflar arasındaki Bankacılık Hizmetleri Sözleşmesinin 136 ve 137. maddelerindeki düzenlemelerin tüketici aleyhine olan ve tüketiciyi külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırılmadığından açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edileceği hüküm altına alınmıştır.

Bir başka kararda da haksız şart tanımı yapılarak şu şekilde karar verilmiştir¹¹⁹; 4077 Sayılı Kanun m. 6’da yer alan hüküm uyarınca, satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları haksız şart oluşturmakta olup, bu şartların tüketici için bağlayıcı olmadığı hüküm altına alınmıştır.

¹¹⁵ **Uluslan**, İlhan, “Borçlar Kanunu’nda Yer Alan Genel İşlem Şartları ile Tüketicinin Korunması Hukukunda Düzenlenmiş Bulunan Haksız Şartlara İlişkin Bazı Değerlendirmeler ve Özellikle İçerik Denetimi Sorunu”, 24-25 Kasım 2011 Uluslararası Tüketici Hukuku Sempozyumu Metinler Kitabı, İstanbul, Mart, 2013, (Sempozyum), s. 141.

¹¹⁶ **Uluslan**, (Sempozyum), s. 142.

¹¹⁷ **Akipek**, (Sempozyum), s. 333.

¹¹⁸ <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

¹¹⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2014/13-596E., 2015/792K., 28.01.2015T., <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

Yargıtay'ın başka bir kararında¹²⁰ söz konusu sözleşme hükümlerinin ayrı ayrı müzakere edildiği ispat edilemediğinden haksız şart sayılmıştır.

İlk olarak 2003 yılında 4077 sayılı mülga TKHK m. 6' da "sözleşmedeki haksız şartlar" başlığı altında ve Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'te konuya değinilmiştir.¹²¹ Ancak yüzeysel incelendiği için öğretide eleştiri konusu olmuştur.¹²² 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile genel işlem şartları daha genel ve kapsamlı bir hale getirilmiştir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile mülga 4077 Sayılı Kanuna göre daha kapsamlı düzenlemeler getirilerek, 6098 Sayılı TBK' ya daha uyumlu hale getirilmiştir.¹²³ 6502 sayılı Kanun' da haksız şart tanımı şu şekilde verilmiştir; "*satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları*" dır.(6502 sy. TKHK m.5/1).

4077 Sayılı Kanun'dan farklı olarak 6502 Sayılı Kanun'da TMK m.3'deki iyiniyetten değil, TMK m.2'deki dürüstlük kurallarının kastedildiği açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca "*kesin olarak hükümsüzdür*" ifadesi kullanılarak yaptırımın hukuki niteliği açıklığa kavuşturulmuştur.¹²⁴ 4077 Sayılı Kanun' dan farklı olan bir diğer husus da sözleşmedeki haksız şart içeren hükümler dışındaki sözleşme hükümlerinin geçerliliğini koruyup korumadığına ilişkin belirsizlik 6502 Sayılı Kanun'la açıklığa kavuşturularak diğer sözleşme hükümlerinin geçerliliğini koruyacağı belirtilmiştir.¹²⁵

Sözleşme metninin tümünün ayrı ayrı müzakere edilmiş olması aranmaktadır. Sözleşmenin bazı maddelerinin müzakere edilmiş olması, diğer kısımların müzakere edilmemiş sayılmasına engel olmayacaktır.¹²⁶ Bireysel sözleşmede yer alan

¹²⁰ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2013/4033E., 2013/7605K., 26.03.2013T., <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

¹²¹ Zevkliler/Özel, s. 119; Özel, s. 69-70.

¹²² Özel, s. 69-70.

¹²³ Zevkliler/Özel, s. 119.

¹²⁴ Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s.168; Kılıçoğlu, s. 127.

¹²⁵ Kılıçoğlu, s. 127.

¹²⁶ Akipek, (Sempozyum), s. 334.

müzakere edilen kayıtlar için dürüstlük kuralı, kamu düzeni, kişilik hakları ve ahlaka aykırılık kuralları ile koruma söz konusu olacaktır.¹²⁷

6502 sayılı Kanun m. 5' e, 93/13 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi m.3 neredeyse aynen alınmıştır.¹²⁸ Bakanlık söz konusu Yönerge' den esinlenerek "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik" i yürürlüğe koymuştur. 6502 sayılı Kanun'a uyarlanarak hazırlanan yeni "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik" 17.06.2014 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

2. Haksız Şartın Unsurları

Bir sözleşme koşulunun haksız şart olarak sayılması için Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik' e göre, temelde iki koşul gerekmektedir. Bunlardan birincisi, satıcı veya sağlayıcının sözleşme koşulunu, tüketici ile müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyması, ikincisi ise; tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına (dürüstlük kuralına) aykırı düşecek şekilde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olmasıdır.¹²⁹ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5/1' de bahsedilen iyi niyet kuralı, TMK m. 2'de düzenlenen objektif iyi niyet yani dürüstlük kuralıdır.¹³⁰ Sözleşme öncesi görüşmelerde dahi tarafların aralarında oluşan güven ilişkisinin kaynağı dürüstlük kuralı (culpa in contrahendo)' dir.¹³¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında¹³², sözleşmenin bir hükmü, tüketicinin menfaatini ihlal etmekle birlikte, ona önemli avantajlar da sağlıyorsa, söz konusu kaydın tüketicinin zararına olduğunu söylemek olanaklı değildir. Hayat sigortası priminin tahsiline ilişkin sözleşme hükmünün haksız şart olarak kabulü için gerekli bulunan açık oransızlık ve haksızlık unsurunun somut olayda gerçekleşmediği hükmüyle tüketici aleyhine dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde dengesizliğe sebep olması unsurunun oluşmadığı kanaatine varılmıştır.

¹²⁷ Akipek/Aydoğdu, s. 133.

¹²⁸ Gümüş, s. 60; Aydoğdu, s. 183; Akipek/Aydoğdu, s. 137.

¹²⁹ Aydoğdu, s. 184; Zevkliler/Özel, s. 122.

¹³⁰ Zevkliler/Özel, s. 122.

¹³¹ Özel, s. 62.

¹³² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2014/13-111E., 2015/886K., 04.03.2015T., benzer karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2014/13-855E., 2016/187K., 26.02.2016T., <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

Bir başka Yargıtay Kararında¹³³, mobil internet erişim sözleşmesinde bulunan “yurt dışı kullanımda roaming tarifesinin geçerli olacağı” yönündeki hükmün haksız şart veya genel işlem şartı olarak nitelendirilemeyeceği, taraflar arasındaki sözleşme bir bütün olarak değerlendirildiğinde, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olacak nitelikte bir koşul içermediği kabul edilmiştir.

Uygulamada sözleşmelere, “sözleşmenin tüm hükümlerinin müşteri ile müzakere edildiği ve mutabık kalındığı, dolayısıyla müşterinin sözleşme hükümlerinin hiçbirine itirazı olmadığı” şeklinde kayıtlar düşülmektedir. Bu kayıtlar da tamamen geçersizdir.¹³⁴ Zira sözleşmenin hazırlayıcısı ve kullanıcısı konumunda olan taraf kanunu dolanmak suretiyle kendisine bir zarar dokunmaması amacıyla bunu gerçekleştirirse de bu tür kayıtlar TKHK m.5/3 gereğince geçersiz olacaktır. TKHK m. 5/3 hükmünde, “*Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.*” denilmektedir. Bu hükme göre haksız şartlar açısından “müzakere edilmeme karinesi” öngörülmüştür.¹³⁵

TKHK m.5/5 hükmünde, “*Faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın bu madde hükümleri uygulanır.*” denilmektedir. Bu hükme göre, tekel niteliği gösteren doğalgaz, elektrik vs. gibi standart sözleşmeler açısından da haksız şart denetimi söz konusu olacaktır.¹³⁶

Şekil itibari ile önceden hazırlanan sözleşmeler farklılık gösterebilir. Bunlardan bazıları matbu, bazıları ise esas sözleşmenin atıfta bulunduğu genel şartlar biçimindedir. Hatta bazıları levha şeklinde asılmış olabilir.¹³⁷

Bir sözleşme şartının dengesiz hak ve yükümlülükler getirdiği, bu sebeple haksız şart olup olmadığı incelenirken her bir sözleşme şartını münferiden ele almamak gerekir.

¹³³Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 2014/1703E., 2014/9129K., 09.06.2014T., <http://emsal.yargitay.gov.tr> ; bkz. **Aydoğdu**, s. 285,286.

¹³⁴ **Topak**, s. 289; **Karadağ**, 39; **Oğuzman/Öz**, s.162.

¹³⁵ **Zevkliler/Özel**, s. 123.

¹³⁶ **Zevkliler/Özel**, s. 123.

¹³⁷ **Baykan**, s. 203.

Çünkü, bir sözleşme şartı tüketici aleyhine dengesiz yükümlülükler getirirken, başka bir şartı bu dengesizliği düzeltiyor olabilir.¹³⁸

Tarafların hak ve yükümlülüklerinde oransızlık belirlenirken öncelikle sözleşmeyi düzenleyen tarafın ekonomik gücü göz önünde tutulmalıdır. Sözleşme koşulunun haksızlığı belirlenirken tüketicinin ekonomik varlığına yönelik tehdit olacak sözleşme hükümlerinin haksızlığı daha kolay belirlenebilecektir.¹³⁹ 93/13 AB Yönergesinde “önemli oransızlık” aranmışken hukukumuzda buna yer verilmemiştir.¹⁴⁰

TKHK m. 5/7 hükmüne göre, “Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.” denilmektedir. Yani söz konusu hükme göre asli edim yükümlülükleri, mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin hüküm açık ve anlaşılır bir dille yazılmamışsa haksız şart denetimine tabi olabilecektir.

TBK m.20’ den farklı olarak sözleşme şartlarının önceden hazırlanmış olması ve birden çok kullanım amacı olması, TKHK m.5 açısından aranmayarak, 93/13 sayılı AB Yönergesine uyumlu tutulmuştur.¹⁴¹ Böylece, tüketiciler bakımından koruma daha geniş kapsamlı tutulmuştur.¹⁴² Yani TKHK kapsamında haksız şartın genel işlem şartı niteliği taşımasına gerek yoktur. Bir görüşe göre, TBK hükümlerinin genel hüküm olması dolayısıyla TKHK’ da hüküm olmaması durumunda TBK hükümlerine başvurulması gerekliliği karşısında TBK m.20’ de belirtilen genel işlem şartları açısından aranan unsurların TKHK kapsamındaki haksız şartlar içinde aranması gerekmektedir.¹⁴³

¹³⁸ Aslan, s. 176.

¹³⁹ Zevkliler/Özel, s. 125.

¹⁴⁰ Akipek/Aydoğdu, s. 147; Çınar, s. 32.

¹⁴¹ Baş, Ece, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’ nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural’ a Armağan”, İstanbul, 2013, s. 289-290; Aydoğdu, s. 185.

¹⁴² Baş, s. 289-290; Aydoğdu, s. 185.

¹⁴³ Aydoğdu, s. 185; Zevkliler/Özel, s. 122; Eren, 217; Oğuzman/Öz, s.161.

IV. GENEL HÜKÜMLERE GÖRE GENEL İŞLEM ŞARTI

A. GENEL OLARAK GENEL İŞLEM ŞARTI

818 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda konu ile ilgili olarak bir hüküm yer almış değildi. İlk olarak 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Şartları ele alınmıştır.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda hangi koşulların karşı taraf aleyhine dürüstlük kuralına aykırı şart oluşturduğu konusunda örnek kayıtlar belirtilmemiş, her somut olaya göre hakimin değerlendirme yapması benimsenmiştir. TBK m.20'nin gerekçesinin 4. paragrafında da, *"hangi konudaki hükümlerin genel işlem koşulu sayılacağı yönünde bir liste verme yerine, her türden sözleşme hükmü, bu tanım kapsamına girdiği takdirde, genel işlem koşulu olarak kabul edilecektir."* hükmü ile bu husus belirtilmiştir. Uygulamada sık karşılaşılan bir durum olan özellikle cep telefonu vs. gibi uzun süreli abone sözleşmelerinin imzalanması karşılığında fiyat indirimi yapılacağı, sözleşmenin sona ermesi halinde söz konusu indirimlerin geri alınacağına ilişkin kayıtlar dürüstlük kuralına aykırı olarak kabul edilebilir. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.52/4-5 de konuya ilişkin düzenleme mevcuttur.

B. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ YARARLARI VE SAKINICALARI

1. Genel İşlem Şartlarının Yararları

Modern hayatta bazı mal ve hizmetler seri halde oluşturulup satışa sunulduğu için, her gün yüzlerce hatta binlerce aynı özellikteki sözleşmeye ihtiyaç duyulabilir. Bu sebeple ayrı ayrı her müşteri için sözleşme düzenlenmesi pratik olmayacağı için bu mal ve hizmetleri satan veya sağlayan açısından faydalıdır.¹⁴⁴ Ayrıca bu şekilde rizikolar engellenmiş olur ve zamandan tasarruf edilmiş olur.¹⁴⁵ Genel olarak genel işlem şartı içeren standart sözleşmeler konunun uzmanları tarafından hazırlandığı için hukuki güvenlik ve belirlilik düzenleyen açısından sağlanmış olur.¹⁴⁶ Genel işlem şartları her zaman düzenleyen lehine, karşı taraf aleyhine olmayabilir. Genel ve

¹⁴⁴ Yelmen, s. 62.

¹⁴⁵ Havutçu, s. 5-6; Yelmen, s. 63; Eren, s. 216.

¹⁴⁶ Yelmen, s. 63; Eren, s.216.

soyut nitelikte olması, aynı şartları ihtiva eden sözleşmenin binlerce başka insanla yapılması, uzman kişilerce hazırlanması karşı tarafa güven verebilir. Söz konusu hükümler hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik de sağlar.¹⁴⁷

2. Genel İşlem Şartlarının Sakıncaları

Genel işlem şartlarının düzenleyen açısından sakıncalı olabileceğini söylemek oldukça zordur. Genel işlem şartlarının muhtevasını belirleyen taraf olduğu için kendi lehine sözleşme düzenlemesi beklenir. Bu sebeple Türk Borçlar Kanunu hükümlerinde ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinde sıkı denetim söz konusudur. Karşı taraf açısından ise; karşı taraf sözleşmenin içeriğine etki edememektedir. Sözleşmeyi kabul etmek veya kabul etmemek dışında seçim şansı bulunmamaktadır. Düzenleyen daha önce de değinildiği üzere kendi lehine sözleşmeyi düzenlediği için genelde karşı taraf aleyhine düzenlemeler ve güç dengesizliği söz konusu olur.

C. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ TANIMI

6098 Sayılı Kanun m. 20' deki tanıma göre, “*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.*

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

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

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

¹⁴⁷ Yelmen, s. 63-64; Eren, s. 215.

Madde metnindeki “tek başına” ibaresi ile kastedilen sözleşmenin karşı tarafla beraber hazırlanmamasıdır. Sözleşme hazırlanırken birkaç kişi beraber hazırlayabileceği gibi bir avukata veya başka birine de sözleşme hazırlattırılabilir. Bu husus söz konusu hükümlerin genel işlem şartı olarak değerlendirilmesine engel teşkil etmez.¹⁴⁸

Yargıtay Genel Kurulu Kararı’nda¹⁴⁹ genel işlem şartları, düzenleyenin ileride kuracağı sözleşmelerde karşı tarafın iradesi ile değiştirmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle, önceden ve tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşulları olarak ifade edilmiştir. Genel işlem şartlarının varlığını kabul edebilmek için bazı unsurların gerçekleşmesi gerekir. Kural olarak bir sözleşmenin içeriğini düzenlemek üzere hazırlanırlar ve tek taraflı olarak sözleşmenin kurulmasından önce gerçekleşirler.

D. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Genel işlem şartlarının hukuki niteliği hususunda doktrinde tartışma söz konusu olmakla beraber günümüzde kabul edilen görüş sözleşme görüşüdür. Diğer görüşler ise norm teorisi ve örf adet- teamül teorisidir.¹⁵⁰

Genel işlem şartları, sözleşmenin içeriğine dahil edilmeden önce hiçbir anlam ifade etmez. Ancak sözleşme ile değer kazanırlar. Karşı tarafa sunulan bu şartların kabul edilmesi durumunda söz konusu şartlar hüküm doğuracaktır. Bu sebeple bu görüşe göre, genel işlem şartları sözleşme niteliğindeki hükümlerdir.¹⁵¹

Günümüzde kabul edilen görüş, genel işlem şartlarının sözleşme niteliğinde olduğu yönündedir. TBK m. 20/1’de de genel işlem şartlarının tanımı yapılırken bu husus belirtilmiştir. Genel işlem şartları da bireysel sözleşmeler gibi yargısal denetime tabi olabilecektir.¹⁵²

E. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ UNSURLARI

Doktrinde genel işlem şartlarının unsurları hususunda çeşitli ayrımlar yapılmakla birlikte Türk Borçlar Kanunu m. 20/1’ den yola çıkarak 5 zorunlu unsurdan

¹⁴⁸ Karadağ, s. 36; Kılıçoğlu, s. 130; Oğuzman/Öz, s. 162.

¹⁴⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2014/855E., 2016/187K., 26.02.2016T, <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

¹⁵⁰ Aydoğdu, s. 26; Eren, 218; Havutçu, s. 93,94; Atamer, (GİŞ), s. 77vd; Çınar, s.59-61.

¹⁵¹ Eren, s. 218; Karadağ, s. 44.

¹⁵² Karadağ, s. 44.

bahsedilebilir. Genel işlem şartları, sözleşme hükümleridir.¹⁵³ Genel işlem şartları içeren sözleşme hükümleri, ileride kurulması planlanan sözleşmelerin temel noktalarını belirler.¹⁵⁴ Bu unsurlar şu şekilde sıralanabilir:¹⁵⁵

1. Bir Sözleşmenin Koşulunu ve Yan Edimin Konusunu Oluşturmaları

Genel işlem şartları standart sözleşmeler içinde yer almaktaysa da esasında uygulamada bilinen adlarıyla nitelendirilirler. Örneğin, “kira genel koşulları”, “satış genel koşulları” olarak nitelendirilebilir. Genel işlem şartları var olması koşuluyla genel işlem şartı içeren sözleşmenin ne şekilde olduğu veya ne olarak adlandırıldığı önemli değildir.¹⁵⁶ Söz konusu sözleşmenin ulusal veya uluslararası olması da önem arz etmez.¹⁵⁷ Genel işlem şartı sözleşmenin içinde veya ayrı bir yerde, sözleşmenin ekinde de düzenlenebilir.¹⁵⁸ Sözleşmede asli edimlerin açık ve anlaşılır olması şartıyla genel işlem şartı denetimi yapılamayacaktır. Bunun sebebi ise tarafların en azından asli edimleri içeren sözleşme hükümlerini karşılıklı olarak düzenledikleri ve kabul ettikleri varsayılır. Asli edimlere ilişkin denetim genel kurallara göre (aşırı yararlanma, irade sakatlıkları vs. gibi kurallar) belirlenecektir.¹⁵⁹ Ancak, Aydoğdu’ya göre olması gereken hukuk bakımından asli edimlerinde denetime tabi tutulması faydalı olacaktır.¹⁶⁰ Ancak asli edimler açısından genel işlem şartı denetimi yapılması serbest piyasa ekonomisi kurallarının hakim olduğu bir sistemde problemler yaratabilecektir.

2. Önceden ve Tek Yanlı Olarak Belirlenme

Genel işlem şartları sözleşmenin kurulmasından önce hazırlanmaktadır. Önemli olan sözleşmenin diğer tarafının söz konusu şartların hazırlanmasına katkısının olup olmamasıdır.¹⁶¹

¹⁵³ **Yelmen**, s. 51.

¹⁵⁴ **Barlas**, Nami, Çerçeve Sözleşme Kavramı Ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s. 813; **Yelmen**, s. 53; **Eren**, s.219.

¹⁵⁵ **Aydoğdu**, s. 186; **Gümüş**, s. 50; **Akipek/Aydoğdu**, s. 141.

¹⁵⁶ **Aydoğdu**, 47; **Atamer**, (GİŞ), s. 67; **Çınar**, s. 57.

¹⁵⁷ **Aydoğdu**, 48.

¹⁵⁸ **Aydoğdu**, 48.

¹⁵⁹ **Aydoğdu**, 51; **Havutçu**, s. 91, 159; **Atamer**, (GİŞ), s. 220-221; **Çınar**, s. 121-122.

¹⁶⁰ **Aydoğdu**, 51.

¹⁶¹ **Karadağ**, 40.

Genel işlem şartlarının kullanan tarafından bizzat hazırlanması tek yanlı belirleme unsuru açısından bir zorunluluk değildir.¹⁶² Bir avukata, danışmana veya başka birine hazırlattırılabilceği gibi hazır bir metinde olduğu gibi kullanılabilir.¹⁶³

Önceden hazırlanmış olma, somut bir sözleşme için değil, ileride kurulacak olan birden çok sözleşme için düzenlenmiş olmasıdır.¹⁶⁴ Amaç, farklı müşterilerle kurulacak aynı türden çok sayıda sözleşme için bir çerçeve oluşturmaktır.¹⁶⁵ Tek yanlı olarak belirlenmesinden kasıt ise tarafların karşılıklı, müzakere ederek sözleşme hükümlerini belirlememesi aksine taraflardan birinin sözleşmeyi düzenlemesidir.¹⁶⁶ Aksi durumda genel işlem şartından bahsedilemeyecek, sözleşme ferdi sözleşmeye dönüşecektir.¹⁶⁷

Uygulamada sözleşme metnine bir madde eklenerek sözleşmede yer alan tüm maddelerin tek tek müzakere edildiği belirtilerek kanun maddelerinin dolanılmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu sebeple böyle bir kaydın sonuçları TBK m.20/3 hükmü ile engellenmiştir.¹⁶⁸ Hatta bir görüşe göre bu şekilde düzenlenen bir sözleşme hükmü zaten genel işlem şartı niteliğindedir.¹⁶⁹ Gerçekten de bu şekilde düzenlenen bir sözleşme hükmünün genel işlem şartı içermesi ihtimali çok yüksektir.

3. Genel ve Soyut Nitelikte Olma

Genel işlem şartlarının hazırlanmasında diğer taraf somut olarak belli değildir. Zaman ve yer bakımından tamamen belirsiz bir sözleşmeye yönelik olmasıdır ve genel işlem şartlarının soyut niteliğini ifade eder.¹⁷⁰ Genel işlem şartlarına ilişkin hükümler düzenleme aşamasında, belirli gelecekte sayısı azalıp artmayacak bir kişi topluluğuna yönelik değilse genel niteliktedir.¹⁷¹ TBK m.20/2' de, "*Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.*" hükmü yer almaktadır. Bu

¹⁶² Aydoğdu, 54; Akipek/Aydoğdu, 142; Antalya, Gökhan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul, 2012, s.300; Atamer, (GİŞ), s. 63; Baş, s. 285; Çınar, s.55.

¹⁶³ Aydoğdu, 55.

¹⁶⁴ Atamer, (GİŞ Sempozyum), 21; Havutçu, 80-81; Yelmen, 53.

¹⁶⁵ Atamer, (GİŞ Sempozyum), 14; Yelmen, 53.

¹⁶⁶ Yelmen, 54.

¹⁶⁷ Havutçu, 88; Çınar, 54; Yelmen, 54.

