

T.C.
YAŞAR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDE GENEL İŞLEM ŞARTLARININ
SÖZLEŞME İLE İLİŞKİLENDİRİLMESİ

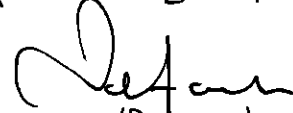
Yasemin KALKANCI

Danışman
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU

İzmir, 2016

Bu tezi okuduğumu ve görüşüme göre yüksek lisans derecesi için bir tez olarak kapsam ve nitelik açısından tam olarak yeterli olduğunu onaylarım.

Prof. Dr. Ayşe HANUĞCU


(Danışman)

Bu tezi okuduğumu ve görüşüme göre yüksek lisans derecesi için bir tez olarak kapsam ve nitelik açısından tam olarak yeterli olduğunu onaylarım.

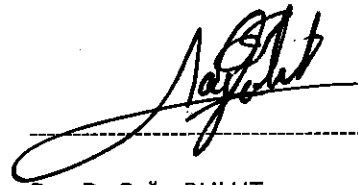
Yrd. Doç. Dr. İlknur Serdar



Bu tezi okuduğumu ve görüşüme göre yüksek lisans derecesi için bir tez olarak kapsam ve nitelik açısından tam olarak yeterli olduğunu onaylarım.

Yrd. Doç. Dr. Emre CUMALIOĞLU





Doç. Dr. Çağrı BULUT

Enstitü Müdürü

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Tüketici Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İle İlişkilendirilmesi” adlı çalışmanın, tarafımdan bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

31.08.16

Adı SOYADI

YASEMİN KAUCANCI
İmza



ÖNSÖZ

Bu çalışmada, tüketici sözleşmelerinin unsurları ortaya konmuş, tespit edilen tüketici sözleşmesinde tüketiciye sunulmuş olan genel işlem şartlarının sözleşme metniyle ilişkilendirilmesi ayrıntılı şekilde incelenmiştir.

Çalışmamın planlanmasında, araştırılmasında ve yürütülmesinde desteğini esirgemeyen, engin bilgi ve tecrübelerinden yararlandığım, çok sevdiğim ve saygı duyduğum sayın hocam, tez danışmanım Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU'ya ve kıymetli katkılarıyla yanımda olan sayın hocam Yard. Doç. Dr. Emre CUMALIOĞLU'na ve kaynak temininde yardımcı olan sayın hocam Yard. Doç. Dr. İlknur SERDAR'a sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Yasemin KALKANCI
İzmir, 2016

ÖZET
Yüksek Lisans
TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDE GENEL İŞLEM ŞARTLARININ
SÖZLEŞME İLE İLİŞKİLENDİRİLMESİ
Yasemin Kalkancı

Yaşar Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı

Toplumsal yapının değişmesi ve ekonominin gelişmesiyle rekabet piyasasının önemli unsurlarından biri haline gelen tüketicinin, korunma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Sözleşme öncesi görüşmelerin başlamasıyla tüketicinin korunma ihtiyacı, artmaktadır. Zira günümüzde girişimciler tüketicinin görmediği, kabul etmediği sözleşme şartlarıyla tüketiciyi bağlı kılmak istemekte, bir anlamda sözleşmeleri kendi istedikleri gibi şekillendirerek tüketicinin pasif kalmasını sağlamaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde Tüketici Hukukunun korumaya değer gördüğü piyasa süjesi tüketici, tüketici sözleşmesi ve tüketici sözleşmelerindeki genel işlem şartlarının mahiyeti ortaya konmuştur. Çalışmamızın ikinci bölümünde genel işlem şartlarının tüketici sözleşmesiyle ilişkilendirilmesi tüketicinin aydınlatılması için özel olarak 6502 sayılı TKHK' da düzenlenen hükümler ışığında incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler: Tüketici Sözleşmesi, İlişkilendirme Anlaşması,
Bağlayıcılık Denetimi, Genel İşlem Şartları, Tüketici

ABSTRACT
Master Thesis
ASSOCIATING WITH THE CONTRACTS AND THE GENERAL TERMS IN
CONSUMER CONTRACTS
Yasemin KALKANCI

Yaşar University
Institute of Social Sciences
Private Law Master Program

With the change of social structure and economy, necessity for protection of the consumer, who has become one of the important element of the competitive market, has emerged. The need of consumer protection has been increasing with the beginning of the pre-contract negotiations. Even today contractor binds the consumer with terms that consumers neither see nor accept. In another aspect, contractors shape the contracts in their way as the same time consumers remain passive.

In the first part of our study consumer contracts, general terms and conditions of consumer contracts and consumer as valuable market subject for the Consumer Protection Law, has been analyzed. In the second part of our study; associating the general terms and conditions with consumer contracts has been examined in the light of illumination of the consumer, feature special provisions in TKHK numbered 6502.

Keywords: Consumer Contracts, the Association Agreement, Connectivity Control, General Terms and Conditions, Consumer

İÇİNDEKİLER

TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDE GENEL İŞLEM ŞARTLARININ SÖZLEŞME İLE İLİŞKİLENDİRİLMESİ

YEMİN METNİ.....	ii
ÖNSÖZ.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vi-ix
KISALTMALAR.....	x
GİRİŞ.....	xi

1. BÖLÜM

Genel Olarak Tüketici Sözleşmesi ve Genel İşlem Şartı Kavramı

1. Tüketici Sözleşmesi Kavramı.....	1
1.1. Tüketici Sözleşmesinin Unsurları.....	1
1.1.1. Sözleşmenin Taraflarına İlişkin Unsur; sözleşmede taraflardan birinin “tüketici” olması ve diğer tarafın “sağlayıcı” veya “satıcı” olması.....	1
1.1.1.1. Taraflardan birinin “tüketici” olması.....	1
1.1.1.2. Sözleşmenin diğer tarafının “sağlayıcı” veya “satıcı” olması.....	6
1.1.2. Sözleşmenin Konusuna İlişkin Unsur; Mal veya Hizmet.....	8
1.1.2.1. Tüketici sözleşmesinin konusu olarak mal.....	8
1.1.2.2. Tüketici sözleşmesinin konusu olarak hizmet.....	10
1.1.3. Sözleşmenin Amacı; mal veya hizmetin ivazlı olması.....	11
1.1.4. Tüketici Sözleşmelerinin Türünün, Niteliğinin Önem Taşımaması.....	12
1.2. Tüketici Sözleşmesi Olarak Özellik Arz Eden Sözleşme Türleri.....	13

2. Tüketici Sözleşmelerinin Standart Sözleşme Niteliği.....	21
2.1. Standart Sözleşme – Genel İşlem Şartı Kavramı.....	21
2.2. Tüketici Sözleşmelerinin İçeriğinin Genel İşlem Şartları ile Düzenlenmesi.....	28
2.3. Tüketici İşlem Şartları.....	31
2.3.1. Genel olarak tüketici işlem şartları.....	31
2.3.2. Sözleşmede bulunması kanunen zorunlu tutulan tüketici işlem şartları.....	33

2.BÖLÜM

Tüketici İşlem Şartlarının Sözleşme İçeriğine Dahil Olması

1. Genel Olarak.....	35
2. İlişkilendirme Anlaşması.....	38
2.1. İlişkilendirme Anlaşmasının Hukuki Niteliği.....	39
2.2. İlişkilendirme Anlaşmasının Unsurları.....	40
2.2.1. İlişkilendirme Hususu Açısından Tarafların Karşılıklı İrade Beyanlarının Varlığı.....	40
2.2.1.1. Açık İrade Beyanları ile İlişkilendirme Anlaşmasının Kurulması.....	41
2.2.1.1.1. Satıcı/ Sağlayıcının Genel İşlem Şartlarının Kullanımı Konusunda Açık İrade Beyanında Bulunması.....	41
2.2.1.1.1.1. Genel İşlem Şartlarının Sözleşme Metni İçinde, Ekinde Ya Da Ayrı Bir Belgede Yer Alması.....	42
2.2.1.1.1.2. Tüketiciyi Genel İşlem Şartların Kullanımı Konusunda Uyarma ve Tüketiciye Şartların İçeriğini Öğrenme İmkânı Sağlama Külfeti.....	43
2.2.1.1.1.3. Tüketicinin Okuyabileceği ve Anlayabileceği Genel İşlem Şartları Kullanmak.....	47

2.2.1.1.1.4. Tüketici Sözleşmesinin ve Dolayısıyla Sözleşme İçeriği Haline Gelecek Olan Genel İşlem Şartlarının Teslim Edilmesi Yükümlülüğü.....	57
2.2.1.1.1.5. Satıcıya Ön Bilgilendirme ile Sözleşme Nüshasını Verme Yükümlülüğü Yükleyen ve Sözleşme ile Ön Bilgilendirmenin Şekli ile İçeriğini Belirleyen, TKHK' da Özel Olarak Düzenlenmiş Olan Hükümler	59
2.2.1.1.5.1. Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü ve Amacı.....	59
2.2.1.1.5.2. Nüsha Verme Yükümlülüğü ve Amacı.....	63
2.2.1.1.2. Tüketicinin Açık İradesiyle Genel İşlem Şartlarının Kabulü.....	64
2.2.1.1.2.1. Tüketici İşleminde Açık (Tam/) Kabul.....	65
2.2.1.1.2.1. Tüketici İşleminde Global Kabul.....	66
2.2.1.2. Örtülü (Zımnî) İrade Beyanları ile İlişkilendirme Anlaşmasının Kurulması.....	67
2.2.1.2.1. Genel İşlem Şartlarına Yapılan Atfın Örtülü Olarak Yapılması.....	69
2.2.1.2.2. Genel İşlem Şartlarının İlan Edilmiş Olması Ya Da Yayınlanmış veya Çoğaltılarak Dağıtılmış Olması.....	69
2.2.1.2.3. Tüketici Sözleşmelerinde Uygulamada Karşılaşılan Özel Durumlar.....	72
2.2.1.2.4. Tüketicinin Kabulünün Örtülü Olması.....	74
2.2.2. Genel İşlem Şartının Tüketici Sözleşmesi İle İlişkilendirmesi Hususunda Tarafların Karşılıklı İradelerinin Uygun Olması.....	75
2.2.2.1. Karşı Tarafın İradesinin Sakat Olması Durumunda İlişkilendirme Anlaşmasının Varlığı.....	76
3. İlişkilendirme Anlaşmasının Şekli ve Yapılma Zamanı ve İspatı.....	78
3.1. İlişkilendirme Anlaşmasının Şekli.....	78
3.2. İlişkilendirme Anlaşmasının Yapılma Zamanı.....	78
3.3. İlişkilendirme Anlaşmasının Varlığını İspat Yükü.....	79
SONUÇ.....	82
KAYNAKÇA.....	83

EK 1.....	93
EK 2.....	96
EK 3.....	98
EK 4.....	100
EK 5.....	102

KISALTMALAR

ASY	29246 sayılı Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği
Bknz.	Bakınız
DTVUSTHY	29236 sayılı Devre Tatil Ve Uzun Süreli Tatil Hizmeti Sözleşmeleri Yönetmeliği
FHİMSY	29253 sayılı Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği
HMK	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İK	4857 sayılı İş Kanunu
İÜHFİM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYDKSY	29236 sayılı İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği
KFSY	29369 sayılı Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği
m.	Madde
ÖÖKSHY	9188 sayılı Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik
PTSY	29236 sayılı Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TKSY	29363 sayılı Tüketici Kredisi Sözleşmesi Yönetmeliği
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TSSHY	29236 sayılı Taksitle Satış Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	Ve bunun gibi
vd.	Ve devamı
vs.	Vesaire
yy.	Yüzyıl

GİRİŞ

Günümüzde girişimciler sözleşmeleri kendi istedikleri gibi şekillendirerek tüketicinin pasif kalmasını sağlamaktadır. Bu nedenle sözleşme öncesi görüşme aşamasında ekonomi piyasasının önemli unsurlarından biri olan tüketicinin korunma ihtiyacı artmaktadır. Söz konusu ihtiyacı karşılamak üzere 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Kanununa özel hükümler getirilmiştir.

Tüketicinin korunması Hakkında Kanun'da yer alan haksız şartlar düzenlemesiyle tüketicinin korunması amaçlanmıştır. Ancak bunun yanında Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan genel işlem şartları hükümleri ile Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan haksız rekabet hükümleri de tüketicinin korunmasında yardımcı olacaktır. Söz konusu hükümler birbirini tamamlamaktadır ve tüketicinin korunması hususunda gerektiği yerde bu düzenlemelere başvurulmalıdır.

Tüketici sözleşmelerinde yer alan genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesi hususunda, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem şartı hükümlerinden, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan tüketici sözleşmeleri için özel olarak öngörölmüş olan hükümler çerçevesinde değerlendirilerek yararlanılması gerekmektedir.

Çalışmamızın ilk bölümünde tüketici sözleşmesinin unsurları incelenmiş ve tüketici sözleşmelerindeki genel işlem şartlarının mahiyeti ortaya konmuştur. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise tüketici sözleşmesinde yer alan genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmemesi 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un ve ilgili yönetmeliklerin özel olarak öngördüğü hükümler çerçevesinde incelenmiştir.

1. BÖLÜM

Genel Olarak Tüketici Sözleşmesi ve Genel İşlem Şartı Kavramı

1. Tüketici Sözleşmesi Kavramı

Tüketici sözleşmesi 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da tanımlanmamıştır. Bu nedenle tüketici işlemi tanımından yararlanılarak tüketici sözleşmesinin ihtiva etmesi gereken hususlar belirlenecektir. Ayrıca kanun koyucu, taksitle satış sözleşmesi, tüketici kredisi, konut finansmanı, ön ödemeli konut satışı, işyeri dışında kurulan sözleşmeler, mesafeli sözleşmeler, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler, devre tatil ve uzun süreli tatil sözleşmeleri, paket tur sözleşmeleri, abonelik sözleşmelerini özel olarak düzenlemekte yarar görmüştür.

6502 sayılı TKHK' un yürürlükten kaldırdığı 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun m. 3/1-h uyarınca tüketici işlemi, mal ya da hizmet piyasalarındaki tüketici ile satıcı ve sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlem olarak tanımlanmıştır. Ancak 6502 sayılı TKHK m. 3/1-l uyarınca tüketici işlemi, mal ya da hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden ya da onun adına veya hesabına hareket eden hem gerçek hem de tüzel kişiler ile tüketici arasında kurulan eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve bunun gibi sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü hukuk işlemi olarak ifade edilmiştir. 6502 sayılı kanun, 4077 sayılı kanununda yer alan tüketici işlemi tanımını genişleterek, tüketici sözleşmelerine örnekler vererek, ileride çıkabilecek sorunların önüne geçmek istemiştir.

6502 sayılı kanun hükümleri anlamında bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için bazı unsurların -sözleşmenin tarafının, konusunun ve amacının- tespitinin gerektiği görülmektedir.

1.1. Tüketici Sözleşmesinin Unsurları

1.1.1. Sözleşmenin Taraflarına ilişkin unsur; Sözleşmede taraflardan birinin "tüketici" olması ve diğer tarafın "sağlayıcı" veya "satıcı" olması

1.1.1.1. Taraflardan birinin "tüketici" olması

19. yy. sanayi devrimiyle gelişen kitlesel üretim teknikleriyle tüketimin amaç haline dönüştüğü saldırgan piyasa yapısı karşısında tüketicileri koruma ihtiyacı doğmuştur. Tüketici; iradesini serbestçe sözleşmeye aktaramayan, iradesi karşı

tarafça sakatlanan, korunması gereken taraf olarak karşımıza çıkmaktadır¹. Tüketiciyi arz edilen şeyi bireysel ve ailevi ihtiyaçlar için talep eden kişi olarak tanımlamak mümkündür². Hukuki olarak 'tüketici' kavramı dar ve geniş olarak iki ayrı anlamı bulunmaktadır. Bunlardan ilki 'dar anlamda tüketici'; ticari veya mesleki faaliyet amacı gütmeyen kişisel ihtiyacı nedeniyle sözleşme yapan gerçek ya da tüzel kişidir. Bir diğer anlam olan 'geniş anlamda tüketici'; ticari veya mesleki faaliyeti ya da şahsi ihtiyacı için sözleşme yapan gerçek ve tüzel kişileri ifade etmektedir ve bu gruba şirketler, okullar, vakıflar ve dernekler de girer³.

4822 sayılı kanun ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.3/e uyarınca tüketici; bir mal ya da hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişidir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.3/k uyarınca tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket gerçek ya da tüzel kişiyi ifade etmektedir.

6502 sayılı kanunun 3. maddesine göre; tüketici olarak nitelendirilecek gerçek veya tüzel kişinin, mal ya da hizmeti "ticari veya mesleki olmayan amaçlarla" elde etmesi gerekmektedir. Tabii ki ticari ya da mesleki amacın varlığını alıcının işlem amacında aramak gerekmektedir. Bahsedilen "ticari ya da mesleki olmayan amaç" nasıl belirlenecektir? Burada önemli olan tüketicinin o işlemi yaparken taşıdığı amaçtır⁴. Gerçek kişi tüketicilerde ticari-mesleki olmayan amaç; kişisel ihtiyaçların karşılanması olmalıdır. Alıcı; meslek icra etme, malı/ hizmeti belirli bir üretimde/ hizmette kullanma, olduğu gibi ya da işleyerek yeniden satma/sağlama gibi amaçlar taşımamalıdır⁵. Burada belirttiğimiz kişisel amaç, geniş anlamda düşünülmelidir. Kişinin yalnız kendi şahsına yapacağı harcamaların değil, kişinin

¹ ATAMER Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, 1. Baskı, s. 22-30; HAVUTÇU Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2003, 1. Baskı s. 2; ASLAN İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa 2014, Güncellenmiş 5. Baskı, s. 1, 2; SİRMEN Lale, Genel İşlem Şartı Kavramı, Yaşar Üniversitesi Genel İşlem Şartları Sempozyumu, İzmir Barosu Dergisi, Sayı:3, Eylül 2015, s. 207, 208

² ÖZEL Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, Kasım 2014, Güncellenmiş 2. Baskı, s. 39, 40

³ ZEVLİLER Aydın / AYDOĞDU Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 81, 82; DERYAL Yahya, Tüketici Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, Mayıs 2004, s. 40

⁴ ZEVLİLER Aydın / AYDOĞDU Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 83; ASLAN, Dersler, s. 3, 4; AKTÜRK İpek Yücer, Tüzelkişi Tacirin Tüketici Sıfatı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, 2016, Sayı 2, s. 112

⁵ ZEVLİLER/ AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 83, 84

ailesi veya başkası için yapacağı harcamaların da “ticari ya da mesleki olmayan amaçla” yaptığı düşünölmelidir⁶.

Acaba, “tacir” sıfatını haiz bir kişi, ticari ya da mesleki amaç olmaksızın mal ya da hizmet satın almışsa bu kişi “tüketici” sıfatını taşıyacak mıdır? Tacir veya esnaf, ticari ya da mesleki faaliyeti dışındaki ihtiyaçlarını karşılamak için bir hizmet ya da mal almışsa, sadece bu işlemiyle sınırlı olmak üzere, “tüketici” sıfatını haiz olacaktır. Dikkat edilirse “tacir” ve “tüketici” sıfatlarının birleşmesi, kişinin aynı işlemde bu sıfatlara haiz olması, söz konusu değildir.

Mesleki faaliyeti çerçevesinde “tacir” sıfatına haiz olan ve TTK m. 19/1 uyarınca borçları karineten⁷ ticari olan tacir, yaptığı işlemin ticari işletmesi ile ilgili olmadığını açıkça bildirmişse veya işlemin ticari sayılması dürüstlük kuralına göre mümkün değilse, tacirin işlemde kaynaklanan borcu adi borç olarak değerlendirilir ve madde kapsamı dışında kalır. Mesleki faaliyetlerinde “tacir” olarak adlandırılan alıcı bu işlemde “tüketici” sıfatına haiz olacağından, bu tür işlemlerde 6502 sayılı TKHK m.1 vd. hükümleri uygulanabilecektir. Aynı şekilde “tacir” sıfatını taşımayan alıcı, malı ya da hizmeti almaktaki amacının ticari olduğunu açıkça satıcıya bildirirse ya da işlemin ticari olması dürüstlük kuralının bir gereğiye alıcının borcu TTK m. 19/1-c.1 uyarınca ticari borç sayılacaktır⁸. Bu işlemlerde de “tacir” olmayan alıcı “tüketici” sıfatı ile hareket etmediği için 6502 sayılı TKHK m. 1 vd. hükümleri

⁶ AYDOĞDU Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 1. Baskı, 2015, s. 61; ASLAN, Dersler, s. 3, 4; AYDOĞDU Murat, Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ekim 2014, 1. Baskı, s. 41, 42; AYDOĞDU Murat, Tüketici Kılavuzu-Hukuk Rehberi, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2014, 1. Baskı, s. 20, 21; Aynı yönde görüş için bakınız; KARAKOCALI Ahmet / KURŞUN Ali Suphi, Tüketici Hukuku, Aristo Yayınevi, İstanbul, Eylül 2015, 1. Bası, s. 26-27

⁷ TTK m.19/1 uyarınca bir tacirin borçlarının ticari olması karinedir. Ancak gerçek kişi tacir; borçlandırıcı işlemi yaptığı sırada işletmesini amaçlayarak işlem yapmadığını, kişisel amaçla işlem yaptığını, karşı tarafa açıkça bildirirse ya da mahiyeti gereği işin ticari sayılmaması gerekiyorsa, karineyi çürütebilecektir. Karineyi çürütme imkanı sadece gerçek kişi tacire verilmiş olan bir ayrıcalık olup tüzel kişi tacir için bu şekilde bir imkan sunulmamıştır. Tüzel kişi tacirin kişisel alanının olmadığından yola çıkarak tüzel kişi tacirin tüm işlerinin ticari iş olacağı aksı ispat edilemeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; KARAHAN Sami, Ticari İşletme Hukuku, Mimoza Yayınları, Eylül 2015, s. 47; AYHAN Rıza / ÖZDAMAR Mehmet / ÇAĞLAR Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Kitabevi, Ankara, Eylül 2015, 8. Baskı, s. 24; Gerçek kişi tacir mal ya da hizmetin ticari faaliyeti için zorunlu unsur olmadığını ispatladığı takdirde TKHK korumasından yararlanabilecektir. Bknz.; AÇIKGÖZ Osman, Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2013, 1. Baskı, s. 32, 33

⁸ AYDOĞDU, Tüketici Hukuku, s.60-62; KARAKOCALI/ KURŞUN, Tüketici Hukuku, s. 24-26

uygulanamayacaktır⁹. Ancak alıcı tacirse ve şirket adına işlem yapıyorsa, burada ticari olmayan amaçtan bahsedilemeyeceği açıktır. Şirketlerin kişisel amaç taşıyamaması nedeniyle, söz konusu kişinin şirket adına yapılmış olan işlemleri TKHK kapsamı dışında kalacaktır¹⁰.

SUNAY' ın görüşüne göre; ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden tüzel ya da gerçek kişi (bireysel) yatırımcılara sermaye piyasasında sağlanan özel korumaların yetersiz kaldığı durumlarda TKHK uygulanabilecektir¹¹. Söz konusu görüş, tüketicinin korunması hukukunun özüne ve ruhuna aykırı olmakla birlikte, tüketiciyi koruyan özel ve yer yer aşırı korumacı hükümlerin kötüye kullanılmasına yol açabilecektir.

Tartışmaya neden olan kısım; hem ticari ve mesleki amaç hem tüketim niteliği taşıyan karma amaçlı işlemlerdir. Satın alınacak olan malın/hizmetin hem ticari işlerde, hem kişisel işlerde kullanılması durumunda bu işlemin tüketici sözleşmesi olup olmaması konusunda iki ayrı görüş bulunmaktadır. Karma amaçlı işlemlerde temelde işlemin yapılmasında hangi amacın hakim olduğunun tespiti gerekmektedir¹². ZEVKLİLER/ AYDOĞDU' ya göre karma amaçlı işlemin söz konusu olduğu durumlarda işletme ya da mesleki faaliyet için yapılan işlemler muhasebeye bir bütün olarak geçeceğinden işlem tüketici işlemi olarak değerlendirmek mümkün değildir¹³. AYDOĞDU' ya göre; satın alınmış olan mal/ hizmetin tüketim amacıyla alınan kısmının, ticari amaçla alınan kısımdan miktar, ölçü ya da adet olarak ayırt edilebildiği durumlarda; tüketim amaçlı alınan kısma TKHK hükümleri, diğer kısma da genel hükümler uygulanmalıdır¹⁴. Miktar, ölçü ya da adet ölçütlerince bir ayrıma gidilemediği zamanlarda mal/hizmetin tamamına dürüstlük kuralına göre ya TKHK hükümleri ya da genel hükümler uygulanmalıdır.