¹⁶⁸ Karadağ, 39; Oğuzman/Öz, s.162; Topak, s. 289.

¹⁶⁹ Atamer, (GİŞ Sempozyum), 21; Karadağ, 39.

¹⁷⁰ Havutçu, 80; Yelmen, 56.

¹⁷¹ Yelmen, 56.

hükme göre, söz konusu metinlerin mutlak anlamda birbirleriyle örtüşmesine gerek yoktur.¹⁷² Bu hükümle küçük farklılıklar yapılarak denetime ilişkin hükümlerin dolanılmasının önlenmesi amaçlanmıştır.¹⁷³

TBK m. 20/4' de, “*Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.*” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm kapsamında örneğin, dernek veya banka tarafından hazırlanan sözleşmeler bakımından ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacı aranılmaz.¹⁷⁴

Genel işlem şartları herkes için uygulamak üzere kanunlar gibi genel ve soyut olarak hazırlanırlar. Genel ve soyut nitelikte olması objektif olacağı anlamına gelmez. Çünkü sözleşmeyi düzenleyen taraf lehine subjektif hükümler içermesi olağandır.¹⁷⁵

4. Çok Sayıda Sözleşme İçin Önceden Hazırlanma

İsviçre ve Türk Hukukunda aynı türde birden fazla sözleşmede kullanılma amacıyla düzenlenen genel işlem şartlarının ilk kullanımı yeterlidir. Birden çok kullanılmış olması aranmaz.¹⁷⁶ 9/13 Sayılı AB Yönergesinde de birden fazla kullanma kriteri aranmamıştır.¹⁷⁷

5. Sözleşmenin Kuruluşu Aşamasında, Önceden Hazırlanan Şartların Kullanılması

Sözleşmeyi düzenleyen tarafın sözleşmeyi önceden düzenlemesi, karşı tarafın ekonomik açıdan zayıf olması, bilgi eksikliğinin bulunması, sözleşmeyi incelemeye fırsatının olmaması gibi durumlarda sözleşmenin önceden hazırlanmasını ifade edilir. Sözleşme kurulduktan sonra fiş, bilet, fatura, teyit mektubu veya makbuzda genel

¹⁷² Karadağ, 40.

¹⁷³ Ulusan, İlhan, Türk Borçlar Kanunu' ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler, Prof. Dr. Mustafa Dural' a Armağan, İstanbul, 2013, (Armağan), 1223; Yelmen, 57.

¹⁷⁴ Yelmen, 57.

¹⁷⁵ Aydoğdu, 57; Akipek/Aydoğdu, 143.

¹⁷⁶ Atamer, GiŞ Sempozyum, 16-17; Baş, 286; Toprak, 50; Aydoğdu, 57-58.

¹⁷⁷ Aydoğdu, 58; Baş, s. 286.

işlem şartına ilişkin bilgiler verilmesi geçerli olmayacaktır.¹⁷⁸ Ancak teyit mektubuna ilişkin bir ayrıntının belirtilmesi faydalı olacaktır. Teyit mektubu, sözlü olarak veya telefonla yapılan bir sözleşmenin daha sonra taraflardan birinin yazıya geçirmesi ve karşı tarafa gönderilmesini ifade eder. Teyit mektubu esaslı unsurları içermektedir. Karşı taraf sözlü olarak kurulan, sözleşmeye aykırılık teşkil etmeden düzenlenen teyit mektubuna itiraz etmezse doktrindeki hakim görüşe göre genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriği haline geldiği söylenebilir.¹⁷⁹ Genel işlem şartlarının sözleşmeye dahil edilebilmesi için sözleşmeyi düzenleyen tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasında tüketiciyi uyarması ve iradesini açık olarak ortaya koyması gerekmektedir.¹⁸⁰

F. GENEL İŞLEM ŞARTI KAVRAMININ HAKSIZ ŞART KAVRAMI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Uygulama ve doktrinde haksız şart ve genel işlem şartları kavramlarının birbirine karıştırılması veya eşanlı kullanılması söz konusu olabilmektedir. Taraflardan biri tarafından ve müzakere edilmeden sözleşmeye konulan hükümler genel işlem şartı niteliği taşımaktadır. Dürüstlük kuralı gereği karşı tarafın aleyhine olanlar haksız şart niteliğindedir. Genel işlem şartı taşıyan hükümlerin her somut olay bakımından haksız olup olmaması değerlendirilmelidir.¹⁸¹

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu m.5’ de yer alan “standart sözleşmede yer alması”, “tüketiciyle önceden müzakere edilmeme” ve “bir sözleşme şartının önceden hazırlanması” hükümleri Türk Borçlar Kanunu’nda bulunan Genel İşlem Şartları ile benzerlikler içermektedir. Türk Borçlar Kanunu m. 25’de “ *Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*” hükmü ile genel işlem şartları içeren sözleşmelerin hakim tarafından denetlenmesi sağlanmıştır.¹⁸² Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.5, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik maddeleri, eki ve Avrupa Birliği Yönergesi m. 3-4’ de

¹⁷⁸ **Ulusan**, M. İlhan, “Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi”, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul, Aralık, 2004, (İçerik Denetimi), 37; **Çınar**, 88; **Atamer**, (GİŞ), 91; **Aydoğdu**, 59.

¹⁷⁹ **Atamer**, (GİŞ), 92-93; **Oğuz**, Cemal, Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları, Ankara, 1993, 71-72; **Çınar**, 91-92.

¹⁸⁰ **Çınar**, 88.

¹⁸¹ **Akipek/Aydoğdu**, s. 140.

¹⁸² **Topak**, s. 302.

belirtilen dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde nelere dikkat edileceği hakime yol göstermesi açısından örneksene yoluyla belirtilmiştir.¹⁸³ Türk Borçlar Kanunu açısından böyle bir listeden faydalanılmamıştır.¹⁸⁴

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun özel nitelikte bir kanun olduğundan tek tarafı tüketici olan sözleşmeler açısından söz konusu olacaktır.¹⁸⁵ Türk Borçlar Kanunu m.20-25 hükümleri ile öngörülen kurallar tüm sözleşme ve kişilere uygulanacaktır. Karşı taraf tacir olsun veya olmasın 6098 Sayılı Kanun herkese uygulanabiliyorken, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik hükümleri taraflardan birinin tüketici olması durumunda uygulanacaktır.¹⁸⁶ 6502 Sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlere, Türk Borçlar Kanunu'na gidilecektir.¹⁸⁷ Buna göre, tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların bulunması halinde bu haksız şartlar kesin olarak hükümsüz sayılacaktır. Bu hükümsüzlük hali, kısmi hükümsüzlüktür. Gerek Kanun gerekse yönetmelik maddesinde sözleşmenin, haksız şartlar dışındaki hükümlerinin geçerliliğini koruyacağı belirtilmiştir. Söz konusu hükümsüzlük Türk Borçlar Kanunu m. 27' de belirtilen kısmi hükümsüzlük halidir. Ancak, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.5 gerekçesinde belirtildiği üzere, Türk Borçlar Kanunu m.27 düzenlemesinden farklı olarak, sözleşmenin geri kalanının ayakta tutulması, tarafların bu konuda farazi iradelerine göre tayin edilmez. Sözleşme, her halükarda bu şartlar olmaksızın geçerliliğini koruyacaktır.¹⁸⁸

Denetim açısından konuyu incelemek gerekirse, Türk Borçlar Kanunu m. 20 anlamında denetime tâbi sayılan her genel işlem şartına ilişkin hüküm Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5 uyarınca da denetlenebilir. Buna karşılık Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5 uyarınca denetlenebilecek her hüküm Türk Borçlar Kanunu m. 20 kapsamında denetlenemez. Tüketicinin Korunması

¹⁸³ **Atamer**, (GİŞ Sempozyum), s. 41; **Topak**, s. 302.

¹⁸⁴ **Topak**, s. 302.

¹⁸⁵ **Topak**, s. 308.

¹⁸⁶ **Atamer**, (GİŞ Sempozyum), s. 10; **Oğuzman/Öz**, s. 169; **Kuntalp**, s. 82,91-92; **Akipek/Aydoğdu**, s.125; **Aydoğdu**, s. 30.

¹⁸⁷ **Atamer**, (GİŞ Sempozyum), s. 10; **Oğuzman/Öz**, s. 169; **Çınar**, s. 69; **Akipek/Aydoğdu**, s. 126; **Topak**, s. 308.

¹⁸⁸ **Topak**, s. 308.

Hakkında Kanun, çok daha geniş bir kapsamda denetime imkan vermektedir.¹⁸⁹ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun düzenlemesini tamamen göz ardı ederek soruna yaklaşmıştır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Türk Borçlar Kanunu düzenlemelerinin çakıştığı en önemli nokta olan içerik denetimi alanında, 2003 yılından beri var olan düzenlemeden esinlenme ihtiyacı hissedilmemiştir.¹⁹⁰

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6 uyarınca “satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu ... sözleşme koşulları” denetlenir. Aynı şekilde Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Yönetmeliği m. 4 (d) bendinde de yer almakta ve AB Yönergesinden esinlenerek Türk hukukuna aktarılmış bulunmaktadır.¹⁹¹ Bu tanım esas alındığında, taraflardan birinin tüketici olduğu sözleşmelerde hakim denetim yapması imkânı, Türk Borçlar Kanunu ile kıyaslandığında çok daha geniş şekilde düzenlenmiştir.¹⁹²

Türk Borçlar Kanunu m.20/1 ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.5/1 denetim yapılacak sözleşme kayıtları nitelik bakımından farklıdır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’ a göre, haksız şart denetimi yapılabilmesi için sözleşme hükmünün pek çok sözleşmede kullanılmak üzere, önceden hazırlanması gerekmekte, tüketicinin içeriğine etki etmemesi aranmaktadır¹⁹³

V. TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDE HAKSIZ ŞARTIN GÖRÜNÜMÜ

A. GENEL OLARAK GÖRÜNÜMÜ VE 93/13 SAYILI AB YÖNERGESİNİN KAPSAMI

AB Yönergesi m.3 ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Yönetmeliği m. 5’ te sınırlayıcı olmamak üzere, yol gösterici mahiyette örnekler belirtilmiştir. Buradaki örnekler, hakimi bağlayıcı nitelikte olmayıp yol gösterici mahiyettedir. Hakim her somut olayın özelliğine göre farklı kararlar verebilir.¹⁹⁴ Örnek mahiyetinde ki haksız şartlar listesi, yönergenin eki olarak kabul edilmesine karşın, söz konusu listedeki birçok hüküm emredici kanun hükümlerinin tekrarı olduğundan, içerik denetimine

¹⁸⁹ **Atamer**, (GİŞ Sempozyum), s. 20.

¹⁹⁰ **Atamer**, (GİŞ Sempozyum), s. 10.

¹⁹¹ **Çınar**, s. 32vd; **Atamer**, (GİŞ Sempozyum), s. 19.

¹⁹² **Atamer**, (GİŞ Sempozyum), s. 19.

¹⁹³ **Gümüş**, s. 61; **Karakocalı/Kurşun**, s. 41.

¹⁹⁴ **Aydoğdu**, s. 204; **Zevkliler/Aydoğdu**, s. 166.

gidilmeksizin, kendiliğinden hükümsüz olacak ve sözleşmenin içeriği haline gelmeyecektir.¹⁹⁵ Söz konusu düzenlemelerin varlığı halinde bu durumların yasal karine olduğu kabul edilecektir.¹⁹⁶ Aşağıda yer verilen düzenlemelerin varlığı halinde bu durumların yasal karine olduğu kabul edilecektir.¹⁹⁷ Yönetmelik m.5/4'te “Bu Yönetmeliğin ekinde yer alan listede sayılan şartlar haksız şart olarak kabul edilir. Bu listedeki şartlar sınırlayıcı olmayıp örnek niteliğindedir.” hükmü yer almaktadır. Yönetmelik ekinde listedeki şartlar;

“a) Sözleşmeyi düzenleyenin bir fiili veya ihmali nedeniyle, tüketicinin hayatını kaybetmesi, yaralanması veya maddi zarara uğraması halinde, sözleşmeyi düzenleyenin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar,

b) Sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini tamamen veya kısmen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin herhangi bir alacağını sözleşmeyi düzenleyene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil, sözleşmeyi düzenleyene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar,

c) Sözleşmeyi düzenleyenin, sadece kendisi tarafından belirlenen koşullarda edimini ifa edeceği, buna karşılık tüketicinin her halde ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar,

ç) Tüketicinin sözleşmeyi kurmaktan veya ifa etmekten vazgeçmesi hallerinde sözleşmeyi düzenleyene tüketicinin kendisine ödediği bedeli muhafaza etme hakkı tanıyan, ancak sözleşmeyi düzenleyenin aynı türden davranışları için tüketiciye benzer bir tazminat hakkı tanımayan şartlar,

d) Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketicinin, orantısız biçimde yüksek bir tazminat ödemesini gerektiren şartlar,

e) Sözleşmeyi düzenleyene, sözleşmeyi keyfi bir şekilde fesh etme hakkı tanıyan ancak tüketiciye aynı hakkı vermeyen şartlar ile sözleşmeyi düzenleyenin fesih hakkını kullanmasına rağmen, henüz ifa etmediği edimler karşılığında almış olduklarını muhafaza etme hakkı veren şartlar,

¹⁹⁵ Çınar, s. 201.

¹⁹⁶ Özel, s. 80.

¹⁹⁷ Özel, s. 80.

f) Sözleşmeyi düzenleyene, haklı sebeplerin var olduğu durumlar hariç olmak üzere, belirsiz süreli bir sözleşmeyi makul bir bildirimde bulunmaksızın ve süre tanımaksızın feshetme hakkı tanıyan şartlar,

g) Belirli süreli sözleşmelerde, sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin konulan şartlar,

ğ) Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, geri dönülemez bir şekilde kabul ettiğini öngören şartlar,

h) Sözleşmeyi düzenleyenin sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı olarak değiştirmesine imkan veren şartlar,

ı) Sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar,

i) Sözleşmeyi düzenleyenin mal veya hizmetin bedelini, ifa anında tespit edebileceğini veya yükseltebileceğini öngören ve nihai bedelin, sözleşmenin kurulması anında tespit edilen bedele nazaran çok yüksek olması halinde, tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı tanımayan şartlar,

j) Sözleşmeyi düzenleyene, mal veya hizmetin sözleşme koşullarına uygun olup olmadığını tespit etme hakkı veren veya bir sözleşme şartının nasıl yorumlanacağı konusunda münhasır yetki veren şartlar,

k) Sözleşmeyi düzenleyen adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler tarafından verilen taahhütleri yerine getirme yükümlülüğünü sınırlandıran veya bu yükümlülüğü belli bir şekil şartına uyulmuş olmasına bağlayan şartlar,

l) Sözleşmeyi düzenleyenin yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmesini zorunlu kılan şartlar,

m) Sözleşmeyi düzenleyene, tüketicinin sahip olduğu teminatların azaltılmasına neden olabilecek şekilde, sözleşme kapsamındaki hak ve yükümlülüklerini, tüketicinin onayı alınmaksızın devretme imkanı veren şartlar,

n) Tüketicinin özellikle, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek, gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandırmak veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar,

(2) (f), (h) ve (i) alt bentlerin uygulama alanı:

a) (f) alt bendi için, sözleşmede tüketicinin derhal haberdar edilmesi yükümlülüğünün bulunması şartıyla, finansal hizmet ifa edenler, önemli bir sebebin varlığı halinde, belirsiz süreli bir sözleşmeyi tek taraflı ve süre vermeksizin feshetme hakkını tanıyan şartlara sözleşmede yer verebilir.

b) (i) alt bendi için, ilgili mevzuatta aksine bir hüküm bulunmaması ve fiyat değişikliği yönteminin sözleşmede açıkça belirlenmiş olması şartıyla sözleşmede fiyat endeksi hükümlerine yer verilebilir.

c) (f), (h) ve (i) alt bentleri aşağıdaki işlemlere uygulanmazlar:

1) Fiyatı borsa kotasyonuna veya endeksine veya sermaye piyasasındaki kur oynamalarına bağlı olarak, sağlayıcının müdahalesi olmaksızın değişebilen menkul kıymet, finansal araç veya diğer mal ve hizmetlere ilişkin işlemlere ve

2) Yabancı para alımına veya satımına, seyahat çeki veya yabancı para cinsinden belirlenen uluslararası para havalesine ilişkin sözleşmelere.” olarak sayılmıştır.

Söz konusu şartların haksız olabileceğine ilişkin karine söz konusudur. Sözleşmenin diğer hükümleri ile değerlendirildiğinde listede sayılan bir hükmün haksız olmadığı sonucuna hakim tarafından karar verilmesi mümkündür.¹⁹⁸

Gerek, 4077 Sayılı gerekse 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’ un haksız şartlara ilişkin düzenlemelerinin ve bunlara dayalı olarak çıkartılan Yönetmeliklerin mehzarını AB’nin 05.04.1993 tarihli 93/13 numaralı “Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Sözleşme Koşulları Hakkında Yönerge” si oluşturmaktadır.¹⁹⁹

¹⁹⁸ Akipek/Aydoğdu, s. 163.

¹⁹⁹ Aydoğdu, s. 173,174; Akipek/Aydoğdu, s. 130.

Söz konusu yönerge ile amaçlanan koruma dürüstlük ve güven ilkesine dayanmaktadır.²⁰⁰ Yönergenin 3. maddesi aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“Münferiden müzakere edilmemiş bir akdi şart, iyi niyet gereğine aykırı olarak, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri açısından tüketicinin zararına önemli bir dengesizliğe neden olduğu takdirde haksız sayılır.

Bir şart özellikle önceden oluşturulmuş standart bir sözleşme bağlamında, şartın önceden hazırlanmış olduğu ve dolayısıyla tüketicinin şartın özünü etkileyememiş olduğu hallerde her zaman münferiden müzakere edilmemiş sayılır.

Sözleşmenin genel bir değerlendirmesi onun yine de önceden oluşturulmuş standart bir sözleşme olduğunu gösteriyorsa, bir şartın bazı yönlerinin veya belirli bir şartın münferiden müzakere edilmiş olması bu maddenin bir sözleşmenin kalan kısmına uygulanmasına engel olmaz.

Herhangi bir satıcı veya sağlayıcının standart bir şartın münferiden müzakere edildiğini iddia etmesi durumunda bu husustaki ispat yükü kendisine aittir.

Ek, haksız olarak sayılabilecek şartların endikatif ve tüümüyle kapsayıcı olmayan bir listesini içermektedir.”

Yönergenin hangi hükümlerinin inceleme konusu olacağı hakkında iki farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, genel işlem şartları yanında bireysel sözleşme hükümlerini de haksız olması halinde denetleme amacı vardır.²⁰¹ İkinci görüşe göre, Yönergenin asıl amacı haksız şart denetimi yapmaktır.²⁰²

Fransız sisteminde, kişi açısından tüketici sözleşmelerini esas alınırken, konu açısından bireysel olarak müzakere edilse de edilmese de tüm sözleşmelerdeki haksız şartları denetleme amacı söz konusudur. Alman sistemi temelde bireysel olarak müzakere edilmeyen tüm sözleşme hükümlerinin denetimini esas almıştır. 93/13 No’ lu Yönerge için Fransız sisteminin esas alınması önerilmişse de Alman sistemi kabul

²⁰⁰ Yavuz, s. 84.

²⁰¹ Atamer, (GİŞ Sempozyum) s. 20; Çınar, s. 3,22,46-47; Akipek/Aydoğdu, s. 130; Aydoğdu, s.173.

²⁰² Aydoğdu, s.174; Akipek/Aydoğdu, s. 130.

edilmiştir. Yönergede, Fransız sistemi açısından sadece tüketici sözleşmelerinin denetlenmesi esas alınmıştır.²⁰³

Bireysel sözleşme hükümlerinin de haksız şart denetimine tabi olması durumunda içinden çıkılması güç bir sonuca ulaşılabilir. Bu sebeple haksız şart denetiminin amaçlanması daha doğru olacaktır. Ancak sözleşmenin bireysel sözleşme olmasının ispatı ile haksız şart denetiminden kaçılmayacaktır. Sözleşmenin bazı hükümlerinin müzakere edilerek oluşturulması diğer hükümlerin de müzakere edildiği anlamına gelmeyecektir.²⁰⁴

Bazı ülkelerde müzakere etmenin ve bilgilendirmenin güçlüğü sebebiyle söz konusu sözleşme hükümleri müzakere edilsin veya edilmesin tamamının haksız şart denetimine tabi olmasına ilişkin eğilimler söz konusudur.²⁰⁵

1. Takas Yasağına İlişkin Hükümler

Alman Medeni Kanunu m.309/3' e göre, karşı tarafın tartışmasız ve kesinleşmiş bir alacak ile takas hakkını ortadan kaldıran hükümlerin geçerli olmadığı belirtilmiştir. Takas hakkı doğan karşı taraf aksi genel işlem şartları ile kararlaştırılsa bile bu hakkını öne sürebilecektir.²⁰⁶ Yukarıda da belirtildiği üzere TSHŞHY Ek b' de, tüketicinin herhangi bir alacağını sözleşmeyi düzenleyene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil, sözleşmeyi düzenleyene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar haksız şart olarak kabul edilmiştir. Yargıtay'ın bir kararında²⁰⁷, davalı banka ile imzalanan kredi sözleşmesinde takas ve mahsuba ilişkin verilen iznin İİK m.83/a gereğince geçersiz olduğu, davalı bankanın banka hesabına koyduğu bloke ile emekli maaşından yaptığı kesintilerin haksız şart olduğu hüküm altına alınmıştır.

²⁰³ Akipek/Aydoğdu, s. 130-131.

²⁰⁴ Atamer, (GİŞ), s.70-71; Çınar, s.25; Akipek/Aydoğdu, s. 131.

²⁰⁵ Akipek/Aydoğdu, s. 132.

²⁰⁶ Yelmen, s. 144.

²⁰⁷ Yargıtay 11. HD. 2016/1392E., 2016/9119K., 23.11.2016T., <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

2. Tazminat Talebine İlişkin Hükümler

Tazminat hakkının götürü olarak belirlenebilmesi için öncelikle götürü olarak belirlenen tazminat miktarının hayatın olağan akışına göre doğması muhtemel olan zararı ve değer azalmasını aşmaması gerekir. Ayrıca karşı tarafa açıkça karşı ispat getirme imkanı tanınması gerekir.²⁰⁸

3. Cezai Şarta İlişkin Hükümler

TBK m.180-182 hükümleri uyarınca taraflar cezai şart kararlaştırabilirler. Somut sözleşme ilişkisi göz önünde tutulmalı, her cezai şart genel işlem şartı olarak değerlendirilmemelidir.²⁰⁹ TSHŞHY Ek d’de de Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketicinin, orantısız biçimde yüksek bir tazminat ödemesini gerektiren şartlar haksız şart olarak nitelendirilmiştir.

4. Sorumsuzluk Anlaşmasına İlişkin Hükümler

Sorumsuzluk Anlaşması TBK m. 115’ de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmalar, borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma ve uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür.

TSHŞHY ek a’ da sözleşmeyi düzenleyenin bir fiili veya ihmali nedeniyle, tüketicinin hayatını kaybetmesi, yaralanması veya maddi zarara uğraması halinde, sözleşmeyi düzenleyenin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar, haksız şart olarak belirtilmiştir.