⁹ ASLAN İsmail Yılmaz, Bankacılar İçin Tüketici Hukuku, Bankalararası Kart Merkezi, İstanbul 2016, s. 19

¹⁰ ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 81; HAVUTÇU Ayşe, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle, Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun'un Kapsamı, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Terazî Aylık Hukuk Dergisi, Özel Sayı, Kasım 2014, s. 10

¹¹ SUNAY Nesrin Akın, Finansal Hizmet, Finansal Tüketici Kavramları ve Bireysel Yatırımcının Tüketici Sıfatıyla Korunması, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Doğu Üniversitesi 3. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Bilge Yayınevi, İstanbul, Nisan 2014, 1. Baskı, s. 324, 325

¹² ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 84; KARAKOCALI/ KURŞUN, Tüketici Hukuku, s. 27, 28

¹³ ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 84; Aynı yönde bakınız, ASLAN, Dersler, s. 5

¹⁴ AYDOĞDU, Tüketici Hukuku, s. 62-63; Aynı yönde bakınız, AKTÜRK, Tüzelkişi Tacir, s. 115

Ancak AYDOĞDU, masrafları gider gösterme ya da vergiden düşme amaçlarıyla mal/ hizmetin satın alınmasına ilişkin faturanın ticari işletmenin muhasebe kaydına geçirildiği durumlarda hukuki sorun yaşanacağını belirtmiştir¹⁵. ASLAN' a göre, alıcının kullanım amacının tespiti değil, mevzubahis malların satımında kullanılmış olan ekonomik değerın kaynağının belirlenmesi gerekmektedir. Bu malın satın alınmasında harcanmış olan para, malların mülkiyeti ile aynı kaynağa geri dönüp dönmediği önem arz etmektedir¹⁶.

Tüketici, madde 3'te belirtildiği gibi hem gerçek kişi hem de tüzel kişi – dernek, vakıf, meslek oda ve birlikleri gibi¹⁷- olabilecektir Kural olarak; anonim şirket, limited şirket, komandit şirket, kollektif şirket gibi tüzel kişi tacirin kişisel alanının olmadığından yola çıkarak faaliyetlerinde ticari ve mesleki amaçtan ayıramayacaklardır¹⁸. ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, ASLAN ve DERYAL' ın da belirttiği üzere; örneğin dernek ya da vakıfların ticari amaçla hareket etmesi hukuken yasaklandığından; eğitim, sağlık gibi ideal amaçlarla yürüttükleri ticari ya da mesleki faaliyetleri dışındaki faaliyetlerinde dernek veya vakıf, tüketici olarak nitelendirilebilecektir¹⁹.

Ayrıca; gerçek ya da tüzel kişinin tüketici olabilmesi için satın aldığı mal ya da hizmeti kendisinin kullanması gerekmektedir²⁰. Tüketici satın aldığı ticari ya da mesleki bir amaçla satın almasa dahi daha sonra kullanmadan verdiği kişi malı, ticari ya da mesleki faaliyetlerinde kullanabilir²¹. Hatta söz konusu kişi bu amaçla malı ondan alabilecektir. Örneğin; tacir, malı alırken TKHK' un sağladığı korumadan yararlanabilmek için malı almaya başka birini gönderebilir. Bu kişi malı alırken tacir adına aldığı saklayarak görünürde tüketici işlemi gerçekleştirebilir. Bu

¹⁵ AYDOĞDU, Tüketici Hukuku, s. 62-63

¹⁶ ASLAN, Dersler, s. 3, 4 ve özellikle 3. dip not; Aynı yönde bakınız; ASLAN, Tüketici Hukuku, s. 20

¹⁷ ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 80; AÇIKGÖZ, Mobil Haberleşme, s. 31, 32

¹⁸ ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 81; HAVUTÇU, Konu Bakımından Uygulama Alanı, s. 10; ASLAN, Tüketici Hukuku, s. 21; AYDOĞDU, Tüketici Hukuku, s. 60; SERDAR İlknur, TBK' nun Genel İşlem Şartları Hükümlerinin Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Yaşar Üniversitesi Genel İşlem Şartları Sempozyumu, İzmir Barosu Dergisi, Sayı:3, Eylül 2015, s. 239; AÇIKGÖZ, Mobil Haberleşme, s. 32

¹⁹ ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 83, 84; AYDOĞDU, Tüketici Hukuku, s. 61; ASLAN, Dersler, s. 5; DERYAL, Tüketici Hukuku, s. 91; KARAKOCALI/ KURŞUN, Tüketici Hukuku, s. 22-26; AÇIKGÖZ, Mobil Haberleşme, s. 32

²⁰ ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 77, 78; AYDOĞDU, Tüketici Hukuku, s. 61, 62

²¹ ASLAN, Tüketici Hukuku, s. 20, 21

durumda kanunu dolanma meydana geleceğinden söz konusu işlem tüketici işlemi sayılmamalıdır. Bunun yanında ayrıca tüzel kişilik kazanamamış kişi toplulukları ve adi şirketlerin yapacağı işlemlerde de üye ya da ortaklar kişisel olarak TKHK korumasından yararlanabilmelidir²².

1.1.1.2. Sözleşmenin diğer tarafının “sağlayıcı” veya “satıcı” olması

6502 sayılı TKHK m.3/i hükmü uyarınca satıcı; ticari ya da mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına yahut hesabına hareket eden hem gerçek hem de kamu tüzel kişileridir. TKHK m.3/ı hükmü uyarınca da sağlayıcı da; ticari ya da mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına yahut hesabına hareket eden hem gerçek hem de kamu tüzel kişileri ifade eder. Gerçek kişi satıcı/ sağlayıcının tacir, esnaf ya da serbest meslek sahibi olması fark yaratmaz²³. 4077 sayılı kanunun satıcı/ sağlayıcı tanımlarına ‘...ya da mal/hizmet sunanın adına yahut hesabına hareket eden...’ ifadesi eklenerek acente ve komisyoncu gibi bağımsız tacir yardımcıları kanunun kapsamına alınmıştır²⁴. Ancak HAVUTÇU’ nun da belirttiği üzere madde lafzında geçen ‘... onun adına... hareket eden...’ kişi doğrudan temsilciyi, ‘... onun hesabına... hareket eden...’ kişi dolaylı temsilciyi, ifade etmektedir. Dolaylı temsilde işlem önce dolaylı temsilcinin hukuk alanında vuk’ u bulur. Doğrudan temsilde işlem temsil edilen kişinin yani mal ya da hizmet kimin adına yapılıyorsa o kişinin hukuk alanında doğar. Doğrudan temsilci ile tüketici arasında hukuki bir işlem oluşmaz. Bu noktada kanunda belirtildiği üzere yapılan hukuki işlemin tarafı satıcı/ sağlayıcıyken onun adına hareket eden doğrudan temsilcinin tüketici tarafından hukuki sorunun tarafı addedilmesi sıkıntı arz etse de dolaylı temsilde (örneğin emlak komisyoncularının tüketiciyi temsil etmesi durumunda) söz konusu problem ortaya çıkmayacaktır²⁵. Zira HAVUTÇU ve

²² ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 83

²³ ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 76, 84; ASLAN, Dersler, s. 5; GÜMÜŞ Mustafa Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, 1. Baskı, s. 16; AYDOĞDU Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’ e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Cilt 8, Özel Sayı, İzmir 2013, s. 599; SERDAR, Kişi Bakımından Uygulama, s. 237

²⁴ SİRMEN Lale, Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Olarak Değerlendirilmesi, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Özel Sayı, Kasım 2014, s. 339

²⁵ HAVUTÇU, Konu Bakımından Uygulama Alanı, s. 16, 17

GÜMÜŞ' ün de belirttiği üzere dolaylı temsilde işlem önce dolaylı temsilcinin hukuk alanında oluşacağından tüketicinin hukuki sorunu dolaylı temsilciye yöneltmesinde sakınca yoktur. Tüketicinin muhatap bulma açısından işini kolaylaştıran tüketicinin lehine olan bir düzenlemedir²⁶.

Vakıflar, amacına ulaşmak için ticari işletme işleten dernekler ve ticaret şirketleri de dahil olmak üzere tüm özel hukuk tüzel kişilerinin yanında; devlet, belediye gibi kamu idareleri ile üniversiteler ve TRT gibi kamu kurumları da dahil olmak üzere kamu hukuku tüzel kişileri; satıcı ve sağlayıcı olabilecektir. Kamu hukuku tüzel kişileri kamu iktisadi teşebbüsleri ve onlara bağlı teşebbüs, müessese ve bağlı ortakları kurar veya onlara ortak olurlar. Bu kuruluşlar uygulamada yaygın olarak tüketiciye kömür, akaryakıt, doğalgaz ve elektrik gibi mal ve hizmetler sunmaktadır²⁷.

6502 sayılı TKHK m. 3 lafzı doğrultusunda, satıcı/ sağlayıcı sıfatının belirlenmesinde; tüketici sıfatının belirlenmesinde olduğu gibi sözleşme taraflarının mesleğine ya da sıfatına bakılmaksızın mal veya hizmet arzındaki amaca bakmak gerekecektir²⁸. Satıcı veya sağlayıcı, tüketici sözleşmesi akdederken kişisel amaçları ile hareket edemeyecektir. 6502 sayılı TKHK uyarınca gerçek ya da tüzel kişinin sağlayıcı veya satıcı sayılması için bu kişilerin ticari veya mesleki amaçla mal ya da hizmet sunuyor olması gerekmektedir. Ancak GÜMÜŞ' ün de belirttiği üzere hüküm, lafzına bağlı kalınarak anlaşılırsa ticari veya mesleki faaliyeti kapsamında olmasa bile ticari amaç güdülerek yapılan satım/ hizmet sözleşmeleri de TKHK kapsamına alınabilecektir. Lafzın bu şekilde anlaşılması tüketici hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşmaz. Örneğin madde bu şekilde anlaşılırsa; iki bilgisayarından birini satmak isteyen kişi, ticari ya da mesleki faaliyetine bağlı olmaksızın ticari bir amaç güttüğünden işlem tüketici işlemi sayılacaktır. Bu nedenle kanun lafzını dar şekilde yorumlamak gerekmektedir²⁹. Ancak mesleki ve ticari amacın sürekli³⁰ olması da arandığı takdirde, istisnai biçimde örneğin elindeki malı çıkarma amacı

²⁶ HAVUTÇU, Konu Bakımından Uygulama Alanı, s. 16, 17; GÜMÜŞ, Şerh, s. 15, 16

²⁷ ZEVLİLER/ AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 86; AYDOĞDU, Tüketici Hukuku, s. 63, 64; SİRMEN, Genel İşlem Şartı, s. 212

²⁸ BAŞ Ece, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi; Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, 1. Baskı, s. 281, 282

²⁹ GÜMÜŞ, Şerh, s. 14, 15

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bakınız; YAĞCIOĞLU Ali Haydar, Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (Uwg Art. 8), Prof. Dr. Aydın Zevkliler' e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Cilt 8, Özel Sayı, İzmir 2013, s. 3069

taşıyan işlemler TKHK kapsamında tutulmayacaktır³¹. Bu bağlamda örneğin, yeni ve daha üst bir model telefon almak isteyen bir kişinin bu amaçla eski telefonunu satması durumunda bu satım TKHK kapsamında sahip olmayacak, ancak bu satım, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu korumasında olacaktır³².

1.1.2. Sözleşmenin Konusu; Mal veya Hizmet

Tüketici sözleşmesinin konusu olan mal ve hizmet kanunda tanımlanmıştır. 6502 sayılı TKHK m.3 uyarınca mal; “Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları”, hizmet de “Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen, mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu” ifade etmektedir.

1.1.2.1. Tüketici sözleşmesinin konusu olarak mal

Ekonomik olarak önem arz eden, alışverişe konu olan³³ yani bedel ya da ücret karşılığı verilebilecek her mal bu kanun hükümleri kapsamında olarak tüketici sözleşmesinin konusunu oluşturabilecektir. TKHK’ nun m.3/h uyarınca da tatil amaçlı taşınmaz mallar, konut, taşınır eşya ile elektronik ortamda kullanım amacıyla hazırlanan yazılım, ses ve görüntü benzeri her türlü gayri maddi mallar bu kanun anlamında “mal” kavramına dahildir.

TKHK m.3/4’e dikkat edilirse, her türlü taşınmaz değil, sadece konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar TKHK’ nun kapsamına alınmıştır. Konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallardan söz edilirken ticari veya mesleki amaçla yararlanılan dükkan, büro, yazıhane gibi taşınmazlar TKHK anlamında mal kavramına dahil edilmeyeceği anlaşılmaktadır³⁴. Konut ve tatil amaçlı taşınmazların TKHK kapsamında çeşitli sözleşmelere –satım, kira, eser gibi- konu olabilecektir³⁵. Ayrıca, inşa edilmekte olan, ya da inşa edilmemekle birlikte binanın inşası için gerekli hazırlıkların yapıldığı durumların da TKHK kapsamında olduğunun kabulü gerekmekte, sırf

³¹ ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 787

³² AYDOĞDU, Tüketici Hukuku, s. 64, 65

³³ GÜMÜŞ’ e göre TKHK anlamında malın tespiti için malın alınma sebebine bakılması yersizdir, malı alan kişinin tüketici olmasının tespiti yeterlidir.; GÜMÜŞ, Şerh, s. 26

³⁴ HAVUTÇU, Konu Bakımından Uygulama Alanı, s. 10

³⁵ AYDOĞDU, Haksız Şartların Denetimi, s. 41, 42; AYDOĞDU, Tüketici Kılavuzu, s. 23; ASLAN, Tüketici Hukuku, s. 20

ortada konutun veya tatil amaçlı taşınmazın tamamlanmış hali olmadığından bahisle TKHK koruması dışında bırakmak doğru olmayacaktır³⁶. Zira, TKHK kapsamında olan konut ve tatil amaçlı taşınmazların inşası için akdedilen eser sözleşmesi ve inşa edilecek taşınmazın maket üzerinden satışı konusunda kurulacak ön ödemeli konut sözleşmesi gibi sözleşmeler de tüketici sözleşmesi olarak değerlendirilecektir.

Ayrıca, bir taşınır ya da taşınmazın mütemmim cüz'i olacak şekilde onunla birleşen, karışan ya da monte edilen ifa anında tamamlayıcı parça ilişkisi sona ermiş olan taşınır -gömme dolap, şofben, kalorifer kazanı, su borusu gibi- kendi başına "mal" sayılabilen unsur olarak, kanun kapsamına girecektir³⁷.

TKHK m.3/1-h'de ifade edilen "elektronik ortamda kullanım amacıyla hazırlanan yazılım, ses ve görüntü benzeri her türlü gayri maddi mallar" ise kısa mesaj, elektronik posta, internet ya da fikir ve sanat eserlerinin maddileştirildiği disk, CD, DVD, hafıza kartı ve benzeri araç veya ortam üzerindeki yazılımlar olabilecektir³⁸.

TKHK anlamında mal ve hizmetten bahsederken tüketici ürününe de değinmek gerekmektedir. Tüketici ürünü ve hizmet denetimi başlıklı madde 76/1 hükmüne göre tüketici ürünü; hizmet sektöründe kullanılanlar dâhil olmak üzere tüketicilerin kullanması için tasarlanan ya da makul koşullarda tüketiciler tarafından kullanılması öngörülen, hem ticari faaliyetler sonucunda hem de başka yollarla tedarik edilen veya kullanılabilir hâle getirilen yeni, kullanılmış veya ıslah edilmiş her türlü üründür. Maddeye göre 3. Maddede tanımlanmış olan mallar ile birlikte bunların zamanla ikinci el mal konumuna gelenleri ve modifiye edilmişleri de tüketici ürünü olarak TKHK kapsamına alınmıştır. Kanun ikinci fıkrada bu hükme

³⁶ AYDOĞDU, Haksız Şartların Denetimi, s. 41, 42; AYDOĞDU, Tüketici Kılavuzu, s. 23

³⁷ ZEVLİLER/ AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 91, 92; GÜMÜŞ, Şerh, s. 26, 27; ASLAN, Dersler, s. 8, 9; Şofben, elektrikli kalorifer, merkezi ısıtmada kullanılan yakıt deposu gibi aletlerin, ancak devamlı olarak asıl şeye bağlıysa mütemmim cüz sayılabileceğine ilişkin hakim görüşe göre; TMK m.684/2-c hükmü uyarınca mütemmim cüz; mahalli örf ve adetlere göre asıl şeyin esaslı unsuru haline gelen, asıl şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça ya da yapısı değişmedikçe asıl parçadan ayrılamayan parçalardır. Asıl şey ile bütünleyici parça arasındaki bağılılık devamlı nitelikte değilse bütünleyici parça ilişkisi doğmayacaktır. Örneğin kiracının kira sözleşmesinin sonunda söküp götürmek amacıyla eve taktığı şofben binanın mütemmim cüz olamayacaktır. Bakınız; ERTAŞ Şeref, Eşya Hukuku, Fakülteler Barış Yayınevi, İzmir, Ekim 2015, 12. Baskı s. 7; aynı yönde görüş; ESENER Turhan / GÜVEN Kudret, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Kasım 2015, 6. Baskı, s. 39; EREN Fikret, Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2011 Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, 4. Baskı, s. 55-67

³⁸ ZEVLİLER/ AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 92; ASLAN, Dersler, s. 9; AYDOĞDU, Tüketici Hukuku, s. 65, 66

istisna getirerek; üretici veya dağıtıcının, tüketiciye açıkça bilgi vermesi koşuluyla, antika olan yada kullanılmadan önce tamir veya ıslah edilmesi gereken ikinci el ürünlerin kanun kapsamında olmadığı hüküm altına alınmıştır³⁹. Tüketici ürünü, her ne kadar ayrıca hüküm altına alınmış olsa da TKHK m.3/1-h anlamında “mal” dan farklı bir işleme tabi olmayacaktır.

1.1.2.2. Tüketici sözleşmesinin konusu olarak hizmet

Genel olarak hizmet kavramı, üretilmesi fiziksel bir ürüne bağlı olmasına bakılmaksızın taraflardan birinin diğerine arz ettiği, madden var olmayan ve üzerinde mülkiyet tesis edilmeyen, insan ihtiyaçlarını dolaylı ya da dolaysız şekilde karşılayan yarar sağlayan işlem ya da beşeri faaliyet olarak tanımlanır⁴⁰. 6502 sayılı TKHK m.3/d uyarınca ücret ya da menfaat karşılığı yapılan yahut yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışı her türlü tüketici işleminin konusunu “hizmet” oluşturur. Dikkat edilmesi gereken husus; TKHK’ da “hizmet” kavramı Borçlar Kanunu ya da İş Kanununda düzenlenen “hizmet akdi” nin konusu olan hizmet kavramından anlamca farklı olduğudur. TKHK anlamında “hizmet”, bahsettiğimiz diğer kanunlardan farklı olarak “iş görme” yi değil, insanın ihtiyaçlarının giderilmesine yönelik olarak üretilen ya da organize edilen ve mülkiyetine sahip olunamayan faaliyetleri ifade etmektedir.

ASLAN, insanların gereksinimlerini temel olarak hizmet kategorisini on bir gruba ayırmıştır. Bunlar; otel odası, apartman dairesi kiralama gibi barınma hizmetleri; su, elektrik, temizlik, onarım sağlama gibi konut hizmetleri; konser izlenebilecek ortamı sağlama, spor yapacak aletleri ve koçları sağlama, lokantanın yemek servisi sağlanması gibi eğlence hizmetleri; kuru temizleme, kuaför gibi kişisel bakım hizmetleri; özel hastanecilik, doktorluk gibi sağlık hizmetleri; özel öğretim⁴¹, eğitim ve araştırma hizmetleri; avukatlık, mimarlık, muhasebecilik gibi mesleki hizmetler; finansal hizmetler; kamusal, yarı kamusal, kar amacı gütmeyen hizmetler;

³⁹ AYDOĞDU, Tüketici Hukuku, s. 66, 67

⁴⁰ ASLAN, Dersler, s. 10

⁴¹ Bu anlamda vakıf üniversitelerinde eğitim gören öğrenciler ile üniversite arasındaki sözleşme de TKHK kapsamında olacaktır. Zira güçsüz ve zayıf, bilgisiz olan öğrenci/ailesi karşısında güçlü bir kurum bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bakınız; Tüzüner Özlem, Vakıf Üniversitelerinin ve Vakıf Üniversitelerinden Yararlanan Öğrencilerin Tüketici Hukukunun Sijeleri Bakımından Değerlendirilmesi, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, 1. Baskı, s.428 vd.

fiziksel dağıtım ve kiralama hizmetleri; otomobil kiralama, yolcu ya da mal taşıma sağlama gibi iletişim ve taşıma hizmetleridir⁴².

1.1.3. Sözleşmenin Amacı; Mal veya Hizmetin İvazlı olması

6502 sayılı TKHK' un kapsamına giren işlemler çok geniştir. Bir tarafın tüketici, diğer tarafın da mesleki veya ticari amaçla faaliyet gösteren satıcı veya sağlayıcı olduğu hukuki işlemlerden olan sözleşmelerin TKHK anlamında tüketici sözleşmesi sayılabilmesi için md.3/1-d ve h bentlerinde açıkça belirtildiği üzere ölçülebilir bir bedel karşılığında yapılmış olması gerekmektedir. TKHK' da yapılmış olan mal ve hizmet tanımlarından da anlaşılacağı üzere mal/hizmetin ve menfaatin⁴³; yapılan alışveriş ile mübadele edilmesi söz konusu olacaktır. Ayrıca niteliği gereği menfaat karşılığında iş yapacak olan mesleki veya ticari faaliyet amacı taşıyan satıcı ve sağlayıcıların ivazsız işlem yapmayacağı düşünülse de bu kişilerin istisnai de olsa karşılıksız yapacağı kazandırmalar; bağışlamalar ve hatır karşılığı yapılan hizmetler -örneğin hatır taşınması-, tüketici işlemi sayılmayacaktır⁴⁴. ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, ücretsiz vekalet ve ariyet⁴⁵ sözleşmelerinin de ivazsız niteliğini vurgulayarak söz konusu sözleşmelerin TKHK kapsamında olmayacağını belirtmiştir⁴⁶. Dolayısıyla bu gibi durumlarda tüketici sözleşmesi meydana gelmeyeceğinden, söz konusu işlemlere TKHK uygulanamayacak olup TBK' nun ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁴⁷.

⁴² ASLAN, Dersler, s. 11

⁴³ HAVUTÇU, Konu Bakımından Uygulama Alanı, s. 11

⁴⁴ ASLAN, Dersler, s. 12; AYDOĞDU, Tüketici Hukuku, s. 68; ASLAN, Tüketici Hukuku, s. 29

⁴⁵ DERYAL ayrıca ariyet verilen malın tüketilebilen bir mal olmamasından ve kullandıktan sonra iadesinin gerekmesinden bahisle ariyet sözleşmesinin taraflarından biri tüketici olsa bile sözleşme kanun kapsamında tüketim ilişkisi içermediğinden tüketici sözleşmesi olmayacaktır. DERYAL, Tüketici Hukuku, s.91

⁴⁶ ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, 15. Bası, s. 33-35; Ariyet sözleşmeleri TBK m. 379' da hüküm altına alınmış olup, kullanım ödücüne konu edilen şey, ödünç alınana karşılık olmaksızın sözleşme süresi sonuna kadar verilmekte, sözleşme süresi bittiğinde de geri alınmaktadır. Aksi durumda ortada kullanım ödücü değil, kira sözleşmesi olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bakınız; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel, s. 394 vd.; AYDOĞDU Murat / KAHECİ Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku) Ders Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, 2. Baskı, s.703; Ancak vekalet sözleşmesinde ücret kararlaştırılmışsa –ve diğer koşulları da uygunsa- TKHK kapsamına girebilecektir.

⁴⁷ ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 74

1.1.4. Tüketici Sözleşmelerinin Türünün, Niteliğinin Önem Taşımaması

Tüketici ile satıcı arasındaki konusu TKHK kapsamına giren mal ya da hizmetin ivaz karşılığında tüketiciye sunulmasını amaçlayan sözleşme, tüketici sözleşmesidir. Sözleşmenin niteliğinin kanunda düzenlenen tipik bir sözleşme olup olmaması açısından sözleşme türünün önemi yoktur⁴⁸. Sözleşmenin TBK' da, TTK, TKHK, İK gibi vs. kanunda düzenlenmiş olması önem arz etmeyecektir⁴⁹. Ayrıca, TKHK ile özel olarak düzenlenen sözleşmeler de 4077 sayılı kanuna göre 6502 sayılı kanunda daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu durum, kanun koyucunun tüketicinin her alanda korunma ihtiyacına cevap vermek istediğini göstermektedir.