TSHŞHY ek b’de Sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini tamamen veya kısmen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin herhangi bir alacağını sözleşmeyi düzenleyene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil, sözleşmeyi düzenleyene veya

²⁰⁸ Yelmen, 145-146.

²⁰⁹ Demir, Mehmet, “Cezai Şart Kaydına Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Verilmesi Sorunu”, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Ankara, 2005, s. 446; Yelmen, 147.

bir üçüncü şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar haksız şart olarak düzenlenmiştir. Yargıtay'ın bir kararında da ayıplı hizmet yerine sunulan hizmetin tüketici tarafından kabulü halinde ayıplı hizmet iddiasından feragat etmiş sayılacağına ilişkin düzenleme haksız şart olarak nitelendirilmiştir.²¹⁰

TSHŞHY ek n' de tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlayan hükümler haksız şart olarak nitelendirilmiştir.

B. BAZI ÖZEL SÖZLEŞMELER AÇISINDAN GÖRÜNÜMÜ

1. Paket Tur Sözleşmeleri

a. Genel Olarak

Her yıl milyonlarca insan seyahat etmektedir. Seyahat etme isteğinin artması ile insanlar bu alanlarda çalışmak için teşvik etmeye yönlendirilmiştir. Bu durum da seyahate dayalı yeni sektörlerin doğumuna sebep olmuştur. Ortaya çıkan en önemli kavram ise paket tur sözleşmeleridir.²¹¹

Turist olan tüketicinin ekonomik çıkarını korumaya yönelik olarak yürürlüğe giren ilk kanun 1972 tarihli 1618 Sayılı Seyahat Acenteleri ve Acenteleri Birliği Kanunudur. Bu kanuna bağlı olarak Seyahat Acenteleri Yönetmeliği yürürlüğe girmiştir. Kanunda yenileme yapılmadığından mevcut düzenlemelerin uygulamadaki etkililiği oldukça yetersiz kalmıştır. 2003 yılında 4077 sayılı Kanunla paket tur sözleşmelerine ilişkin düzenleme getirilmiştir. 2013 yılında ise 6502 Sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir.²¹²

Paket tur sözleşmelerine ilişkin düzenleme 13.06.1990 tarihli Paket Gezi, Paket Tatil ve Paket Turlara İlişkin 90/314/AET sayılı Konsey Yönergesi esas alınarak hazırlanmıştır. Ayrıca Yönergenin İsviçre Hukukuna aktarılması amacıyla yürürlüğe

²¹⁰ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2009/9084E., 2010/235K., 20.01.2010T., Karar için bkz., **Karadağ**, s. 193,194; **Uluslan**, (Sempozyum), s. 147; **Günay**, Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 2012, s. 166-167.

²¹¹ **Sert**, Selin, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Paket Tur Sözleşmeleri", <http://www.taa.gov.tr>, s. 217.

²¹² **Sert**, s. 219.

giren 18.06.1993 tarihli Paket Turlara İlişkin Federal Kanundan da faydalanılmıştır.²¹³

6502 Sayılı Kanun m.51/1’de paket tur sözleşmeleri şu şekilde tanımlanmıştır: *“Paket tur sözleşmesi, paket tur düzenleyicileri veya aracıları tarafından aşağıdaki hizmetlerden en az ikisinin birlikte, her şeyin dâhil olduğu fiyatla satıldığı veya satımının vaat edildiği ve hizmetin yirmi dört saatten uzun bir süreyi kapsadığı veya gecelik konaklamayı içerdiği sözleşmelerdir:*

a) Ulaştırma

b) Konaklama

c) Ulaştırma ve konaklama hizmetlerine bağlı olmayan başka turizm hizmetleri.”

b. Paket Tur Sözleşmelerinin Haksız Şart İle İlişkisi

Genellikle bu tip sözleşmeler önceden hazırlanmış matbu sözleşmeler olduğundan, TKHK m. 5’de ki düzenleme dolayısıyla haksız şartlar kapsamında tutularak tüketiciyi bağlamayabilecektir.²¹⁴

Sözleşmenin önceden hazırlanmış olmasının, seyahat düzenleyen kişinin sözleşmeye haksız şartları eklemesi ihtimalini akla getirebilir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda haksız sözleşme şartlarının tüketiciyi bağlamayacağı düzenlendiğinden, paket tur sözleşmesinin önceden düzenlenmiş olmasının sakıncası da engellenmiş olacaktır.²¹⁵

Paket tur sözleşmesine konulmuş olan fesih hakkına ilişkin hüküm haksız şart denetimine tabi olabilir. Turu düzenleyen tarafından kötüye kullanılması imkânı ortaya çıkacaktır. Tura katılmak isteyen tüketici, kayıt ücreti gibi bir ödeme yapmışsa, turu düzenleyen tarafın feshi halinde, bu bedelin iade edilmesi gerekmektedir.²¹⁶

²¹³ **Aydoğdu**, Murat, Tüketici Kılavuzu- Hukuk Rehberi, İstanbul, 2014, (Kılavuz), s. 158; **Sert**, s. 221.

²¹⁴ **Öksüz**, s. 343; Yargıtay 13 HD. 2008/3492E., 2008/11120K., 25.09.2008T.; **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 302.

²¹⁵ **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 287.

²¹⁶ **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 301.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2006/7789 K. 2006/12275 T. 25.9.2006 sayılı kararında²¹⁷, paket tur sözleşmelerine ilişkin, söz konusu sözleşmenin genel işlem şartı içerdiği, bu nedenle tüketici mahkemelerinin görevini ortadan kaldıran maddenin bağlayıcılığının olmadığı yönünde karar verilmiştir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2009/9084 K. 2010/235 T. 20.1.2010 sayılı kararında²¹⁸ ise, taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 11. maddesinde acentenin sözleşmeye uymaması halinde TÜRSAB KÜTAHYA ÇİZELGESİ nin uygulanacağı belirtilmiş, ilgili çizelgede de yazılı belge ile ispat zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca ayıplı hizmet yerine sunulan hizmetin tüketicinin kabul etmesi durumunda, tüketicinin ayıplı hizmet iddiasından feragat edeceğine ilişkin düzenlemenin tüketicinin aleyhine olduğu, tüketiciyi külfete soktuğunu ve sözleşme hükmünün tüketici ile müzakere edilerek kararlaştırılmadığı için açıklanan kanun ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu ifade edilmiştir.

Yine Yargıtay'ın paket tur sözleşmesine ilişkin bir kararında²¹⁹ sözleşme hükmünü haksız şart saymamakla birlikte, tur şirketinin vize işlemlerini üstlenmekle vize alınamamasının sonuçlarına da katlanmak zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır.

2. Abonelik Sözleşmeleri

a. Genel Olarak

Abonelik sözleşmelerinde taraflardan birini oluşturan abone, sözleşmenin içeriğine etki edemediği için sözleşme özgürlüğünden bahsedebilmek pek mümkün değildir.²²⁰

Abonelik sözleşmesi de bir tüketici sözleşmesidir. TKHK m.52' de düzenlenmiştir. Abone tüketici sıfatı taşıırken, aboneye hizmet sağlayan tarafı da satıcı/sağlayıcı oluşturmaktadır. Ayrıca abonelik sözleşmeleri tüketici sözleşmesi unsurları taşımaktadır.²²¹ Abonelik kavramını tüketici olan abone ve tüketici olmayan abone olarak ikiye ayırmak gerekmektedir. Eğer abone sözleşmesi kapsamındaki mal

²¹⁷ <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

²¹⁸ Karar için bkz., **Karadağ**, s. 193,194; **Uluslan**, (Sempozyum), s. 147.

²¹⁹ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2014/47201E., 2016/4766K., 17.02.2016T., <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

²²⁰ **Açıkgöz**, Osman, Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, 1. Baskı, İstanbul, Haziran, 2013, s. 55.

²²¹ **Açıkgöz**, s. 57.

ve/veya hizmeti mesleki ve/veya ticari ihtiyaçları için talep ediyorsa tüketici sayılmayacak ve TKHK hükümlerinden yararlanamayacaktır. Ancak abone sözleşmesi kapsamındaki mal ve/veya hizmetleri mesleki olmayan, ticari olmayan bireysel ihtiyaçları için talep ediyorsa, tüketici sayılacaktır. Bu durumda hem TKHK hem de TBK hükümlerinden yararlanabilecektir.²²²

Sözleşmenin kurulabilmesi için abonelik ücreti ile bir mal veya hizmetin sunulması hakkında tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunması gerekmektedir.²²³

Gerçek veya tüzel kişi mal veya hizmet sunan taraf olabileceği gibi kamu kuruluşu ya da devletten hizmet alan bir işletmede sözleşmenin tarafı olabilir.²²⁴

TKHK m.52’de Abonelik sözleşmesi, tüketicinin, belirli bir mal veya hizmeti düzenli veya sürekli aralıklarla edinmesini sağlayan sözleşmeler olarak tanımlanmıştır.²²⁵

TKHK m.52 hükmüne göre, taraflar arasında imzalanan abonelik sözleşmesinin nüshasının tüketiciye verilmesi zorunludur. Ayrıca, belirli süreli abonelik sözleşmelerinde sözleşmenin kurulmasından sonra, tüketicinin talepte bulunması veya onay vermesi halinde sözleşmenin sona ereceği tarihe kadar sözleşme süresi uzatılabilir. Ancak, bunun dışında sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin hükümler konulamaz.

Tüketici, bir yıldan daha uzun veya belirsiz süreli olan abonelik sözleşmesini gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemesine gerek kalmadan istediği zaman feshedebilir. Süresi bir yıldan az olan sözleşmelerde de satıcı/sağlayıcı tarafından sözleşme koşullarında değişiklik yapılması durumunda tüketici sözleşmeyi feshedebilir. Fesih bildiriminin satıcı/sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Satıcı/sağlayıcı, sözleşmenin kurulması için sağlanan koşullardan daha ağır koşullar içeren bir yöntemi sözleşmenin feshi için belirleyemez.

²²² **Koca**, Güneş, “Tüketicinin Korunması Açısından Abonelik Sözleşmeleri”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004, s.22; **Ayrancı**, Hasan, Enerji Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, 9. Baskı, Ankara, 2010, s.218-219; **Yıldız**, Mustafa Göktürk, Son Kullanıcıyla Akdedilen Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi, 1. Baskı, İstanbul, 2012, s. 14-15; **Açıkgöz**, s. 68.

²²³ **Altaş**, Hüseyin, “Telekomünikasyon Alanında Abonelik Sözleşmeleri”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’ a Armağan, Ankara, 2009, s.159; **Açıkgöz**, s. 61.

²²⁴ **Koca**, s.31; **Ayrancı**, s. 218; **Açıkgöz**, s. 63.

²²⁵ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/11/20131128-1.htm> .

Tüketicinin aboneliğe son verme isteği satıcı/sağlayıcı tarafından yönetmelikle belirlenen süreler içinde yerine getirmelidir. Abonelik belirlenen süreler içinde sona erdirilmezse, abone mal veya hizmetten yararlanmış olsa dahi, bir bedel talep edilemeyecektir. Satıcı/sağlayıcı, fesih bildiriminden itibaren on beş gün içinde tüketicinin ödediği ücretin geri kalanını kesinti yapmadan iade etmek zorundadır.

Satıcı/sağlayıcı, fesih işlemi için uygun bir sistem kurup bu sistemi kesintisiz olarak açık tutmakla yükümlüdür.

b. Abonelik Sözleşmelerinin Haksız Şart İle İlişkisi

Abonelik sözleşmeleri önceden hazırlanmış matbu sözleşmeler olduğundan birçok abonelik sözleşmesi TKHK m.5 kapsamında haksız şart denetimine tabi olabilecektir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2010/13-466E., 2010/410K. 22.09.2010T. kararında²²⁶ iltihaki sözleşme niteliğindeki davaya konu abone sözleşmesinde, ödemelerde gecikme olması durumunda fatura bedeline 6183 Sayılı Kanun'da belirlenen gecikme zammı uygulanacağına dair açık ve anlaşılır bir ifadeye yer verilmediği gibi, sözleşmede düzenlenen "Zamanında ödenmeyen atık su faturalarına, İZSU Tarifeler Yönetmeliğinin 32.maddesi hükümleri uygulanacağına" ilişkin hükmün, davalı/tüketici aleyhine haksız şart içerdiği ve tüketiciyi bağlamayacağı düzenlenmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2010/13-406E., 2010/503K., 13.10.2010T. kararında²²⁷ taraflar arasında imzalanan abonelik sözleşmesinin haksız şart içerdiğinin kabul edilebilmesi için yasal denetim yolu açık olmayan bir hükmün sözleşme içeriğinde olması gerektiği, taraflar arasında düzenlenen sözleşme hükümleri tarife kanuna uygun olmakla birlikte sabit ücrete ilişkin miktarın haksız şart olarak kabulünün olanaklı olmayacağına yönelik karar verilmiştir.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 2017/230E., 2017/9414K. 08.06.2017T. kararında²²⁸ taraflar arasındaki abonelik sözleşmesinin feshedilmediği, sözleşmede bulunan haksız şartların tespiti ve iptali ile davanın müddeabihinin 3.480 TL'den az olmadığı anlaşıldığından, Tüketici Hakem Heyetine başvurulmadan, Tüketici Mahkemesinde görülmesi gerektiği, dava şartının oluştuğu belirtilmiştir.

²²⁶ <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

²²⁷ <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

²²⁸ <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

3. Tüketici Kredileri, Konut Finansmanı Sözleşmeleri ve Kredi Kartı Sözleşmeleri

a. Genel Olarak

Tüketici kredileri TKHK m.22' de "*Tüketici kredisi sözleşmesi, kredi verenin tüketicilere faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşmeyi ifade eder.*" şeklinde düzenlenmiştir.

Tüketici kredi sözleşmelerinin amacı, tüketicinin bazı ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik finansman sağlamaktır. Kredi sözleşmelerinin bağımsız ve kendine özgü yapısı vardır. Kredi açanı tek bir borç çerçevesi içinde, çeşitli edimlerde bulunma yükümlülüğü altına sokan bir sözleşme olarak kabul edilmektedir.²²⁹

TKHK m. 32/1' de, "*Konut finansmanı sözleşmesi, konut edinmeleri amacıyla; tüketicilere kredi kullandırılması, konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanması, sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullandırılması ve bu kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kredi kullandırılmasına yönelik sözleşmedir.*" hükmü ile Konut Finansmanı Sözleşmesi tanımı yapılmaktadır.

Türk Hukuku'nda konut finansman sözleşmesine ilişkin hükümlerle "*mortgage sistemi*" nin getirilmesi amaçlanmıştır. Tüketicilerin daha uzun vadeli ve daha düşük faizli kredilerle konut sahibi olması amacı söz konusudur.²³⁰ Finans kuruluşunun kredi vermesi ve krediyi kullanan tüketicinin de krediyi geri ödemesi esastır.²³¹ TKHK m.39/1 gereği, konut finansmanı sözleşmesine ilişkin bir hesap açılması ve bu hesaptan sadece kredi ile ilgili işlemler yapılması durumunda, tüketiciden bu hesaba ilişkin herhangi bir isim altında ücret veya masraf talep edilemeyecektir. Ancak, uygulamada kredi verenler veya konut finansman kuruluşları tüketicilerin imzaladığı sözleşmeye çoğunlukla tüketicinin haberi olmadan faiz yanında hesap işletim ücreti veya hesap açma kapama gibi masraflar eklemektedir. Söz konusu düzenleme ile

²²⁹Uyumaz, Alper/Akdağ, İdris, "Bankacılık Faaliyetlerinde Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Alınan Ücret Ve Masraflar İle Bunların İadesi", <http://www.journals.istanbul.edu.tr>, s. 426.

²³⁰ Aydoğdu, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015, (Tüketici), s. 257.

²³¹ Uyumaz/Akdağ, s. 426.

hesaplara ilişkin herhangi bir isim altında ücret veya masraf talep edilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.²³²

Konut finansmanı sistemi iki aşamadan oluşmaktadır.²³³ Birinci aşama, tüketicilerin konut edinmek amacıyla satın alması, krediler karşılığında alınan taşınmazın kredi veren lehine ipotek ettirilmesi veya ileride mülkiyeti edinmek amacıyla tüketicinin finansal kiralama yoluyla kiralamasıdır. İkinci aşama, kredi alacağının veya taşınmaz değerinin fonlar aracılığıyla menkul kıymete bağlanması, elde edilen gelirin de kredi vermek için kullanılmasıdır.

TKHK m. 22/2’ de kredi kartı sözleşmeleri düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “Kredi kartı sözleşmeleri, faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânı sağlanması hâlinde tüketici kredisi sözleşmesi olarak değerlendirilir. Ancak bu durumda uygulanacak faiz oranı kredi kartı sözleşmesi uyarınca belirlenen orandan fazla olamaz.” denilmektedir.

Bankacılık işlemlerinde masraf ve ücret talep edilmesine ilişkin olarak TKHK, TBK, TTK, Bankacılık Kanunu, Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu başlıca hukukî düzenlemelerdir. TTK m. 20’de, ticari işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmet görmüş olan tacirin uygun bir ücret isteyebileceği düzenlenmiştir. Bankacılık Kanunu m. 144’de, Bakanlar Kurulunun, bankaların ödünç para verme işlemleri ve mevduat kabulünde uygulanacak azamî faiz oranlarını, katılma hesaplarında kâr ve zarara katılma oranlarını, özel cari hesaplar dâhil bu maddede belirtilen işlemlerde sağlanacak diğer menfaatlerin nitelikleri ile azamî miktar ya da oranlarını tespit etmeye, bunları kısmen veya tamamen serbest bırakmaya yetkili olduğu düzenlenmiştir. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 24/4 hükmünde, kart hamilinin yaptığı işlemler nedeniyle, sözleşmede yer almayan faiz, komisyon veya masraf gibi adlar altında hiçbir şekil ve surette ödeme talep edilemeyeceği, kart hamilinin hesabından kesinti yapılamayacağına ilişkin hüküm bulunmaktadır. Söz konusu hükümler genel olarak tüketici işlemi niteliğinde olmayan işlerde de uygulanan düzenlemelerdir. Taraflar arasındaki hukuki işlemin, tüketici işlemi

²³² Aydoğdu, (Tüketici), s. 269; Uyumaz/Akdağ, s. 427.

²³³ Zevkililer/Özel, s. 266.

niteliğinde olması durumunda ise bu hükümlerin yanı sıra ve öncelikli olarak tüketici mevzuatına ilişkin hükümler uygulanacaktır.²³⁴

TKHK m.4/3’de, “*Tüketiciden; kendisine sunulan mal veya hizmet kapsamında haklı olarak yapılmasını beklediği ve sözleşmeyi düzenleyen yasal yükümlülükleri arasında yer alan edimler ile sözleşmeyi düzenleyen kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar için ek bir bedel talep edilemez. Bankalar, tüketici kredisi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşlar tarafından tüketiciye sunulan ürün veya hizmetlerde ise tüketiciden faiz dışında alınacak her türlü ücret, komisyon ve masraf türleri ile bunlara ilişkin usul ve esaslar Bakanlığın görüşü alınarak bu Kanunun ruhuna uygun olarak ve tüketiciyi koruyacak şekilde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından belirlenir.*” denilmektedir. Bu düzenleme ile bankacılık alanında var olan ücretlere ilişkin tartışmaların önüne geçilmesi amaçlanmıştır. BDDK, TKHK.m.4/3’e istinaden, “Finansal Tüketicilerden Alınacak Ücretlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” çıkarmıştır. Ancak, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununda ölçüt olarak getirilen “*Kanunun ruhuna uygun olarak ve tüketiciyi koruyacak şekilde*” hükmünün sonucu olarak; dosya masrafı, kasa açma ücreti ve ekspertiz ücreti gibi giderler BDDK kararı ile banka müşterisinden talep edilebilir nitelikte olmayacaktır.²³⁵

b. Tüketici Kredileri, Konut Finansmanı Sözleşmeleri ve Kredi Kartı Sözleşmelerinin Haksız Şart İle İlişkisi

Bankacılık işlemleri açısından tüketiciyle yapılan sözleşmelerde, sözleşmeye haksız şartlar konularak tüketicinin zarar görmesi sonucu doğması uygulamada sık karşılaşılan bir durumdur.²³⁶ Çoğu kez imzalanan sözleşmelerde tüketiciye müzakere imkanı tanınmamaktadır.

Haksız şartlar açısından TKHK’ da düzenlenen yaptırım açısından, tüketiciyle imzalanan sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Böylece, bankacılık işlemleri göz önüne alındığında, sözleşmede yer alan hükümlere istinaden tüketiciden alınan haksız masraf ve ücretler söz konusu

²³⁴ Uyumaz/Akdağ, s. 429.

²³⁵ Gümüş, s.39; Uyumaz/Akdağ, s. 430.

²³⁶ Ceylan, Ebru, “Kredi Kartlarıyla İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yenilikler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 117, 2015, s. 233-284, s. 259; Uyumaz/Akdağ, s. 431.

olduğunda TKHK m.5 hükmü gereği haksız şart yaptırımına tabi olacaktır.²³⁷ Yargıtay'ın bir kararında²³⁸, davalı banka ile imzalanan kredi sözleşmesinde takas ve mahsuba ilişkin verilen iznin İİK m.83/a gereğince geçersiz olduğu, davalı bankanın banka hesabına koyduğu bloke ile emekli maaşından yaptığı kesintilerin haksız şart olduğu hüküm altına alınmıştır.

Yargıtay'ın bir başka kararında²³⁹, davacı kendisinden kredi sözleşmesi kapsamında kesinti yapıldığını, bunun haksız şart kapsamında olduğunu ileri sürerek yapılan kesintilerin iadesini talep etmiştir. Sigorta bedeline ilişkin sadece dekont ibraz edilmesi yeterli olmayıp, poliçenin de davalı banka tarafından ibraz edilmesi gerekmektedir. Bu tür davalarda ispat yükü bankaya ait olup, banka sadece kredinin verilmesi için belgeli ve zorunlu masrafları tüketiciden isteyebilir. Aksi halde söz konusu sözleşme kayıtları haksız şart niteliğinde olacağı vurgulanmaktadır.

Haksız şartlar bankacılık işlemleri açısından değerlendirildiğinde, tüketici ile banka veya finans kuruluşu arasındaki sözleşmede, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme hükümleri kesin olarak hükümsüzdür. Haksız şart niteliğindeki hükme istinaden bankalar tarafından kredi kartı sözleşmesi çerçevesinde kredi kartı üyelik ücreti alınmamalıdır. Yargıtay'ın bu koşulları tam olarak uygulamadan, müzakere edilmeyen sözleşme hükümlerini doğrudan haksız şart olarak nitelendirmesi yerinde değildir.²⁴⁰ Ancak güncel bir Yargıtay kararında²⁴¹, kredi kartı üyelik sözleşmesine ilişkin davacıya 2 adet kredi kartı verildiği, davacı tarafından ekstreye yansıyan kesintilere itirazda bulunulmadığı, ödemelerdeki gecikme sebebiyle bankanın uyguladığı faizin hukuka uygun olduğunun, ayrıca kredi kartı üyelik aidatının alınacağı taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırıldığı, bu düzenlemenin haksız şart niteliği taşımadığı belirtilmiştir. Kredi kartları açısından ise genel işlem şartları, özel olarak Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Kanun ve Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik' de düzenlenmiştir. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunda yer alan düzenleme TKHK hükümlerine paraleldir. Ancak tüketici

²³⁷ Uyumaz/Akdağ, s. 433.

²³⁸ Yargıtay 11. HD. 2016/1392E., 2016/9119K., 23.11.2016T., <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

²³⁹ Yargıtay 13. HD. 2016/9855E., 2017/13752K., 30.05.2016T., <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

²⁴⁰ Aydoğdu, 184-185; Uyumaz/Akdağ, s. 435.

²⁴¹ Yargıtay 19. HD. 2016/1964E., 2017/1993K., 13.03.2017T., <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

işlemlerinde Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Kanunu ile TKHK hükümleri çatıştığında, TKHK uygulama alanı bulacaktır.

4. Taksitle Satış Sözleşmeleri

a. Genel Olarak

Taksitle satış şekli günlük hayatta çok sık rastlanılan bir satış şeklidir. TKHK kapsamında düşünecek olursak alım gücü zayıf olan tüketicinin peşin paraya almak yerine taksitle satış şeklini tercih ettiği göz önünde tutulabilir. Taksit tutarları ve taksit süreleri sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde bir farklılık oluşturmayacaktır. Ödemenin kısımlar halinde yapılması yeterli olacaktır.²⁴²

Taksitle satış sözleşmesi TKHK m. 17' de ve TBK m. 253' de düzenlenmiştir. Satıcı/sağlayıcının hizmetin ifasını veya malın teslimini üstlendiği, tüketicinin de bedeli kısımlar halinde ödediği sözleşmelerdir. Tüketicinin kira süresi sonunda bir malın mülkiyetini edindiği finansal kiralama sözleşmelerine bu hükümler uygulanacaktır. Taksitle satış sözleşmelerinde, sözleşmelerinin yazılı olarak düzenlenmesi geçerlilik şartıdır. Satıcı/sağlayıcı tarafından yazılı ve geçerli şekilde yapılmayan sözleşmenin geçersizliği tüketici aleyhine olacak şekilde ileri sürülemeyecektir. Taksitle Satışlar Yönetmeliği'ne göre satıcı taksitle satış sözleşmesinin bir nüshasını tüketiciye vermek zorundadır. Ayrıca söz konusu yönetmeliğe göre taksitle satış sözleşmesinin en az on iki punto büyüklükte, anlaşılır, açık, sade ve okunabilir olması gerekmektedir.

Tüketici cezai şart ödemeksizin ve gerekçe göstermeksizin yedi gün içinde taksitle satış sözleşmesinden cayabilir.

Bir Yargıtay kararında, taksitli satış sözleşmesine ilişkin kıymetli evrak niteliğinde düzenlenecek senetlerin, her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı, nama yazılı şekilde düzenleneceği, aksi halde kambiyo senedinin geçersiz olacağı belirtilmiştir.²⁴³

²⁴² Zevkliler/Özel, s. 209.

²⁴³ Yargıtay 13. HD. 2015/37676E., 2017/2716K., 01.03.2017T., <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

b. Taksitle Satış Sözleşmeleri ve Haksız Şart İle İlişkisi

Taksitle satış sözleşmeleri genellikle önceden hazırlanmış matbu sözleşmeler olduğundan TKHK m.5 kapsamında haksız şart denetimine tabi olabilecektir.

Yargıtay'ın bir kararında davacı tarafından taraflar arasında taksitli satış sözleşmesi yapıldığı bu sözleşmeye istinaden 8 adet bono düzenlendiği, süresinde ödeme yapılmaması üzerine davalı tarafından takip başlatıldığı, muacceliyet sözleşmesindeki gecikme faizi ve cezai şarta ilişkin hükümlerin haksız şart oluşturduğu ifade edilmiştir. Dava haksız şart iddiasına dayalı menfi tespit davasıdır. Davacının da asıl borçlu sıfatıyla imzaladığı bonolar nedeniyle takip tarihi itibariyle borçlu olduğu miktar tespit edilerek sonuca göre hüküm kurulması menfi tespit istemi yönünden davanın tümüyle kabulüne karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olduğuna karar verilmiştir.²⁴⁴

5. Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri

a. Genel Olarak

Ön ödemeli konut satış sözleşmeleri TKHK m.40'da düzenlenmiştir. Bu hükme göre, tüketicinin konut amaçlı bir taşınmazın satış bedelini önceden peşin veya taksitle ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı tüketiciye devir veya teslim etmeyi üstlendiği sözleşmedir. Sözleşmenin kurulmasından en az bir gün önce Bakanlıkça belirtilen hususları içeren ön bilgilendirme formu tüketiciye verilmek zorundadır. Yapı ruhsatı alınmayan yerler için ön ödemeli konut satış sözleşmesi yapmak mümkün olmayacaktır. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin noterde düzenlenmesi ve ön ödemeli konut satışının tapu siciline tescil edilmesi gerekmektedir. Satıcı sözleşmenin geçersizliğini aksi durumlarda tüketici aleyhine talep edemeyecektir. Tüketici bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin on dört gün içinde cayma hakkına sahiptir.

TKHK m.44' e göre taşınmazın teslim veya devir süresi sözleşme tarihinden itibaren otuz altı ayı geçemez.

²⁴⁴ Yargıtay 13. HD. 2016/30310E., 2017/1824K., 15.02.2017T., <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

Yargıtay'ın ön ödemeli konut satış sözleşmesine ilişkin bir kararında²⁴⁵, söz konusu sözleşmenin ön ödemeli konut satış sözleşmesi olduğu, davacının satıcı, davalının ise tüketici sıfatını taşıdığı, görevli mahkemenin Tüketici Mahkemesi olduğu kabul edilerek genel yetkili mahkemece görevsizlik kararı verilmesinin bozmayı gerektirdiğine karar verilmiştir. Satış sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların 6502 Sayılı Kanun kapsamında olması için mutlaka taraflardan en az birisinin tüketici vasfını taşıması gerektiği, somut uyuşmazlıkta tarafların, TKHK' da tanımı yapılan tüketici ve satıcı kapsamında olmadığından, taraflar arasındaki ilişkinin 6502 Sayılı Kanun kapsamı dışında kaldığına karar verilmiştir.

b. Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri ve Haksız Şart İle İlişkisi

Ön ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri henüz bir konut olmadan tüketicilerin para ödemeye başlaması, konunun önemi sebebiyle TKHK m.40 ve devamı maddelerinde ayrıntılı olarak incelenmiştir. Ancak genellikle bu tip sözleşmeler önceden hazırlanmış matbu sözleşmeler olduğundan niteliği gereği, TKHK m. 5'de ki düzenleme dolayısıyla da haksız şartlar kapsamında tutularak tüketiciyi bağlamayabilecektir.

Sözleşmenin önceden hazırlanması durumunda sözleşmeyi düzenleyen tarafın sözleşmeye haksız şartları eklemesi ihtimali akla gelebilir.

6. Mesafeli Sözleşmeler Ve Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler

a. Genel Olarak

TKHK m.48' de düzenlenmiştir. Mesafeli sözleşmelerde taraflar fiziksel olarak bir araya gelmemektedir. Bu tür işlemlerde tüketicinin malın aslını görme imkanı olmadığı için malın kalitesi açısından aldatılma ihtimali vardır. Mesafeli satış kavramı ile mesafeli satış sözleşmesini karıştırmamak gerekir. Mesafeli satış kavramında satım konusu malın kanuni ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi belirtilirken, TKHK m. 48 kapsamında hem mal hem de hizmet söz konusu olduğundan, mutlaka satım sözleşmesi olarak karşımıza çıkmaz.²⁴⁶ Mesafeli sözleşmeler, satıcı/sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı olarak mal veya hizmetlerin

²⁴⁵ Yargıtay 13. HD. 2015/27516E., 2017/30201K., 15.10.2015T., <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

²⁴⁶ Zevkililer/Özel, s. 321.

uzaktan pazarlanmasına, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu zamana kadar tarafların bir araya gelmeden, iletişim araçları vasıtasıyla kurulan sözleşmelerdir.

Tüketicinin açıkça satıcı/sağlayıcı tarafından bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bu hususta ispat yükü satıcı/sağlayıcıya ait olacaktır. Satıcı/sağlayıcı siparişin kendisine ulaştığı andan itibaren taahhüt edilen süre içinde edimini yerine getirmelidir. Mal satışlarında bu süre otuz günü geçemez. Satıcı/sağlayıcın bu süre içinde edimini yerine getirmezse tüketici sözleşmeyi feshedebilecektir.

Tüketici, on dört gün içinde gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayabilir. Satıcı/sağlayıcı cayma hakkı konusunda tüketiciye bilgilendirilme yaptığını ispat etmekle yükümlüdür. Tüketici bu hususta bilgilendirilmezse cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir. Ancak her şekilde tüketicinin cayma hakkını kullanma süresi bir yıl sonra sona erer. Tüketici, cayma hakkı süresi içinde malın kullanılmasıyla oluşacak değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir.

Yargıtay'ın verdiği bir kararda²⁴⁷, davacı davalı ile kuru temizleme hizmeti alımına ilişkin mesafeli satış sözleşmesi imzaladığını, aynı gün ürün teslim fişinde belirtilen ürünleri kuru temizle yapılması için davalıya verdiğini, bir ürününün kaybolduğunu, bu sebeple davalıdan kaybolan ürünün ücretinin tahsilini talep etmiştir. Davalı kaybolan ürünün kuru temizlemesi yapıldığı sırada kaybolduğunu kabul etmiş, ancak davacı tarafından kaybolan ürünün faturası sunulmadığından ürünün bedelini isteyemeyeceğini savunmuştur. Davalıdayken kaybolan ürünün özellikleri için bilirkişiden rapor alınması gerekirken mahkemece davanın ispatlanamadığı gerekçesi ile reddine karar verilmiş ancak aynı şekilde davacının fazlaya ilişkin hakları yönünden dava açabileceği hususunda ihtar yapılmış olması çelişki yaratmış bu sebeple bozmayı gerektirmiştir.

Finansal hizmetler, her türlü banka hizmetini ifade eder. Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşme, finansal hizmetlerin uzaktan pazarlanması için oluşturulmuş bir sistemdir.

²⁴⁷ Yargıtay 13. HD. 2015/18002E., 2017/2910K., 07.03.2017T., <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde, tüketicinin açık ve anlaşılır şekilde bilgilendirilmesi zorunludur. Bu bilgilendirmenin ticari amaçla yapıldığı, sesli iletişim araçlarının kullanıldığı hallerde de sağlayıcının kimliği ile görüşme talebinin sebebi her görüşmenin başında belirtilmelidir.

Tüketici, sözleşme ilişkisinin sürdüğü süre zarfında bir ücret ödmeden sözleşmenin kağıt üzerinde yazılı bir örneğini talep edebilir. Ayrıca finansal hizmet ile bağdaştığı sürece taraflarca kullanılan uzaktan iletişim aracını tüketicinin değiştirme hakkı vardır.

Yine bu tip sözleşmelerde de tüketicinin cayma hakkı mevcuttur. Satıcı/sağlayıcı tarafından, tüketicinin sözleşmeyi feshetmek için kuruluşu aşamasındaki yöntemden daha ağır şartlar içeren bir yöntem kullanması zorunluluğu altında bırakılamaz.

Yargıtay 11 Hukuk Dairesi, 2016/90E., 2016/6987K. Sayılı kararında²⁴⁸ finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerin tanımı yapılmış, finansal hizmetlerin uzaktan pazarlanması için, sağlayıcı ile tüketici arasında uzaktan iletişim araçlarının kullanılmasıyla kurulan sözleşmeler olarak tanımlanmıştır.

b. Mesafeli Sözleşmeler, Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler ve Haksız Şart İle İlişkileri

Bu tip sözleşmeler önceden hazırlanmış matbu sözleşmeler olduğundan, TKHK m. 5 hükmü gereği haksız şarta ilişkin unsurları taşıması durumunda TKHK m.48' e ek olarak haksız şartlar kapsamında tutularak tüketiciyi bağlamayabilecektir.

Sözleşmenin önceden hazırlanmış olması ve tüketicinin malın aslını görmeden evinde veya işyerinde olduğu esnada çok da incelemeyen sözleşmeye taraf olduğu düşünüldüğünde düzenleyenin sözleşmeye haksız şartları eklemesi ihtimali göz önünde tutulmalıdır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda haksız sözleşme şartlarının tüketiciyi bağlamayacağı düzenlendiğinden, bu tip sözleşmelerde haksız şart denetimi yapılarak sözleşmenin önceden düzenlenmiş olmasının sakıncası da engellenmiş olacaktır.

²⁴⁸ <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

7. Devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmeleri

a. Genel Olarak

Bu tür sözleşmeler, bir yıldan uzun bir süre için kurulan ve tüketiciye bu süre içinde birden fazla dönem için bir veya daha fazla sayıda gecelik konaklama imkanı veren sözleşmelerdir.

TKHK m. 50'nin uygulanabilmesi için sözleşme ile sağlanan hakkın şahsi veya aynı bir hak olması önem arz etmez. Ön ödemeli konut satış sözleşmesinde olduğu gibi, yapı ruhsatı alınmadan ön ödemeli devre tatil sözleşmesi yapılamayacaktır.

Uzun süreli tatil hizmet sözleşmesi ise, bir yıldan uzun süre için kurulan, daha önce belirlenen sürelerde konaklama veya konaklama ile diğer hizmetlerin beraber sunulduğu ayrıca indirim veya diğer menfaatlardan faydalanma hakkı da verilen sözleşmelerdir.

Ön ödemeli konut satış sözleşmesinde olduğu gibi devre tatil sözleşmelerinde de uzun süreli tatil hizmeti sözleşmelerinde de Bakanlıkça tüketicilere verilmek üzere düzenlenen ön bilgilendirme formunun verilmesi gerekmektedir.

Yine bu tip sözleşmelerde de tüketici on dört gün içinde gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayabilecektir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2017/637E., 2017/757K., 19.04.2017T. sayılı kararında²⁴⁹ davacının, davalı şirketin tanıtım amaçlı düzenlediği toplantıda karar verdiği, daha önce düşünmediği ve devre tatil satın almak amacıyla oraya gitmediği, yapılan tanıtımlar üzerine sözleşmeyi imzaladığını ve imzalanan bu sözleşmenin kapıdan satış şeklinde yapıldığının kabulü gerektiğine dair karar verilmiştir.

Bir başka Yargıtay kararında²⁵⁰, ilk derece mahkemesine göre somut olaya ilişkin sözleşmenin devre tatil satış sözleşmesi olduğu, davacının cayma hakkını her zaman kullanabileceği, caymaya ilişkin sürenin tatil hakkının kullanılması itibari ile işlemeye başlayacağı, o zamana kadar ki sürede askıda olduğuna karar verilmiştir. Yargıtay ise, söz konusu sözleşmenin resmi şekil şartına tabi olduğu, somut olayda

²⁴⁹ <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

²⁵⁰ Yargıtay 13. HD. 2016/21241E., 2017/3644K., 23.03.2017T., <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

taraflar arasında imzalanan sözleşmenin resmi şekilde yapılmadığı, geçersiz sözleşmeye dayalı olarak tarafların verdiklerini iade etmeleri gerektiğine karar vermiştir.

b. Devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmeleri ve Haksız Şartla İlişkileri

Bu tip sözleşmeler de genellikle önceden hazırlanmış matbu sözleşmeler olduğundan, TKHK m. 5 hükmü gereği haksız şarta ilişkin unsurları taşıması durumunda TKHK m.50' ye ek olarak haksız şartlar kapsamında tutularak tüketiciyi bağlamayabilecektir. Nitekim Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2014/366E., 2014/12789K., 22.4.2014T. kararında²⁵¹ taraflar arasında düzenlenen devre tatil sözleşmesinin cayma süresinden sonra sözleşmenin feshine ilişkin hükmünün haksız şart niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerektiğine ilişkin karar vermiştir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2013/24893E., 2014/14118K., 30.04.2014T. kararında²⁵² ise; haksız şart olduğu iddia edilen yıllık gider ve bakım payından sorumluluk kaydının mahkemece haksız şart niteliği taşımadığı, cayma hakkının kullanılmayacağı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olduğu hüküm altına alınmıştır.

8. İş yeri dışında kurulan sözleşmeler

a. Genel Olarak

Kapıdan satış olarak da bilinen iş yeri dışında kurulan sözleşmeler TKHK m. 47'de düzenlenmiştir. Yapılan isim değişikliği ile bu tür sözleşmelerin sadece satımı kapsamadığı vurgulanmıştır.²⁵³ 6502 Sayılı Kanun'da da bu durum ifade edilmiştir.

TKHK m.47'ye göre, satıcı/sağlayıcı ve tüketici arasında tarafların eş zamanlı fiziksel varlığında, işyeri dışında teklifi hangi tarafın yaptığına bakılmadan kurulan, tarafların eş zamanlı fiziksel varlığında kurulmasının hemen sonrasında satıcı/sağlayıcının iş yerinde veya uzaktan iletişim amacıyla kurulan, satıcı/sağlayıcı tarafından düzenlenen bir gezi esnasında kurulan sözleşmeler bu kapsamda sayılacaktır. Bu tür sözleşmeler Bakanlık tarafından yetkilendirilmiş satıcı/sağlayıcı tarafından kurulur. Tüketicinin, açık ve anlaşılır biçimde bilgilendirilmesi

²⁵¹ <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

²⁵² <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

²⁵³ Zevkliler/Özel, s. 300.

zorunludur. İspatı düzenleyene aittir. Yazılılık geçerlilik şartıdır. Geçerli kurulmayan sözleşmenin geçersizliği tüketici aleyhine ileri sürülemez.

Satıcı/sağlayıcı, tüketicinin kendi el yazısı ile sözleşme tarihini yazmasını ve sözleşmeyi imzalamasını sağlamak, sözleşmenin bir nüshasını tüketiciye vermek ve mal/hizmeti tüketiciye sunmakla yükümlüdür. Bu hususun ispat yükü de satıcı/sağlayıcıya aittir.

Tüketici, on dört gün içinde bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayabilir. Cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğinin ispatı satıcı/sağlayıcıya aittir. Tüketici, cayma süresi içinde malın kullanımından doğacak değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir.

Satıcı/sağlayıcının TKHK m. 47' de belirtilen yükümlülükler aykırı hareket etmesi veya tüketiciyi cayma hakkı konusunda bilgilendirmemesi durumunda, tüketici cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir. Her şekilde söz konusu süre cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer.

b. İş yeri dışında kurulan sözleşmeler ve Haksız Şartla İlişkileri

Bu tip sözleşmeler de genellikle önceden hazırlanmış matbu sözleşmeler olduğundan, TKHK m. 5 hükmü gereği haksız şarta ilişkin unsurları taşıması durumunda TKHK m.47' ye ek olarak haksız şartlar kapsamında tutularak tüketiciyi bağlamayabilecektir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2014/10278E., 2014/36788K., 20.11.2014T. kararında²⁵⁴, cayma hakkının kapıdan satışlarda düzenlenmiş olduğu, davacının cayma hakkını kullanamayacağı, bununla birlikte sözleşmenin haksız şart içerdiği ispatlanamadığı için davacının sözleşmeyi haklı nedenle feshettiğinin kabulünün mümkün olmayacağı hüküm altına alınmıştır.

²⁵⁴ <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ ŞART DENETİMİ TÜRLERİ VE 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE GENEL İŞLEM ŞARTLARINA İLİŞKİN DENETİM TÜRLERİ

I. HAKSIZ ŞART DENETİMİ TÜRLERİ

Tüketici sözleşmelerinde genel işlem şartı denetimi 6098 Sayılı Kanun öncesi yürürlük denetimi ve içerik denetimi ile sağlanmaktaydı. 6098 Sayılı Kanun m.20-25 hükümlerinde farklı ve ayrıntılı denetimler mevcuttur. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 83/1 uyarınca, TKHK' da hüküm olmadığı takdirde TBK hükümleri uygulanacaktır.²⁵⁵ Örneğin, şaşırtıcı kayıt denetimi veya değiştirici kayıt yasağı denetimi hakkında TKHK' da hüküm olmadığından TBK hükümleri uygulanacaktır.²⁵⁶

A. İDARİ DENETİM

4077 Sayılı Kanun'daki eski düzenlemede tüketicinin taraf olduğu sözleşmede yer alan haksız şartların hangi kurum tarafından denetleneceği hakkında açık bir hüküm olmadığından tüketiciler mağduriyet yaşamıştır. 6502 Sayılı Kanun'la haksız sözleşme şartlarının idari denetim yetkisi Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na verilmiştir. Yetkinin kapsamının tam olarak belirlenmemiş olması ve sınırlarının çizilmemiş olması uygulamada belirsizlik yaratmaktadır.²⁵⁷

İdari Denetim; Haksız şart içeren sözleşme hükümlerinin, önceden ilgili idari makamca denetlenerek, tüketici aleyhine olan sözleşme kayıtlarının genel işlem şartları arasından çıkartılmasıdır.²⁵⁸

6502 sayılı TKHK m.5/8' de "*Bakanlık, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşmelerde yer alan haksız şartların, sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alır*" denilmektedir. Söz konusu

²⁵⁵ **Atamer**, (GİŞ Sempozyum), s. 10; **Oğuzman/Öz**, s. 161; **Kuntalp**, Erden, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar, 8 Nisan 2011, BATİDER, Ankara, 2012, s. 91-92; **Akıpek/Aydoğdu**, s. 128-129.

²⁵⁶ **Akıpek/Aydoğdu**, s. 128-129.

²⁵⁷ **Akıpek/Aydoğdu**, s. 126.

²⁵⁸ **Karadağ**, s. 165.

kanunun m. 3/1-a hükmüne göre ise yetkili bakanlık, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'dır. Aynı kanunun m. 77/2' ye göre, "Bu kanunun 5 inci maddesi uyarınca belirlenen haksız şartların tüketici sözleşmelerinde kullanılması durumunda, Bakanlıkça verilecek süre içinde bu haksız şartın sözleşme metninden çıkarılmaması halinde, aykırılığın tespit edildiği her bir sözleşme için iki yüz Türk Lirası idari para cezası uygulanır". Bir anlamda yargısal denetim eliyle gerçekleşecek denetimin başlangıçta idare tarafından yapılması söz konusudur.²⁵⁹

17 Haziran 2014 Tarihli R.G.' de yayınlanarak yürürlüğe giren Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik' te idari denetim hususunda ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır.

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik m.8' deki düzenlemeye göre:

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

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

(3) Haksız şart olarak tespit edilen sözleşme şartlarının, tüketiciler açısından kesin olarak hükümsüz olduğunun sözleşmeyi düzenleyen tarafından tüketicilere açık ve anlaşılır biçimde yazılı veya elektronik ortamda bildirilmesi durumunda, tespit tarihinden önce tüketicilerle kurulan ve halen geçerli olan sözleşme metinlerinden bu şartların çıkarıldığı kabul edilir.

(4) Bakanlıkça verilen sürenin bitimine kadar, sözleşmeyi düzenleyen tarafından haksız şartların sözleşme metninden çıkarılmaması halinde, aykırılığın tespit edildiği her bir sözleşme için Kanunun 77 nci maddesi uyarınca idari para cezası uygulanır".

²⁵⁹ Aydoğdu, s. 194.