TKHK' da düzenlenen sözleşmelerin yanında m.3/1-1 bendinde tüketici işlemlerinin tanımı yapılmıştır. Bu bentte "... eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuk işlemi." tüketici işlemi olarak tanımlanıp söz konusu kanununun uygulama alanına dahil edilmiştir. HAVUTÇU' nun da belirttiği üzere kanun koyucu; eser, taşıma sigortacılık ve vekalet sözleşmelerinin hüküm lafzında geçirerek 4077 sayılı kanun döneminde kapsama alınması konusundaki kararsızlığı bertaraf etmiştir⁵⁰. Kanun lafzından da anlaşılacağı üzere maddede sözleşme türleri açısından sınırlı sayım yapılmamış, örnekseyici bir sayım yapılmıştır. Hangi işlemlerin tüketici işlemleri olacağına yönelik tespit de bu nedenle kesin ve sınırlayıcı olmayacaktır. Bunun yanında, TKHK madde 83/2'de sözleşme taraflarından birinin tüketici olduğu durumlarda, sözleşme diğer kanunlarda düzenlenmiş olsa bile tüketici işlemi sayılarak TKHK kapsamına gireceği hüküm altına alınmıştır. Böylece 4077 sayılı TKHK döneminde yerleşen uygulamaya son verilerek başka kanunlarda düzenlenen sözleşmeleri TKHK hükümlerinin uygulanmamasının önüne geçilmiştir⁵¹. Ancak, GÜMÜŞ, son durumu eleştirirken; tüketici sözleşmelerinin kapsamının genişlemesinden dolayı uygulamada karşılaşılan bir tarafın tüketici olduğu çoğu

⁴⁸ AYDOĞDU Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 2, İzmir 2011, s. 8

⁴⁹ ÖZEL, Tüketicinin Korunması Hukuku, s. 48; ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 74; HAVUTÇU, Konu Bakımından Uygulama Alanı, s. 11

⁵⁰ HAVUTÇU, Konu Bakımından Uygulama Alanı, s. 17

⁵¹ SİRMEN, Kanunun Değerlendirilmesi, s. 158

sözleşmeye TKHK hükümlerinin uygulanmasının, hukuk düzeninde “tüketici krallığı”nın oluşmasına neden olacağını ifade etmiştir⁵².

1.2. Tüketici Sözleşmesi Olarak Özellik Arz Eden Sözleşme Türleri

Kanun lafzında belirtilmese de tüketicinin yaptığı en basit faaliyetin satıcıdan tüketim amaçlı mal satın almak olduğu düşünülürse, satış sözleşmesinin bir tüketici işlemi olarak karşımıza çıkabileceği açıktır⁵³. TKHK madde3'te belirtildiği üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden kişi ile tüketici arasında kurulacak olan satış sözleşmelerine TKHK hükümleri –bilhassa haksız şartlara ilişkin hükümler- uygulanabilecektir. Bu anlamda düşünecek olursak, satış sözleşmesinin 6502 sayılı kanun kapsamında bir tüketici sözleşmesi olarak değerlendirilebilmesi için satıcı ve sağlayıcının mesleki veya ticari amaçlı olması, tüketicinin ise bu amaçları taşıyıp salt tüketim amacı ile işlemi gerçekleştirmesi gerekmektedir. TKHK m.3/1-1 bendinde satış sözleşmelerinden bahsedilmese de kanunda, tüketicinin talebini karşılayacak taraf açısından “satıcı ve sağlayıcı” ifadeleri kullanılmıştır. Bu açıdan bakıldığında tüketici sözleşmesi olmaya uygun, yukarıda bahsettiğimiz nitelikleri taşıyan satış sözleşmesinin, zaten bir tüketici işlemi olarak ele alındığı aşikardır. Kanunun özel olarak tüketici sözleşmesi olarak düzenlediği sözleşmeler de mal ve hizmet satışına ilişkin olup taksitli satış, kapıdan satış, paket tur satışı, abonelik sözleşmeleri gibi konularda özel düzenlemeler getirilmiştir⁵⁴. Satış sözleşmesine uygulanabilecek kurallar TBK ile değildir. Uluslararası anlaşmalarda ve TKHK gibi özel kanunlarda satış sözleşmesine ilişkin hükümler yer almaktadır. Kişisel veya ailevi bir ihtiyaç nedeniyle yapılmayan satım sözleşmelere TKHK hükümleri değil, TBK'nın m.207-281 arasında düzenlenen satım sözleşmesine ilişkin hükümleri ile Ağustos 2011'den itibaren iç hukukumuzda yürürlükte olan Milletler Arası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) gibi uluslararası anlaşmalardaki satım sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır⁵⁵. Genelde tüketici alım-satımları, ülkelerin milli hukukları tarafından emredici kurallarla hüküm altına alındığından bu

⁵² GÜMÜŞ, Şerh, s. 9, 10

⁵³ ASLAN, Tüketici Hukuku, s. 24

⁵⁴ ASLAN, Dersler, s.13

⁵⁵ ZEVLİLER/ GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel, s. 33-35

işlemlerin milletlerarası satıma konu olamayacağı düşünülmektedir⁵⁶. Bu görüşe paralel olarak tüketici satımları CISG m.2/a uyarınca anlaşmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Ailesel, kişisel ya da eve ilişkin kullanım amacına yönelik mal alımı söz konusuysa bu durumda CISG hükümleri uygulanmamalı, TKHK hükümlerine bakılmalıdır⁵⁷. Sözleşme konusu malın miktarı, teslimat adresi, sözleşme görüşmelerinin yapıldığı yer, fatura üzerinde yer alan bilgiler gibi unsurlar alım-satımın tüketici unsurlu olup olmadığı hakkında satıcıya ipucu verecektir⁵⁸. Örneğin, malın salt mahiyeti kişisel kullanıma yönelik olsa da, çok sayıda aynı ürünün satın alındığı durumlarda kural olarak kişisel kullanım amacının bulunmadığı kabul edilebilecek ve bu durumda CISG uygulanabilecektir. Malı satın alan kişinin alım işlemindeki amacının tespiti, sözleşmenin kurulma anına göre tespit edilecektir. Buna göre malı özel amaçlarla alan alıcının sonradan malı ticari amaçlarla kullanması veya tam tersi, sözleşmenin niteliğine etki etmeyecektir. Sözleşmenin niteliğinin tespitinde, milli hukukların tüketici sözleşmesi tanımlamalarına bakılmaksızın CISG' nin kişisel amaç kıstasına bakılmalıdır⁵⁹. Malın alım-satımındaki amaca ilişkin yapılacak olan bilgilendirme alıcı tarafın inisiyatifinde olduğundan alıcı, işlemin kişisel kullanıma ilişkin olduğu konusunda yapacağı bilgilendirme ile satım sözleşmesini CISG' nin kapsamından çıkararak tüketici için daha yoğun koruma sağlayan TKHK' un korumasına sokabilecektir. Ancak elbette satıcı sözleşmenin kurulması sırasında ya da öncesinde malların kişisel kullanım için satın alındıklarını bilmiyorsa yada bilmesi gerekmiyorsa sözleşmeye –TKHK kapsamı dışında kalan sözleşmelerde- CISG hükümleri uygulanacaktır⁶⁰. Burada satıcı, akdettiği sözleşmenin tüketici sözleşmesi olduğunu –alımın özel kullanım amacı taşıdığını-

⁵⁶ TARMAN Zeynep Derya, Viyana Satım Anlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak, Beta Yayınevi, İstanbul 2015, Birinci Baskı, s. 46, 47

⁵⁷ ZEYTİN Zafer, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku CISG, Seçkin Yayınevi, Ankara, Şubat 2015, 2. Baskı, s. 55, 64

⁵⁸ ZEYTİN, CISG, s. 64; TARMAN, Viyana Satım Anlaşması, s. 48

⁵⁹ TARMAN, Viyana Satım Anlaşması, s. 47

⁶⁰ YENİCE Özge, Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Konvansiyonu (CISG) Hükümleri Işığında Gönderme Satımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2015, S. 38-41; TEMEL Erhan, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşmasına Göre Ayıp Kavramı, Viyana Satım Sözleşmesi Hukuku ve Tüketici Hukuku Sempozyum Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 58,49; ZEYTİN, CISG, s. 64;

bilmediğini, ya da bu konu hakkındaki bilgi eksikliğini kendi kusurlu davranışından kaynaklanmadığını ispat etme yükünü taşımaktadır⁶¹.

Kira sözleşmesine de bu kapsamda değinmek gerekmektedir. Kira sözleşmesinin konusu çoğunlukla tüketilmeyen ancak kullanıma uygun mallardır. Kira sözleşmesine konu malın, ayıplı çıkması durumunda ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri akla gelir. Ancak kira sözleşmesinin aynı zamanda tüketici sözleşmesi niteliği taşıdığı durumlarda -örneğin malı kiraya vermeyi meslek edinmiş kişiler ile tüketici arasında akdedilen kira sözleşmeleri söz konusuysa- sözleşmenin mahiyeti uygun düştüğü ölçüde TBK ile TKHK birlikte uygulanması gerekmeyecektir⁶². TBK' da kira, TKHK' nun aksine, ayrıcalıklı ve özel olarak incelendiği için TBK hükümleri TKHK ruhuna uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır. TBK' nın yetmediği durumlarda ise TKHK' na baş vurulmalıdır. Bunun nedeni de TKHK' nun TBK' na nazaran tüketiciyi daha geniş bir korumaya almasıdır. Ayrıca kira, TKHK bakımından dışlanmış değildir zira m.3/1-e'de ithalatçı "...mal veya hizmetleri ya da bunların hammaddelerini yahut ara mallarını ticari veya mesleki amaçlarla ithal edilerek satım, kira ve finansal kiralama veya benzeri bir yolla piyasaya süren gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanmıştır. Dikkat edilirse; maddede kira yoluyla malı veya hizmeti piyasaya süren kişi de ithalatçı olarak tanımlanarak, mahiyeti uygun olan kira sözleşmelerinin TKHK kapsamına girmesi için yeşil ışık yakılmıştır. Bunun yanında ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, 6502 sayılı kanunla birlikte "tüketici işlemi" nin kapsamının genişletilmesi sonucu tüketici ile mesleki ve ticari amaçla hareket eden kişi arasında akdedilen kira sözleşmelerinin TKHK kapsamında olabileceğini; ancak konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin sözleşmelerin TKHK kapsamında olmasının doğru olmayacağını belirtmiştir. Zira konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı, tıpkı TKHK' daki tüketici gibi TBK' da zayıf taraf olarak kabul edilmekte ve ihtiyaç duyulan özel koruma ilgili hükümlerden zaten sağlanmaktadır. Şu anki düzenlemeye göre kira sözleşmesinde bulunan haksız şartlar için TBK' nun genel işlem şartları hükümleri ve mahiyeti uygun düştüğü ölçüde TKHK' nun haksız şartlara ilişkin hükümleri uygulama alanı bulabilecektir ancak konut ve çatılı işyeri kiralalarında, münhasıran düzenlenmiş olan

⁶¹ ZEYTİN, CISG, s. 64; TARMAN, Viyana Satım Anlaşması, s. 48

⁶² ASLAN, Dersler, s.16

hükümler dışında TKHK hükümlerince kiracıyı korumaya ihtiyaç olmadığı da unutulmamalıdır⁶³.

Taraflardan birinin bedel ödediği diğer tarafın ise bir eser yapmayı kabul ettiği istisna sözleşmelerinde; bedel ödeyen tarafın tüketici olduğu, diğer tarafın ise ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden ya da onun adına veya hesabına hareket eden gerçek kişi olması durumunda söz konusu istisna akdi aynı zamanda tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir⁶⁴. 4077 sayılı TKHK' nun yürürlüğü sırasında uygulamada özellikle eser sözleşmelerinin kapsam dışında tutulmuştur ancak 6502 sayılı kanun ile birlikte –mahiyeti uygun olan- eser sözleşmelerinin kanun kapsamı dışında tutulmasının önüne geçilmiştir⁶⁵.

İşçinin belirli ya da belirsiz süreyle işverene bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin de zamana ya da yapılan işe göre işçiye ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmeler –TBK m. 393/3 uyarınca- hizmet sözleşmeleridir. Konusu hizmet olan ve tüketici sözleşmesi olma koşullarını sağlayan tüm sözleşmeler tüketici sözleşmesi olarak değerlendirilebilecektir. Eğitim hizmetlerinin verilmesine ilişkin sözleşmeler ve finansal hizmet verilmesine ilişkin sözleşmeler gibi birçok sözleşme tüketici sözleşmesi olarak değerlendirilebilecektir⁶⁶.

TKHK' da tüketici işleminin tanımladığı 3. maddede açıkça vekalet sözleşmesinin de tüketici sözleşmesi niteliği taşıyabileceği özel olarak ifade

⁶³ ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel, s. 35, 217, 218

⁶⁴ ASLAN, Dersler, s.13; "... 6502 sayılı Kanununun 3. Maddesi gerekçesinde eser sözleşmelerinin kanun kapsamına alınmasına herhangi bir açıklama getirilmemiştir. Ancak kanunun sistematigi nazara alındığında kanunda zikredilen eser sözleşmelerinden kastın; ticari ve mesleki olmayan amaçlarla, salt kişisel ihtiyaçları için kullanma ve tüketme amacıyla gerçek ve tüzel kişi ile tüketici arasında yapılan eser sözleşmeleri olduğu anlaşılmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri 818 sayılı BK' nın 155 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmelerinin kendine özgü bir türüdür. Bu sözleşmelerin bir tarafı arsa sahibi diğer tarafı yüklenicidir. Bu tür sözleşmelerde arsa sahibinin Tüketici Kanununda 3/k maddesindeki tüketici tanımına uymadığı anlaşılmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi açısından güdülen amaç kullanmak için konut edinmek değil arsasını değerlendirmektir. Bu nedenle arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalarken güttüğü saikin 6502 sayılı Kanunda tanımlanan tüketicinin saikinden farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine konu işin üst düzey teknoloji gerektirmesi, sözleşme kapsamında taşınmaz satış vaadi ve inşaat sözleşmelerinin de bulunduğu nazara alındığında 6502 sayılı Kanunda kanun koyucunun salt kullanma ve tüketme amacına yönelik mutfak, dolap yaptırmak, araç tamiri yapmak gibi dar kapsamlı eser sözleşmelerini kastettiği, arsa karşılığı inşaat sözleşmelerinin ise bu kapsamda olmadığı kabulü gerekir..." Y. 20. HD, 03.09.2015, E. 2015/13346, K. 2015/12889

⁶⁵ HAVUTÇU, Konu Bakımından Uygulama Alanı, s. 5; ÖZ Turgut, 6502 Sayılı Kanunda İnşaat Sektörü Bakımından Getirilen Yenilikler ve Değişiklikler, 6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları (Sempozyum Tebliğ Metinleri), Bilge Yayınevi, Ankara 2015, s. 85, 86; ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel, s. 35, 217, 218

⁶⁶ AYDOĞDU, Tüketici Hukuku, s. 68

edilmiştir. Elbette burada değinilmesi gereken husus, her vekâlet sözleşmesinin tüketici sözleşmesi olmayacağı, ancak tüketici sözleşmesi olabilmenin şartlarını taşıyan vekâlet sözleşmelerinin TKHK anlamında tüketici sözleşmesi sayılabileceğidir. Bu bağlamda, bir tarafın tüketici, diğer tarafın satıcı ya da sağlayıcı olduğu, sözleşme konusunun TKHK anlamında mal ya da hizmet olduğu ivazlı vekâlet sözleşmeleri, aynı zamanda tüketici sözleşmesi sayılacaktır. Bunun sonucunda da söz konusu sözleşme TKHK kapsamına girecektir. Ancak ÖZEL, vekâlet sözleşmesinin temelini taraflar arasındaki kişisel ilişkiye dayanan güvenin ön planda olması nedeniyle vekâlet sözleşmesinin tüketici sözleşmesi kapsamı dışında tutulma eğiliminin olduğunu ifade etmektedir⁶⁷. Ancak kanun lafzı açıkça vekâlet sözleşmesini tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir. Kanun koyucu, vekâlet sözleşmesinin tüketici sözleşmesi olup olamayacağına dair tartışmalara nokta koymuştur.

Uygulamada finansal kiralama (leasing) sözleşmelerinin bir kısmı formüller sözleşme ile, özellikle fiyata ödeme yer ve zamanına, hasar ve zıyayı yükümlülüklerle ilişkin hükümlerin bulunduğu diğer kısmı da taraflarca anlaşarak kararlaştırdığı bireysel sözleşmeden oluşmaktadır⁶⁸. 6502 sayılı TKHK' da finansal kiralama kavramı m. 3/1-e'deki ithalatçı tanımı ve m. 3/1-g'deki konut finansmanı kuruluşu tanımı gibi çeşitli hükümlerde yer aldığından, finansal kiralama sözleşmesinin TKHK kapsamında olduğu anlaşılmaktadır. Malın mülkiyeti mali finanse eden kredi kurumlarında kalmak suretiyle, kredi kurumlarının finansal kiralama sözleşmeleri aracılığı ile yatırımcıya söz konusu malın kullanımını arz ettiği, finansal kiralama sözleşmelerinin bazı çeşitleri mahiyeti uygun düştüğü ölçüde tüketici sözleşmesi niteliği taşıyabilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, hangi finansal kiralama sözleşmesinin tüketici sözleşmesi olarak niteleneceğidir. Finansal kiralama sözleşmelerini yapısal ikiye ayırmak gerekir. Birinci ihtimalde -FKFFŞK m. 23/1 uyarınca finansal kiralama konu olan malın belirli bir süre sonra mülkiyetinin de kiracıya geçmesi durumu, ikinci ihtimalde ise malın mülkiyetinde değişiklik yaşanmaksızın finansal kira durumu yer almaktadır. İlk durumda karşımızda bir satış varken ikinci durumda da kira söz konusu olacaktır. İlk durumda, malın kullanılması

⁶⁷ ÖZEL, Tüketicinin Korunması Hukuku, s. 48

⁶⁸ ALTOP Atilla, Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Adalet Matbaası, Ankara 1990, 1. Baskı, s. 178 vd. ve özellikle s. 220

söz konusu olduğu için mahiyetine uygun düştüğü ölçüde ve şartlar sağlandığı sürece tüketici sözleşmesi olarak değerlendirilebilecektir. Bu durumda kira süresi bitince kiracı malın mülkiyetini üzerine alma zorunluluğu ile karşı karşıya kalacaktır. Söz konusu taksitlendirmelere de 6502 sayılı kanunun 17.-21. maddeleri arasındaki hükümler uygulanacaktır⁶⁹. İkinci ihtimalde de finansal kiralama sözleşmesi, kira sözleşmesi gibi olduğundan, malın fiili bir değer olarak tüketilmesi beklenmeksizin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde ve şartlar sağlandığı sürece tüketici sözleşmesi olarak kabul edilebilecektir. Burada çekince yaşanması gereken durum ise; finansal kiralama sözleşmesinin taraflarıdır. Zira bu taraflar tüketici sözleşmesi niteliğinin sağlanmasına engel olacak mahiyette olabilecektir. Finansal kiralama sözleşmeleri bir işletmenin finansal sorunlarını çözmek amacıyla akdedilen sözleşmeler olduğundan sözleşme tarafı ticari işletme olabilecektir. Bu durumda da söz konusu sözleşme tüketici sözleşmesi olamayacaktır. Aynı şekilde Finansal kiralama sözleşmesinin konusu da TKHK anlamında mal ve hizmetin dışında, ticari yatırım, meslek ve sanatın işlenmesine yardım amacı taşıyan mal ya da hizmetler olabilecektir. Bu durumda da sözleşmeye tüketici sözleşmesi denmesi güç olacaktır⁷⁰. Zira GÜMÜŞ' ün de belirttiği üzere; FKFFŞK m. 19/1 uyarınca finansal kiralama sözleşmesinin konusunu ancak yatırım sağlama amaçlı taşınır ve taşınmaz mallar oluşturabileceğinden bu sözleşmeler ile tüketici kavramının yan yana gelmesi güçtür. Bu anlamda; TKHK m. 17/2 hükmünde belirtilmiş olan finansal kira sözleşmeleri aşında "tüketici leasing" i olarak anlaşılmalı ve FKFFŞK hükümleri buraya uygulanmamalıdır⁷¹.

TBK m. 283 uyarınca, satış sözleşmesi ile ilgili hükümlerin uygulandığı trampa sözleşmesi; malın mal ile değişimi anlamına gelmektedir. Satımın konusunu oluşturan her şey -taşınırlar, taşınmazlar ve hatta haklar- trampa sözleşmesinin de konusunu oluşturabilecektir⁷². Malın mülkiyetinin devrini amaçlayan trampa (mal değişim) sözleşmesi, bir tarafı tüketici diğer tarafı satıcı/sağlayıcı olarak ve TKHK anlamında bir malın satışını konu edinerek karşımıza çıkabilecektir. Bu durumda TKHK hükümleri trampa sözleşmesine uygulanabilecektir. Ancak burada dikkat

⁶⁹ AYDOĞDU, Tüketici Hukuku, s. 68, 69

⁷⁰ ASLAN, Dersler, s. 15

⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bakınız; GÜMÜŞ, Şerh, s. 9, 10-13

⁷² ZEVLİLER/ GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel, s. 168 vd.; AYDOĞDU/ KAHVECİ, Sözleşmeler Hukuku, s. 341

edilmesi gereken husus; tüketici sözleşmelerinde zayıf olan tüketicinin kendisine göre baskın ve güçlü konumda olan satıcıya karşı korunmasının temel ilke olduğudur. Bu çerçevede doğrultusunda; bir tarafının TKHK anlamında tüketici, diğer tarafının TKHK anlamında satıcı olduğu trampa sözleşmesi tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir. Bunun haricindeki durumlarda ise yine genel hükümler devreye girecek TBK' nın 283. ve 284. maddeleri uygulama alanı bulacaktır. Örnek verecek olursak; taraflarının TKHK anlamında tüketici ve satıcı olduğu bir trampa sözleşmesinde -diğer koşullar da uygun olmak üzere- trampa edilen malın bozuk çıkması durumunda TKHK hükümlerinde yararlanılabilecektir⁷³.

Üzerinde durulması gereken bir diğer hukuki işlem çeşidi bağışlamadır. Bağışlama, bağışlanan kişiyi kazandırıcı işlemle ivazsız olarak zenginleştiren tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁷⁴. Mülkiyetin devri borcunu doğuran sözleşmelerden bağışlama sözleşmesinin tüketici sözleşmesi niteliği taşıyıp taşıyamayacağı konusunda incelenmesi gereken nokta bağışlamanın tek taraflı borç yükleyen bir sözleşme olmasıdır. Bu çerçevede, bağışlama sözleşmesi aynı zamanda tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilemeyecektir⁷⁵.

6502 sayılı kanun m. 4/6 uyarınca tüketicinin edimine karşılık olarak alınan şahsi teminatların, ne olursa olsun adi kefalet sayılacağı ve tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatların diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadığı sürece müteselsil kefalet sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Kanun koyucu, 4077 sayılı kanun dönemindeki tartışmalara son vererek, TKHK verilen şahsi teminatın ancak adi kefalet olarak verilebileceğini ifade ederek böylece teminatın taliliğinin kaldırılması ya da sınırlandırılmasının önüne geçmiştir. Böylece alacaklı TKHK m. 4/6 uyarınca şahsi teminat veren kişiye başvurmadan önce TBK m.585 uyarınca asıl borçlu olan tüketiciye başvurmalıdır. Ancak borcun ödenmesi ihtimallerini tüketen alacaklı TKHK 4/6 anlamında şahsi teminat veren kişiye başvurabilecektir. Bu anlamda örneğin ticari krediler için bile verilen teminat – diğer

⁷³ ASLAN, Dersler, s. 13

⁷⁴ EREN Fikret, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, 16. Baskı, s. 225, 226; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip / HATEMİ Hüseyin / SEROZAN Rona / ARPACI Abdülkadir, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 1. Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, 6. Baskı, s. 115; ZEVLİLER/ GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel, s. 174; AYDOĞDU/ KAHVECİ, Sözleşmeler Hukuku, s. 344

⁷⁵ HAVUTÇU, Konu Bakımından Uygulama Alanı, s. 11; ; ASLAN, Dersler, s. 13; ZEVLİLER/ AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 73

şartlar uygunsu- tüketici işlemi olarak sayılabilecektir. Tüketicie kefil olan kişinin satıcı/ sağlayıcıyla karşılık ilişkisi olmadığından ve kefalet sözleşmesinin feri nitelik taşıdığından bahisle, ÖZEL ve SERDAR tüketicinin borcuna kefil olan kişinin mesleki ya da ticari bir amaç taşıması durumunda, TKHK' un koruması altına girebileceğini ifade etmektedir⁷⁶. AYAN, tüketici işlemlerinden doğan borçlar için yapılan kefalet sözleşmelerinde kefilin; ticaret şirketi veya gerçek kişi olması bakımından bir fark yaratmayacağını; kefilin kimliğinin özellik arz etmeyeceğini belirtmiştir⁷⁷. AYAN' ın görüşü ile ÖZEL ve SERDAR' ın görüşü birleştirilerek düşünüldüğünde denilebilir ki; kefilin salt kimliğine bakılmaksızın işlemi mesleki ya da ticari bir amaç olmaksızın yaptığı tespit edilebiliyorsa, bu durumda kefalet sözleşmesi TKHK korumasından yararlanacaktır. Bunun dışında ayrıca SERDAR' ın da belirttiği üzere; kefalet sözleşmesine dair TBK hükümlerinin kefil için yeterli korumaya sahip olması nedeniyle TKHK' un tüketici kredisine ilişkin hükümleri kefil için uygulanmamalıdır⁷⁸.