Bu hükümlere göre, haksız şart içeren tüm sözleşmelerin Bakanlık denetiminden geçmesi mümkün olmayacaktır. Her ne kadar Bakanlık tarafından gerekli tedbirlerin alınacağı belirtilse de bu tedbirlerin neler olacağı açıkça hüküm altına alınmamıştır.²⁶⁰ Ayrıca TKHK m. 5/9 hükmüne göre Bakanlıkça haksız şart olarak ilan edilen sözleşme şartlarının tüketicilerle müzakere edilmesi önemli olmaksızın yaptırıma tabi olması gerekmektedir.²⁶¹

B. YARGISAL DENETİM

1. Genel Olarak

4077 Sayılı Kanun'a dayanılarak hazırlanan Yönetmelik m.8' de Yargısal Denetime ilişkin hüküm yer almakta iken, 6502 Sayılı Kanun'a dayanılarak hazırlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelikte ise yargısal denetime ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Ancak, satıcı, sağlayıcı veya kredi veren dürüstlük kuralına aykırı olarak, tüketicinin menfaat dengesini orantısız biçimde ihlal ederse, yargısal denetim yoluyla söz konusu kayıt geçersiz hale getirilebilecektir. Tüketicilerin 6502 Sayılı Kanun'a dayanarak sözleşmelerde yer alan haksız şartların, sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için doğrudan dava açma hakkı vardır.²⁶²

6502 Sayılı Kanun m.73/6' ya göre, Bakanlık, ilgili kamu kurum ve kuruluşları, ticari örgütler; ticari reklamlara ilişkin ve haksız ticari uygulamalar dışında, kanuna aykırı bir durumun doğma tehlikesi ve genel olarak tüketiciyi ilgilendiren durumlar söz konusu olduğunda önlenmesi veya durdurulmasına ilişkin hukuka aykırı durumun tespiti veya ihtiyati tedbir kararı alınmasına ilişkin tüketici mahkemelerinde dava açılacağı düzenlenmiştir.

Topluluk davası HMK m. 113' de hüküm altına alınmıştır. Bu hükme göre, tüzel kişiler kendi statüleri çerçevesinde olmak kaydıyla üyelerinin veya temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgili kişilerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal

²⁶⁰ Aydoğdu, s. 193-194; Zevkliler/Özel, s. 126; Akipek/Aydoğdu, s. 126.

²⁶¹ Zevkliler/Özel, s. 127.

²⁶² Karadağ, s. 190.

edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilirler.²⁶³ Burada derneklere ve diğer tüzel kişilere kendi menfaatleri ihlâl edilmiş olmamasına rağmen verilen bir dava hakkı söz konusudur. Topluluk davasının sonucundan sadece dava açan değil, o menfaate ya da hakka sahip olan herkes davanın sonucundan yararlanabilmektedir.

Haksız şartın tespitine yönelik topluluk davası şeklinde açılacak dava neticesinde verilecek kararın kesin hükmün sonuçlarını doğurmayacak, daha sonrasında tüketiciler tarafından açılacak bireysel davalarda kuvvetli delil olarak kullanılabilir.²⁶⁴

Bir standart sözleşmenin haksız şart içerip içermediğinin belirlenebilmesi için yargısal denetimin yapılması gerekmektedir.²⁶⁵ Bununla birlikte haksız şarta ilişkin geçersizlik davanın her aşamasında ileri sürülebilir.²⁶⁶

Hukuk sistemimizde 2003 yılına kadar, tüketicinin haksız şart içeren sözleşmelere karşı korunması açısından, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’ da yasal bir düzenleme yapılmamıştır. Haksız şart açısından dikkat edilmesi gereken husus, sözleşme içeriği haline gelmiş hükümlerin hepsi değil, sadece müzakere edilmemiş ve tüketicinin sözleşme içeriğine etki edemediği hükümler yargısal denetime konu olurlar.²⁶⁷

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un m.5/3 hükmünde, “*Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür. 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.*”

²⁶³ **Akil**, Cenk, Yeni İsviçre Federal Medeni Usul Yasası’nda Yer Alan Topluluk Davası (m. 89) Üzerine Kısa Bir Not “Memorandum Regarding The Group Litigation (Article 89) In The New Swiss Federal Code Of Civil Procedure”, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-95-722>, s. 163.

²⁶⁴ **Karadağ**, s. 192.

²⁶⁵ **Zevkliler/Özel**, s. 127.

²⁶⁶ Y. HGK., 2012/13-23E., 2012/255K., 28.03.2012T.; **Aydoğdu**, Karar No:28; **Akipek/Aydoğdu**, s. 154.

²⁶⁷ **Karadağ**, s. 167.

6502 Sayılı Kanun m. 5/2' ye göre, “Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.” Bu hüküm uyarınca sözleşmenin geri kalan kısmının ayakta tutulması sağlanır.

Yargısal denetim iki aşamada söz konusu olur. Birinci aşama bağlayıcılık denetimi, ikinci aşama ise içerik denetimidir. Bağlayıcılık denetimine genel hükümlerin uygulanması yoluyla gidilebilirken²⁶⁸, içerik denetimine ise Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri içerisinde yer verilmiştir. “Bağlayıcılık” denetimine, “yürürlük veya geçerlilik denetimi” de denilmektedir.²⁶⁹ Sözleşme hükümlerinin saydam ve açık olması kadar, bu hükümlere ilişkin tüketiciye uyarıların, bilgilendirmelerin yapılıp yapılmadığı, anlaşmanın sağlıklı bir şekilde yapılıp yapılmadığı da değerlendirilmektedir.²⁷⁰

Tüketici ile müzakere edilmeyen sözleşme kayıtlarının düzenleyen tarafından sözleşme içeriğine dahil edilmesi için tarafların birbirlerine uygun karşılıklı irade beyanlarını ilişkilendirme anlaşması olarak tanımlayabiliriz. İlişkilendirme anlaşmasının meydana gelebilmesi ve sözleşmenin kurulabilmesi için düzenleyen tarafından yapılan icabın açık ve anlaşılabilir yapılması gerekmektedir. Tüketicinin kabul beyanı ise global kabul şeklinde yani düzenleyen tarafından sözleşme hükümlerinin öğrenilmesi imkanı verilmesine rağmen, tüketicinin sözleşme hükümlerinin içeriğini incelemeyen haksız şart içeren sözleşme hükümlerini kabul etmesi sonucu gerçekleşebilir.

Alman Medeni Kanunu’nda ilişkilendirme anlaşmasının açıkça yapılması, tüketicinin uyarılması gerekmektedir. TBK m.21 gereği Türk Hukuku’nda da uygulanması kabul edilebilir.²⁷¹ YHGK 03.07.1981 tarih ve E.1979/1775, K.1981/563 sayılı kararında: “...taşıma sözleşmesinin yerine getirilme yeri Türkiye olduğuna göre Devletler Özel Hukuk Kuralları uyarınca olaya o sözleşmenin yerine getirileceği yer kanunlarının yani Türk Kanunlarının uygulanması gerekir. TTK. 766’da ise, taşıma

²⁶⁸ Akipek/Aydoğdu, s. 150; Aydoğdu, s. 195.

²⁶⁹ Atamer, s. 81; Havutçu, s. 105 vd.; Aydoğdu, s. 195.

²⁷⁰ Ulsan, (Sempozyum), s. 141.

²⁷¹ Akipek/Aydoğdu, s. 150-151.

sözleşmelerindeki sorumluluğu kaldıran veya hafifleten hükümlerin geçersizliği belirtilmiş olup bu hüküm yorumlayıcı değil buyurucu niteliktedir. Bu nedenle davalı taşıyıcının dayandığı Alman Taşıyıcı Genel Koşul Belgesindeki sorumluluğu sınırlandıran hükümler geçersizdir.” şeklinde karar verilmiştir.²⁷²

Genel hükümlere göre genel işlem şartlarının varlığı açısından karşı tarafın açıkça bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bu hükmün tüketici hukuku açısından da uygulanması gerektiği belirtilmektedir.²⁷³ Haksız şartlara karşı tüketiciyi koruyabilmek için ilk tespit edilmesi gereken söz konusu hükümlerin müzakere edilip edilmediğidir. Müzakere edilmeyen sözleşme hükümleri, haksız şart niteliği taşıyorsa yürürlük denetimi yapılarak sözleşme ile tarafların bağlanıp bağlanmadığına bakılır. Yani, haksız şartların bir bütün olarak sözleşmenin bir unsuru haline gelip gelmediği araştırılır.²⁷⁴

Daha sonra taraflar arasında yürürlüğe giren sözleşme hükümleri tüketici açısından geçerli olup olmadığının belirlenmesi için içerik denetimi yapılır. Bir sözleşme hükmünün tüketiciyi bağlamayacağı sonucuna ulaşırsa haksız şart yaptırımı söz konusu olur.

6502 Sayılı Kanun ile getirilen “temel ilkeler” den olan “*bu kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılır bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi*” gerektiğine ilişkin ilke bu anlamdadır.²⁷⁵ Ancak 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda bu şekilde bir düzenleme mevcut değildir. Aksine TBK m.20/, c.2’de “*Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.*” denilmektedir.

Satıcı/sağlayıcı yani düzenleyen tarafından haksız şart içeren sözleşme kaydının karşı tarafa okunmuş olması haksız şart vasfını ortadan kaldırmaz. Karşılıklı müzakere söz konusu olmadığından haksız şartlara ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

²⁷² Bknz. **Çevik**, Orhan Nuri, TTK ve Uygulanmasına İlişkin Mevzuat, Ankara, 1993, s. 1010; **Kartal**, s. 61.

²⁷³ **Aydoğdu**, s. 195; **Zevkliler/Özel**, s. 127.

²⁷⁴ **Havutçu**, s. 55; **Zevkliler/Özel**, s. 127, **Çınar**, s. 99.

²⁷⁵ **Özel**, s. 63.

Müzakerenin söz konusu olabilmesi için daha ziyade büyük müşterilerle yapılan önemli sözleşmelerin mevcut olması gerekmektedir.²⁷⁶

Bireysel sözleşmenin varlığından söz edilmek için kanunun düzenleyici hükümlerinden sapan hükümlerin tüketiciye sunulması ve söz konusu hükümler hakkında müzakereye açık olduğunun belirtilmesi gerekir. Her ne kadar sözleşmenin noterde yapılması ve noterde karşı tarafın sözleşme maddeleri konusunda bilgilendirme yapılması tavsiye edilse de bu durum ek mali külfet ve zaman kaybı yaratacağından uygulamada tercih edilmemektedir.²⁷⁷

Kesin hükümsüzlük yaptırımını tüketici her zaman ileri sürebilecektir.²⁷⁸ Kısmi kesin hükümsüzlüğün tam kesin hükümsüzlüğe dönüşmesinin engellenmesi yan edimler açısından söz konusudur. Asli edimler açısından ise sözleşmenin tümünün hükümsüz olması gerekmektedir.²⁷⁹

Tüketicinin varlığını kabul ettiği sözleşme hükümleri dürüstlük kuralı aykırı bir biçimde, tüketici aleyhine dengesizliğe sebep oluyorsa içerik denetiminden geçemeyecek ve tüketiciyi bağlamayacaktır. Dürüstlük kuralına aykırılık kavramının doğru anlaşılabilmesi için Türk Ticaret Kanunu m.55 hükmünden faydalanılabilir. “Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılma” kıstasından hareket edilebilir.²⁸⁰

2. Yargısal Denetimin Unsurları

a. Dürüstlük Kuralı

6502 Sayılı Kanun m.5’ te doğrudan “dürüstlük” kelimesi kullanılarak, yargısal denetimde dürüstlük kuralı objektif bir ölçüt olarak tanımlanmıştır.²⁸¹ Türk Medeni Kanunu m.2’ de düzenlenmiş olan dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılmasa yasağı, hakların kullanılması ve borçların ifasında uyulması zorunlu bir hükümdür.²⁸² Dürüstlük kuralı TMK m. 2’ de “*Dürüst Davranma*” başlığı altında düzenlenmiştir.

²⁷⁶ Yavuz, s. 58.

²⁷⁷ Akipek/Aydoğdu, s. 146.

²⁷⁸ Karakocalı/Kurşun, s. 40.

²⁷⁹ Akipek/Aydoğdu s. 153.

²⁸⁰ Karakocalı/Kurşun, s. 43.

²⁸¹ Havutçu, s. 172.

²⁸² Karadağ, s. 169.

Bu hükme göre, “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” denilmektedir. Dürüstlük, hukuki açıdan orta zekalı normal kategorisinde olan insanların ahlaka ve güvene dayalı davranışları sonucunda meydana gelen, herkesçe benimsenen, toplum ihtiyaçlarını karşılayan objektif nitelikteki kurallar bütünüdür. Dürüstlük kuralı genel bir ilke olarak düzenlenmiştir. Dürüstlük kuralı emredici niteliktedir. Bu sebeple hakim tarafından resen dikkate alınır. Dürüstlük kuralı somut olayın özelliğine göre uygulama alanı bulur.²⁸³

Sözleşmeye müzakere edilmeden konulan bir hükmün haksızlığı denetlenirken hakimin ana ölçütü dürüstlük kuralı olacaktır.²⁸⁴

Dürüstlük kuralı, yargısal denetimin temeli açısından somut bir olgu olarak ortaya çıkmaktadır.²⁸⁵ “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” hükmünde, bir hak mevcuttur. Ancak, adaletsiz, karşı tarafa önemli bir zarar doğurabilecek nitelikte bir hakka dayanılması yasaklanmaktadır.²⁸⁶ Örneğin, para piyasasındaki ortalama faiz hadleri %10 civarı arttığı halde, karşı taraf %100 artırımında bulunmuş ise, bu halde faiz artırım hakkının kötüye kullanıldığı kabul edilmelidir. TMK m.2/2 kriteri genel işlem şartı için getirilmiş özel bir denetim değil, bireysel sözleşmelere de uygulanan bir kriterdir.²⁸⁷

Tüketici kredisinden kaynaklanan dosya masraflarının tahsili talepli bir davada, kredi borcunun ödenmesinden sonra bankaya karşı dava açılmasının hakkın kötüye kullanılması kapsamında olmadığına Yargıtay tarafından karar verilmiştir.²⁸⁸

b. Oransızlık Kriteri

Bir sözleşme kaydının haksız şart denetimine tabi olması için dürüstlük kuralı ihlali yeterli olmamakta, “tüketici aleyhine oransızlık içerme” ölçütü de aranmaktadır.²⁸⁹ Taraflardan birinin diğerine göre daha avantajlı olması her sözleşmede ortaya

²⁸³ **Yelmen**, s. 127-128; **Karadağ**, s. 64.

²⁸⁴ **Yelmen**, s. 89; **Karadağ**, s. 64.

²⁸⁵ **Çınar**, s. 115.

²⁸⁶ **Baykan**, s.224.

²⁸⁷ **Atamer**, Yeşim M., Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2001/8, s. 31-32(İTO); **Baykan**, s. 224.

²⁸⁸ 13. Hukuk Dairesi, 24.12.2013 Tarih, 2013/8981 Esas,2013/32586 Karar; bknz. **Karadağ**, s. 170.

²⁸⁹ **Karadağ**, s. 172.

çıkabilecek bir durumdur. Dikkat edilmesi gereken husus, ortaya çıkan dengesizliğin dürüstlük kuralı çerçevesinde makul karşılanıp, karşılanmadığıdır.²⁹⁰ 6502 Sayılı Kanun m. 5/7’de, “Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmakla koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.” Kanun hükmünden anlaşılacağı üzere asli edim ve karşı edimin denetlemesi yapılamayacaktır. Bir mal veya hizmetin fiyatı kalitesine göre değişmektedir. “İyi bilgilendirilmiş bilinçli bir tüketicinin serbest rekabet gereği yeterince korunmuş olduğu aksi halde, optimal mevzuat dozunun aşılmış olacağı ve ticaretin akışının sektöre uğrayacağı söylenebilir.”²⁹¹ Sözleşme, açık ve anlaşılır olduğu sürece, “doğru fiyat” tespit edilmemelidir. Yani sözleşmenin asli edimlerine ilişkin düzenlemeler haksız şart olarak nitelendirilmemeli ve bu edimlere müdahale edilmemelidir.²⁹² Serbest piyasa ekonomisi kurallarının hakim olduğu bir sistemde edimler arası dengede objektif adalet değil, piyasa adaleti söz konusu olur.²⁹³ Sonuç itibarıyla yargı ücret denetimi yapamaz.²⁹⁴ Zaten doğru fiyat tespiti yapabilecek bir hukuksal ölçüt de mevcut değildir.²⁹⁵ İstisnası açık ve anlaşılır olmama durumudur. Haksız şart hükümlerine dayanılarak asli edim denetimi kural olarak yapılamayacağı için tüketici genel hükümlere dayanarak TBK m. 28’ de düzenlenen aşırı yararlanma hükümlerinden yararlanabilir. Söz konusu hükme göre, karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık mevcut olduğunda, zarar görenin düşüncesizliğinden, zor durumda kalmasından veya deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olunmadığı bildirilerek ya da zarar gören ediminin geri verilmesini talep edilebileceği gibi sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini de isteyebilir.

Bir sözleşme şartının haksızlığı sözleşmenin bütününe bakılarak değerlendirilmelidir. Bir şart tek başına ele alındığında haksız olarak nitelendirilecekken, sözleşmenin tümüne bakıldığında tüketiciye başka noktalarda önemli tavizler verilmesi sebebiyle

²⁹⁰ **Aslan**, Yılmaz, “En Son Değişikliklerle Yargıtay Kararları Işığında Tüketici Hukuku”, Bursa, 2004, s. 291; **Karadağ**, s. 172.

²⁹¹ **Baykan**, s. 231.

²⁹² **Topak**, s. 287; **Eren**, s. 225.

²⁹³ **Akipek/Aydoğdu**, s. 158.

²⁹⁴ **Karakocalı/Kurşun**, s. 45.

²⁹⁵ **Atamer**, (GİŞ), s. 220vd, **Gümüş**, s. 66; **Akipek/Aydoğdu**, s. 158.

taraflar arasında bir denge kurulduğu gözlenebilir.²⁹⁶ 6502 Sayılı Kanun m.5 gerekçesi çerçevesinde sözleşme adaleti baştan sağlanmış daha sonra bozulmuşsa, sözleşme hükümlerinin haksız şart denetimi yoluna değil, işlem temelinin çökmesi çerçevesinde değerlendirilebilir.²⁹⁷

Oransızlık kriteri, dürüstlük kuralı ile sıkı bir bağlantı içerisinde olup, bağımsız olarak değerlendirilmemelidir. Sözleşmenin tamamı göz önünde tutularak, hak ve yükümlülüklerin değerlendirilmesi yapılarak, tek tek görüşülmemiş sözleşme kayıtlarından haksız ve açık bir şekilde oransızlığa sebep olanları belirlenmelidir.²⁹⁸ Bu belirleme yapılırken, haksız şart olduğu iddia edilen kayıt sözleşmede olmasaydı, tüketicinin menfaatinin nasıl olacağı değerlendirilerek bir sonuca varılabilir.²⁹⁹

c. Şeffaflık Kuralı

6502 Sayılı Kanun m. 5/4' de, *“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, tüketicinin lehine yorumlanır.”* şeklinde şeffaflık ilkesi hüküm altına alınmıştır.

Söz konusu hüküm, Roma Hukukundan beri kabul edilen “sözleşmenin, şüphe hâlinde düzenleyen aleyhine yorumlanması ilkesi (in dubio contra stipulatorem)”nin bir uygulamasıdır.³⁰⁰ Böylece, genel işlem koşullarının yorumlanmasıyla ilgili olarak, güven ilkesini esas alan bir yorum yöntemi benimsenmiştir. Ortalama bir tüketicinin anlama standardı esas alınmıştır.³⁰¹ Sözleşmeyi düzenleyen tarafın sözleşme kurulduktan sonra hükmün aslında şu şekilde anlaşılması gerekir vs. gibi yorumlar getirmesi kabul edilmemiştir.³⁰²

Türk-İsviçre hukukunda irade beyanlarının yorumunda “güven teorisine” başvurulmaktadır. Güven teorisine göre karşı tarafın doğruluk ve güven kuralı gereği

²⁹⁶ Atamer, (GİŞ Sempozyum), s.53; Gümüş, s. 64-65; Akipek/Aydoğdu, s. 158.

²⁹⁷ Akipek/Aydoğdu, s. 158.

²⁹⁸ Çınar, s. 123; Karadağ, s. 173.

²⁹⁹ Havutçu, s. 70; Karadağ, s. 173.

³⁰⁰ Oğuzman/Öz, s. 167; Akçaal/Uyumaz, s. 254.

³⁰¹ Akçaal/Uyumaz, s. 254; Aslan, s. 180.

³⁰² Aydoğdu, s.200; Akipek/Aydoğdu, s. 156.

kendisine yöneltilen beyana vereceği anlam esas alınmalıdır.³⁰³ Yargıtay’ın bir karar³⁰⁴ında, “*Bir hukuki ilişkinin tarafları, aralarındaki ilişkinin mahiyeti konusunda uyuşmamışlarsa, bugün gerek hukukumuzda gerekse tüm çağdaş hukuk sistemlerinde uygulanan güven kuramı ışığında ilişki ele alınacaktır. Bu kurama göre, irade beyanlarından her birinin objektif anlamına bakılmayacak bu beyana muhatabın iyiniyetle vereceği anlamın ne olması gerektiği araştırılacaktır.*” denilmektedir.

6502 Sayılı Kanunla getirilen “temel ilkeler” den olan “*bu kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılır bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi*” gerektiğine ilişkin ilke bu anlamdadır.³⁰⁵ Yargıtay bir kararında, sözleşme metninin on iki puntodan daha küçük harflerle yazılmış olmasını tek başına sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceğini ancak diğer koşulların varlığı halinde sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağına hükmetmiştir.³⁰⁶

Borçlar Kanunu m. 25’ de şeffaflık kriterine yer verilmemiştir. Bu sebeple Türk Borçlar Kanunu açısından sözleşme kaydının açık ve anlaşılır düzenlenmemesi halinde içerik denetimine gidilmeksizin söz konusu kaydın sözleşmenin içeriğine dahil olmadığı kabul edilebilecektir.

d. Açıklık Kuralı

Bir kaydın ikili anlam içermesi, net olmaması sonucu tüketicinin söz konusu kaydın etkisini kavrayamaması sonucunu doğurur. Sözleşme kaydının anlamı net bir şekilde kavranabiliyorsa, “açık” demektir. Açıklık ilkesine ilişkin Yargıtay tarafından incelenmiş bir kararda; abone sözleşmesinde, ödemelerde gecikme olması durumunda 6183 Sayılı Kanun da belirlenen gecikme zammı uygulanacağına ilişkin açık ve anlaşılır bir ifadeye yer verilmemiş, ayrıca İZSU Tarifeler Yönetmeliği m. 32

³⁰³ Yavuz, s. 35.

³⁰⁴ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 1994/5745E., 1994/8501K., 11.10.1994T., <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

³⁰⁵ Özel, s. 63.