HAVUTÇU' nun da belirttiği üzere TKHK kapsamında bir hukuki işlem ve ya taraflardan biri tüketici olsa bile, hukuki problem açısından tüketici hukuku kapsamında bir koruma gerekmedikçe tüketici mahkemesinde dava açılmamalıdır. Söz konusu işlemde tüketici hukukunun getirdiği özel korumaya ihtiyaç duyulmazsa tüketici mahkemeleri genel mahkemeler gibi işlemek zorunda kalacaktır⁷⁹. Zira 6502 sayılı TKHK madde 83/1'de kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlere gidileceği ifade edilmiş ve madde gerekçesinde, tüketici hakem heyetlerinin ya da tüketici mahkemelerinin TKHK' da uygulayacak hüküm bulamadıkları zaman genel hükümleri uygulayacakları belirtilmiştir. HAVUTÇU' nun da belirttiği üzere somut olayda var olan sözleşme TTK' da düzenlenmişse, bu durumda uyumsuzluğa tüketici mahkemelerinin görevli olacağı netleştirilmiştir, ancak tabi ki bunun için incelenen uyumsuzluğtaki hukuki sorun tüketicinin korunmasını gerektirmelidir⁸⁰.

⁷⁶ ÖZEL, Tüketicinin Korunması Hukuku, s. 47, 48; SERDAR İlknur, Tüketici Kredilerinde Teminat, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Özel Sayı, Kasım 2014, s. 84

⁷⁷ AYAN Serkan, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, Ekim 2013, I. Baskı, s. 53, 54

⁷⁸ SERDAR, Tüketici Kredilerinde Teminat, s. 80, 81

⁷⁹ HAVUTÇU, Konu Bakımından Uygulama Alanı, s. 11-17

⁸⁰ HAVUTÇU, Konu Bakımından Uygulama Alanı, s. 22, 23, 30

2. Tüketici Sözleşmelerinin Standart Sözleşme Niteliği

2.1. Standart Sözleşme – Genel İşlem Şartı Kavramı

İleride birden fazla kişi ile aynı türdeki sözleşmelerde kullanılmak üzere önceden tek taraflı olarak hazırlanan ve karşılıklı müzakere olmaksızın bu şartlara dayanan tarafın isteğiyle olduğu gibi sözleşmeye alınarak sözleşmenin içeriği olması istenilen şartlara “genel işlem şartı” denmektedir.

HAVUTÇU’ ya göre genel işlem şartları; hem tacirler arasında yapılan sözleşmelerde hem de tacirin tüketici ile yaptığı tüketici sözleşmelerinde kullanılabilir. Genel işlem şartları nihai tüketici ve tacir/ esnaf arasında yapılıyorsa bunlara tüketici işlem şartı, tacir/ esnafların kendi aralarında yaptıkları sözleşmelerde kullanılıyorsa girişimci işlem şartları denmektedir⁸¹. ANTALYA’ ya göre; haksız şart ve genel işlem şartının “işlem koşulları” adında bir üst kavramı bulunmaktadır. Temel olarak işlem koşulları; TBK’ nın 20 ve 25. Maddeleri arasında yer alan genel işlem koşulları hükümlerinde, TKHK madde 6’da yer alan haksız şart hükümlerinde ve TTK madde 54-63’de yer alan haksız rekabete ilişkin hükümlerde Türk hukuk düzeninde vücut bulmuştur⁸².

Hükümlerinin tamamını ya da bir kısmını genel işlem şartlarının oluşturduğu, önceden hazırlanmış örnek sözleşme mahiyetindeki bu sözleşmelere de, “standart sözleşme” denmektedir⁸³. Temel hak ve özgürlüklerden olan ve anayasal güvence⁸⁴ altına alınan sözleşme özgürlüğü gereğince, mal ve hizmetleri konu edinen sözleşmelerde taraflar kendi iradelerine göre sözleşme hükümlerine istedikleri gibi karışabilmeli, sadece tarafların iradelerinin uyuşana kadar yapılan sözleşme görüşmesi sonucunda tarafların anlaştığı hükümler çerçevesinde sözleşme özgürce

⁸¹ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 16

⁸² ANTALYA Gökhan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, 2. Baskı, s. 295, 296

⁸³ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 2; AYDOĞDU, Konu Bakımından Uygulama, s. 9; “... Standart sözleşmeler, içeriğini kısmen veya tamamen genel işlem koşullarının oluşturduğu, tarafların karşılıklı müzakereleri sonucu değil, aksine, taraflardan biri veya üçüncü kişi tarafından önceden hazırlanmış hükümlerin kullanıldığı sözleşme tipi olarak tanımlanmakta olup...” Y. 13. HD, 22.02.2013, E. 2013/21504, K. 2013/20403

⁸⁴ 1982 Anayasasının çalışma ve sözleşme hürriyeti kenar başlıklı 48/1 maddesine göre; Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. Özel Teşebbüsler kurmak serbesttir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, Borçlar Hukukuna Giriş, s.501; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, s. 261

akdedilmelidir⁸⁵. Ancak standart sözleşmede sözleşme özgürlüğü taraflar için eşit derecede sağlanamamaktadır. Standart sözleşmeyi kullanan için sözleşme özgürlüğü sağlarken karşı taraf için sözleşme özgürlüğü sağlamamaktadır. Genel işlem şartlarının denetimiyle de borçlar hukukunun temel ilkelerinden biri olan sözleşme özgürlüğü ilkesi tüketici lehine olarak sınırlandırılabilir.

Bunun yanında, standart sözleşmelerin bir diğer özelliği de sözleşme konusu edilen mal ya da hizmetin seri şekilde kitlelere sunulmasıdır. Yani sözleşmeyi düzenleyen tarafın, ileride kuracağı hukuki ilişkilerde kullanmak üzere önceden tek taraflı olarak mal ya da hizmeti kitlelere arz ederken kullanacağı sözleşmeye “standart sözleşme”, diğer kullanımlarıyla “kitle/kitlese sözleşme”, “tip sözleşme”, “formüler sözleşme” ya da “seri sözleşme” denmektedir⁸⁶. Sözleşmenin karşı tarafı olan alıcının sözleşmeye müdahale şansı bulunmadığı için önceden hazırlanmış olan bu sözleşmeyi ya olduğu şekliyle kabul edecektir ya da sözleşmeden vaz geçecektir. Ancak “çerçeve sözleşme”, tarafların ileride kuracakları çok sayıda bireysel sözleşmelerin ana hatlarını belirleyebileceği sözleşmeleri ifade etmektedir⁸⁷. Taraflar çerçeve sözleşmede genel işlem şartı kullanabilirler ancak bu zorunlu bir unsur değildir⁸⁸. Uygulamada, genel işlem şartları değişik türde sözleşmelerin içinde yer aldığından satış genel koşulları, kira genel koşulları, kredi genel koşulları, gibi buldukları sözleşme türüne göre değişik isimlerle de anılmaktadır⁸⁹.

ANTALYA’ ya göre, işlem koşullarının çeşitli kanunlarda düzenlenmesi ile birlikte standart sözleşmeler de üç farklı kategoriye ayrılabilir. Bunlar; genel

⁸⁵ EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 297-300; OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2014, 1.Baskı, s. 24-25;

KOCAYUSUPFAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 525-527; HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s.1, 25 vd.

⁸⁶ ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, s. 290, 291; ZEVLİLER/ AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 159, HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 2, 12-15; AYDOĞDU, Konu Bakımından Uygulama, s. 6, 9 ve 37; YELMEN Adem, Türk Borçlar Kanunu’na göre Genel İşlem Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, 1. Baskı, s. 49, 50; AÇIKGÖZ, Mobil Haberleşme, s. 148-156; ŞEKER Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Temmuz 2015, s. 15, 16

⁸⁷ EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 213, 214; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, Borçlar Hukukuna Giriş, s.501; Özellikle tek temsilcilik ya da tek satıcılık sözleşmelerinde satıcının ya da temsilcinin yükümlülüklerinin belirlenmesi çerçeve sözleşmelere bırakılabilmektedir. Bknz.; HAVUTÇU Aysel, Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İle İlişkilendirilmesinde Düzenleyen (GİŞ Kullanan) İçin Getirdiği Külfetler, Yaşar Üniversitesi Genel İşlem Şartları Sempozyumu, İzmir Barosu Dergisi, Sayı:3, Eylül 2015, s. 254

⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bakınız; AÇIKGÖZ, Mobil Haberleşme, s. 175, 176

⁸⁹ AYDOĞDU, Konu Bakımından Uygulama, s. 7, 9 36; AYDOĞDU, Haksız Şartların Denetimi, s. 41, 42

standart sözleşmeler, tüketici standart sözleşmeleri ve ticari standart sözleşmelerdir⁹⁰. Genel standart sözleşmedeki işlem şartı; genel işlem koşulu niteliğini taşıyorsa kapsam ve içerik denetimine girecek ve yazılmamış sayılma ya da kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Tüketici standart sözleşmelerindeki işlem şartları haksız şart niteliğini taşıyorsa bu şartlar kesin olarak hükümsüz olacaktır. Ticari standart sözleşmelerdeki genel işlem şartları dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları oluşturuyorsa TTK m. 55/f hükmünce haksız rekabet hükümleri devreye girecektir.

ANTALYA' nın görüşüne göre de ticari standart sözleşmede; prensip olarak korunmaya ihtiyacı olmayan tacirin sözleşme özgürlüğünü korumak, piyasa şartlarına müdahale anlamına gelecek ve piyasadaki ekonomik dengeyi bozacaktır. Keza burada -genel işlem şartlarının yaptırımından farklı olarak- TTK madde 56'da belirtilen haksız rekabet ile ilgili davalarının sonucunda belirlenecek olan maddi tazminat yaptırımı söz konusu olacaktır. Tüm bu nedenlerle; TTK' nın haksız rekabet ile ilgili hükümleri TBK' nın genel işlem şartları hükümlerinin uygulanmasına mani olacak, genel işlem şartları ile ilgili hükümler ticari standart sözleşmeler uygulanmayacaktır⁹¹. ANTALYA ayrıca ticari standart sözleşmelerde genel işlem şartı hükümlerinin kabul edilse bile bu durumda genel işlem şartlarının içerik denetiminin TTK madde 20/2' de belirtilmiş olan basiretli iş adamı⁹² kıstası kullanılarak dürüstlük kuralına aykırılığın denetlenmesi gerektiğini ifade edilmiştir⁹³.

ATAMER' e göre tacirlerin korunmaya ihtiyacının olmadığına ilişkin yapılan genelleme doğru olmayacaktır. Zira güçlü kuruluş veya güçlü başka gerçek kişi tacir karşısında isteklerini kolayca kabul eden, zayıf tacirin korunması gerekmektedir⁹⁴.

⁹⁰ ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, s. 295, 296; Ayrıca bakınız; AYDOĞDU, Kişi Bakımından Uygulama Alanı, s. 599

⁹¹ ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, s. 295, 296; YILMAZ Abdüssamet, Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı, Seçkin Yayınevi, Ankara, Şubat 2015, 1. Baskı, s. 139, 140

⁹² TTK m. 18/2 hükmü uyarınca her tacirin, ticari faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekmektedir. Tacirin basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi yükümlüğü ticari faaliyeti ile sınırlı olmakla beraber tespiti objektif kurallara göre – tedbirli, kendisi gibi başka tacirlerin göstereceği özen çerçevesinde- belirlenecektir. Bu anlamda basiretli tacir; tacirin kişisel yetenekleri ve durumuna bakılmaksızın işin özelliği temel alınarak tedbirli ve akla uygun tacirin davranış tutumu temel alınarak belirlenecektir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; KARAHAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 87; AYHAN / ÖZDAMAR / ÇAĞLAR, Ticari İşletme Hukuku, s.93; ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, Aralık 2015, 20. Baskı, s. 137 vd.

⁹³ ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, s. 300

⁹⁴ ATAMER Yeşim, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK M. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırılmalı Olarak, Türk Genel İşlem

OĞUZMAN/ ÖZ ve UZUNALLI' nın da görüşüne göre; TTK' nın haksız rekabete ilişkin hükümleri TBK' nın genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelerine göre "özel hüküm"⁹⁵ niteliğinde olduğundan öncelikle TTK hükümleri uygulanacak, boşluk olduğu yerde TBK hükümleri bu boşluğu dolduracaktır. Eğer karşı taraf tüketiciyse de TKHK' na gitmeli, sonuç alınmadığı takdirde genel kanun olan TBK' nun genel işlem şartı hükümlerine baş vurulmalıdır.⁹⁶ Ayrıca, AYDOĞDU' nun belirttiği üzere; somut olayın özelliğine göre hem haksız rekabet hükümleri hem de genel işlem şartı hükümleri aynı anda hukuki problemi farklı açılardan çözmekte kullanılabilir. Bu durumda da hakların yarışması söz konusu olacak ve mahiyetine hangisi daha uygun düşüyorsa, somut olayda hangi düzenlemeyi kullanmak daha fazla yarar sağlayacaksa o hükümlerin uygulanması için iki düzenleme arasında tercih yapılmalıdır⁹⁷.

ATAMER, OĞUZMAN/ ÖZ ve SİRMEN' in belirttiği üzere TKHK' daki haksız şartlara ilişkin düzenleme TBK' daki genel işlem şartları hükümlerine göre özel hüküm niteliğinde olduğundan öncelikle TKHK hükümleri uygulanacak, boşluk olduğu yerde niteliği uygun düştüğü ölçüde TBK hükümleri bu boşluğu dolduracaktır⁹⁸. Ancak bahsedilen hükümler tüketici sözleşmelerine uygulanırken tüketici hukukunun ilkeleri, amacı ve özellikleri dikkate alınmalıdır⁹⁹. TKHK madde

Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2011, s. 10; Aynı yönde bakınız; HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 16; Atilla ALTOP, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender' e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 254; OĞUZMAN/ ÖZ, Borçlar Hukuku Genel, s. 169, 170; AYDOĞDU, Kişi Bakımından Uygulama Alanı, s. 597; SERDAR, Kişi Bakımından Uygulama Alanı, s. 239; DOĞAN Gül, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, 1. Baskı, s. 460, 461; Özellikle küçük ve orta ölçekli kobilerin büyük ölçekli firmalara karşı korunması gerekmektedir; KUNTALP Erden, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem şartları Sempozyumu, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Nisan 2011, s. 92, 93;

⁹⁵ Aksi Görüş için; YILMAZ, Genel İşlem Şartı, s. 143-145

⁹⁶ OĞUZMAN/ ÖZ, Borçlar Hukuku Genel, s. 164, 165; UZUNALLI Sevilay, Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi, İÜHF, Cilt 71, Sayı 2, s. 402, 414, 415; YILMAZ, Genel İşlem Şartı, s. 137 vd.

⁹⁷ AYDOĞDU, Haksız Şartların Denetimi, s. 26; 165, 166; YILMAZ, Genel İşlem Şartı, s. 143-145

⁹⁸ OĞUZMAN/ ÖZ, Borçlar Hukuku Genel, s. 164, 165; ATAMER, Karşılaştırmalı Olarak Denetim, s. 10; SİRMEN Lale, Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartları, Türk Hukukunda Genel İşlem şartları Sempozyumu, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Nisan 2011, s. 110; SİRMEN, Genel İşlem Şartı, s. 211; Aynı yönde bakınız; ALTOP, Genel İşlem Koşulları, s. 254; AYDOĞDU, Haksız Şartların Denetimi, s. 30; AYDOĞDU, Kişi Bakımından Uygulama Alanı, s. 592, 600; KARAKOCALI/ KURŞUN, Tüketici Hukuku, s. 10; YELMEN, Genel İşlem Şartları, s. 70;

⁹⁹ SİRMEN Lale, Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri, Prof. Dr. Aydın Zevkliler' e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Cilt 8, Özel Sayı, İzmir 2013, s. 2471

83/1'de kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlere gidileceği açıkça ifade edilmiştir.

Genel işlem şartları, her çeşit sözleşme türüne uygulanmak üzere düzenlenmiş hükümlerdir ve hangi kişilere uygulanıp uygulanmayacağı belirtilmediğinden tacir ya da tacir olmayan müşterilerle akdedilen sözleşmelerde, mahiyeti uygun düştüğü ölçüde uygulanabilecektir¹⁰⁰. Genel işlem şartları hükümleri karşı tarafın tüketici, tacir ya da esnaf olmasına bakılmaksızın istendiğinde bu kişilerle yapılan işlemlere uygulanabilecektir¹⁰¹. Düşüncemize göre TTK' da yer alan haksız rekabet hükümleri, TBK' nunda yer alan genel işlem şartı hükümlerine gidilmesine engel teşkil etmeyecektir. Haksız şart ve genel işlem şartı hükümleriyle korunmak istenen menfaatler farklıdır. Somut olayda; tarafların menfaatleri iki farklı düzenlemeye gidilecek şekilde olabilir. Zira iki düzenlemenin yaptırımları da farklıdır. Haksız rekabet söz konusu olduğunda haksız rekabetin önlenmesi, tespiti veya tazminat talebi ile dava açılabilir. Ancak çözümlerin hiçbiri TBK' nın yazılmamış yaptırımının getireceği sonucu getirmeyecektir. Görüldüğü gibi hiçbir yaptırım birbirinin yerini tutmayacaktır. Burada korunan menfaatlerin farklı olması nedeniyle yaptırımlar da farklılaşmıştır. Bu nedendir ki; davada haklı sebep varsa, hem genel işlem şartı denetimi sonucu öngörülmüş olan yazılmamış sayılma yaptırımı hem de haksız rekabet sonucu karşılaşılabilecek yaptırımlar aynı anda ileri sürülebilecektir. Zira tüketicinin de TTK' daki haksız rekabet hükümlerinden yararlanması mümkündür. Ancak TTK' nın haksız rekabet hükümlerine gidilecek kadar rekabet dengesini bozan bir durum yoksa, en fazla TBK' nun genel kanun olması genel işlem şartları hükümlerine de başvurulabilecektir.

¹⁰⁰ Genel işlem şartları ile düzenlenen TBK m.20' nin lafzında '.. karşı taraf...' dan bahsedilirken maddenin gerekçesinde '...müşteri...' den bahsedilmekte olduğundan bahisle ilgili hükümlerin tacir ya da tüketicileri istisna etmeksizin genel kanun olarak -mahiyeti uygun düştüğü ölçüde- herkese yönelik olarak uygulanabilecektir. Aynı yönde bakınız; AYDOĞDU, Konu Bakımından Uygulama, s. 3 ve 35; YILMAZ, Genel İşlem Şartı, s. 141; YELMEN, Genel İşlem Şartları, s. 72, 73

¹⁰¹ ATAMER, Karşılaştırmalı Olarak Denetim, s. 10; AYDOĞDU/ KAHVECİ, Sözleşmeler Hukuku, s. 19, 20; ALTOP, Genel İşlem Koşulları, s. 4; AKİPEK ÖCAL Şebnem, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Yer Alan Haksız Sözleşme Şartları ile Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel İşlem Koşullarının Bankacılık Sektörü Açısından Değerlendirilmesi, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, 1. Baskı, s. 340; İlgili hükümlerin Alman hukukunda yer alan kişi bakımından sınırlama ve istisnaları için bakınız; AYDOĞDU, Haksız Şartların Denetimi, s. 33, 34; SERDAR, Kişi Bakımından Uygulama Alanı, s. 235, 237

TTK' da yer alan haksız rekabet hükümleriyle TKHK' da yer alan haksız şart hükümleri ve TBK' da yer alan genel işlem şartı hükümlerinin birbirini tamamlamaktadır¹⁰². Burada taleplerin yarışmasından değil, taleplerin toplanmasından¹⁰³ bahsedilebilir. Zira, aynı menfaati koruyan hükümler yarışabilirken aynı tek bir olay sonucunda farklı haklar ihlal edilmişse bu durumda hakların toplanmasından bahsedilebilecek, ihlali gerçekleşen hakların hepsi birlikte ileri sürülebilecektir.

Değinilmesi gereken bir diğer husus iltihaki sözleşmelerdir. İltihaki (katılım) sözleşmeler, yer yer standart sözleşme ile aynı kavram olarak kullanılsa¹⁰⁴ da standart sözleşmelerden çok önemli bir noktada ayrılmaktadır. Tekel hakkına ya da devlet tarafından verilen bir imtiyaza dayanılarak arz edilen hizmeti konu edinen ve arz edene sözleşme yapma mecburiyeti yükleyen iltihaki sözleşmeler; mahiyet gereği aslında standart sözleşmelerin alt türüdür¹⁰⁵. Yani her standart sözleşme iltihaki sözleşme değildir ancak her iltihaki sözleşme bir standart sözleşmedir. Bununla birlikte kavram karışıklığına yol açmamak adına iltihaki sözleşmelere kavram olarak standart sözleşme dememek daha uygun olacaktır. İltihaki sözleşmelerde hukuki ya da fiili¹⁰⁶ tekel duruma veya kanunun ya da yetkili makamların vermiş olduğu izne dayanarak sunulan elektrik, doğal gaz, su, telefon, tren gibi kamu hizmetlerinin arzı sözleşmenin konusunu oluşturur.¹⁰⁷ Bu tarz sözleşmelerde hizmeti sağlayan taraf,

¹⁰² YILMAZ, Genel İşlem Şartı, s. 70, 71, 102

¹⁰³ EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 738, 1185 ve özellikle s. 1201

¹⁰⁴ ZEVLİLER/ AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 159; HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 14; AYDOĞDU, Konu Bakımından Uygulama, s. 6, 7; ASLAN, Tüketici Hukuku, s. 46

¹⁰⁵ ZEVLİLER/ AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 159; HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 12-15; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, s. 301 ve 302; DERYAL Yahya, Tüketici Kredilerinde Haksız Şart Örnekleri ve 6502 sayılı Kanunla Getirilen Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Tüketici Hukuku Özel Sayısı, Sayı: 89, C. 9, Ocak 2014, s. 59

¹⁰⁶ Genel işlem şartlarıyla akdedilmiş olan sözleşmenin karşı tarafça değiştirilmesinin hukuken mümkün olsa da fiilen mümkün olmadığı yönündeki görüş için; ATAMER, Genel İşlem Şartları, s.7

¹⁰⁷ EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 214 ; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, s. 264;

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, Borçlar Hukukuna Giriş, s.501; AYDOĞDU, Konu Bakımından Uygulama, s. 7; AYDOĞDU, Haksız Şartların Denetimi, s. 41, 42; GÜMÜŞ, Şerh, s. 9, 10; "...İdari yargı, idari makamların (örneğin Devletin, Belediyenin vs.) kamu hukuku alanındaki girişimlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesi ile meşgul olur. Öyle ise idare; bir işlemi, eylemi veya sözleşmeyi yaparken özel hukuk kişilerinin üstünde bir kamu tüzel kişisi olarak hareket etmişse; uygulanacak hukuk İdare hukukudur ve böyle bir idari işlem, eylem veya sözleşmeye ilişkin dava idari kaza mercilerinde görülür. Fakat davalı Belediye her ne kadar bir kamu tüzel kişisi olup, gördüğü hizmet kamu hizmeti ise de; davacı taraf belirli şartlara uyarak (intibak ederek) ve bedel vermek suretiyle faydalandığı bu tür sözleşmeler (su abonman sözleşmesi) iltihaki sözleşmeleridir. İltihaki sözleşmeler; bir kamu hizmeti ifa edip hukuken veya eylemli olarak (fiilen) tekel durumu arz eden ve halkın bağlanması gereken (nakliye müesseseleri, elektrik, havagazyı da

sunulan hizmetten yararlanmak için başvuran herkesle sözleşme yapma mecburiyetindedir¹⁰⁸. Sözleşmeyi düzenleyen taraf -devletten imtiyazlı ya da tekel durumunda olan hizmet/mal arz eden taraf- hizmetin verilmesi ile ilgili olarak sözleşme hükümlerini önceden tek taraflı olarak ileride başvuran herkes ile akdetmek üzere belirlemektedir. İltihaki sözleşmelerin kamu nitelikli olması genel işlem şartı denetiminin işlemeyeceği anlamına gelmemelidir¹⁰⁹. OĞUZMAN/ ÖZ ve

PTT, su işletmeleri gibi) teşebbüslere ait formüle edilmiş sözleşmeleri ifade eder. Yukarıda sözü edilen teşebbüsler Devlet (kamu idaresi) ya da yerel yönetimler veya kamu kurumları tarafından işletildiği vakit, bunların ticari bir teşebbüs teşkil edeceği, bu kurumlarla fertler arasındaki ilişkinin özel hukuk kurallarına tabi olacağı cihetle bunun sonucu olarak anılan işler karşısında kişinin durumunun tamamen sözleşmesel (akdi) nitelikte bulunduğunu kabul etmek gerekir. Bu gibi durumlarda genellikle kişinin bu hizmetten yararlanması yukarıda anılan sözleşme (abonman sözleşmesi) ile mümkün olduğundan ve sözleşme özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğundan, bu yüzden çıkan uyuşmazlıkların dahi özel hukuk kurallarıyla çözümlenmesi gerekecektir..."3. YHD, 02.06.1998, E. 1998/4263, K. 1998/6098 ; "... İltihaki sözleşmeler (Contrata d'adhesion); bir kamu hizmeti ifa edip hukuken veya eylemler olarak (fiilen)tekel durumu arzeden ve halkın bağlanması gereken (nakliye müesseseleri elektririk, havagazı ya da PTT. Su İşletmeleri gibi)teşebbüslere ait formüle edilmiş sözleşmeleri ifade eder. Bu sözleşmelerin ayırıcı tarafı, halkın bunları ya kabul yahut reddedebilmesindedir. Teşebbüsün, yerine getirmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmeti gereğince icap, genel ve devamlı bir nitelik taşır, herkes her zaman böyle bir icabı kabul edebilir. Bu itibarla teşebbüs, icabı kabul eden bir özel ya da tüzel kişi ile (eğer o kişi gerekli şartları haiz ise)sözleşme yapmaktan kaçınamaz ve hele tekel durumunun kötü niyetle istismarı niteliğinde şartlar ileri süremez. (Dr. H. Becker - İsviçre Medeni Kanunu Şerhi - VI. Cilt - Borçlar Kanunu - 1. Kısım Genel Hükümler - Fasikül I - Dr. Bülent Olcay çevirisi - Ankara 1967 - Sayfa 25, N. 44/4). Hatta Becker, bu konuda daha ileri gitmekte ve aynen sürekli iş ilişkilerinde, alacaklı, eski borç bakiyeleri nedeniyle, kendi edasını (taahhüdünü)bu borcun ödenmesine kadar talik edebileceği halde, örneğin su işletmesinin, konkordato borçlusuna içme veya kullanma suyu göndermeyi, konkordatoda kendisine düşen alacak hissesinin ödenmesi şartına bağlayamaz. (age. - 25). İltihaki sözleşmelerin niteliği, konusu 5.4.1944 gün ve 12 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da etraflı olarak dile getirilmiştir. Taraflardan biri olan idarenin, evvelden birtakım şartları hazırlayarak bunları bir icap şeklinde umuma arz ve ferdin bu şartları zimnen kabul suretiyle hizmetten faydalanması şeklinde tecelli ve tezahür eden ve özel hukuk alanında sigorta ve nakliye mukaveleleri gibi emsali bulunan bu sözleşmeler de onların tamamen aynıdır. Bunlar özellikle, ticari veya sınai niteliği daha kuvvetli görülen teşebbüsler olup Demiryolları, tramvay ve diğer nakil vasıtaları, su, havagazı, telefon, radyo, televizyon gibi faaliyetler bu sınıfa dahil bulunmaktadır. Bu teşebbüsler Devlet (kamu idaresi)ya da mahalli idareler veya kamu kurumları tarafından işletildiği vakit, bunların ticari bir teşebbüs teşkil edeceği, bu kurumlarla fertler arasındaki ilişkinin özel hukuk kurallarına tabi olacağı ve bunun sonucu olarak anılan işler karşısında ferdin durumunun tamamen akdi nitelikte bulunduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim fertlerle anılan idareler (Demiryolları, telefon, gaz, elektrik, su gibi) arasındaki ilişkinin kural ve hükümleri, akdedilen ve "abonman mukavelesi" denilen bir mukavelename ile düzenlenir. Bu gibi hallerde ekseriyetle ferdin bu hizmetten yararlanması yukarıda anılan mukavelename (abonman sözleşmesi)ile mümkün olduğundan ve bu sözleşme (özel hukuk sözleşmesi)niteliğinde olduğundan, bu yüzden çıkan uyuşmazlıkların dahi özel hukuk kurallarıyla ve genel mahkemelerde çözümlenmesi gerekecektir..." Y. 4 HD 16.06.1975, E. 1975/3743, K. 1975/7667

¹⁰⁸ Kamu hizmetlerini sağlama hususunda sözleşme yapma mecburiyeti için bakınız; EREN, Borçlar Hukuku Genel, s.304-306; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, s. 264; KOCAYUSUFPASAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 501

¹⁰⁹ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s.63; HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 80; OĞUZMAN/ ÖZ, Borçlar Hukuku Genel, s. 166, 167; SERDAR, Kişi Bakımından Uygulama Alanı, s. 230-234; ASLAN, Tüketici Hukuku, s. 58, 59; "... Türk Telekom ve GSM operatörleri ve belediyelerin su idareleri gibi yaygın şekilde kamu hizmeti sunan kişiler de bu hükümlere tabidir.", AYDOĞDU, Kişi Bakımından Uygulama, s. 599

REİSOĞLU' nun ortak görüşüne göre ise standart sözleşme ile iltihaki sözleşmenin farkı; iltihaki sözleşmede hükümlerinin tamamının önceden sözleşmenin bir tarafınca hazırlanmış olmasıdır¹¹⁰. Düşünceye göre eğer sözleşme hükümlerinin birkaç tanesi değil de tamamı önceden tek yanlı olarak düzenlenmişse bu durumda iltihaki sözleşme olarak adlandırılabilir. Karşı taraf sözleşmeyi ya tamamen kabul edecek ya da tamamen ret edecektir. OĞUZMAN/ ÖZ' ün REİSOĞLU' ndan ayrıldığı nokta ise; sözleşmenin bazı hükümlerinin taraflarca üzerinde anlaşma sağlanarak düzenlediği, geri kalan hükümler için de önceden hazırlanmış olan genel işlem şartlarına yollama yaptığı durumlardır. OĞUZMAN/ ÖZ' e göre bu durumda sözleşme artık iltihaki sözleşme olarak değerlendirilemeyecektir. Kredi kartı sözleşmeleri de bu duruma örnek gösterilmiştir¹¹¹. Ancak REİSOĞLU, banka kredi sözleşmelerinin özel şartlar kısmında yer alan faiz oranı, kredi miktarı gibi hükümlerinin müzakere edilmesinin sözleşmenin iltihaki sözleşme olma niteliğini zedelemeyeceğini belirtmektedir¹¹². Ancak TBK m. 20/5 uyarınca kanun koyucu; sözleşmenin bir kısmının tartışma konusu edilip edilmediğine bakmaksızın, sözleşmenin hazırlayan tarafının kamu kaynaklı olmasının sözleşmeyi denetimden kurtarmayacağını açıkça hüküm altına aldığından sözleşme koşullarını hazırlayan tarafın kamusal nitelik taşıması genel işlem şartı hükümlerinin uygulanması bakımından fark yaratmayacaktır¹¹³.

2.2. Tüketici Sözleşmelerinin ve İçeriğinin Genel İşlem Şartları ile Düzenlenmesi

Genel işlem şartları düzenleyenin her müşteri ile ayrı ayrı, aynı içerikteki sözleşmeyi düzenleyerek zaman ve emek kaybının önüne geçer, ticareti daha hızlı hale getirerek aktifleştirir. Her defasında uzun uzun müzakere edilerek aynı sözleşmenin çok sayıda müşteriyle yapılması, çağın değişen ve gelişen ekonomisi ile uyum sağlamayacaktır. Bunun yanında her defasında ayrıntılı olarak sözleşme akdeden taraflar zaman içinde bıkip sözleşmede bulunması gereken hükümlere

¹¹⁰ REİSOĞLU Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, 24. Baskı, s. 70, 71

¹¹¹ OĞUZMAN/ ÖZ, Borçlar Hukuku Genel, s. 124;

¹¹² REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel, s. 70, 71

¹¹³ SERDAR, Kişi Bakımından Uygulama Alanı, s. 230-232; ŞEKER, Yazılmamış Sayılma, s. 18

dikkat etmez hale gelebilecektir¹¹⁴. Düzenleyen genel işlem şartları kullanarak, ileride ortaya çıkabilecek hukuki sorunları önceden düşünüp bunlara karşı önlemler alacak, riskini ve olası zararlarını hesaplayacak, daha sağlıklı hukuki ilişkiler kuracaktır¹¹⁵.

Ayrıca, genel işlem şartlarını kullanan taraf, aynı konu hakkında farklı sözleşme kurması da ticari hayat açısından sakınca doğuracağından genel işlem şartları kullanılarak oluşturulan standart sözleşmeler, aynı mal ya da hizmeti konu edinen ancak farklı müşterilerle akdedilen sözleşmeleri tek bir sözleşmede birleştirip her müşteriye tek tip sözleşme sunulmasını sağlayacaktır¹¹⁶. Bu durumda da müşteri öngörebileceği bir sözleşmeyi kabul ederken bu sözleşmenin birçok kişi ile de yapıldığı bilinciyle rahatsızlık yaşamadan sözleşmeyi kabul edecektir¹¹⁷.

Genel işlem şartları, ticari alandaki kullanım rahatlıkları ve modern ekonomik hayattaki ihtiyaçları karşılama işleviyle fayda sağlarken, çoğu zaman genel işlem şartlarını ayrıntılı bir şekilde inceleme imkanı olmayan karşı tarafın, düzenleyen kadar hukuki bilgiye sahip olmaması tehlike arz edecektir. Zira düzenleyen tek bir standart sözleşme için genel işlem şartlarını hazırlarken tüketici birden çok standart sözleşmede yer alan değişik genel işlem şartlarını anlamak durumundadır. Unutmamak gerekir ki; düzenleyen taraf ticari işi için önem arz eden bu sözleşmeyi, işinde uzman hukuki danışmanların yardımıyla uzun ve ayrıntılı bir şekilde kurabilecekken tüketicinin her an hukuki danışmana gidemeyeceği açıktır¹¹⁸. Bu fiili durum, tüketici açısından satıcı/ düzenleyen karşısında dezavantaj oluşturmaktadır ve karşı tarafın belki de düzenleyenden daha fazla hukuki bilgiye ihtiyacı olduğu gerçeğini ortaya çıkarmaktadır. Karşı tarafın düzenleyenden daha ileri hukuki bilgisinin olduğu varsayımında bile piyasa eşitliği sağlayamayacaktır. Tüketicinin hukuki bilgi eksikliği ve pazar konusunda yeterli bilgi sahibi olmadan reklam gibi çeşitli satış tekniklerine aldanması, tüketicinin satıcı karşısında zihinsel olarak

¹¹⁴ YILMAZ, Genel İşlem Şartı, s. 44

¹¹⁵ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 2 vd.; AYDOĞDU, Haksız Şartların Denetimi, s. 26

¹¹⁶ İNAL Tamer, Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Tüketici hukuku Özel Sayısı, Sayı 89, C.9, Ocak 2014, s. 49

¹¹⁷ YELMEN, Genel İşlem Şartları, s. 63, 64

¹¹⁸ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 35 vd.; ÖZ Turgut, Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, s.1-2 Haziran 2002, s.130; DERYAL Yahya, Tüketici Kredileri, s. 59

güçsüz olmasına neden olmaktadır¹¹⁹. Ayrıca, sözleşmenin ifası sırasında sorun çıktığı takdirde başvurulacak olan genel işlem şartlarını değerlendirip malı/ hizmeti seçmeyecek, mal/ hizmet seçimi konusunda fiyat başrol oynayacaktır. Piyasadaki rekabet dengesinde tutunmak isteyen girişimci de, sağladığı malın ya da hizmetin fiyatını düşürmek için karşı tarafın haklarını kısıtlayan genel işlem şartı kullanma yoluna gidecektir. Günümüzde de rekabet piyasasında kullanılan genel işlem şartları bu amaçlarla aynılaştırmıştır¹²⁰.

Belirttiğimiz üzere; genel işlem şartları önceden tek yanlı olarak, hazırlanan şartlardır. Kural olarak sözleşme tarafları haklarından karşılıklı olarak vazgeçerek anlaşması mümkündür. Ancak genel işlem şartları söz konusu olduğunda; genel işlem şartını kullanan taraf menfaatine aykırı hareket etmez, karşı tarafa şartları dayatır¹²¹. Genel işlem şartını kullanıp sözleşmeyi sunan tarafın, müdahale şansı nedeniyle diğer taraftan daha üstün konumda olduğu açıktır. Burada düzenleyen tarafın sözleşme özgürlüğünden bahsedilse de genel işlem koşullarına etki edememiş olan karşı tarafın, hukuki işlem iradesini özgürce dışa vurduğu söylenemeyecektir¹²². Düzenleyen tarafın sözleşme hükümlerini kendi menfaatine göre tek başına düzenlemesi ve karşı tarafın etki edememesi durumunda karşı taraf, ya sözleşmeyi genel işlem şartları ile birlikte yapmayı kabul edecek, ya da sözleşme yapmaktan vaz geçecektir¹²³. Bu durum sözleşme özgürlüğünü tehdit etmektedir. Karşı tarafın menfaati korunmadığı anda sözleşme özgürlüğü ihlal edilmiş olacak ve tüketicinin korunması için genel işlem şartları denetlenecektir. Ancak SİRMEN' in de belirttiği üzere; tüketicinin korunması için yapılacak olan faaliyetler üretici, satıcı ya da sağlayıcıyı mali olarak yıpratmayacak şekilde dengede olmalıdır¹²⁴. Standart sözleşmelerde kullanılan genel işlem şartlarıyla ihlal edilen sözleşme özgürlüğünün güvence altına alınması için genel işlem şartlarının denetlenmesi ihtiyacı vardır. Bu

¹¹⁹ ÖZEL, Tüketicinin Korunması Hukuku, s. 28-31

¹²⁰ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 38, 39; ATAMER, Karşılaştırmalı Olarak Denetim, s. 68; YELMEN, Genel İşlem Şartları, s. 66, 67

¹²¹ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 31, 32

¹²² HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 20 vd.; Muzaffer ŞEKER, Yazılmamış Sayılma, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Temmuz 2015, s. 23

¹²³ SİRMEN, Genel İşlem Şartı, s. 212; AYDOĞDU, Kişi Bakımından Uygulama Alanı, s. 575; ŞEKER, Yazılmamış Sayılma, s. 22, 23

¹²⁴ SİRMEN, Kanununun Değerlendirilmesi, s. 158

denetim yargısal denetim ve idari denetim yoluyla yapılabilecektir¹²⁵. Denetimden kasıt; genel işlem koşullarının kullanımının yasaklanması değil, düzenleyenin sözleşme özgürlüğünün tüketiciler ve küçük ve orta ölçekli işletmeler lehine olarak sınırlandırılmasıdır¹²⁶. Piyasada taraflardan birinin üstün kontrol gücüne sahip olmasıyla ortaya çıkan sözleşme içeriğinin adil olup olmadığı denetlenecektir. Bu denetleme özellikle genel işlem şartı hükümleri, haksız rekabet hükümleri ve haksız şart hükümleri ile yapılacaktır¹²⁷. Böylece, genel işlem şartları kullanılarak sözleşme rizikosunu tüketicinin üstlenmesine yol açan, tüketicinin haklarını kısıtlayan ya da tamamen kaldıran düzenleyenin; sözleşme özgürlüğünü kendi lehine olarak bozmasının etkileri bir nebze de olsa hafifleyecektir¹²⁸.

2.3. Tüketici İşlem Şartları

2.3.1. Genel olarak tüketici işlem şartları

Ticari ya da mesleki amaçlarla tüketiciye mal/ hizmet sunan ya da bu kişinin adına yahut hesabına hareket eden satıcı/ sağlayıcı ile nihai tüketici arasında yapılan tüketici sözleşmelerinde yer alan genel işlem şartlarına tüketici işlem şartları denmektedir¹²⁹. Tüketici işlem şartları genel olarak TKHK' nu m.5'teki haksız şart hükümlerinde düzenlenmiştir.

TKHK m.5 ve TBK m.20 vd. hükümlerinde görüldüğü üzere "haksız şart" ve "genel işlem şartları" farklı kavramlar olup farklı düzenlemelere sahiptir. Bu iki farklı düzenlemeyi ele alıp, unsurları bakımından bir karşılaştırmaya gitmemiz, kavramlar arasındaki ilişkiyi anlamamız için son derece gereklidir. Genel işlem koşullarının unsurlarını incelediğimizde müzakere edilmemiş olma, sözleşmenin kurulmasından önce tek taraflı olarak hazırlanmış olma, genel ve soyut olma ve son olarak çok sayıda benzer sözleşmelerde kullanılmak üzere hazırlanmış olma

¹²⁵ ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 162; SİRMEN, Kanunun Değerlendirilmesi, s. 158; AYDOĞDU, Haksız Şartların Denetimi, s. 68; ASLAN, Dersler, s. 171, 172

¹²⁶ YENİOCAK Umut, Borçlar Kanunu Hükümlerine göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, TBBD, Sayı 107, Temmuz-Ağustos 2013, s. 77, 96

¹²⁷ AYDOĞDU, Konu Bakımından Uygulama, s. 3, 36; YILMAZ, Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı, s. 46, 47, 58, 59

¹²⁸ ULUSAN İlhan, Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, Sayı 1-2, Aralık 2005, s. 29

¹²⁹ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 16 vd. ANTALYA' ya göre ise söz konusu şartları tüketici standart sözleşmeleri olarak adlandırmaktadır; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, s. 295, 296

karşımıza çıkar. Haksız şartın unsurlarını incelediğimizde ise tüketici ile müzakere edilmemesi ve sözleşme hükmünün dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olmasıdır. Genel işlem koşullarının unsurlarının bulunduğu tespit edilmiş olan şartlar artık denetime tabi olacaklardır. TBK' da öngörölmüş olan yargısal denetimler; yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimidir. Haksız şartın denetimi konusunda da yargısal denetimde dürüstlük kuralı, orantısızlık kriteri, şeffaflık kuralı ve açıklık kuralı kıstasları rol oynayacaktır.

Piyasa koşulları konusunda satıcı/ sağlayıcı kadar iyi bilgisi olmayan tüketicinin korunması gerektiğinden¹³⁰, tüketici ile yapılan sözleşmelerde işlem koşulları ile ilgili korumanın cinsi ve mahiyeti değişecektir. Zira, basiretli bir işadama gibi hareket etmesi beklenen tacir ile, ticaretle içli dışlı olmamış olan tüketicinin eşit derecede bilgi sahibi olması beklenemez. Genel işlem şartlarının kullanımına alışık olan tacirler tüketicilerden daha farklı konumdadır. Serbest piyasa ekonomisinde rolü olan tacirlerin söz konusu hukuki işlemi yapma konusunda hem tecrübeleri vardır, hem tüketicinin sahip olduğu çekincelere sahip değildir hem de ticari işlerinde gerekli hukuki danışmanlığı alma konusunda organizasyon sahibidirler. Ayrıca tacirler genel işlem şartlarıyla akdedilerek önüne getirilmiş olan bu sözleşme nedeniyle görecekları zararları kendi müşterilerine yansıtabilecektir. Bu anlamda tacir tüketiciden daha az baskı altındadır¹³¹. Bu nedenle ki tüketicinin tacirlerle nazaran daha sıkı korunması¹³² ve TTK' daki haksız rekabet hükümlerine göre de genel düzenleme olan Borçlar Kanununun genel işlem şartları hükümleri ile özellikle tüketicileri koruyan haksız şart düzenlemelerinin –unsurları ve yaptırımları bakımından- farklı olması gerekmektedir. Zira haksız rekabet düzenlemesinde amaç; dürüstlük kuralına aykırı olarak müşteriyle müzakere etmeden düzenlenen genel işlem şartlarının girişimci tarafından kullanılmamasını sağlamak ve hem müşterinin hem de rakibin korunmasını sağlayarak piyasadaki rekabet ortamının sağlıklı tutmaktır¹³³.

¹³⁰ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 20 vd.

¹³¹ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 92

¹³² YILMAZ, Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı, s. 100, 101

¹³³ UZUNALLI, Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetim, s. 415

2.3.2. Sözleşmede bulunması kanunen zorunlu tutulan tüketici işlem şartları

Tüketici işlem şartları ile ilgili düzenlemeleri TKHK m. 5' te düzenlenen haksız şart hükümlerinin yanında, TKHK' nunda özel olarak düzenlenmiş hükümlerde de görmek mümkündür. TKHK' da özel olarak düzenlenmiş olan sözleşme türlerinin asgari içerikleri yönetmeliklerce belirlenmiş, sözleşmelerde var olması gereken bilgiler açıkça sayılmıştır. İlgili tüketici sözleşmesinde yer alması gereken bilgiler açıkça sayılmıştır. İlgili tüketici sözleşmesinde yer alması kanunen zorunlu hale getirilmiş olan bu bilgiler, satıcı/ sağlayıcı tarafından tamamlanarak tüketiciye sunulacaktır. Örneğin, paket tur düzenleyicisi hazırlayacağı tur sözleşmesinde kanunen zorunlu olan şartları kullanacak, ve kanunun istediği bilgileri tek başına tayin edip müşterilerine sunacaktır. Sözleşmelerde bulunması zorunlu tutulmuş hükümlerin bu şekilde işlem şartı mahiyeti alması ile de *kanuni tüketici işlem şartları* ortaya çıkacaktır.

Taksitle satış sözleşmesinde (29236 sayılı TSSHY m. 6), tüketici kredisi sözleşmesinde (29363 sayılı TKSY m. 11-12), konut finansmanı sözleşmesinde (29369 sayılı KFSY m. 9), ön ödemeli konut satış sözleşmesinde (29188 sayılı ÖÖKSHY m.7), iş yeri dışında kurulan sözleşmelerde (29236 sayılı İYDKSY m.7/1), finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde (29253 sayılı FHİMSY m. 7/1), devre tatil ve uzun süreli tatil sözleşmesinde (29236 sayılı DTVUSTHSY m. 6/1), paket tur sözleşmesinde (29236 sayılı PTSY m. 5/2, 6/1), abonelik sözleşmelerinde (29246 sayılı ASY m.6/1) bulunması gereken zorunlu içerikler açıkça düzenlenmiştir.

Bunun yanında TKHK' da veya yönetmeliklerde, ayrıca özel olarak düzenlenerek hüküm altına alınan, sözleşmede bulunması zorunlu tutulmuş çeşitli hükümler de bulunmaktadır. Örneğin; tüketici kredisi sözleşmesinde 29363 sayılı TKSY m. 14/1 uyarınca; efektif yıllık faiz oranları ve m.21/1 uyarınca limit aşımına izin veren mevduat hesabı açılmasına ilişkin sözleşmede de akdi faiz oranı ve bu orana ilişkin şartlar hakkında bilgilerin sözleşmede yer almak zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Konut finansmanı sözleşmelerinde 29369 sayılı KFSY m. 16/1 uyarınca yıllık maliyet oranının da sözleşmede bulunması gereken unsur olarak ifade edilmiştir. İş yeri dışında kurulan sözleşmelerinde 2936 sayılı İYDKSY m.24/8 uyarınca doğrudan satış şirketinin zorunlu içeriğe ek olarak yer vermesi gerekli olan bilgiler açıkça hüküm altına alınmıştır. TKHK m.49/2 uyarınca finansal hizmetlere

ilişkin mesafeli sözleşmelerde cayma hakkı, tüketicinin kabul beyanı vermesi halinde yükümlülük haline gireceği hüküm altına alınmıştır. Devre tatil ve uzun süreli tatil sözleşmesinde 29236 sayılı DTVUSTHY m.6/1 uyarınca zorunlu içeriğin yanında tüketicinin adı ve soyadı, açık adresi ile diğer iletişim bilgileri, tarafların imzaladığı yer ve tarihe ilişkin bilgilerin sözleşmede bulunması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Paket tur sözleşmesinin 29236 sayılı PTSY m. 6/1 uyarınca zorunlu içeriğin yanında ayrıca ödeme planı ve şekli, sözleşmeden dönme ve fesih şartları gibi sayılan bilgilerin bulunması gerektiği belirtilmiştir.