³⁰⁶ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2011/16002E., 2012/1192K., 18.01.2012T.; bkz. Karadağ, s. 177.

hükümleri uygulanacağına ilişkin hükmün, tüketici aleyhine haksız şart içerdiği kanaatine varmıştır.³⁰⁷

C. HAKSIZ ŞART DENETİMİNE İLİŞKİN TÜKETİCİNİN BAŞVURABİLECEĞİ HUKUKİ YOLLAR

1. Tüketici Hakem Heyetine Başvuru

a. Genel Olarak

TKHK’ da tüketici hakem heyetine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. 4077 Sayılı Kanun’dan farklı olarak yeni Kanunda tüketici hakem heyetleri, daha ayrıntılı ele alınmıştır. Ayrıca, “Tüketici Sorunları Hakem Heyeti” ifadesi yerine “Tüketici Hakem Heyeti” ifadesi yer almıştır. TKHK m.66/1’de Bakanlığın, tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla, il merkezlerinde ve yeterlilik şartları Yönetmelikle belirlenen ilçe merkezlerinde en az bir tüketici hakem heyeti oluşturmakla görevli olduğu belirtilmiştir. Tüketici Hakem Heyeti Yönetmeliği m.5/1 uyarınca her ilçe merkezinde tüketici hakem heyeti kurma zorunluluğu kaldırılmıştır. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, 6502 sayılı Kanun m.77 ve 84 istinaden Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğini çıkarmıştır. Bu şekilde tüketici mahkemelerinin iş yükünün hafifletilmesi amacıyla tüketici ve satıcı/sağlayıcı arasındaki uyuşmazlıkların hızlı ve az masrafla çözüme kavuşması amaçlanmıştır.

b. Yetkili Tüketici Hakem Heyeti

4077 Sayılı Kanun’dan farklı olarak yetki kuralı düzenlenmiştir. Tüketici hakem heyetine başvurular, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu veya tüketici işleminin yapıldığı yerdeki tüketici hakem heyetine yapılabilir. TKHK m.68/III uyarınca Tüketici hakem heyetinin bulunmadığı yerlerde ise başvuruların nerelere yapılacağı ve bu başvuruların hangi tüketici hakem heyetine karara bağlanacağı yönetmelikle belirlenir. Tüketicinin yetkisiz hakeme başvurması durumunda başvurunun kabul edilmesi gerekmektedir. Yer bakımından yetkisiz yere başvuru yapılması halinde hakem heyetleri yetkili hakem heyetine dosyayı göndermelidirler. Hatta usul ekonomisi bakımından yanlış yerdeki makama başvuru halinde de doğru yerdeki

³⁰⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2010/13466E., 2010/410K.; bknz **Karadağ** s. 179.

makama dosya gönderilmelidir.³⁰⁸ Yetkili olmayan hakem heyeti tarafından verilen kararlar ise tüketici mahkemesine yapılacak itirazla iptal edilecektir. TKHK m.68/V uyarınca tüketici hakem heyetlerine başvuru imkanının bulunması tüketicilerin alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmasına engel teşkil etmeyecektir. Ancak, tüketici aynı uyuşmazlık için birden fazla hakem heyetine veya aynı anda hakem heyetine ve tüketici mahkemesine başvuramayacaktır. Böyle bir durumda HMK m. 114/I uyarınca derdestlik itirazı söz konusu olabilecektir.³⁰⁹ Yargıtay' ın verdiği bir kararda³¹⁰, 6502 Sayılı Kanun m.28 uyarınca 3.366,72TL olan mevcut dava tüketici mahkemesince çözümlenmesi gerekeceği hüküm altına alınmıştır.

c. Konu Bakımından Tüketici Hakem Heyetinin Görevi

Tüketici hakem heyetlerinin görev alanı tüketici işlemleri ile sınırlandırılmıştır. TKHK m.68/I uyarınca uyuşmazlık konusu miktar bakımından değeri iki bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, üç bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise iki bin Türk Lirası ile üç bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Bu değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamaz. Bu sınırlamalar sebebiyle tüketici hakem heyetine başvurma zorunluluğu HMK m.114/II bağlamında dava şartı niteliğindedir.³¹¹ Görevli olmayan hakem heyeti tarafından verilen kararlar ise tüketici mahkemesine yapılacak itirazla iptal edilebilecektir.³¹²

d. Heyetin Başvuruyu İnceleme Usulü

Tüketici hakem heyetinin başvuruyu incelemesi, raportör tarafından hazırlanan rapor ve ilgili belgelerin yer aldığı dosya üzerinden yapılır. THHY m. 18 uyarınca gerekli görülmesi hâlinde tüketici hakem heyeti tarafları ve bilirkişiyi dinleyebilir. Tüketici hakem heyetinin tanık dinleme yetkisi bulunmamaktadır. TKHK m.69 uyarınca Tüketici hakem heyetleri uyuşmazlık konusuna ilişkin her türlü bilgi ve belgeyi

³⁰⁸ Aydoğdu, (Tüketici), s. 342; Uyumaz/Akdağ, s. 450.

³⁰⁹ Uyumaz/Akdağ, s. 450.

³¹⁰ Yargıtay 13. HD. 2016/12075E., 2016/17532K., 29.09.2016T., <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

³¹¹ Tutumlu, Mehmet Akif, "6502 sayılı TKHK'ya Göre Tüketici Hakem Heyetlerinin Yetki ve Görev Sınırları", Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 89, 2014, s. 116119, s. 118; Uyumaz/Akdağ, s. 451.

³¹² Tutumlu, s. 117; Uyumaz/Akdağ, s. 451.

tarafından, ilgili kurum veya kuruluşlardan isteyebilir. Bilgi ve belge istenen kişi ve kuruluşlar bu belgeleri tüketici hakem heyetlerine vermek zorundadırlar.

e. Başvurunun Karara Bağlanması ve Hukukî Sonuçları

TKHK m. 70/I uyarınca tüketici hakem heyetlerinin önüne gelen uyuşmazlıklarda verilen kararlar tarafları bağlar. Tüketici hakem heyetinin kararları, İcra ve İflâs Kanununun ilamların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlerine göre yerine getirilir. Hakem heyetlerinin faaliyetleri bir yargılama mahiyetinde kabul edilmelidir.³¹³ İhtiyari tahkimde dahi, uyuşmazlığı çözen heyetlerin faaliyetleri yargısal olarak nitelendirilmektedir.³¹⁴ Tüketici hakem heyetleri, merkezi idare teşkilatı olan bakanlık tarafından oluşturulmaktadır. Ancak, üyelerinden sadece heyet başkanı memur niteliğindedir. Tüketici hakem heyetinin üyeleri hakim olmadığından hakimlere tanınan ayrıcalıklardan yararlanamazlar. Bu kurulun tüzel kişiliği yoktur. Mali bakımdan bakanlığa bağlıdır.³¹⁵

Taraflar, tüketici hakem heyetinin kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edebilir. İtiraz, tüketici hakem heyeti kararının icrasını kendiliğinden durdurmaz. Ancak, talep edilmesi halinde kararın icrası tedbir yoluyla durdurulabilir.

Tüketici hakem heyeti kararlarına karşı tüketici mahkemesi üst yargı merci konumundadır. İtiraz esas yönünden değilse yeniden yargılamayı gerektirmediği takdirde tüketici mahkemesi evrak üzerinde, kararı değiştirerek veya düzelterek onama kararı verebilir. Sehven yapılan hatalarda da bu hüküm uygulanır. Karar, usule ve kanuna uygun olup da gösterilen gerekçe doğru bulunmazsa, gerekçe değiştirilerek veya düzeltilerek onanır. TKHK m. 70/V uyarınca Tüketici hakem heyetinin kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine tüketici mahkemesinin vereceği karar kesindir.

³¹³ Konu ile ilgili 03.03.2004 tarih ve 2003/98E., 2004/31K. Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. - <http://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=818>; Anayasa Mahkemesi 31.05.2007 tarih ve 2007/53E., 2007/61K.

³¹⁴ **Ermenek**, İbrahim, “Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1-2, s. 563-630. s. 616; **Uyumaz/Akdağ**, s. 452.

³¹⁵ **Uyumaz/Akdağ**, s. 452.

2. Tüketici Mahkemesine Başvuru

a. Yetkili ve Görevli Mahkeme

Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda, tüketici mahkemeleri görevlidir (TKHK.m.73/I). Burada da tüketici hakem heyetlerinde olduğu gibi uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülebilmesi için uyuşmazlığın konusunun tüketici işlemi olması gerekir. Ayrıca, uyuşmazlığın tüketici mahkemeleri tarafından görülebilmesi için miktar açısından da sınırlama bulunmaktadır. HMK m.6' ya göre; genel yetkili mahkeme, davalının yerleşim yeri mahkemesidir. Ancak TKHK m. 73/V uyarınca, tüketici davaları, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesinde de açılabilir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda yer alan yetki kuralı, genel yetki kuralını ortadan kaldırmamaktadır.

b. Yargılama Usulü

Tüketici mahkemelerinde uyuşmazlıkların çözümlenmesinde basit yargılama usulü uygulanır. TKHK m. 73/IV uyarınca tüketici mahkemelerinde görülecek davaların 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Altıncı Kısım hükümlerine göre yürütüleceği düzenlenmiştir. Basit yargılama usulü, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 316-322 inci maddelerinde düzenlenmiştir.

II. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE GENEL İŞLEM ŞARTLARINA İLİŞKİN DENETİM TÜRLERİ

Genel işlem şartlarında denetim türleri idari denetim ve yargısal denetim olarak ikiye ayrılmaktadır. İdari denetim sözleşme taraflarca imzalanmadan önce gerçekleştirilirken, yargısal denetim taraflar sözleşmeyi imzaladıktan sonra gerçekleşir.³¹⁶ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m.20 vd. öngörülen denetim yargısal denetimdir. Genel anlamda idari denetim borçlar kanunu açısından hukuk sistemimizde yoktur.³¹⁷

³¹⁶ Toprak, s. 82; Havutçu, s. 43-44; Aydoğdu, s. 69.

³¹⁷ Aydoğdu, s. 68.

A. Yürürlük Denetimi (Yazılmamış Sayılma) ve Doktrine Göre Yazılmamış Sayılma Yaptırımının Hukuki Niteliği

1. Yürürlük Denetimi (Yazılmamış Sayılma)

Yürürlük denetimini kısaca genel işlem şartı içeren sözleşme hükümlerinin sözleşmenin içeriğini oluşturup oluşturmadığının tespiti olarak tanımlayabiliriz. Bir sözleşmenin genel işlem şartı içerip içermediğinin denetlenebilmesi için öncelikle o sözleşmenin geçerli olarak kurulması gerekmektedir.³¹⁸ Aksi halde zaten sözleşmenin içeriğinin denetimine gerek kalmayacaktır.

Doktrinde yürürlük denetimine, “bağlayıcılık denetimi”, “örtülü içerik denetimi”, “yürürlük denetimi”, “ilişkilendirme kontrolü” gibi isimler verilmektedir.³¹⁹

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun içeriğinde yürürlük denetimine ilişkin bir hüküm öngörülmemekle birlikte Borçlar Kanunundaki düzenleme genel kanun niteliğinde olduğundan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun bakımından da uygulanacaktır.³²⁰ Yürürlük denetiminin anlamı, genel işlem şartları ancak, karşı taraf genel işlem şartlarının varlığını bildiği halde sözleşmenin içeriğine etki edebileceğinden karşı tarafın genel işlem şartları açısından bilgilendirilip bilgilendirilmediğinin denetlenmesidir. Yani karşı taraf genel işlem şartı olduğunu bilmiyorsa, zaten irade uyuşması söz konusu olmayacak ve karşı taraf genel işlem şartı içeren sözleşme hükmü ile bağlı olmayacaktır. Bu sebeple içerik denetimi yapmaya gerek kalmayacaktır.³²¹

TBK m. 22’ de, “Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.” denilmektedir. Bu hüküm gereği yazılmamış sayılan koşullar sözleşmede yer alan esaslı unsurları kapsamamaktadır. Çünkü TBK m.2/1 gereği sözleşmenin kurulabilmesi için sözleşmeyi gerçekleştiren tarafların esaslı noktalarda anlaşmış

³¹⁸ Karadağ, s. 48; Çınar, s. 67.

³¹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C.1, 4. Bası, İstanbul, 2008, s. 232; Atamer, (GİŞ), s. 81; Havutçu, s. 105 vd.; Çınar, s. 66.

³²⁰ Karadağ, s. 49.

³²¹ Karakocalı/Kurşun, s. 42.

olmaları gerekmektedir.³²² Asli noktalarda taraflar arasında uyuşma söz konusu olduğunda yan noktaların yazılmamış sayılması sözleşmeyi tamamen geçersiz yapmaz. Bu durumda yazılmamış sayılan yan noktalar yerine TBK yedek hukuk kuralları ve işin özelliğine göre hakim tarafından doldurulacaktır.³²³ Taraflar geçersiz kısmın yerine oluşan boşluğu hakimin doldurması yerine alternatif kural koyabilirler. Bu hükümler emredici hukuk kurallarına aykırı olmadığı sürece ve kanuna karşı hile oluşturulmaması halinde geçerli olacaktır. Ayrıca, TBK m.22 hükmü emredici olduğundan, taraflar aralarında kısmen sözleşmenin geçersiz olması halinde sözleşmenin tamamının geçersiz olacağını kararlaştıramazlar.³²⁴

Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeye göre yargısal denetim bağlayıcılık denetimi ve içerik denetiminden oluşur. Temelde iki denetim söz konusudur. Ancak saydamlık denetimi de eklenebilir. Genel işlem şartlarının bir bütün olarak sözleşmenin bir unsuru olup olmadığı denetlenir. Bu denetime “Yürürlük(İlişkilendirme) Denetimi” denir. Yürürlük denetimi de genel kapsam ve özel kapsam (şaşırtıcı kayıt) denetimi olarak ikiye ayrılabilir.³²⁵ ÇINAR³²⁶’a göre, yürürlük denetiminin yargısal denetim başlığı altında incelenmemesi gerekmektedir. Yazara göre, “*menfaati olan gerçek veya tüzel kişilere dava hakkı tanınarak, genel işlem şartlarının henüz kullanılmadan, içerik denetimine tabi tutulması amaçlanmıştır. Doktrinde bu denetim şekli ‘yargısal denetim’ diye isimlendirilmiştir. Kanaatimizce, içerik denetimi de mahkemelerce yapıldığından, haksız şartların kullanılmasından önce söz konusu olan bu denetim şekli için, ‘yargısal denetim’ kavramı kullanılmasında isabet yoktur. Bu denetim şekli için ‘önleyici içerik denetimi’ gibi bir terim kullanılması daha isabetli olur*” denilmektedir.

TBK m. 21/2’ ne göre, “*Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.*” hükmünde şaşırtıcı kayıtlardan bahsedilmektedir. Sözleşmenin niteliği ile kastedilen sözleşmenin türü, işin özelliği kavramı ile de verilen reklam, afiş, katalog, ilan, gönderilen mail vs. ifade

³²² Yelmen, s. 110; Aydoğdu, s. 78.

³²³ Aydoğdu, s. 79; Yelmen; s.108-109; Akçaal, Mehmet, Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme, GÜHFD, C. XVIII, S.1, Yıl 2014, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/18_1_2.pdf, s. 59; Havutçu, s. 144, Atamer, (GİŞ), s. 120-121.

³²⁴ Aydoğdu, s. 83; Kırkbeşoğlu, s. 197; Başpınar, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara, 1998, s. 149-151.

³²⁵ Aydoğdu, s. 85-86; Antalya, s. 303,309.

³²⁶ Çınar, s. 66.

edilmektedir. Müşteriye verilen el ilanında kredinin masrafsız olduğu söylenmesine rağmen masraf alınması örnek olarak gösterilebilir.³²⁷

Önceden düzeltilmiş bir kaydın şaşırtıcı koşul sebebiyle sözleşmeye dahil olmadığı kabul edilebilmesi için global kabul şartının gerçekleşmesi gerekmektedir.³²⁸

Genel işlem şartı içeren hükmün sözleşme içeriğinde ilgisiz bir yerde olması halinde de şaşırtıcı olma şartı gerçekleşmiş sayılır.³²⁹

Asli edimlere ilişkin önemli ölçüde sapma durumunda genel hükümler çerçevesinde, emredici hükümlere, ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık veya gabin hükümleri göz önünde tutularak incelemek gerekir.³³⁰

TBK m.21 gerekçesi son paragrafta, “...uygulamada döviz tevdiat hesabı sözleşmelerinde, yatırılan yabancı paradan farklı bir yabancı para ya da Türk Lirası ile hesaptaki meblâğın ödenebileceği genel işlem koşuluna sıkça rastlanmaktadır. Döviz hesabını belli bir yabancı para cinsinden açtıran kişiye, hesabın bulunduğu kurumca farklı bir yabancı para ya da Türk Lirası ile ödeme yapılması, olağandışı sayılacağı için, bu tür bir genel işlem koşulu yazılmamış sayılacaktır.”

Bir kaydın “olağandışı” sayılarak sözleşmeye dahil olmaması ile dürüstlük kuralına aykırı bulunarak geçersiz olmasında her ne kadar benzerlik olsa da iki farklı kavramdır.³³¹ Doktrinde bu konuda tartışma söz konusudur. Bir görüşe göre, kredi kurumunun hiçbir gerekçe göstermeksizin hesabı kat edeceği, ilişkiye son vereceğine ilişkin hükümler şaşırtıcı kayıt olarak değil, TBK m.25 kapsamında içerik denetiminde ele alınması gerektiğidir.³³² Diğer bir görüşe göre ise, Bu tür kayıtların şaşırtıcı kayıt olarak ele alınması görüşündedir.³³³ AYDOĞDU ise şaşırtıcı koşulun karışıklığa yol açacağı, içerik denetiminin zaten yeterince koruma sağladığı bu sebeple şaşırtıcı koşul yaptırımının kaldırılması gerektiği görüşündedir.³³⁴

³²⁷ Aydoğdu, s. 102; Kaşak, s. 422.

³²⁸ Karadağ, s. 52.

³²⁹ Yelmen, s. 107; Kaşak, s. 423-423; Aydoğdu, s. 106.

³³⁰ Aydoğdu, s. 107.

³³¹ Karadağ, s. 52,

³³² Oğuzman/Öz, s. 165; bknz. Aydoğdu, s. 107-108.

³³³ Altop, s. 41; Karadağ, s. 52; Aydoğdu, s. 108.

³³⁴ Aydoğdu, s. 109.

TBK m.24 hükmüne 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.” denilmektedir. Madde gerekçesinde, “...Maddede, tip 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 yapma yetkisi veren kayıtlara yer verilemeyeceği belirtilmektedir... Genel işlem koşullarının, düzenleyen tarafından tek yanlı ve önceden hazırlanmış olması, bunların Tasarının 21 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca sözleşmenin kapsamına girmesi, bu sözleşmenin düzenleyen tarafından tek yanlı olarak değiştirebileceği anlamına gelmez. Ancak, uygulamada genel işlem koşulları içinde, bu koşulların tamamının veya bir kısmının değiştirilmesi konusunda düzenleyene yetki verildiği görülmektedir. Maddede, kendisinde böyle bir yetkiyi saklı tutmuş olsa bile, düzenleyenin bu yetkisine dayanarak, sözleşmeyi tek yanlı, yani dilediği gibi değiştirme ya da yeni düzenleme yapma yolu kapatılmış ve bu tür kayıtların yazılmamış sayılacağı öngörülmüştür...” Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere bu tür kayıtlar için yazılmamış sayılma tabiri kullanılsa bile kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır.³³⁵

Kanunlarda izin verilen hallerde değiştirme yasağı uygulanmayacaktır.³³⁶

Doktrinde Borçlar Kanunu m.24’ de düzenlenen değiştirme yasağında belirtilen “yazılmamış sayılma” yaptırımına atıfta bulunulmasının hatalı olduğu, belirtilerek eleştirilmektedir.³³⁷

İçerik denetimi faaliyeti hakim tarafından yapıldığından doktrinde “yargısal içerik denetimi (richterliche Inhaltskontrolle)” ifadesi de kullanılmaktadır.³³⁸

TBK m.21, “Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde,

³³⁵ Aydoğdu, s. 110; Oğuzman/Öz, s. 164.

³³⁶ Aydoğdu, s. 112.

³³⁷ Yelmen, s. 108; Karadağ, s. 63.

³³⁸ Akipek/Aydoğdu, s. 129.

genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.” hükmüne göre karşı tarafın menfaatine aykırı bir koşul olması, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi, karşı tarafın bu koşulların içeriğini öğrenmesine imkan sağlanması ve nihayetinde karşı tarafın bu koşulları kabul etmesi gerekir ki yürürlük denetimi için olumlu sonuç alınabilsin.³³⁹ Ayrıca içeriğin öğrenilmesinden ve imkan sağlanmasından söz edilmesi, genel işlem şartı açısından global kabulün yeterli olduğunu gösterir.³⁴⁰ Bu durum dürüstlük kuralından doğan aydınlatma yükümlülüğünün bir uzantısıdır.³⁴¹ Karşı tarafın genel işlem şartlarını tek tek okuması, pazarlık etmesi aranmaz.³⁴² Aksi görüşe göre, genel bilgi verilmesinin yeterli olmadığı, tek tek bilgilendirme yapılması gerektiğidir.³⁴³

Karşı tarafın kabulü halinde genel işlem şartı tarafları bağlayabilir. Bunun için de tüketicinin tüm sayfalara imza ya da paraf atması gerekir.³⁴⁴ Bu şekilde “global kabul” söz konusu olur. Düzenleyen tarafça sunulan, sözleşmenin içeriğine dahil edilmek istenen genel işlem şartlarının öğrenme olasılığı sağlandığı halde karşı tarafın söz konusu hükümleri okumadan ve/veya içeriğini anlamadan kabul etmesini global kabul olarak tanımlayabiliriz.³⁴⁵

Karşı tarafın global kabulü, sözleşme hükümlerinin sadece varlığını kabul ettiği anlamına gelir. Sözleşme hükümlerinin tek tek müzakere edildiği anlamına gelmez.³⁴⁶ Yani global kabul sonucu standart sözleşmeyi bireysel sözleşme haline getirmeyecektir. Sözleşme koşullarının bireysel sözleşmeye dönüştüğünün kabul edilebilmesi için sözleşme şartlarında ve kanunun düzenleyici hükümlerinden sapan koşullarda müzakereye açık olduğunun açıkça orta konulması gerekmektedir.³⁴⁷

³³⁹ **Karadağ**, s. 49.

³⁴⁰ **Atamer**, (GİŞ), s. 100; **Ulusan**, İlhan, “Türk Borçlar Kanunu’ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler”, Prof. Dr. Mustafa Dural’ a Armağan, İstanbul, 2013, (Armağan), s. 1224; **Yelmen**, s. 85-86 ve 90-91.

³⁴¹ **Aydoğdu**, s. 88.

³⁴² **Havutçu**, s. 114-115; **Atamer**, (GİŞ), s. 86; **Aydoğdu**, s. 90.

³⁴³ **Kuntalp**, s. 8; **Kaşak**, Esra, “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 Sayılı TBK m.21/2), İnönü ÜHFD, C.3, Sy.1, Y.2012, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/208406>, s. 417; **Aydoğdu**, s. 90.

³⁴⁴ **Akıpek/Aydoğdu**, s. 142.

³⁴⁵ **Atamer**, s. 102; **Karadağ**, s. 51.

³⁴⁶ **Karakocalı/Kurşun**, s. 42-43.

³⁴⁷ **Aydoğdu**, s. 192; **Zevkliler/Özel**, s. 124.