2.BÖLÜM

Tüketici İşlem Şartlarının Sözleşme İçeriğine Dahil Olması

1. Genel Olarak

Sözleşme, TBK m.1 uyarınca tarafların iradelerinin birbirine uygun düşmesi ile kurulur. Sözleşme taraflarının beyanlarının birbirine uygun olup olmadığı konusunda uyumsuzluk olduğunda, tarafların irade beyanlarının güven teorisi çerçevesinde yorumlanması gerekir¹³⁴. Tarafların davranışı, dürüstlük kuralı içinde karşı tarafın davranışın anlamını bildiği veya bilmesi gerektiğinden yola çıkarak güven teorisine göre yorumlanır¹³⁵. Söz konusu teoriyle işlemin iki tarafının da çıkarlarının korunması amaçlanmaktadır¹³⁶. Böylece sözleşmenin hangi içerikle kurulduğu anlaşmaya varılan hükümler çerçevesinde belirlenir.

Sözleşmenin içeriğinin genel işlem şartları ile düzenlenmesi halinde de TBK m.1 vd. na göre bu şartların sözleşmeye alınması için iki tarafın uygun iradesi gerekmektedir¹³⁷. Tarafların kullandığı genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olup olmadığı belirlenirken de güven teorisinden yararlanılacaktır¹³⁸. Bunun için sözleşmenin kurulmasına yönelik icap, genel işlem şartlarını kullanma iradesini de içermeli ve karşı taraf, genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasını kabul etmelidir.

Alman Hukukunda genel işlem şartları hakkında yasanın çıkarılmasından önce; işlem şartlarına açıkça yollama yapılmasa bile müşterinin şartları bildiği veya bilmesi gerektiği söylenebiliyorsa, müşteriye "bilme yükümlülüğü" yüklenerek, genel işlem şartları müşteri için bağlayıcı hale gelmekteydi¹³⁹. İsviçre Hukukunda ve 6502 sayılı kanun öncesi Türk Hukukunda ise müşterinin "bilme yükümlülüğü" güven ilkesi ile yumuşatılmıştır¹⁴⁰. Müşterinin genel işlem şartlarının varlığı konusunda açıkça bilgilendirilmediği durumlarda; müşteri genel işlem şartının varlığını biliyor veya dürüstlük kuralına göre durum ve şartlardan girişimcinin şartları sözleşme içeriği haline getirmek istediğini biliyorsa, güven teorisi uyarınca, müşteri genel işlem

¹³⁴ OĞUZMAN/ ÖZ, Borçlar Hukuku Genel, s. 70; EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 229, 230; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, s. 76, 77

¹³⁵ EREN, Borçlar Hukuku Genel, 16. Baskı, s. 231

¹³⁶ EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 152

¹³⁷ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 80; HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 109

¹³⁸ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 81

¹³⁹ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 121

¹⁴⁰ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 122

şartlarını göz önünde tutarak sözleşmeyi kabul etmek zorundadır¹⁴¹. Genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriği olup olmadığının tespiti için söz konusu ölçütler zamanla yerini TBK m. 21' de bağlayıcılık denetimi' ne¹⁴² bırakmıştır¹⁴³.

6502 sayılı TKHK m. 83 uyarınca kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümlerin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. 6502 sayılı kanunda tüketici sözleşmelerinde yer alan genel işlem şartları hakkında bağlayıcılık denetimi öngörülmemiştir. 6502 sayılı kanunun eksik kaldığı bu durumda da genel kanun olan TBK m.21 mahiyeti uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır¹⁴⁴. Genel işlem şartı niteliği taşıyan haksız şartların sözleşme ile ilişkilendirilmesi noktasında TBK m.21 devreye girecektir. Ancak müzakere edilmemiş olan söz konusu haksız şartlar, sözleşme ile ilişkilendirilerek birel sözleşme halini alamazlar.

Tüketici sözleşmelerindeki genel işlem şartlarının, sözleşmenin içeriğine dahil olup olmadığının belirlenebilmesi için ilişkilendirme anlaşmasının varlığı aranacaktır¹⁴⁵. Sağlıklı bir ilişkilendirme anlaşmasının varlığı halinde, genel işlem şartları sözleşmeye dahil olabilecektir. Genel işlem şartları, tüketici sözleşmesi içeriğine dahil olduğu zaman, söz konusu şartların 6502 sayılı TKHK m.5 uyarınca haksız şart olup olmadığı denetlenebilecektir.

Tacirler arasında akdedilen sözleşmelerde güven teorisi uyarınca; taraflar hiç görmediği bir metinle bağlı kalmalarına rağmen tüketici karşısında girişimcinin korunmaya değer bir yararından bahsetmemiz mümkün olmayacaktır¹⁴⁶. Zira güven teorisinin tüketiciye uygulandığı durumda tüketici, satıcı/ sağlayıcının genel işlem şartlarını kullandığını biliyorsa ya da hal ve şartlardan bilmesi gerekiyorsa, genel işlem şartlarını bilmesi beklenecektir. Böylece tüketici, aleyhine olabilecek genel

¹⁴¹ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 121, 122

¹⁴² Bağlayıcılık denetimine aynı zamanda kapsam denetimi, yürürlük, geçerlilik denetimi de denmektedir. Bknz.; ZEVKLİLER / AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 164; AYDOĞDU, Tüketici Hukuku, s. 216; ŞEKER, Yazılmamış Sayılma, s. 27

¹⁴³ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 121, 122

¹⁴⁴ AYDOĞDU, Tüketici Hukuku, s. 216, 222; AKİPEK ÖCAL Şebnem, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Konu Bakımından Uygulama Alanı, Yaşar Üniversitesi Genel İşlem Şartları Sempozyumu, İzmir Barosu Dergisi, Sayı:3, Eylül 2015, s. 194; ZEVKLİLER Aydın / ERTAŞ Şeref / HAVUTÇU Ayşe / AYDOĞDU Murat / CUMALIOĞLU Emre, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2013, 2. Baskı, s. 128; DOĞAN, Genel İşlem Koşulları, s. 460

¹⁴⁵ ULUSAN İlhan, Türk Borçlar Kanunu'ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler, Prof. Dr. Aydın Zevkliler' e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Cilt 8, Özel Sayı, İzmir 2013, s.1224

¹⁴⁶ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 82

işlem şartlarını bilme yükümlülüğünü üzerinde taşımak zorunda kalır. Bu nedenle Tüketicinin Korunması Hukukunda güven teorisi ile yetinmeyip TKHK ile sözleşme metni içine dahil olacak olan bilgiler hakkında ön bilgilendirme yükümlülükleri getirilmiştir. Bu düzenlemeler özel olarak ilişkilendirme bakımından anlam taşımaya da tüketicinin genel işlem şartlarından ve içeriğinden önceden haberdar olmasını sağlayarak, ilişkilendirme aşamasında tüketici için güven teorisi çerçevesinde yorum yapılması engellemiş olur.

6908 sayılı TBK' nun hem genel hem de madde gerekçesinde de belirtildiği üzere; sosyal ve ekonomik gelişmelerle birlikte kitlesel, katılnmalı ya da formüller sözleşme modeli denilen sözleşme modellerinin ortaya çıkmasıyla, müşteri müzakere ederek içeriğine müdahale edemediği koşullarda sözleşme yapmaya zorlanmakta olduğundan, müşterinin yasalarla korunması gereği genel işlem şartları hükümlerinin düzenlenmesini zorunlu kılmıştır. Bu çerçevede kanun koyucu TBK m.21 ile genel işlem şartlarının varlığı hakkında tüketicinin açıkça uyarılması ve bu hususta bilgilendirilmesi külfetini satıcı/ sağlayıcıya yüklenmiştir. TKHK ve ilgili yönetmeliklerle ise satıcı/ sağlayıcıya tüketicinin aydınlatılması yükümlüğü yüklenmiştir. Tüketicinin aydınlatılması, TBK m.21 ile getirilen tüketicinin uyarılması ve bilgilendirilmesi kavramından daha geniş bir anlam içerir. Şöyle ki; tüketicinin aydınlatılması kapsamına genel işlem şartları hakkında yapılacak olan bilgilendirmenin yanında ayrıca yapılacak işlem nedeniyle edineceği kanuni hakları ve akdedilen birel sözleşme de girmektedir. TKHK m.4 ve ilgili hüküm ve yönetmeliklerle getirilmiş olan ön bilgilendirme yükümlülüğü sayesinde satıcı/ sağlayıcının, pazarlama ve reklam taktikleri kullanarak piyasa koşulları hakkında yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olmayan¹⁴⁷ tüketicinin yapılan işlem hakkında karanlıkta bırakılmasının önüne geçilecektir. Zira 6502 sayılı kanunun genel gerekçesinde de belirtildiği gibi tüketicinin bilgilendirilmeden sözleşme kurmasını önlemek amacıyla, sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada taraflar arasındaki dengesizliğini gidermek amacıyla tüketicinin bilgilendirilmesi yükümlülükleri getirilmiştir. Böylece, satıcı/ sağlayıcı doğru ve eksiksiz bilgiyi entelektüel açıdan güçsüz¹⁴⁸ tüketiciye verme yükümlülüğünü taşımaktadır¹⁴⁹. Görüldüğü üzere genel

¹⁴⁷ ZEVKLİLER / AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 45; HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 20

¹⁴⁸ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 54; ÖZEL, Tüketicinin Korunması Hukuku, s. 27-29

işlem şartlarıyla ilgili TBK m. vd. hükümler ile tüketicinin aydınlatılması için TKHK ve ilgili yönetmeliklere getirilen hükümlerin koruduğu menfaatler birbirinden farklı olsa da kesiştiği noktalar mevcuttur.

TKHK ve çıkarılan yönetmelikler ile tüketicinin aydınlatılması yükümlülüğü kapsamında sözleşme şartları hakkında ön bilgi verme ve sözleşme örneğini verme yükümlülükleri öngörülmüştür. Böylece TBK m.21 vd.' da öngörülmüş olan genel işlem şartlarına göre TKHK, daha ileri bir koruma sağlayarak düzenleyene genel işlem şartları açısından tüketiciyi aydınlatma yükümlülüğü verilmiştir. Tüketicinin aydınlatılması için yerine getirilmesi gereken hükümler; TBK m.21 vd. hükümleri, TKHK' da bu konudaki temel ilke olarak hüküm altına alınan m.4 ve kanunda düzenlenen tüketici sözleşmeleri için uyarının kapsamı, şekli ve yapıma zamanı ile ilgili olarak özel düzenlenmiş hükümlerdir. Tüketici sözleşmelerinde düzenleyen, diğer sözleşmelerden farklı olarak, genel işlem şartları hakkında bilgi verme ve özellikle tüketici sözleşmeleri bakımından genel işlem şartlarını ve sözleşmenin geri kalan kısmının bir örneğinin tüketiciye verilmesi yükümlülüğünü sırtında taşımaktadır. TKHK ile birel sözleşme arz eden hükümler yanında standart sözleşme özelliği taşıyan hükümler hakkında da tüketicinin aydınlatılması gerekecektir¹⁵⁰.

2. İlişkilendirme Anlaşması

İlişkilendirme anlaşması, sözleşmenin taraflarının genel işlem şartlarının sözleşme içeriğine dahil olması hakkında anlaşmalardır. Doktrinde ilişkilendirme anlaşmasına aynı zamanda "ithal" ya da "yükleme anlaşması" da denmektedir¹⁵¹. Bu anlaşma sayesinde tüketici genel işlem şartlarından haberdar olmakta ve şartları inceleme olanağına kavuşmaktadır.

İlişkilendirme anlaşması ile birlikte taraflar arasında kurulan esas sözleşme kısmen ya da tamamen genel işlem şartlarından oluşabilecek, genel işlem şartları bireysel sözleşmenin parçası haline gelecektir¹⁵². Ancak ilişkilendirme anlaşması hangi sözleşme hakkında yapılmışsa sadece o sözleşme için geçerli olacaktır. Yani, geleceğe yönelik tek bir ilişkilendirme anlaşması yapıp, bundan sonra yapılacak tüm

¹⁴⁹ ASLAN, Dersler, s. 21, 54, 55

¹⁵⁰ HAVUTÇU, Külfetler, s. 256

¹⁵¹ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 106; İNAL, Haksız Şartlar, s. 50; AÇIKGÖZ, Mobil Haberleşme, s. 252;

¹⁵² HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 106; ŞEKER, Yazılmamış Sayılma, s.11

sözleşmelerdeki genel işlem şartlarına atıf yapmak, o sözleşmelerdeki genel işlem şartlarını bağlayıcılık denetiminden geçirmeyecektir¹⁵³. Ancak elbette taraflar ileride akdedecekleri sözleşmelerde atıf yapmak üzere standart koşullar akdederse, bu durumda kullanılan genel işlem şartları hakkındaki ilişkilendirme anlaşması da bir defa yapılacaktır. Ancak, her yapılan anlaşmada ilişkilendirme anlaşmasının varlığı da aranacaktır. İleride akdedilecek sözleşmelerde uygulanacak şartları ihtiva eden çerçeve sözleşme niteliğindeki tek satıcılık ve franchising sözleşmeleri gibi sözleşmelerde, ilişkilendirme anlaşmasının varlığı için şartlar hakkında uyarı yapılması ve şartların içeriğini öğrenme imkanı sağlanması koşulları ileride yapılacak her sözleşme için ayrı ayrı aranmayıp, sadece çerçeve sözleşmede ilişkilendirilme yapılması yeterli olacaktır¹⁵⁴.

Ancak değinmek gerekir ki, ilişkilendirilmemiş genel işlem şartları hakkında tüketici TKHK anlamında aydınlatılmış olabilir ya da ilişkilendirilmiş olan şartlar hakkında tüketici aydınlatılmış olabilir. İlişkilendirme, TBK m.21 ile sağlanacaktır. TKHK ve ilgili yönetmeliklerde getirilen düzenlemeler uyarınca tüketici aydınlatılacaktır. Bu anlamda iki müessese birbirinden farklıdır. İlişkilendirilmemiş olan şartlar TBK m.21 anlamında yazılmamış sayılacak, TKHK ve ilgili yönetmeliklerde yer alan ve tüketicinin aydınlatılmasını amaçlayan düzenlemelerin yerine getirilmemesi sonucu ise idari para cezası söz konusu olacaktır.

2.1. İlişkilendirme Anlaşmasının Hukuki Niteliği

İlişkilendirme anlaşmasını tespit ederken; genel işlem şartlarının varlığı hakkında açıkça bilgilenilmesi için karşı tarafa uyarı yapıp yapmadığı ve aynı zamanda genel işlem şartlarının içeriğinin öğrenilmesinin karşı tarafa sağlanıp sağlanmadığı incelenmektedir. Bunlar bir anlamda genel işlem şartlarını kullanan tarafın *külfetleridir*¹⁵⁵. Külfet (yüküm), kanun tarafından kişiye yüklenen davranıştır¹⁵⁶. Kanun, haklardan doğan yetkilerin kullanılmasını külfetin ifasına bağlamış olabilir¹⁵⁷. Külfet yerine getirildiği zaman hak kazanılır, kaybedilir ya da korunur. Külfet yükümlüsü, söz konusu davranışı yerine getirmedeği duruma kendi

¹⁵³ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 106

¹⁵⁴ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 111; HAVUTÇU, Külfetler, s. 241, 254

¹⁵⁵ HAVUTÇU söz konusu koşulları külfet olarak tasniflenmiştir.; HAVUTÇU, Külfetler, s. 242 vd.

¹⁵⁶ EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 45

¹⁵⁷ ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, s. 15

lehine doğacak bir hakkı kazanamayacak ya da kaybedecektir¹⁵⁸. Bir davranışın yükümlülük olduğu halde, karşı taraf dava yoluyla kişiyi davranışa zorlayabilecekken külfette, karşı taraf kişiyi davranışa zorlayamayacak, kişi sadece aleyhe duruma katlanmak zorunluluğuyla yüzleşecektir.

Genel işlem şartlarının varlığı hakkında açıkça bilgilendirilmesi için karşı tarafa uyarı yapılması ve aynı zamanda da genel işlem şartlarının içeriğinin öğrenilme olasılığının karşı tarafa sağlanması; ifası kanunen zorunlu kılınmış bir fiil değil, bir külfettir. Söz konusu şartlar gerçekleşmediğinde TBK m.21 uyarınca şartlar yazılmamış sayılacak, düzenleyen genel işlem şartlarıyla kazandığı hakları yitirecektir.

2.2. İlişkilendirme Anlaşmasının Unsurları

2.2.1. İlişkilendirme Hususu Açısından Tarafların Karşılıklı İrade Beyanlarının Varlığı

Bir sözleşmenin sağlıklı olarak kurulabilmesi için sözleşme taraflarının unsurları üzerinde tartışması ve anlaşması gerekmektedir. Tartışılıp anlaşılmayan unsuların tarafların iradelerini yansıttığı söylenemeyecektir. Tarafların hukuki iradelerini net bir şekilde tespit etmek bu hususta çok önemlidir. Genel işlem şartlarını ihtiva eden sözleşmeyi kullanan taraf ile karşı tarafın iradelerini ayrı ayrı tespit edip buna göre değerlendirmeye gitmek gerekmektedir. Bu anlamda; iki taraf da iradelerini açık ya da örtülü şekilde ifade etmiş olabilecektir. Bağlayıcılık denetiminin görevi de, genel işlem şartlarının karşı tarafın kabul ettiği sözleşme hükümlerinden biri olup olmadığını tespit etmektir¹⁵⁹.

¹⁵⁸ EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 45; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, s. 15; KILIÇOĞLU Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ekim 2015, 19. Baskı;

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 32, 33
¹⁵⁹ HAVUTÇU, Külfetler, s. 242 vd.

2.2.1.1. Açık İrade Beyanları ile İlişkilendirme Anlaşmasının Kurulması

2.2.1.1.1. Satıcı/ Sağlayıcının Genel İşlem Şartlarının Kullanımı Konusunda Açık İrade Beyanında Bulunması

İrade beyanı anlamsal olarak hiçbir karışıklığa yol açmadan net bir şekilde anlaşılabilirse, açık irade beyanından söz edilebilecektir. Açık irade beyanı söz, yazı ya da herhangi bir işaret ile karşı tarafa ulaştırılabilecektir¹⁶⁰.

Tüketici sözleşmesinde satıcı/ sağlayıcı; genel işlem şartlarını kullanacağını açıkça ifade etmeli, tüketici de açıkça bu şartları kabul etmelidir. Satıcı/ sağlayıcı, sözleşmenin metninde genel işlem şartlarına yer vermeli ya da sözleşmenin arka tarafında, ekinde ya da ayrı bir belgede yer alan şartlara sözleşmenin ön yüzünde atıf yaparak genel işlem şartlarını kullanma iradesini açıkça ifade etmelidir¹⁶¹. Genel işlem şartlarının kullanılacağı yönünde yapılacak açık bilgilendirme için; sözleşme metninin arka yüzünde, ayrı bir belgede ya da sözleşme ekinde yer alan genel işlem şartlarının varlığının ve bu şartların sözleşme ile ilişkilendirilmesinin amaçlandığının; sözleşme metninde yapılacak atıfla ya da sözlü yapılacak uyarıyla açıkça anlaşılabilir olmalıdır¹⁶². Metnin ön yüzünde yer alacak genel işlem şartları için ise, tüketicinin şartların varlığından haberdar olmadığı söylenemeyecektir, yeter ki tüketici genel işlem şartları içeren sözleşme metnini inceleme fırsatına haiz olsun¹⁶³.

TKHK' da haksız şart maddesinde genel olarak düzenlenmiş bir bağlayıcılık denetimi olmamakla birlikte, TBK m. 21/1'de hüküm altına alındığı üzere karşı tarafın çıkarlarını zedeleyen genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına dahil olabilmesi için satıcı/ sağlayıcı şartların varlığı hakkında karşı tarafa açıkça bilgi vermeli ve tüketiciye genel işlem şartlarının içeriğini öğrenme imkanını sağlamalıdır. Buna paralel olarak karşı tarafın söz konusu koşulları kabul etmiş olması gerekmektedir.

¹⁶⁰ EREN, Borçlar Hukuku Genel, s.134; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, s. 67; NOMER Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, İstanbul, Ağustos 2013, s. 30; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel, s. 191; NART Serdar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Hükümler, 1. Baskı, Ankara, Şubat 2014, s.19

¹⁶¹ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 110; HAVUTÇU, Külfetler, s. 242 vd.

¹⁶² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 232;

¹⁶³ HAVUTÇU, Külfetler, s. 246, 247

TKHK' da özel olarak düzenlenen sözleşmeler için satıcı/ sağlayıcıya ön bilgilendirme formu verme yükümlülüğü ve genel işlem şartlarını da içeren sözleşmenin nüshasını tüketiciye verme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Aynı şekilde TKHK m.4'de tüm tüketici sözleşmeleri için temel ilke olarak TKHK' da yazılı olarak düzenlenmesi öngörülmüş olan sözleşme ve bilgilendirmelerin belirtilen şekil şartlarına uyularak düzenlenmesi gerektiği ile bunların bir nüshasının belirtilen şekilde tüketiciye verilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Böylece TKTK, tüketiciyi aydınlatma hususunda düzenleyeni TBK' da yer alan genel işlem şartları hükümlerinden farklı olarak yükümlülük altına sokmuştur.

2.2.1.1.1. Genel İşlem Şartlarının Sözleşme Metni İçinde, Ekinde ya da Ayrı Bir Belgede Yer Alması

Asıl sözleşmenin arkasında ya da başka bir metinde yer alan genel işlem şartlarının sözleşme içeriği haline getirilmesi için sözleşmede atıf yapılması, satıcı/ sağlayıcının açık irade beyanını oluşturur. Genel işlem şartlarının doğrudan sözleşme metnine dâhil edildiği durumlarda bağlantının kurulmasına gerek olmayacaktır¹⁶⁴. Örneğin bankacılık alanında uygulamada; tüketiciye genel işlem şartlarından oluşan bir form teslim edilmekte, bireysel sözleşme bu form çerçevesinde düzenlenmekte ya da formdaki boşluklar tüketici tarafından doldurulmaktadır. Bu durumda genel işlem şartlarının bireysel sözleşme hükmü haline geldiği ve metnin sonuna atılan imzanın genel işlem şartlarını da kapsadığı hususunda tereddüt olmayacaktır¹⁶⁵.

Genel işlem şartlarının tüketiciye verilmiş olan başka bir metinde düzenlenmesi durumunda asıl sözleşme ile başka bir metinde yer alan şartların arasında bağlantı kurulması gerekir. Aynı şekilde, sözleşmenin yer aldığı sayfanın arkasına basılmış olan genel işlem şartları da tek başına sözleşme ile bağlantılı sayılamayacaktır. Bu durumda dahi asıl sözleşmeye konulacak bir atfa ihtiyaç duyulacaktır¹⁶⁶. Ancak elbette tüketicinin bu durumda genel işlem şartlarının bulunduğu bu belge içeriğini öğrenme imkânı sağlanmalıdır¹⁶⁷.

¹⁶⁴ HAVUTÇU, Külfetler, s. 246

¹⁶⁵ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 86; KUNTALP, Genel İşlem Koşulları, s. 83- 85

¹⁶⁶ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 86

¹⁶⁷ AÇIKGÖZ, Mobil Haberleşme, s. 258; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel, s. 72, 73

Ancak, tüketicinin sözleşmede yer alan atfi gerçekten okumuş ve anlamış olması beklenmeyecektir. Satıcı/ sağlayıcının söz konusu atfi yapması, atfi öğrenme imkânını tüketiciye sunması, şartların kullanılacağına ilişkin uyarının yapılmış olması için yeterlidir. Tüketicinin; şartların içeriğini anlama yükümlülüğü olmadığı gibi dürüstlük kuralınca uygun kabul edilebilecek şekilde yapılmış olan atfin anlamını kavrama yükümlülüğü de yoktur. Ancak elbette yapılan atfin makul, orta seviyedeki tüketici tarafından anlaşılıyor olması gerekmektedir¹⁶⁸. Burada tüketicinin anlama külfeti bulunmaktadır. Şartların ve atfin içeriğini ya da önemini anlamayan tüketici, aleyhine oluşabilecek durumlardan veya hak kayıplarına kendisi katlanacaktır.

Genel işlem şartları için yapılacak olan atfin sözlü olarak da yapılmasının önünde engel yoktur¹⁶⁹. Ancak sözlü yapılacak bildirim, hem ispat kabiliyeti açısından hem de tüketicinin bilgilendirilmesi ihtiyacı açısından pratik bir çözüm olmayacaktır. Zira, satıcı/ sağlayıcı atf hakkında bildirimde bulunmasa bile sözlü olarak uyarının yapıldığını iddia edebilecek, belki de ispat hukukunun uygulamada zorlanması nedeniyle bildirimde bulunulmuş gibi şartlar, sözleşme ile ilişkilendirilebilecektir. Ayrıca şartlarla çok da ilgilenmeyen tüketicinin söz konusu sözlü uyarıyı ciddiye alıp hafızasında tutacağı da şüphelidir. Ancak yapılan sözlü uyarının ve buna uygun olarak yapılan sözlü kabulün kayıt altına alınması, ispat faaliyetinin yaşanan zorlanmanın önüne geçecektir.

2.2.1.1.1.2. Tüketiciyi Genel İşlem Şartlarının Kullanımı Konusunda Uyarma ve Tüketiciyi Şartların İçeriğini Öğrenme İmkanını Sağlama Külfeti

TKHK' da haksız şart maddesinde genel olarak düzenlenmiş bir bağlayıcılık denetimi öngörülmediğinden 6502 sayılı TKHK m. 83'ün yönlendirmesiyle TBK m. 21/1 tüketici işlemlerine de uygulanacaktır. Hükme göre, satıcı/ sağlayıcı şartların varlığı hakkında karşı tarafa açıkça bilgi vermeli ve tüketiciye genel işlem şartlarının içeriğini öğrenme imkanı sağlamalıdır. Genel işlem şartlarının varlığı hakkında verilecek bilgi/ uyarı, orta düzeydeki, makul tüketicinin net olarak anlayabileceği şekilde olmalıdır. Tüketicinin satıcı/ sağlayıcının sözleşmenin başka hükümleriyle

¹⁶⁸ ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, s. 309

¹⁶⁹ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 86; HAVUTÇU, Külfetler, s. 246-247

ilgili davranışlarından ya da sözlerinden, genel işlem şartı kullanmak istediğini anlaması durumunda; satıcı/ sağlayıcının, örtülü olarak genel işlem şartları hususunda uyarıda bulunduğunu söylemek mümkündür. Ancak bu durum TBK' da yer alan bilgilendirmenin sağlandığı anlamına gelmeyecektir¹⁷⁰. Burada şartın içerik denetimi (haksız şart teşkil etmesi takdirde TKHK m.5 uyarınca) ayrıca yapılacağından genel işlem şartının öğrenilme imkanının sağlanması yeterlidir¹⁷¹.

Tüketicie genel işlem şartlarının içeriğini öğrenme imkanını sağlaması, satıcı/ sağlayıcının tüketicinin şartların varlığını öğrenmesi için objektif olarak kendisinden bekleneni yapmasıyla gerçekleşir. Ancak genel işlem şartlarının içeriği hakkında bilgi verme yükümlülüğü de yoktur¹⁷². İçeriğin tüketici tarafından öğrenilmesi imkanının sağlanabilmesi için şartların varlığının zaten biliniyor olması gerektiğinden, uygulamada genellikle geçersizlik yaptırımına uğramak istemeyen satıcı/ sağlayıcılar basılı metnin bir nüshasını karşı tarafa verip, kendisinde kalan aslına da tüketiciden kopyanın alındığına dair bir yazı ile imza almaktadırlar¹⁷³. Ancak tüketicinin gerçekten içeriğinin öğrenilmesine imkan verip verilmediği her somut olaya göre ayrı ayrı incelenmelidir. İmkanın verip verilmediğine ilişkin yapılacak incelemede; genel işlem koşullarının sözlü ya da yazılı olarak çeşitli araçlarla tüketicinin hakimiyet alanının içine girip girmediğinin tespiti gerekir¹⁷⁴. Bu anlamda tüketicinin içeriği gerçekten öğrenip öğrenmediğine bakılmayacaktır.

Uygulamada da karşılaşıldığı üzere; meslek odaları tarafından hazırlanan genel işlem şartlarını kullanan satıcı/ sağlayıcının, tüketicilere meslek odalarından şartlarla ilgili bilgilendirmeyi alabileceklerini ifade etmesiyle, tüketicilere genel işlem şartlarını tedarik etme külfeti yüklenmiş olacaktır¹⁷⁵. Satıcı/ sağlayıcının bu hareketiyle; basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne sahip olan tacirler için bile kolayca kabul edemeyeceğimiz ağır bir yükümlülük, tüketicinin omuzlarına

¹⁷⁰ HAVUTÇU, Külfetler, s. 246

¹⁷¹ AYDOĞDU, Konu Bakımından Uygulama, s. 25

¹⁷² ATAMER Yeşim, Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Nisan 2011, s. 28; UZUNALLI, Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetim, s. 403; KAŞAK Esra, Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, 2012, s. 418, 419

¹⁷³ YELMEN, Genel İşlem Şartları, s. 84

¹⁷⁴ OĞUZMAN/ ÖZ, Borçlar Hukuku Genel, s. 168 ;YELMEN, Genel İşlem Şartları, s. 85

¹⁷⁵ HAVUTÇU, Külfetler, s. 250

yüklenmiş olacaktır¹⁷⁶. Bu nedenle söz konusu yükümlülüğün tüketiciye verilmesiyle, satıcı/ sağlayıcının genel işlem şartları hakkında tüketiciyi bilgilendirdiği ve öğrenme ihtimalini sağladığı söylenemeyecektir. Tüketicinin kendi çabasıyla şartları öğrenebilecek durumda olması satıcı/ sağlayıcının şartları öğrenme imkanını tüketiciye sunma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır. Bu açıdan bakıldığında, sadece şartların varlığı hakkında bilgilendirme yapan satıcı/ sağlayıcı tüketicinin şartların içeriğini kendi başına öğrenebileceği iddiasıyla bu zorunluluktan kurtulamayacaktır. Satıcı/ sağlayıcı, söz konusu şartları sözleşme anında yanında bulundurmamak ya da erişiminde tutmak zorundadır. Ayrıca, satıcı/ sağlayıcı tüketiciye şartların içeriğini öğrenme imkanını sözleşmenin kurulması sırasında sunmalıdır. Sözleşmeyi imzalayan tüketiciye sonradan genel işlem şartlarının içeriğini öğrenmesini sağlamak, ilişkilendirme için önem arz etmeyecektir¹⁷⁷.

Telefonda yapılmış olan ve genel işlem şartları içeren sözleşmelerde, eğer ses kayıtları incelendiğinde genel işlem şartları hakkında açıkça bilgilendirmenin yapıldığı ve içeriğinin öğrenilme imkanının karşı tarafa sunulduğu tespit edilebiliyorsa, yapılan icap ve kabulün karşılıklı ve uygun olduğundan bahsedilebilecektir¹⁷⁸. Telefon aracılığıyla sözlü olarak kurulan sözleşmelerde genel işlem şartlarının varlığı ve sözleşme metnine dahil edilmek istendiği ifade edilerek tüketici uyarılabilir. Bununla birlikte şartların içeriğini öğrenebilme imkanının sunulması tüm genel işlem şartlarının tüketiciye telefonla, bazen defalarca okunması anlamına gelecektir ki söz konusu husus, pratik açıdan pek de uygun sayılmayacaktır. Bu nedenle belki de genel işlem şartlarının daha önceden okunup kaydedildiği bir ses bandına tüketicinin dilediği zaman ulaşabilmesi için bu ses kaydıyla ilişkilendirilmiş telefon tuşunun sisteme kodlandırılması pratik olarak yararlı olacaktır¹⁷⁹. Böylece şartları yeniden veya ilk defa dinlemek isteyen tüketiciye bu imkan sunulmuş olacaktır. Ancak elbette sistemde genel işlem şartlarına ulaşma yolu makul, orta seviyeli tüketicinin anlayabileceği şekilde belirtilmelidir. Bunun yanında tüketicinin söz konusu şartların içeriğini gerçekten anlayıp anlamadığı ilişkilendirme anlaşmasının varlığını etkilemeyecektir. Tüketicinin dilediğinde

¹⁷⁶ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 88

¹⁷⁷ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 115-117; HAVUTÇU, Külfetler, s. 261, 262

¹⁷⁸ HAVUTÇU, Külfetler, s. 247, 251

¹⁷⁹ HAVUTÇU, Külfetler, s. 251

şartlara erişebilme yetkisinin verilmesi, şartların içeriğinin öğrenme imkânının sunulmuş olduğu anlamına gelecektir. TKHK' da sesli kurulan sözleşmeler ile ilgili özel hükümler de mevcuttur. Örneğin; 29253 sayılı Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m.6/1 uyarınca satıcı/ sağlayıcının mesafeli sözleşmeyi sesli olarak akdettiğinde bilgilendirmekle yükümlü olduğu bilgilerin hepsini açık anlaşılır ve sade bir biçimde okumak zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır¹⁸⁰. Ayrıca 29253 sayılı yönetmeliğe göre; ön bilgilendirmenin tüketiciye göre, kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak ticari amaçla yapıldığının anlaşılır olması gerektiği ve sesli iletişim araçlarının kullanıldığı durumlarda sağlayıcı ya da sağlayıcının temsilcisinin, sağlayıcının ve sesli iletişimde bulunan kişinin kimliğini, bu kişinin sağlayıcıyla olan bağlantısına ilişkin bilgiyi ve görüşme talebinin sebebini her görüşme başında belirtmek zorunda olduğu ayrıntılı olarak hüküm altına alınmıştır¹⁸¹. Bu bilgilendirmenin ticari amaçla yapıldığının anlaşılır olması gerektiği ve sesli iletişim araçlarının kullanılmışsa sağlayıcının kimliği ile görüşme talebinin sebebini her görüşmenin başında belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Böylece tüketici eğer isterse tüm bilgilendirmeyi dinlemeden aramanın ticari amaçla yapıldığını anlayıp, iletişimi sonlandırabilecektir¹⁸².

Uyarının internet üzerinden de yapılması mümkündür. İnternet üzerinde kurulan sözleşmelerde; siparişin son aşamasında kendiliğinden internet sayfasında açılan, genel işlem şartları metninin kullanıcı tarafından bilinçli olarak kapatılmadan siparişe devam edilemediği ya da sipariş sayfasında kullanıcının dikkatini çekecek biçimde şartların tam metnine yönelmeyi sağlayan hyperlinkler¹⁸³in düzenlendiği

¹⁸⁰ KARAKOCALI/ KURŞUN, Tüketici Hukuku, s. 160

¹⁸¹ *Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği*, Ön bilgilendirme yöntemi, Madde 6/1: Tüketicinin; finansal hizmetlerin sunulmasına ilişkin bir mesafeli sözleşmenin kurulmasına yönelik iradesini açıklamadan önce, 5 inci maddenin birinci fıkrasında belirtilen tüm hususlarda, kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak en az on iki punto büyüklüğünde, açık, sade, anlaşılabilir ve okunabilir bir şekilde sağlayıcı tarafından yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bilgilendirilmesi zorunludur. (Resmi Gazete Tarihi: 31.01.2015, Resmi Gazete Sayısı: 29253)

¹⁸¹ *Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği*, Ön bilgilendirme yöntemi, Madde 6/2: Ön bilgilendirmenin kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak ticari amaçla yapıldığının anlaşılır olması gerekir. Sesli iletişim araçlarının kullanıldığı hallerde, sağlayıcı ya da temsilcisi, sağlayıcının ve sesli iletişimde bulunan kişinin kimliğini, bu kişinin sağlayıcıyla olan bağlantısına ilişkin bilgiyi ve görüşme talebinin sebebini her görüşme başında belirtmek zorundadır. (Resmi Gazete Tarihi: 31.01.2015, Resmi Gazete Sayısı: 29253)

¹⁸² ÖZEL, Tüketicinin Korunması Hukuku, s. 224; ASLAN, Dersler, s. 276; AYDOĞDU, Tüketici Hukuku, s. 298; ASLAN, Tüketici Hukuku, s. 247

¹⁸³ "Bilgisayar dünyasında *hiperlink* ya da *hiperbağlantı* (kısaca *link* ya da *bağlantı*), kullanıcının okumakta olduğu dokümandan farklı bir doküman ya da kaynağa fare ile tıklamak ya da üzerine

gözlemlenmektedir. Bu iki şekilde de tüketicinin açıkça uyarıldığı kabul edilmelidir. Ancak elbette genel işlem şartlarının varlığının ve sözleşme ile ilişkilendirilme isteğinin bildirilmiş olması uyarının ortalama, makul düzeydeki tüketicinin anlayabileceği şekilde yapılıp yapılmamasına bağlıdır. Bu anlamda bakılacak olursa; düzenlenecek hyperlinklerin ortalama tüketicinin dikkatini çekecek düzeyde ve şekilde olması gerekmektedir. Bunun yanında; genel işlem şartlarının içeriğinin öğrenilme imkanının sağlanması ise söz konusu genel işlem şartlarının kullanıcı tarafından ek külfet yüklenmeksizin kaydedilebilmesi, bilgisayara indirilebilmesi veya çıktı alınabilmesi ile olacaktır¹⁸⁴. 29253 sayılı Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'ne göre de de internet üzerinden yapılan finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde bilgilerin bilgisayar veya CD gibi kalıcı veri saklayıcısına indirilmesine cevaz verilmesi gerekmektedir¹⁸⁵.

2.2.1.1.1.3. Tüketicinin Okuyabileceği ve Anlayabileceği Genel İşlem Şartları Kullanmak

6098 sayılı TBK' nin genel işlem şartları ile ilgili m.21/1 hükmü uyarınca sözleşmenin kurulması aşamasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında *açıkça* bilgi verip, şartların içeriğini öğrenme *imkanı* sağlaması ve bu koşulların kabul etmesi durumunda karşı tarafın çıkarlarına aykırı¹⁸⁶ genel işlem şartları sözleşme kapsamına girebilecektir. Genel işlem şartının sözleşmenin içeriği olabilmesi için tüketicinin şartın varlığını öğrenmesi, ve şartın içeriğini öğrenme imkanına sahip olarak şartların sözleşme içeriği haline gelmesini kabul etmiş olması

gelmek, dokunmak vb. interaksyonlar ile ulaşabileceği referanslardır. En bilinen yaygın kullanımı web sitelerindedir. Günlük konuşmalarda "bağlantıya tıklamak", "linke tıklamak" şeklinde kullanılır, bağlantının işaret ettiği referansa ulaşma durumu "adrese bağlanma", "adrese gitme", "sayfaya gitme", "sayfanın yüklenmesi" gibi ifade edilir. Bağlantılar ile aynı dokümanın farklı bir noktasına gidilebilir, tamamen farklı bir doküman açılabilir ya da tamamen farklı bir veri tipine yönlendirme yapılabilir..." (Wikipedia; <https://tr.wikipedia.org/wiki/Hyperlink>)

¹⁸⁴ HAVUTÇU, Külfetler, s. 247, 251; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, s. 308

¹⁸⁵ AYDOĞDU, Tüketici Hukuku, s. 299; ASLAN, Dersler, s. 276, 277; ÖZEL, Tüketicinin Korunması Hukuku, s. 224, 225

¹⁸⁶ Ancak SİRMEN'in haklı eleştirisine göre; madde lafzı uyarınca yürürlük denetiminden önce genel işlem şartının karşı tarafın menfaatine aykırı olup olmadığının tespiti yapılırsa, içerik denetimine geçilmiş olacaktır. Böylece eğer şartların karşı tarafın menfaatine aykırı olmadığı tespit edilirse, yürürlük denetimi yapılmadan şartlar sözleşmenin içeriğine dahil edilmiş olacaktır. Bknz.; Lale SİRMEN, Tüketici Sözleşmelerinde, s. 114; Nitekim KUNTALP' de madde hükmünün düzenleniş tarzından dolayı yürürlük denetiminin sadece karşı tarafın menfaatine aykırı olan genel işlem şartları için yapılacağını ifade etmektedir. Bknz.; KUNTALP, Genel İşlem Koşulları, s. 94; HAVUTÇU, Külfetler, s. 245, 246

gerekmektedir. Tüketicinin genel işlem şartlarının içeriğini öğrenme imkanına sahip olabilmesi için de şartların tüketici tarafından okunabilecek ve anlaşılabilir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir¹⁸⁷. Bu açıdan bakıldığında, karşımıza çıkan ilk sorun, kullanılan genel işlem şartlarının küçük puntolarda, kelime aralıkları küçültülerek ya da silik şekilde hazırlanıp okunmayan şartların tüketicinin önüne getirilmesidir¹⁸⁸.

Kanun koyucu, 6502 sayılı TKHK' ile kanunda düzenlenmiş olsun olmasın tüm tüketici sözleşmelerine uygulanmak üzere genel bir düzenleme getirerek 4077 sayılı kanundaki eksikliği¹⁸⁹ gidermiştir. 6502 sayılı TKHK' un temel ilkelerinin düzenlendiği m.4/1 uyarınca; TKHK' da yazılı olarak akdedilmesi zorunlu tutulan sözleşmelerin ve bilgilendirmelerin *en az on iki punto* büyüklüğünde, *anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir* şekilde düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Kanun koyucu temel ilkeler başlığı altında düzenlenmiş olan bu hükümle, tüketicinin sözleşmeyi okuyamaması veya anlayamamasının önüne geçmek istemiştir¹⁹⁰. Bu şekilde artık tüketici, okumasının fiilen imkansız olmadığı şartları okuyup inceleme şansı elde edebilecektir¹⁹¹.

Karşımıza çıkan ikinci sorun; şartların içeriğinin tüketici tarafından anlaşılabilir şekilde olmasıdır. 6502 sayılı TKHK m. 4/2 uyarınca da şartların "... anlaşılabilir dilde, sade ve okunabilir..." olması gerekmektedir. Madde hükmünden anlaşılması gereken makul, orta derece zekası ve deneyimi olan tüketicinin anlayabildiği dil ile sade ve okunabilir yazış şeklidir. Makul derecedeki orta zekalı tüketicinin mantıklı anlam verebileceği genel işlem şartları esas sözleşmenin içeriğine dahil olabilecektir¹⁹². Bu anlamda yazının puntosunun makul, orta nitelikteki bir tüketicinin anlayamayacağı şekilde küçük olması, silik olması ya da karışık bir şekilde kaleme alınması genel işlem şartlarının anlaşılması için imkan verilmediğinin göstergesi olacaktır. Ayrıca, genel işlem şartlarının lafzında teknik ya

¹⁸⁷ SİRMEN, Tüketici Sözleşmelerinde, s. 114, 115

¹⁸⁸ ZEVKLİLER / AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, , s. 161; ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 97

¹⁸⁹ AYDOĞDU, Konu Bakımından Uygulama, s. 28

¹⁹⁰ ASLAN, Dersler, s. 154

¹⁹¹ ZEVKLİLER / AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, , s. 160; ALTINKAYA Mehmet, Sözleşmenin Kuruluşundan Önce Tüketicinin Korunması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1-2, Haziran- Aralık 2004, s.113

¹⁹² ŞİMŞEK Ayşe, Genel İşlem Şartlarında Şeffaflık Denetimi, Yaşar Üniversitesi Genel İşlem Şartları Sempozyumu, İzmir Barosu Dergisi, Sayı:3, Eylül 2015, s. 344, 45; KARAKOCALI/ KURŞUN, Tüketici Hukuku, s. 32; DİZDAR Ali Murat, Genel İşlem Şartları, Bankacılar Dergisi, Mart 2010, s. 92

da bilimsel bilgi gerektiren ifadelerin yer alması da, şartların anlaşılması için gerekli imkanların verilmediğinin emaresi olacaktır. Satıcı/ sağlayıcı, işlem yaptığı her tüketicinin kişisel durumunu, bilgi ve eğitim seviyesini ayrı ayrı değerlendirmemeli, orta zekalı, makul tecrübeye sahip tüketiciyi baz alarak hareket etmelidir. ATAMER' in de belirttiği üzere bu bağlayıcılık denetimi aşamasında yapılacak söz konusu inceleme içerik denetimi boyutuna ulaşmamalıdır¹⁹³. Neredeyse hayatın olağan akışı haline gelmiş olarak; genel işlem şartlarının içeriğini okuma zahmetine girmeyen tüketici, genel işlem şartlarının anlaşılır olup olmadığını ileriki aşamalarda uyumsuzluk çıktığında fark edecektir. Genel işlem şartlarının sözleşmenin kurulması aşamasından beri açık ve anlaşılır biçimde kaleme alınmaması, içerik denetiminde de problem yaratacağından kapsam denetiminde şartların içeriğinin ayrıntılı biçimde değerlendirilerek açık ve anlaşılır olup olmadığının denetimine girilmemelidir¹⁹⁴. Ancak bu aşamada; incelemeyi derinleştirmeden şartların düzenleniş dilinin kötü niyetli şekilde anlaşılabilir ve ağırdalı olarak düzenlenip düzenlenmediğinin kontrol edilmesinin faydalı olacaktır.

Satıcı/ sağlayıcı toplumun belirli bir kesimi için genel işlem şartları hazırlamışsa; bu durumda genel işlem şartlarında belirleyici olarak hedef kitlenin dilini kullanması gerekecektir¹⁹⁵. Satıcı/ sağlayıcının akdedeceği sözleşmenin herhangi bir hedef kitlesi olmadığı durumlarda ise genel işlem şartlarının yazılış dili dürüstlük kuralınca sözleşme görüşmelerinde kullanılan dil ile aynı olması gerekmektedir¹⁹⁶. Özetle şartlar, tüketicinin anadilinde ya da anlayabileceği bir dilde yazılmış olmalıdır¹⁹⁷. Örneğin sözleşme görüşmelerinde tüketicinin anadilinin, genel işlem şartlarının dilinden farklı olduğu bilgisine sahip olan satıcı/ sağlayıcı, dayattığı genel işlem şartlarının tüketiciye tamamen yabancı bir dilde olmasının külfetini taşıyarak, şartların içeriğinin öğrenilme imkanının sunulmadığı iddiasıyla karşılaşılabilecektir¹⁹⁸. Uluslararası ticarete şirketlerin farklı dilde genel işlem şartları

¹⁹³ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 98

¹⁹⁴ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 99

¹⁹⁵ HAVUTÇU, Külfetler, s. 251, 252

¹⁹⁶ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 98; HAVUTÇU, Külfetler, s. 252

¹⁹⁷ AYDOĞDU, Konu Bakımından Uygulama, s. 29

¹⁹⁸ Örnek için bakınız; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 223; HAVUTÇU, Külfetler, s. 253

kullanması gibi dürüstlük kuralınca yaygın kabul edilebilecek bir uygulama¹⁹⁹ olsa bile, bu husus tüketici sözleşmeleri için geçerli olmayacaktır.

Ayrıca internet üzerinde kurulan sözleşmelerde genel işlem şartlarının içeriğinin öğrenilme imkânının satıcı/ sağlayıcı tarafından tam olarak sağlandığından bahsedebilmemiz için; kaydedilecek, bilgisayara indirilecek veya çıktısı alınacak genel işlem şartlarının dilinin birden çok alternatifli olarak tüketiciye sunuluyor olması gerekecektir. Zira internet üzerinden özellikle dünya geneline satış yapan sayfalarda, müşteri kitlesini sınırlamak ya da belirlemek mümkün olmayacaktır. Bu nedenle firmanın menşei ülkenin resmi dili/ dillerinin yanında dünyada yaygın olarak kullanılan birkaç dilde şartların tercümesinin de tüketiciye sunması beklenebilecekse de bu konuda firmaya kendisinden beklenebileceği özenden fazlasını yüklememek gerekmektedir. Şartların birden fazla dilde seçimlik olarak tüketiciye sunulması gerekse de bu dillerin hangi diller olacağı veya kaç dilde şartların tüketiciye sunulması gerektiği somut olayda hâkimin incelemesinde belirlenebilecektir.