Bu sebeple global kabul sonucu bireysel sözleşme halini almayan sözleşme hükümleri açısından içerik denetimi söz konusu olacaktır.³⁴⁸

TBK m.21’deki aydınlatma yükümlülüğü ile TBK m.20/3’deki tartışma kayıtlarına ilişkin hüküm birbirine karıştırılmamalıdır. Tartışılan sözleşme hükümleri bireysel sözleşme hükümleri halini alırken, aydınlatma yükümlülüğü sonucu böyle bir sonuç ortaya çıkmaz. Sözleşme hükümleri genel işlem şartı olarak kalacaktır.³⁴⁹

2. Doktrine Göre Yazılmamış Sayılma Yaptırımının Hukuki Niteliği

Yazılmamış sayılma, Türk Hukuku’nda genel işlem şartlarına ilişkin olarak ilk kez TBK m.21 ve 22. maddelerinde düzenlenmiştir. TBK m. 21’in gerekçesinde yazılmamış sayılma müessesinin İsviçre Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanunu’nda düzenlendiğinden söz edilmiştir. Doktrinde “yazılmamış sayılma” kavramı tartışmalıdır. Yazılmamış sayılma kendine özgü bir yaptırım şeklidir. Doktrinde yazılmamış sayılma yaptırımının hukuki niteliğine ilişkin birtakım görüşler mevcuttur. Alman Medeni Kanunu’ndaki “...sözleşmenin bir parçası olarak sayılmaz.” şeklindeki düzenlemenin aynen alınması ve TBK m. 21/1, c.2’deki düzenlemenin, “*Aksi takdirde genel işlem koşulları sözleşmenin kapsamına dahil sayılmazlar.*” şeklinde düzenlenmesi gerektiği görüşü mevcuttur.³⁵⁰ AYDOĞDU’ya göre “yazılmamış sayılma” ile “sözleşmeye dahil saymama” ifadeleri aynı sonucu doğuracaktır. Ancak TBK m.12 gereği hukukumuzda şekil serbestisi söz konusu olduğundan yazılmamış sayılma yaptırımı yazılı şeklin aranmadığı hallerde de uygulanacağından “sözleşmeye dahil saymama” ifadesi daha uygundur.³⁵¹

AKINCI’ya göre³⁵², yazılmamış sayılma yaptırımı ne tam olarak yokluk ne de tam olarak geçersizliktir. Farklı bir yaptırım türüdür. Batıl bir işlem kurulmakla birlikte hüküm ve sonuç doğurmaz. Yoklukta ise hukuki işlem hiç doğmamıştır. Yazara göre, TBK m. 21 ve 22 incelendiğinde yazılmamış sözleşme hükümleri yok hükmünde olarak nitelendirilebilir.

³⁴⁸ Zevkliler/Özel, s. 127.

³⁴⁹ Aydoğdu, s. 92.

³⁵⁰ Altop, Atilla, “Genel İşlem Koşulları”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 40; Ulusan, (Armağan); s. 1224, Aydoğdu, s. 74.

³⁵¹ Aydoğdu, s. 74; Benzer görüş için bkz. Oğuzman/Öz, s. 164.

³⁵² Akıncı, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış 5. Bası, Konya, 2011, s. 117-123; Benzer görüş için bkz. Eren, s. 221; Ayrıca bkz. Şeker, Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, İstanbul, 2015, s. 137.

ÇINAR³⁵³ a göre ise, yazılmamış sayılma ile kesin hükümsüzlük ifade edilmektedir. Alman Medeni Kanunu m.306’ da belirtilen “bağlayıcı olmama ya da sözleşmenin içeriğine dahil olmama anlamını sert vurgulamak için “yazılmamış sayılma” kullanılmıştır.

OĞUZMAN/ÖZ’ e göre³⁵⁴, yazılmamış sayılmanın kelime anlamı, yazılı şekilde yapılması gereken bir sözleşme hükmünün yazılı şeklin dışında bırakılmasıdır. Bunun için ise yazılı şeklin geçerlilik şartı olması gerekmektedir. Ancak TBK m. 21-22’ de düzenlenen hükme göre kesin hükümsüzlük hali öngörülmekle birlikte yazılı şekil şartı aranmamaktadır. Yazara göre burada kesin hükümsüzlükten daha ileri bir yaptırım şekli söz konusudur. Karşı tarafın kabul beyanının yazılmamış sayılan hükümleri kapsamadığı yani tarafların bu hükümler açısından anlaşmaya varmadıkları sonucuna ulaşıldığında yokluktan söz edilebilir.

HAVUTÇU’ ya göre³⁵⁵, “... tamamen veya kısmen genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasına muvafakatin olmaması ‘yokluk’ türünde bir geçersizliktir. Alman Hukuku’nda Alman Medeni Kanunu’nun 139. paragrafında ‘butlan’ terimi kullanılmakla birlikte, bu terime geniş bir anlam verildiği ve hükmün, yokluk da dahil, her türlü geçersizlik halini kapsadığı kabul edilmektedir...”

Diğer bir görüşe göre³⁵⁶, TBK m. 21’ deki yazılmamış sayılma kavramı ile kesin hükümsüzlüğe benzer bir geçersizlik türünün sağlanmaya çalışıldığı ifade edilmiştir. Bu görüşe göre yazılmamış sayılma yaptırımının hukuki niteliğinin, TBK m.21’e kıyasen kesin hükümsüzlük, sözleşmeye etkisi bakımından ise kısmi hükümsüzlük olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Burada sadece karşı tarafa tam hükümsüzlük yoluna imkanı tanındığından nisbi hükümsüzlük olduğu sonucuna varılmaktadır.

³⁵³ Çınar, s. 101.

³⁵⁴ Oğuzman/Öz, s. 164; Benzer görüş için bkz. Topuz, Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük Denetimi), Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, 2013, s. 1165-1169; Ayan, Mehmet, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Baskı 7, Konya, 2012, s. 150; Ayrıca bkz. Şeker, s. 139.

³⁵⁵ Havutçu, s. 144; Ayrıca bkz. s. Şeker, 148.

³⁵⁶ Kırkbeşoğlu, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Uyarlanmış, İstanbul, 2011, s. 64-65; Benzer görüş için bkz. Hatemi/Gökyayla, s. 65; Doğan, Gül, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, 2013, s. 459; Uluslan, (Armağan), s. 1224. Ayrıca bkz. Şeker, s. 150-151-152.

ANTALYA' ya göre³⁵⁷, yazılmamış sayılma kesin hükümsüzlüğün yokluğa yaklaşan ağırlaştırılmış bir türevidir. Sebebi ise yazara göre, kesin hükümsüzlük halleri onama veya dürüstlük kuralı ile düzeltilebildiği halde, yazılmamış sayılmanın düzeltilebilme imkanı yoktur. Ayrıca yazılmamış sayılan bir genel işlem şartının tahvil yoluyla başka bir hukuki işleme dönüştürülme imkanı da yoktur.

Yazılmamış sayılma yaptırımının hukuki niteliğinin kanun maddelerine göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğine dair bir görüşe göre³⁵⁸ yazılmamış sayılma yürürlük denetiminin yaptırımıdır. Oysa değiştirme yasağı içerik denetiminin bir konusudur. İçerik denetimi yaptırımı TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzlük olmalıdır. TBK m. 24 kapsamında değiştirme yasağının yaptırımı da bu görüşe göre yok hükmündedir.

Yazılmamış sayılmanın kendine özgü bir yaptırım türü olduğunu savunan görüşlere göre³⁵⁹, kurucu unsurlardaki eksiklik sözleşme hükümlerinin yok hükmünde olmasına sebep olurken kurucu unsurlarda bir eksiklik olmamasına rağmen işlemin geçerlilik şartlarında kamu düzenini etkileyecek şekilde bir eksikliğin varlığı halinde söz konusu olur. Yazılmamış sayılma taraf iradelerinin sözleşmeye yansımaması sonucuna bağlanmıştır. Sözleşmenin kurulmasını sağlayan kabul beyanı genel işlem şartları açısından şeklen mevcuttur. Hakkında açıkça bilgi verilmeyen, sözleşmenin niteliğine, işin özelliğine aykırı genel işlem şartları açısından gerçek bir irade beyanı olduğu söylenemez. Bu sebeple yazılmamış sayılma yaptırımı yokluk yaptırımına da benzemekle birlikte kendine özgü bir yaptırım türü olarak kabul edilmelidir. YELMEN' e³⁶⁰ göre, genel işlem şartlarının hukuki niteliği bir sözleşme değil sözleşmenin hükümleridir. Bu sebeple sözleşmeler için geçerli olan yaptırım türleri genel işlem şartları ile örtüşmez. Yazılmamış sayılma, sözleşmenin kuruluşu sırasında gündeme gelirken tam ve kısmi kesin hükümsüzlük ise sözleşme kurulduktan sonra gündeme gelen bir yaptırım şeklidir. Yokluk ise kurucu unsurlarla ilişkili iken yazılmamış sayılma yaptırımı açısından ise kural olarak kurucu unsurlara ilişkin bir tartışma yoktur. Öyle ki TBK m.22' ye göre, yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı sözleşmenin yapılamayacağı dahil ileri sürülemez. Yazara göre göre,

³⁵⁷Antalya, s. 93-95-106; Ayrıca bknz. Şeker, s. 152-153.

³⁵⁸Akcaal, s.49; Ayrıca bknz. Şeker, s. 156-157; Benzer görüş için bknz. Aydoğdu, s. 75-110; Eren, s. 221; Kılıçoğlu, s.132, 136.

³⁵⁹Yeniocak, s. 85-86; Benzer görüş için bknz. Yelmen, s. 104-106; Ayrıca bknz. Şeker, s. 159-161.

³⁶⁰Yelmen, s. 93,94,105,106; Ayrıca bknz. Şeker, s. 161,162.

yazılmamış sayılma diğer yaptırım türleri olan butlan, kısmi butlan, yokluktan farklıdır.

ALTOP' a göre,³⁶¹ madde gerekçesinde de bahsedildiği üzere İsviçre Borçlar Kanunu' nun kıymetli evraka ilişkin çeşitli maddelerinde yer aldığını ancak bu yaptırım türü Türk Hukuku'nda olmadığı için “aksi takdirde genel işlem şartları sözleşmenin kapsamında dahil sayılmazlar” şeklindeki ifadenin daha isabetli olacağı görüşündedir.

ATAMER³⁶², genel işlem şartlarının sözleşme içeriği haline gelmemesi sebebiyle geçersizlik yaptırımından söz edilemeyeceğini ifade etmiştir. Sözleşmenin baştan eksik kurulması söz konusudur. Tarafların iradelerinin uyuştugu, emredici hukuk kurallarına aykırı bir durum mevcut değildir.

ŞEKER' e göre³⁶³, kanun koyucunun madde metinlerinde ve gerekçelerinde kullanmış olduğu ifadeler sebebiyle her iki hukuki yaptırım türünün de anlaşıldığı, bu sebeple yazılmamış sayılma yaptırımından kesin olarak anlaşılması gerekenin tam olarak yokluk veya kısmi yokluk olduğunu söylemenin oldukça zor olduğunu ifade etmektedir. Ancak TBK m.22' den dolayı kısmi yokluktan söz edilebilir. Farazi olarak genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın irade beyanının kabul edilmemesi ile yokluğun bir ilgisi bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, doktrindeki tüm tartışmalar da göz önünde bulundurulduğunda hem yokluk hem de kesin/ kısmi hükümsüzlük kavramlarının tam olarak yazılmamış sayılma ifadesini karşılamadığı, söz konusu yaptırım türlerinin sözleşmeler açısından değerlendirildiği, ancak yazılmamış sayılma ifadesinin sözleşmeler açısından değil sözleşme hükmü haline gelmeyen genel işlem şartı içeren sözleşme hükümleri açısından ifade edildiği görüşüyle beraber³⁶⁴ Reisoğlu³⁶⁵, nun da ifade ettiği üzere esasında sözleşme maddeleri geçersiz olmayıp sadece karşı tarafa karşı ileri sürülemeyeceği için yokluk, kesin/ kısmi hükümsüzlük yaptırımları ile yazılmamış

³⁶¹ **Altóp**, s. 152-153; Benzer bir görüş için bkz. **Atamer**, (GİŞ Sempozyum), s.31; Ayrıca bkz. **Şeker**, s. 163.

³⁶² **Atamer**, (GİŞ Sempozyum), s.31; Ayrıca bkz. **Şeker**, s. 165-166.

³⁶³ **Şeker**, s. 172.

³⁶⁴ **Yelmen**, s.105; Ayrıca bkz. **Şeker**, s. 161.

³⁶⁵ **Reisoğlu**, Seza, “Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Koşulları Ve Eleştirisi”, <https://www.tbb.org.tr>, s. 4.

sayılma yaptırımını açıklamaya çalışmak yerine yazılmamış sayılma yaptırımının kendine özgü bir yaptırım şekli olduğu göz önünde tutulmalıdır.

B. Genel İşlem Şartlarının Yorumlanması

Bir irade beyanının ne anlama geldiğinin tespitine yorum denir.³⁶⁶ Genel işlem şartlarının yorumu ise sözleşme içeriğindeki genel işlem şartının hangi anlamı ile taraflar için bağlayıcı olacağına hakim tarafından tespit edilmesidir.³⁶⁷

TBK m. 23'e göre, "*Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.*" denilmektedir. Hükümde belirtildiği üzere genel işlem şartı içeren hükmün yorumlanabilmesi için birden çok anlama gelmesi veya açık ve anlaşılır olmaması gerekmektedir. Bu iki şartı sağlaması halinde düzenleyenin aleyhine, karşı tarafın lehine yorum yapılması gerekir. Yorum yapılırken tarafların farazi iradeleri göz önünde tutulur.³⁶⁸ ATAMER, bu kurala "belirsizlik ilkesi" demektedir.³⁶⁹ Ortalama zekaya sahip bir kişinin bilgisi esas alınarak açık ve anlaşılır olma kıstası belirlenmektedir.³⁷⁰ Yorum, tarafların düşünmedikleri bir hukuki durumdan sonuç çıkarılması durumu değildir. Tarafların gerçek ve ortak niyetlerinin anlamlandırılmasıdır.³⁷¹ Yorum yapılırken bazen kelimelerin objektif anlamından uzaklaşmak gerekebilir. Somut olayın özelliğine göre tarafların ne demek istedikleri göz önünde tutulmalıdır.³⁷² Tarafların bilgi ve tecrübelerinin farklılığı ile birlikte zaman ve yere göre kullanılan kelimelerin farklı anlamlar taşıması da irade beyanlarının değişik anlaşılmasına sebep olabilir.³⁷³ Ayrıca, tarafların menfaatlerinin de genelde zıt olduğu düşünüldüğünde, tarafların çelişen menfaatleri arasında bir denge de gözetilmelidir.³⁷⁴ Yorum işlemi yapılırken dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, emredici hukuk kurallarına uygun şekilde yorum yapılmasıdır. Nasılsa

³⁶⁶ Karadağ, s. 57; Çınar, s. 107.

³⁶⁷ Havutçu, s. 148; Karadağ, s. 57.

³⁶⁸ Yelmen, s. 112.

³⁶⁹ Aydoğdu, s. 116; Atamer, (GİŞ), s. 134vd.

³⁷⁰ Aydoğdu, s. 117.

³⁷¹ Yargıtay 2. HD., 2006/20180E.2006/17687K., 14.12.2006T.; bkznz. Yelmen, s. 115-116.

³⁷² Tekinay, Selahattin Sulhi /Akman, Sermet /Burcuoğlu, Haluk /Altıp, Atilla, Borçlar Hukuku Cilt I, Beşinci Baskı, İstanbul, 1985, s. 197; Yelmen, s. 116.

³⁷³ Eren, s. 222; Karadağ, s. 57; Çınar, s. 107.

³⁷⁴ Karadağ, s. 57.

sözleşme hükümleri emredici hukuk kurallarına aykırı olamazsa, sözleşme hükümlerinin yorumlanması da emredici hukuk kurallarına aykırı olamaz.³⁷⁵

Yorum yapılırken sözleşmenin kurulduğu zaman ki şartlar dikkate alınmalıdır. Ayrıca bir hüküm yorumlanırken tek başına değil, sözleşmenin içeriğindeki yeri göz önünde tutularak diğer sözleşme hükümleri ile bağlantılı şekilde yorum yapılmalıdır. Doktrinde bu şekilde yorum yapılmasına “tümsel yorum kuralı” denilmektedir.³⁷⁶ Yorum işlemi yapılırken dikkat edilmesi gereken diğer hususlar ise, yorum çelişkiye yer vermemelidir. Bir haktan vazgeçmeye ilişkin hükümler dar yorumlanmalıdır.³⁷⁷

Yorum bir sözleşmenin kuruluş aşamasında değil, mevcut kurulmuş bir sözleşmede yer alan irade beyanlarının anlamı ile ilgilidir.³⁷⁸ Taraflar irade beyanlarının anlamı hakkında anlaşabiliyorlarsa yorum denetimine gerek kalmayacaktır.³⁷⁹ Yorum yapılırken hakim TBK m.19/1 gereği tarafların gerçek iradelerini araştırmaktadır. Genel işlem şartlarının yoruma tabi tutulabilmesi için söz konusu şartların sözleşme içeriği haline gelmesi gerekmektedir.³⁸⁰

Yorum yoluyla yapılan denetim bir bakıma içerik denetiminin uzantısı, dolaylı şekilde içerik denetimidir.³⁸¹ İçerik denetiminde dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde karşı taraf aleyhine olan kural geçersizdir. Karşı taraf aleyhine hüküm ifadesinden kastedilen karşı tarafın iradesi dışında malvarlığı veya şahıs varlığında meydana gelen tüm eksilme ve olumsuzluktur.³⁸² Yorum denetiminde ise kuralın ne anlama geldiği açık ve anlaşılır değildir ve yapılacak yorumla karşı taraf lehine yorumlanarak geçerli olmaya devam eder.³⁸³ Türk Borçlar Kanunu’nda şeffaflık ilkesi, sadece yürürlük denetimi ve yorum açısından düzenlenmiştir. İçerik denetimi düzenlemesinde şeffaflık ilkesine yer verilmemiştir. Bu sebeple Türk Borçlar Kanunu açısından, bir sözleşme kaydının açık ve anlaşılabilir düzenlenmemesi durumunda, içerik denetimine gidilmeden sözleşmenin içeriğine dahil olmadığı

³⁷⁵ Yelmen, s. 117.

³⁷⁶ Başpınar, s. 92; Yelmen, s. 118.

³⁷⁷ Yelmen, s. 118-119.

³⁷⁸ Karadağ, s. 58; Çınar, s. 108.

³⁷⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 38,219; Çınar, s. 108.

³⁸⁰ Akçal, s.59; Karadağ, s. 58.

³⁸¹ Havutçu, s. 155-156; Aydoğdu, s. 116.

³⁸² Eren, s. 228.

³⁸³ Aydoğdu, s. 116.

kabul edilebileceği ileri sürülmektedir.³⁸⁴ Ayrıca, bir sözleşme kaydı yürürlük denetiminden geçememişse, yorum denetiminden ve içerik denetiminden söz etmeye gerek kalmayacaktır.³⁸⁵

Şüphe halinde genel işlem şartını kullanan aleyhine yorumlanması hem dürüstlük kuralından hem de Roma Hukuku'ndan gelen *“in dubio contra stipulatorem”* (*“sözleşme şüphe halinde düzenleyen aleyhine yorumlanır”*) ilkesinden gelmektedir.³⁸⁶ Düzenleyen tarafın sözleşmeyi tam istediği gibi ifade etme imkanına sahipken, hatalı anlaşılabilir şekilde kaleme almışsa kendi aleyhine yorumlanmasına katlanması gerektiği düşüncesi söz konusudur.³⁸⁷ TBK m. 23 gerekçesinin 3 ve 4. fıkralarında, *“Maddeye göre, açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen genel işlem koşulları, düzenleyenin aleyhine ve diğer tarafın lehine yorumlanır... Sözleşmede açık olmayan veya duraksamaya sebep olan noktalar, düzenleyen aleyhine yorumlanacaktır. Sözleşme hükümlerinin düzenleyen aleyhine yorumlanması için, düzenleyenin o sözleşme bakımından uzman olması da gerekmez. Aksine bir çözüm tarzı, bir genel hukuk ilkesi olan, “çelişkili davranma yasağı”na (nemo audiatur propriam turpitudinem allegans) aykırı düşer...Nitekim, Roma hukukundan gelen “in dubio contra stipulatorem” (Sözleşme, şüphe hâlinde düzenleyen aleyhine yorumlanır) genel ilkesinden de aynı sonuç çıkmaktadır. Bu genel ilke ve buna uygun olan madde, sözleşmeyi veya sözleşmedeki bir hükmü ya da bir sözcüğü kaleme alanın, onu istediği gibi ifade etme olanağına sahip bulunması sebebiyle, kaleme aldığı metnin kendi aleyhine yorumlanmasına katlanması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır...”* denilmektedir.

Alman Medeni Kanunu'nda genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır olmaması durumunda geçersiz olması durumu söz konusu iken bizim hukukumuzda genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır olmaması halinde düzenleyen aleyhine karşı taraf lehine yorumlanması düzenlenmiştir.³⁸⁸

³⁸⁴ Çınar, s. 144; Karadağ, s. 59-60.

³⁸⁵ Çınar, s. 108; Eren, s. 227.

³⁸⁶ Altop, s. 42; Ulusan, (Armağan), s. 1226; Çınar, s. 163; Akçaal/Uyumaz, s. 254; Yelmen, s. 119-121, Karadağ, s. 58; Aydoğdu, s. 117.

³⁸⁷ Akçaal, s. 59; Karadağ, s. 58.

³⁸⁸ Havutçu, s. 176-177; Çınar, s. 174; Aydoğdu, s. 116.

C. Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetimi

TBK m. 25’ de genel işlem şartlarında içerik denetimi düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*” denilmektedir. Bir sözleşme hükmünün genel işlem şartı olarak içerik denetimine tabi tutulabilmesi için her şeyden önce sözleşme hükmü haline gelmiş olması gerekmektedir. Birlikte, kanun hükmünde de belirtildiği üzere içerik denetimi yapılabilmesi için karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte bir hüküm bulunması ve bu hükmün dürüstlük kuralına aykırı olması gerekmektedir.³⁸⁹ Dikkat edilmesi gerekirse tüm sözleşme hükümleri değil, sadece karşı taraf aleyhine ve dürüstlük kuralına aykırı olan hükümler geçersiz olacaktır.³⁹⁰ Sözleşmenin her iki taraf için de adil olması için hakim tarafından sözleşmeye müdahale edilerek söz konusu genel işlem şartı içeren hükümler geçersiz sayılacaktır.³⁹¹ Yürürlük denetimi ve yorum kuralı genel işlem şartı içeren sözleşme ile taraflar arasındaki bozulan dengeyi her zaman koruyamayabilir. Böyle durumlarda içerik denetimi taraflar arasındaki bozulan dengeyi sağlamada önem taşır.³⁹²

İçerik denetimi hem yargısal hem de idari denetim kriteridir.³⁹³ TBK m.25’de belirtilen denetime “açık içerik denetimi” veya “doğrudan (yargısal) denetim” denmektedir.³⁹⁴ Açık içerik denetimine yakın bir başka kavram olan, örtülü içerik denetimi ise hakimin şaşırtıcı kayıtları müşteri lehine yorumlayarak genel işlem şartı denetimi yapmasıdır.³⁹⁵ Bir kaydın şaşırtıcı sayılarak sözleşmeye dahil olmaması ile genel işlem şartı olarak yazılmamış sayılması arasında benzerlik olsa da, bu ikisi farklı kavramlardır.³⁹⁶

Taraflar arasındaki orantısızlık belirlenirken tarafların ekonomik durumu veya bilgisizliği gibi durumlar göz önünde tutularak subjektif değerlendirme

³⁸⁹ Eren, s. 227; Aydoğdu, s. 123; Antalya, s. 313; Akçaal, s. 62; Baş, s. 301-302.

³⁹⁰ Aydoğdu, s. 123.

³⁹¹ Atamer, s. 143; Havutçu, s. 154; Karadağ, s. 60.

³⁹² Yelmen, s. 124.

³⁹³ Aydoğdu, s. 123.

³⁹⁴ Havutçu, s. 154; Aydoğdu, s. 123.

³⁹⁵ Havutçu, s. 154-155; Toprak, s. 97; Aydoğdu, s. 123.

³⁹⁶ Havutçu, s. 140; Kocayusufpaşaoğlu, s. 238; Çınar, s. 99.

yapılmalıdır.³⁹⁷ Aksi bir görüşe göre ise genel işlem şartlarının zaten genel ve soyut nitelikte hazırlandığı bu sebeple somut olayın özelliklerini dikkate almaya gerek olmadığına ilişkin de bir görüş mevcuttur.³⁹⁸ Örneğin, tacir ile tüketici veya esnaf arasındaki farkın gözetilmesi gerekmektedir. Tacir açısından dengesizliğe yol açmayan bir durumun tüketici açısından dengesizliğe yol açması durumu söz konusu olabilecektir.³⁹⁹

TBK m. 25 gerekçesinde, “...*Maddede yapılan düzenleme ile, ahlâka aykırılık ölçüsünde olmasa bile, öğretilde dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen bu tür davranışların, genel işlem koşulları alanında da önlenmesi amaçlanmıştır. Bu tür hükümlerin yaptırımı, Tasarının 27. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük olacaktır...*” denilmektedir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere ahlaka aykırılık ölçüsünde olmasa bile dürüstlük kuralına aykırı olması sonucunda genel işlem şartları içerisinde denetim öngörülmüştür. Bu yönüyle TBK m.27 hükmüyle birbirinden ayrılır.⁴⁰⁰

1. İçerik Denetiminin Yaptırımı

İçerik denetimi yaptırımı olan kısmi kesin hükümsüzlüğü olması gereken hukuk bakımından “tek taraflı kısmi kesin hükümsüzlük” olarak düzeltmek yerinde olur. Çünkü, tek taraflı kısmi hükümsüzlük, kesin hükümsüzlük (butlan) için kullanılmakta ve iptal hakkıyla ilgili olan tek taraflı bağlamazlıktan farklıdır.⁴⁰¹ Bir diğer dikkat edilmesi gereken husus ise, kanunda yaptırım ile ilgili özel bir hüküm varsa önce onun uygulanması gerekecektir. Örneğin, TBK m.259/2’ de düzenlenen taksitle satış sözleşmelerindeki muacceliyet kayıtları içerik denetimi sonrası otomatik olarak geçersiz sayılmaz.⁴⁰²

³⁹⁷ Aydoğdu, s. 128.

³⁹⁸ Soyer, Polat, Genel İş Koşulları, İzmir, 1987, s. 130-131; Havutçu, s. 150-151; Bahtiyar, Mehmet, Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması, Makaleler I, İstanbul, 2008, s. 119; Ayrıca bknz. Aydoğdu, s. 129.

³⁹⁹ Aydoğdu, s. 130; Atamer, (GİŞ), s. 113.

⁴⁰⁰ Aydoğdu, s. 123-124; Oğuzman/Öz, s. 166; Kırkbeşoğlu, s. 181-182.

⁴⁰¹ Aydoğdu, s. 134-135.

⁴⁰² Aydoğdu, s. 137; Çınar, s. 184; Kuntalp, s. 102.

2. Sözleşme Boşluğunun Doldurulması

İçerik denetimi sonucunda sözleşme kaydının hükümsüz sayılması halinde sözleşmenin geri kalan kısmının uygulanmasında bir sakınca yoksa sözleşmenin tamamlanmasına gerek kalmaz.⁴⁰³ Ancak çoğu kez bir sözleşme kaydının içerik denetimi nedeniyle sözleşmeye dahil olmaması veya hükümsüz sayılması durumunda geriye kalan sözleşme hükümleri geçerliliğini koruyacağı için oluşan sözleşme boşluğunun doldurulması gerekecektir. Eğer emredici nitelikteki bir düzenlemeye aykırılık söz konusu ise yerini yine emredici bir düzenleme ile tamamlamak gerekmektedir.⁴⁰⁴ Tarafların başka bir hüküm öngörmeleri sonucu değiştirmeyecektir. Örneğin, önceden ve müzakere edilmeden düzenlenen bir sorumsuzluk kaydı Borçlar Kanunu m.115'e aykırılık teşkil ediyorsa söz konusu sözleşme kaydı geçersiz olurken bu hükmün yerine m.115 uygulanacaktır. Sözleşmeyi düzenleyen söz konusu hükmün geçersiz olması durumunda sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürerek sözleşmenin tamamının geçersiz olması gerektiğini talep edemeyecektir.⁴⁰⁵

Genel işlem şartı içeren sözleşme hükmünün emredici nitelikte olmayan düzenlemelere aykırı olması durumunda kanundaki yedek hukuk kuralları devreye girecektir.⁴⁰⁶ Ancak tarafların içerik denetimi sonucu geçersiz olan hükümlerin yerine geçecek ikame hükümleri belirlemişlerse bu hükümler öncelikli uygulanmalıdır. Yedek hukuk kurallarının uygulanmasının sözleşme içeriği ile bağdaşmayacağı durumlarda yasal boşluk hakim tarafından doldurulacaktır.⁴⁰⁷ Söz konusu sözleşmenin atipik bir sözleşme olması durumunda öncelikle hakim bu sözleşmenin hangi tipik sözleşmeye benzediğini tespit ederek sözleşmenin mahiyetine aykırı olmadığı ölçüde tipik sözleşmeye ilişkin yedek hukuk kurallarını kullanarak boşluğu dolduracaktır. Eğer uygulanacak yedek hukuk kuralı yoksa hakim Medeni Kanun m.1' e göre hareket ederek oluşan sözleşme boşluğunu dolduracaktır.⁴⁰⁸ TBK m. 182/III gereği, hakim fahiş olan cezai şartı indirmek durumundadır. Böyle bir durumda hakim, tarafların düzenlemeleri ile bağlı

⁴⁰³ Aksoy Dursun, Sanem, Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul, 2008, s. 73 vd.; Çınar, s. 196.

⁴⁰⁴ Çınar, s. 106, 197; Karadağ, s. 69.

⁴⁰⁵ Çınar, s. 198; Karadağ, s. 69-70; Topak, 310.

⁴⁰⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 602-603; Karadağ, s. 70; Atamer, (GİŞ), s. 121; Çınar, s. 106.

⁴⁰⁷ Karadağ, s. 70; Çınar, s. 107; Eren, s. 222-223.

⁴⁰⁸ Karadağ, s. 70; Eren, s. 233.

olmaksızın, cezai şart miktarını belirleyecektir.⁴⁰⁹ Bir başka örnek vermek gerekirse, taraflar arasında imzalanan sözleşmede haksız şart niteliğinde olan bir sorumsuzluk kaydının, düzenleyen tarafından kast ve ağır ihmali de kapsayacak şekilde düzenlenmesi halinde, söz konusu hüküm yazılmamış sayılacaktır. Sözleşme maddesinin tüm içeriği yazılmamış sayılacağından, karşı taraf aleyhine sonuç doğabilecektir. Taraflar arasındaki denge göz önünde tutularak, hakim takdir ederse hafif ihmalden sorumsuzluk kaydı ile sözleşmedeki boşluğu doldurabilecektir.⁴¹⁰

3. 6098 Sayılı Kanun'un Zaman Bakımından Uygulanması

Kanunlar kural olarak yürürlüğe girdikleri tarih itibariyle söz konusu olan durumlarda geçerlidir.⁴¹¹ Bazı özel düzenlemeler ile geçmişe etkili olabilirler.6101 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m.2' de, "*Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fil ve işlemlere uygulanır.*" denilmektedir. Kanun hükmüne göre söz konusu hükümler genel ahlak ve kamu düzeni ile ilişkili değil ise, sadece yürürlük tarihinden itibaren yapılan sözleşmeler için geçerli olur. Aksi halde, geçmişe etkili uygulama söz konusu olur.⁴¹² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2015/12583 K. 2017/658 T. 14.2.2017 kararına göre⁴¹³, "*....madde hükümlerinde düzenlenen genel işlem şartlarına aykırı bulunduğu belirtilmiş ise de, dava konusu Genel Türev İşlemler Çerçeve Sözleşmesi 07/06/2011 tarihli olup TBK'nın yürürlük tarihinden evvel akdedilmiş olmakla, somut olaya TBK hükümlerinin uygulanması doğru görülmemiştir.*" denilmektedir.

⁴⁰⁹ Çınar, s.166; Topak, s. 310.

⁴¹⁰ Topak, 310-311; Atamer, (GİŞ), s. 230.

⁴¹¹ Özsunay, Ergun, Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul, 1978, (Medeni), s. 179; Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, İstanbul, 2011, s. 77; Yelmen, s. 73.

⁴¹² Yelmen, s. 74.

⁴¹³ <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

SONUÇ

Türk Borçlar Hukukunda hâkim olan ilke sözleşme özgürlüğüdür. Kurulacak sözleşme ilişkilerini, yasal sınırlara uymak kaydı ile diledikleri gibi düzenleme yetkisi tanınmaktadır. Sözleşme, hukuki ve tarihi temellerini Roma Hukukundan almaktadır. Klasik Roma Döneminden bu yana, taraflardan birinin açık şekilde zararına ve hakkaniyete aykırı yapılan düzenlemeler hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilerek, bu şekilde yapılan sözleşmeler geçersiz kabul edilmiştir. Yeni piyasa koşulları ve üretim ve pazarlama teknikleri sebebiyle sözleşmeyi oluşturan tarafların bir araya gelerek sözleşmeyi oluşturması zorlaşmıştır. Tıpkı makine üretiminin, münferit üretimi seri halde yapılan üretime dönüştürmesi gibi, pazarlığı önleyerek vakit kazanmak, yeknesaklığı sağlamak için ve sözleşmede yer alması gereken birtakım hükümlerin unutulması ihtimalini ve kötü bir biçimde kaleme alınmasını engellemek için genel işlem şartlarına ihtiyaç duyulmuştur. Sözleşme özgürlüğü esas alındığında taraflar, önerinin sunulması ve kabul beyanının ortaya çıkmasıyla sözleşmenin kuruluş aşamasından, sözleşmenin sona ermesine kadar her aşamada hemen hemen eşit konumdadırlar. Genel işlem şartları içeren sözleşmeler bireysel sözleşme modelinin esas olduğu sözleşme özgürlüğü ilkesinin istisnasıdır.

Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması gerek ulusal hukuk düzenlerinde gerekse uluslararası planda kabul görmüş ilkeler üzerinde önemle durulan bir konu olmuştur. Sözleşme adaletinin yavaş yavaş ortadan kalktığı, sözleşmeyi kurmaya yönelik asli unsur olan iradenin ortadan kaldırılması tehlikesinin ortaya çıkmaya başlaması sonucu irade hürriyetini korumayı amaçlayan çalışmalar yapılmaktadır. Gelişen teknolojinin ortaya çıkardığı standart sözleşmeler de yer alan genel işlem şartları sayesinde, karşı tarafın aleyhine olan sözleşme koşulları karşı tarafa dayatılmaya çalışılmaktadır.

Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.

Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşme şartlarının yazılı olması hâlinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır.

Asli edim yükümlülükleri, mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin hüküm açık ve anlaşılır bir dille yazılmamışsa haksız şart denetimine tabi olabilecektir.

Haksız şart içeren sözleşme hükümlerinin, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na denetlenerek idari denetim yapılması söz konusudur.

Türk Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun' da genel işlem koşulları başlığı yerine haksız şartlar başlığı tercih edilmiştir. Bunun sebebi ise, haksız şartların, genel işlem şartlarını da kapsamına alması ve daha geniş bir anlama sahip olmasıdır. Uygulama ve doktrinde haksız şart ve genel işlem şartları kavramlarının birbirine karıştırılması veya eşanlamli kullanılması söz konusu olabilmektedir. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun özel nitelikte bir kanun olduğundan tek tarafı tüketici olan sözleşmeler açısından söz konusu olacaktır. Türk Borçlar Kanunu m. 20-25 hükümleri ile öngörülen kurallar tüm sözleşme ve kişilere uygulanacaktır. Karşı taraf tacir olsun veya olmasın 6098 Sayılı Kanun herkese uygulanabiliyorken, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik hükümleri taraflardan birinin tüketici olması durumunda uygulanacaktır.

Genel işlem şartları, düzenleyenin ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.

Sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürüten kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın genel işlem şartları hükümleri uygulanır.

Genel işlem şartlarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.

Türk Borçlar Kanunu 20-25 maddeleri arasında genel işlem şartları hakkında düzenlemeler yer almaktadır. Genel işlem şartı tanımlandıktan sonra 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 olanağı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesi şartına bağlanmıştır. Aksi takdirde, genel işlem şartlarının yazılmamış sayılacağı düzenlenmiştir. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem şartları da yazılmamış sayılır. Yazılmamış sayılan genel işlem şartları dışındaki hükümler geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. Düzenleyene tek yanlı olarak, karşı taraf aleyhine genel işlem şartları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi içeren kayıtlara yer verilemez. Dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafa zarar verici veya karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.

KAYNAKÇA

Açıköz, Osman, Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, 1. Baskı, İstanbul, Haziran, 2013.

Akçaal, Mehmet, “Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, GÜHFD, C. XVIII, S.1, Yıl 2014, s.49-69, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/18_1_2.pdf.

Akçaal, Mehmet/**Uyumaz,** Alper, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (M. 1-16) İlişkin Bir İnceleme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 4 Sayı:2 Yıl 2013, s. 241-276.

Akıncı, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış 5. Bası, Konya, 2011.

Akil, Cenk, Yeni İsviçre Federal Medeni Usul Yasası’nda Yer Alan Topluluk Davası (m. 89) Üzerine Kısa Bir Not “Memorandum Regarding The Group Litigation (Article 89) In The New Swiss Federal Code Of Civil Procedure”, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-95-722>, s. 163-173.

Akipek, Şebnem, Tüketici Kredisi Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 1999.

Akipek, Şebnem, “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 Tüketici Hukuku Açıklamaları, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, (Sempozyum), s. 53-62.

Akipek, Şebnem/**Aydoğdu,** Murat, “Madde 5- Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal-Doç. Dr. Murat Aydoğdu Şerhi”, Milli Şerh- 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (National Commentary, Commentary On The Consumer Protection Law No. 6502), ed. **Tokbaş,** Hakan/**Tüzüner,** Özlem, 1. Baskı, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016.

Aksoy Dursun, Sanem, Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul, s. 2008.

Altaş, Hüseyin, “Telekomünikasyon Alanında Abonelik Sözleşmeleri”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’ a Armağan, Ankara, 2009, s.157-167.

Altop, Atilla, “Genel İşlem Koşulları”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 27-45.

Antalya, Gökhan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul, 2012.

Aslan, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, 2006, (Tüketici).

Aslan, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Bursa 2013.

Aslan, Yılmaz, En Son Değişikliklerle Yargıtay Kararları Işığında Tüketici Hukuku, Bursa, 2004, (Yargıtay Kararları).

Atamer, Yeşim, M. Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul, 2001, (GİŞ).

Atamer, Yeşim M., “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m.6 ve TTK m.55,f.1 (f)ile Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar, 8 Nisan 2011,BATİDER, Ankara 2012,(GİŞ Sempozyum), s. 9-73.

Atamer, Yeşim M., Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2001/8, (İTO).

Atamer, Yeşim M., “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, 2004, (Armağan), s. 291-333.

Ayan, Mehmet, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Baskı 7, Konya, 2012.

Aydoğdu, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015, (Tüketici).

Aydoğdu, Murat, Tüketici Kılavuzu- Hukuk Rehberi, İstanbul, 2014, (Kılavuz).

Aydoğdu, Murat, Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi, Birinci Baskı, Ekim 2014, Ankara.

Ayrancı, Hasan, Enerji Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, 9. Baskı, Ankara, 2010.

Bahtiyar, Mehmet, Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması, Makaleler I, İstanbul.

Barlas, Nami, “Çerçeve Sözleşme Kavramı Ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999.

Baş, Ece, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural’ a Armağan”, İstanbul, 2013, s. 276-307.

Başpınar, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara, 1998.

Baykan, Renan, Tüketici Hukuku Mevzuata İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri, İstanbul Ticaret Odası, İstanbul, 2005, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Yayın No: 2005-41.

Ceylan, Ebru, “Kredi Kartlarıyla İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yenilikler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 117, 2015, s. 233-284.

Çevik, Orhan Nuri, TTK ve Uygulanmasına İlişkin Mevzuat, Ankara, 1993.

Çınar, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, 1. Baskı, İstanbul, Ekim 2009, On İki Levha Yayıncılık.

Demir, Mehmet, “Cezai Şart Kaydına Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Verilmesi Sorunu”, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Ankara, 2005, s. 437-447.

Deryal, Yahya, Tüketici Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2008.

Doğan, Gül, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, 2013, s. 459-562.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, 2017.

Erman, Hasan, “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, İÜHFM, C. XXXVIII, sy. 1-4, s. 601, <http://www.journals.istanbul.edu.tr>.

Ermenek, İbrahim: Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 17, S. 1-2, 2013, s. 563-630.

Gümüş, M. Alper, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C.1, İstanbul, 2014.

Günay, Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 2012.

Hatemi, Hüseyin/**Gökyayla**, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

Havutçu, Ayşe, Açık İçerik Denetim Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir, 2003.

İnal, Tamer, Açıklamalı-İçtihatlı Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, (İsviçre Hukuku- Fransız Hukuku ve Avrupa Birliği Konseyi Yönergeleri Işığında), İstanbul, 2005, (Kredi).

Kara, İlhan, Tüketici Hukuku, Ankara, 2012.

Karadağ, Özgür, Türk Borçlar Kanunu'nda genel işlem koşulları ve tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar, 2. Baskı, Ankara 2015.

Karakocalı, Ahmet/**Kurşun**, Ali Suphi, Tüketici Hukuku, (6502 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre), 1. Baskı, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2015.

Kartal, Doğan, “Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar” Yüksek Lisans Tezi, T.C. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Danışman Doç. Dr. Süleyman Yalman, Konya, 2008.

Kaşak, Esra, “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 Sayılı TBK m.21/2), İnönü ÜHFD, C.3, Sy.1, Y.2012, s. 415-430, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/208406>.

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Genişletilmiş 20. Bası, Ankara, 2016.

Kırkbeşoğlu, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Uyarlanmış, İstanbul, 2011.

Koca, Güneş, “Tüketicinin Korunması Açısından Abonelik Sözleşmeleri”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C.1, 4. Bası, İstanbul, 2008.

Kuntalp, Erden, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar, 8 Nisan 2011, BATİDER, Ankara, 2012.

- Oğuz**, Cemal, Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları, Ankara, 1993.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Barlas**, Nami, Medeni Hukuk, İstanbul, 2011.
- Oğuzman**, Kemal/**Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 13. Bası, C.1, İstanbul, 2015.
- Öksüz**, Ömer, Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri, <http://portal.ubap.org.tr>, s. 331-351.
- Özel**, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku 6502 Sayılı Kanun'a Göre Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık.
- Özsunay**, Ergun, Borçlar Hukuku I, 2. Baskı, İstanbul, 1983.
- Özsunay**, Ergun, Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul, 1978, (Medeni).
- Poroy**, Reha, "Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları" Arslanlı' ya Armağan, 1979.
- Reisoğlu**, Seza, "Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Koşulları Ve Eleştirisi", <https://www.tbb.org.tr>.
- Sert**, Selin, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Paket Tur Sözleşmeleri", <http://www.taa.gov.tr>, s. 217-240.
- Soyer**, Polat, Genel İş Koşulları, İzmir, 1987.
- Şeker**, Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, İstanbul, 2015, 137.
- Tekinay**, Selahattin Sulhi /**Akman**, Sermet /**Burcuoğlu**, Haluk /**Alttop**, Atilla, Borçlar Hukuku Cilt I, Beşinci Baskı, İstanbul, 1985.
- Topak**, Süleyman, "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları", <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2016-122-1548>, s. 281-317.
- Toprak**, Serap, "Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerine Yansıması Olarak Haksız Sözleşme Şartları Üzerine Bir İnceleme", Uzmanlık Tezi, Ankara, 2009.

Topuz, Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük Denetimi), Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013, s. 1138-1175.

Tutumlu, Mehmet Akif: 6502 sayılı TKHK'ya Göre Tüketici Hakem Heyetlerinin Yetki ve Görev Sınırları, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 89, 2014, s. 116119.

Ulusan, İlhan, "Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Genel İşlem Şartları ile Tüketicinin Korunması Hukukunda Düzenlenmiş Bulunan Haksız Şartlara İlişkin Bazı Değerlendirmeler ve Özellikle İçerik Denetimi Sorunu", 24-25 Kasım 2011 Uluslararası Tüketici Hukuku Sempozyumu Metinler Kitabı, İstanbul, Mart, 2013, (Sempozyum), s. 139-150.

Ulusan, İlhan, "Türk Borçlar Kanunu'ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler", Prof. Dr. Mustafa Dural' a Armağan, İstanbul, 2013, (Armağan), s. 1219-1228.

Ulusan, M. İlhan, "Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi", İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul, Aralık, 2004, (İçerik Denetimi), s. 27-47.

Uyumaz, Alper/Akdağ, İdris, "Bankacılık Faaliyetlerinde Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Alınan Ücret Ve Masraflar İle Bunların İadesi", <http://www.journals.istanbul.edu.tr>.

Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah, "Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması", İÜHFİM, C. LXVIII, Sy.1-2, s. 275-304, <http://dergipark.gov.tr/>.

Yavuz, Nihat, Öğretide ve Uygulamada Sözleşmedeki Haksız Şartlar, 3. Baskı, Ankara 2012.

Yelmen, Adem, Türk Borçlar Kanunu' na Göre Genel İşlem Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Yeniocak, Umut, "Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartlarının Yargısal Denetimi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, 2013, Sayı 107, s. 75-96.

Yıldız, Mustafa Göktürk, Son Kullanıcıyla Akdedilen Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi, 1. Baskı, İstanbul, 2012.

Yurt, Bülent, Seyahat Düzenleme Sözleşmesi, Ankara 2000.

Zevkliler, Aydın/Özel, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Seçkin, Kasım 2016. [www.ab.gov.tr>files>ceb](http://www.ab.gov.tr/files>ceb).

Zevkliler, Aydın/Aydoğdu, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Bası, Ankara, Seçkin, 2004.

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6098s.s.pdf>.

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6502.pdf>.

<http://docplayer.biz.tr/132125-T-c-sanayi-ve-ticaret-bakanligi-tuketicinin-ve-rekabetin-korunmasi-genel-mudurlugu.html>.

<http://www.kazanci.com>.

<http://emsal.yargitay.gov.tr>.

<http://www.turkhukusitesi.com/serh.php?did=818>.

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/11/20131128-1.htm>.