6502 sayılı TKHK m. 4/1 maddesi uyarınca; kanunda yazılı olarak düzenlenmesi zorunlu tutulan sözleşmelerin ve bilgilendirmelerin bir nüshasının kâğıt üzerinde ya da kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu aşamada da tüketiciye verilecek nüshanın birden fazla dilde çevirisi ile birlikte verilebileceği de düşünülebilir.

Bunun yanında kanunda ve yönetmeliklerde yer alan bir eksiklikten de bahsetmek gerekir. 27655 sayılı Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği'ne 28683 sayılı kanunla 20.06.2013'te eklenen m.14/2 uyarınca görme engelli olan tüketicilerin talep etmesi halinde abonelik sözleşmelerini ve faturalarını asgari olarak Braille alfabesiyle ya da sesli olarak ücretsiz şekilde dinletilmesi hüküm altına alınmıştır²⁰⁰. Ön bilgilendirme formlarının ve sözleşme metinlerinin engellilerin duyabileceği ya da parmaklarıyla hissedebileceği şekilde değişik versiyonlar halinde düzenlenerek, tüketiciye özel olarak sunulması için kanun ve yönetmeliklerde benzer düzenlemenin yapılması yerinde olurdu. Zira HAVUTÇU'nun da belirttiği üzere; tüketicinin işitme veya görme bozukluğu gibi dışarıdan fark

¹⁹⁹ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 98

²⁰⁰ Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği, Abonelik sözleşmelerinin kuruluşu, Madde 14/2: (Ek:RG-20/6/2013-28683) İşletmeciler görme engelli olan tüketicilerin talep etmesi halinde abonelik sözleşmelerini ve faturalarını asgari olarak Braille alfabesi ya da sesli olarak dinletmek şeklinde ücretsiz sunarlar. (Resmi Gazete Tarihi: 28.07.2010 Resmi Gazete Sayısı: 27655)

edilebilecek bir engeli olduğu durumlarda satıcı/sağlayıcının genel işlem şartlarının anlaşılması hususunda tüketicinin engelini gözeterek tüketiciye bilgi verilmeli veya öğrenme imkanı sunulmalıdır²⁰¹. Engelli tüketicinin engeline göre tüketiciye bilgi verilme yolu tercih edilmelidir. Örneğin, görme engeli olan tüketiciye bilgilendirme formları sesli okunmalı ya da Braille alfabesinden yararlanılmalı, hem görme hem duyma engeli olan tüketiciye Braille alfabesi kullanılarak ön bilgilendirme yapılmalıdır. Objektif olarak bakıldığında, engeli olan tüketicinin verilen bilgiyi algılıyor olması gerekmektedir. Bu durumda da tüketicinin şartları anlaması aranmayıp sadece şartlar hakkında bilgi sahibi olması, şartların içeriği hakkında da sunulan öğrenme imkanını fark edebilmesi yeterli kabul edilecektir.

SİRMEN' e göre TKHK m.4/1'de yer alan şartlardan birinin veya birkaçının eksikliğini sözleşmenin geçerliliğini etkilememesi hükmü, borçlar hukuku genel ilkelerine uymamaktadır ve tüketici sözleşmesi için maddede öngörülen geçerlilik şekli olan yazılılık, tüketici sözleşmesinin esaslı noktalarını kapsamalıdır. Esaslı noktalar metinde yer almıyorsa, satıcı/ sağlayıcının bunları tamamlamasıyla sözleşme sağlığına kavuşmayacaktır²⁰². Satıcı/ sağlayıcının eksikliğini tek başına giderebileceği kayıtlar ise aydınlatma amacının taşıyan satıcının adı, yeri gibi bilgilerdir. Zira tarafların üzerinde uyuşması gerekli olan asli noktaların satıcı/ sağlayıcının tek tarafı olarak "eksikliğin giderilmesi" adı altında düzenlenmesi mümkün olmamalıdır²⁰³. Pozitif hukuka göre ise eksikliklerin giderilmemesi durumunda TKHK m.77 uyarınca idari yaptırım söz konusu olacak ve eksikliklere rağmen geçersiz olmayan sözleşme hakim tarafından tamamlayıcı hükümlerle yamanabilecektir²⁰⁴. GÜMÜŞ, eksikliğin giderilmemesinin yaptırımın m.77'deki idari para cezası olacağını ancak, hükmün uygulanabilmesi için sözleşmenin objektif esaslı noktalarının ya da sözleşmenin mahiyeti gereği edim ve karşı edim ilişkisi ile alakalı subjektif esaslı noktalarının, eksik olan şartlar olmaması gerektiğini ifade etmektedir.²⁰⁵

Kanun koyucunun sözleşmenin geçerliliğini yazılı şekle bağlamasındaki amacı, tüketicinin acele karar vermesini engellemek, tüketiciyi sözleşme ve altına girdiği ile

²⁰¹ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 115; HAVUTÇU, Külfetler, s. 249-251

²⁰² SİRMEN, Kanunun Değerlendirilmesi, s. 159

²⁰³ SİRMEN, Tüketici Sözleşmelerinde, s. 118

²⁰⁴ ASLAN, Dersler, s. 154

²⁰⁵ GÜMÜŞ, Şerh, s. 36

ilgili bilgilendirmek ve tüketicinin korunması için sözleşmenin denetime açık olmasıdır²⁰⁶. Ancak yazılı olarak düzenlenmesi öngörölmüş olan tüketici sözleşmelerin ya da bilgilendirmelerin on iki puntodan az büyüklükte veya anlaşılabilir şekilde, açık olmayan ya da okunamayacak şekilde karmaşık şekilde düzenlenmesi durumunda ne olacağı söz konusu hükümde belirtilmemiştir. GÜMÜŞ' e göre genel işlem şartları sözleşme içeriğine dahil olduğundan sözleşme geçerli şekilde kurulmuştur ancak sözleşme içeriği TKHK' un öngördüğü şekilde tüketiciye bildirilmemiştir²⁰⁷. Bu durumda da m.77/1 uyarınca kanunen öngörölmüş şekilde bilgilendirmenin gerçekleştirilmediği her tüketici işlemi için idari para cezasına hükmedilebilecektir. Örneğin genel işlem şartları on bir puntoda yazılmış ancak anlaşılır şekilde düzenlenen genel işlem şartları, ilişkilendirilmediğinden bahisle TBK m.21 uyarınca yazılmamış sayılmayacak, şartlar sözleşme içeriği haline gelecektir. Ancak bunun yanında satıcı/ sağlayıcı sözleşmeyi ya da bilgilendirmeyi on iki punto ile düzenlemediğinden bahisle TKHK m. 77 anlamında idari para cezasıyla karşı karşıya kalacaktır. Ancak makul nitelikte müşterinin anlayamayacağı kadar küçük, örneğin yedi punto ile yazılan genel işlem şartları, hem TBK m. 21 anlamında sözleşme ile ilişkilendirilemediğinden yazılmamış sayılacak hem de TKHK ve ilgili yönetmelikte yer alan on iki punto kullanma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olan satıcı/ sağlayıcı TKHK m. 77 anlamında idari para cezası alacaktır.

Sözleşmenin kurulmasından önce genel işlem şartları hakkında tüketici aydınlatılmalıdır. Bunun için TKHK' da düzenlenen sözleşmelerde özel hükümler getirilmiştir;

Dar gelirlielerin oldukça sık başvurduğu²⁰⁸ ve halk dilinde "kredili satış"²⁰⁹ olarak adlandırılan tüketici kredisi sözleşmesinde, sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünü düzenleyen TKHK m. 23/1 uyarınca; kredi verenin ve eğer varsa kredi aracısının, sözleşmenin kurulmasından *makul bir süre önce* tüketiciye sözleşme öncesi bilgi formunu vermesi zorunlu tutulmuştur. Bu şekilde tüketici hukukunun temel haklarından biri olan tüketicinin bilgilendirilmesi hakkının korunması

²⁰⁶ ASLAN, Dersler, s. 184

²⁰⁷ GÜMÜŞ, Şerh, s. 36

²⁰⁸ ZEVKLİLER / AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s.172

²⁰⁹ DERYAL, Tüketici Hukuku, s. 91

hedeflenmiştir²¹⁰. Kanun koyucu, madde gerekçesinde de belirttiği üzere tüketicinin son kez düşünmesi, ödeyeceği miktarı tam olarak anlayabilmesi ve piyasadaki diğer kredi sözleşmelerini de araştırabilmesi adına sözleşmenin akdinden belirli bir süre²¹¹ öncesinde bilgi formunun verilmesini şart koşarak tüketicinin aydınlatılmasını zorunlu hale getirmiştir²¹². Ayrıca tüketici bu sürede piyasadaki çeşitli tüketici kredisi tekliflerini değerlendirebilecek fırsata da sahip olacaktır²¹³. Sözleşme öncesi bilgi formunun “makul süre” önce verilmesi öngörülmüş olsa da bu sürenin AYDOĞDU’ nun belirttiği üzere makul sürenin *en az 1 iş günü* şeklinde anlaşılması gerekmektedir²¹⁴. Ancak ÖZEL’ e göre sürenin kesin olarak belirtilmemesi nedeniyle her somut olayda hal ve şartlar değerlendirilerek sürenin tayin edilmesi yerinde olacaktır²¹⁵.

Aynı şekilde TKHK m.33 uyarınca konut finansmanı sözleşmesi akdi öncesinde konut finansmanı kuruluşları, konut finansmanı sözleşmesinin koşullarını içeren sözleşme öncesi bilgi formunu, sözleşmenin kurulmasından *makul bir süre önce* tüketiciye vermesi zorunludur. Böylece, konut finansmanı sözleşmesinin akdedilmesinden “makul süre önce” tüketiciye bilgi vermek, tüketiciyi aydınlatma yükümlülüğü getirilmiştir. Görüldüğü üzere tüketicinin en çok zarar gördüğü durumlardan birisi olan eksik bilgilendirmeye karşı tüketicinin korunması istenmiştir²¹⁶. Tüketicinin tekrar düşünmesi ve ayrıntılı olarak değerlendirilmesi için sözleşme öncesi bilgi formunun “makul süre” önce verilmesi öngörülmüş²¹⁷ olsa da, tüketici kredilerinde AYDOĞDU’ nun belirttiği gibi, bu sürenin *en az 1 iş günü* şeklinde anlaşılması gerekmektedir²¹⁸. Mülga olan 4077 sayılı TKHK m.10/1,2 hükümleri uyarınca sözleşme öncesi bilgilendirme formu vermek zorunluluk olmakla birlikte formun verilmesinden sonra bir iş günü geçmeden imzalanan sözleşmelerin

²¹⁰ AKİPEK ÖCAL Şebnem, Tüketici Kredisi ve Kredi Kartları Bakımından Tüketicinin Korunması, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, Cilt 9, Kasım 2014, s. 60

²¹¹ Söz konusu süre “heyecanı söndürme” ya da “soğuma süresi” olarak da ifade edilmektedir. Bknz. SİRMEN, Kanunun Değerlendirilmesi, s. 161

²¹² AYDOĞDU, Tüketici Hukuku, s. 244; ÖZEL, Tüketicinin Korunması Hukuku, s. 163; SERDAR, Tüketici Kredilerinde Teminat, s. 76; ASLAN, Tüketici Hukuku, s. 126

²¹³ ÖZEL, Tüketicinin Korunması Hukuku, s. 163

²¹⁴ AYDOĞDU, Tüketici Hukuku, s. 244

²¹⁵ ÖZEL, Tüketicinin Korunması Hukuku, s. 163

²¹⁶ ASLAN, Dersler, s. 239

²¹⁷ ASLAN, Tüketici Hukuku, s. 183

²¹⁸ AYDOĞDU, Tüketici Hukuku, s. 244

geçersiz olduğu ifade edilmiştir. Eski kanunda sözleşmenin akdinden en az bir iş günü öncesinde sözleşme öncesi bilgilendirme formu verilmediği takdirde sözleşme geçersiz sayılmaktayken, 6502 sayılı TKHK' da ise bir iş günü olan süre "makul süre" ye çevrilmiştir. Ancak elbette bilgilendirme yükümlülüğü yerine getirilmediğinde 6502 sayılı TKHK m.77/1 uyarınca yaptırım olarak idari para cezası mevzu bahis olacaktır. Bunun yanında, hakkın kötüye kullanılması teşkil etmediği sürece tüketici tarafından sözleşmenin geçersizliğini ileri sürebilecektir²¹⁹.

TKHK m.40/2 ve 29188 sayılı Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik m.5/1'de uyarınca satıcı/ sağlayıcı ön ödemeli konut sözleşmenin kurulmasından *en az bir gün önce*, Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca belirlenen hususları içeren ön bilgilendirme formunu tüketicilere verilmek zorundadır. AYDOĞDU' ya göre hem TKHK m.40/2' ye hem de yönetmelik hükmü m.5/1' de yer alan bir günlük süre "*bir iş günü*" olarak değerlendirilmelidir²²⁰. ASLAN' a göre bir iş günü konut satışı gibi oldukça önem arz eden bir karar için yeterli olmayan bir süredir²²¹. Ön bilgilendirme formunun içeriğinin belirli olması ve bir gün önceden tüketicilere verilmiş olmasının zorunlu tutulması tüketicinin imzalayacağı sözleşmeyi daha iyi bilmesi, hak ve yükümlülüklerinin bilincinde olmasını sağlamaya yöneliktir²²².

TKHK m.47/3 ve 29236 sayılı İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği m. 5/1 uyarınca iş yeri dışında kurulan sözleşmelerde tüketici, iş yeri dışında kurulan sözleşme ya da buna karşılık gelen herhangi bir öneri ile bağlanmadan *önce*, ayrıntıları yönetmelikte belirlenen konularda açık ve anlaşılır şekilde bilgilendirilmesi zorunlu tutulmuştur. İşyeri dışında kurulacak sözleşmelerde kanun koyucu diğer tüketici sözleşmelerinden farklı olarak bilgilendirme yükümlülüğünü süreye tabi tutmamıştır. Ancak AYDOĞDU, sözleşme öncesi bilgilendirmenin tüketicinin tekrar düşünmesi ve ayrıntılı olarak değerlendirilmesi için sözleşmenin *en az 1 iş günü önce* yapılması gerektiğini belirtmektedir²²³.

²¹⁹ KARAKOCALI/ KURŞUN, Tüketici Hukuku, s. 118, 119; ÖZ, İnşaat Sektöründe Değişiklikler, s. 96

²²⁰ AYDOĞDU, Tüketici Hukuku, s. 271; AYDOĞDU Murat, Ön Ödemeli Satış Sözleşmeleri, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, Cilt 9, Kasım 2014, s. 88

²²¹ ASLAN, Dersler, s. 248; KARAKOCALI/ KURŞUN, Tüketici Hukuku, s. 129

²²² ÖZEL, Tüketicinin Korunması Hukuku, s. 187

²²³ AYDOĞDU, Tüketici Hukuku, s. 283

TKHK' un bankacılık gibi finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeleri düzenlediği m.49/1 ve 29253 sayılı Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m.5/1 uyarınca bu sözleşmelerde, tüketicinin sözleşmenin kurulmasına ilişkin iradesini açıklamadan *önce*, cayma hakkı, tüketicinin kabul beyanı vermesi hâlinde yükümlülük altına gireceği ve ayrıntıları ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından belirlenen diğer hususlarda; açık, anlaşılır ve kullanılan iletişim araçlarına uygun bir şekilde bilgilendirilmesi zorunlu tutulmuştur.

TKHK m. 50/4 ve 2936 sayılı Devre Tatil Ve Uzun Süreli Tatil Hizmeti Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 5/1 uyarınca devre tatil sözleşmeleri, uzun süreli tatil hizmeti sözleşmeleri, değişim sözleşmeleri, yeniden satış sözleşmelerinin kurulmasından *en az bir gün önce*, Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca belirlenen hususları içeren ön bilgilendirme formu verilmesi zorunludur. Görüldüğü gibi tatil sözleşmelerinin hepsi için daha sonra kurulacak sözleşmede yer alacak bilgilere dair ön bilgilendirme zorunluluğu getirilmiştir²²⁴.

TKHK m.51 ve 29236 sayılı Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 5/1 uyarınca ulaştırma, konaklama ve bu hizmetlere bağlı olmayan başka turizm hizmetlerini kapsayan paket tur sözleşmelerinde sözleşmenin kurulmasından *önce* tüketiciye ön bilgilendirme amaçlı broşür verilmesi zorunlu tutulmuştur. Sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmediği durumlarda ise TKHK m.77/1 uyarınca idari para cezası yaptırımını uygulanabilecektir²²⁵.

Ayrıca, TKHK' dan başka kanunlarla tüketici sözleşmeleri için de ön bilgilendirme yükümlülüğü getirilebilecektir, Örneğin 6102 sayılı TTK sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen m. 1423/1' e göre; sigortacı ve sigortacının acentesi, sigorta sözleşmesinin kurulmasından *önce* gerekli inceleme süresi de tanınarak, sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgileri, sigortalının haklarını, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümleri, gelişmelere bağlı bildirim yükümlülüklerini sigorta ettirene yazılı olarak bildirmelidir. 6102 sayılı TTK m.1423/3'ün gerekçesinde de belirtildiği üzere; sözleşme görüşmeleri aşamasında tarafların diğer tarafın çıkarını korumak için dürüstlük kurallarına göre kendisinden beklenen özeni göstermesi zorunludur ve bu zorunluluktan da sözleşmeye veya

²²⁴ AYDOĞDU, Tüketici Hukuku, s. 305; ÖZEL, Tüketicinin Korunması Hukuku, s. 228; ASLAN, Dersler, s. 299

²²⁵ KARAKOCALI/ KURŞUN, Tüketici Hukuku, s. 183

dürüstlük kuralına dayanan aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğü doğar. Hazine Müsteşarlığı'nın yükümlülüğün içeriğini tespit edeceği hüküm altına alınarak tüm sigortacılar için yeknesaklık sağlamak istenmiştir. Tüm sigortacılar için aynı koşulların sağlandığı ortamda rekabet dengesi daha sağlıklı kurulacak, rekabet dengesi için önemli unsur olan tüketiciler ise rekabet piyasasının bozulmaması nedeniyle zarar göremeyecektir. Ancak, ARAS' a göre, müsteşarlığın belirlediği içerik sigortacının kısıtlanması içindir ve sigorta ettireni korumaya yöneliktir. Sigorta sözleşmesinin içinde sigorta işlem şartları olsa da sözleşme temel olarak birel sözleşmedir. Bununla birlikte sigorta işlem şartları TBK m.20-25 hükümlerinde ifade edildiği şekliyle genel işlem koşulu oluşturmaz²²⁶. Ancak ATAMER, OĞUZMAN/ ÖZ, REİSOĞLU, SİRMEN, UZUNALLI, şartların bir kamu makamı tarafından onaylanmasının genel işlem şartı olma niteliğini ortadan kaldırmayacağını, idari denetimin yanında yargısal denetimin de söz konusu olacağını haklı olarak ifade etmiştir²²⁷. SERDAR ise doğalgaz, su, elektrik gibi abonelik sözleşmelerinde zorunlu hukuki düzenlemelere bağlı olarak sözleşmenin içinde yer alması kanunen zorunlu tutulmuş olan hükümlerin genel işlem şartı olmayacağı ancak TBK m.20 lafında belirtilmese de kamu kurum ve kuruluşlarının özel hukuk sözleşmelerinin idari denetim kapsamında olacağını belirtmiştir²²⁸. Zira iltihaki²²⁹ sözleşmeler de yargısal denetime tabi olmalıdır. Genel işlem şartlarını hazırlayan tarafın kamusal nitelik taşıması önem arz etmeyecektir²³⁰. Ayrıca, TTK m. 1450 uyarınca sigorta sözleşmeleri ile ilgili kanun maddelerinin kendi kanunlarında aksine hüküm

²²⁶ YEŞİLOVA ARAS Ecehan, Sigorta Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartının Kullanılması, Yaşar Üniversitesi Genel İşlem Şartları Sempozyumu, İzmir Barosu Dergisi, Sayı:3, Eylül 2015, s. 461, 463, 466

²²⁷ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s.63; SİRMEN, Genel İşlem Şartı, s. 214; UZUNALLI, Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetim, s. 135, 136; OĞUZMAN/ ÖZ, Borçlar Hukuku Genel, s. 166, 167; BAŞ, İçerik Denetimi, s. 281, 282; DOĞAN, Genel İşlem Koşulları, s. 460; ANTALYA' ya göre 29236 sayılı Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliğinde yer alan işlem şartları genel işlem şartı denetimine tabi olmayacaktır. Katımlı sözleşmeler genel işlem koşulu içerse bile konu edilen hizmete ilişkin sözleşme hükümler, kanun/yönetmelik gibi kurullarla düzenlenmişse bu durumda genel işlem şartı denetimi yapılamayacaktır. Eğer mevzubahis edilen genel işlem şartları düzenleme yoluyla değil de onaylama yoluyla kamu niteliği kazanmışsa bu durumda denetime tabi olabilecektir; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, s. 290, 291;

²²⁸ SERDAR, Kişi Bakımından Uygulama Alanı, s. 230-232

²²⁹ Bknz. s. 26, 27

²³⁰ ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 159; OĞUZMAN/ ÖZ, Borçlar Hukuku Genel, s. 166, 167; HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 80; ATAMER, Genel İşlem Şartları, s.63; SERDAR, Kişi Bakımından Uygulama Alanı, s. 230-232; ASLAN, Tüketici Hukuku, s. 58, 59; "... Türk Telekom ve GSM operatörleri ve belediyelerin su idareleri gibi yaygın şekilde kamu hizmeti sunan kişiler de bu hükümlere tabidir."

bulunmadıkça, sosyal güvenlik kurumları ile yapılan sözleşmeler hakkında uygulanmayacağı hüküm altına alınmış, bunun haricinde açıkça uygulanılmayacak bir alan yaratılmamıştır. 28982 sayılı Sigortacılık Kapsamında Değerlendirilecek Faaliyetlere, Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri İle Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmelerine İlişkin Yönetmelik'in sigortacılık kapsamında değerlendirilemeyecek sözleşme ve faaliyetler başlıklı 6. maddesinde nelerin sigorta sözleşmesi olmayacağı açıklanmıştır²³¹. Ancak yönetmeliğin 8. Maddesinin 2. fıkrasında tüketici lehine yapılan sigorta sözleşmelerinde sigorta sözleşmesi yapan kişiye, şirket ile yapılan sigorta sözleşmesinin bir örneği verileceği ve ilave bilgilere nereden ulaşılacağı konusunda *tüketicinin* bilgilendirileceği hüküm altına alınmıştır.

2.2.1.1.4. Tüketici Sözleşmesinin ve Dolayısıyla Sözleşme İçeriği Haline Gelecek Olan Genel İşlem Şartlarının Teslim Edilmesi Yükümlülüğü

Satıcı/ sağlayıcı, genel işlem şartlarının varlığının tüketici tarafından öğrenilmesine imkan vermek ve tüketicinin şartların varlığını hakkında bilgilendirmek için objektif olarak ne yapması gerekiyorsa onu yapması gerekmektedir. Bu anlamda İsviçre Hukukunda bağlayıcılık denetimine ilişkin özel kurallar olmamasına rağmen öğretide genel işlem şartlarının bir örneğinin de verilmesi gerektiği kabul edilmektedir²³².

6502 sayılı TKHK m. 4/1 maddesi uyarınca; kanunda yazılı olarak düzenlenmesi zorunlu tutulan sözleşmelerin ve bilgilendirmelerin bir nüshasının kâğıt üzerinde ya da kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Belgelerin verilmesi satıcı/ sağlayıcının yükümlülüğü olduğundan,

²³¹ *Sigortacılık Kapsamında Değerlendirilecek Faaliyetlere, Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri İle Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmelerine İlişkin Yönetmelik*, Sigortacılık kapsamında değerlendirilemeyecek sözleşme ve faaliyetler, Madde 6/1: Hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi veya abonelik sözleşmesinde olduğu gibi konusu, karşı tarafın zararının giderilmesi yerine, bedeni veya fikri insan emeği olan ve belli bir ücret karşılığında iş görmeyi amaçlayan sözleşmeler, sigorta sözleşmesi ve bu kapsamda yapılan faaliyetler de sigortacılık faaliyeti değildir. Madde 6/2: (2) 23/2/1995 tarihli ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununa dayanılarak çıkarılan 14/6/2003 tarihli ve 25138 sayılı Resmî Gazete' de yayımlanan Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik kapsamında verilen bakım, onarım ve kullanıma ilişkin garanti ile bu garantinin kapsamını genişleten veya süresini uzatan sözleşmeler ya da garanti belgesi muafiyetine girmekle birlikte üretici veya ithalatçı tarafından verilen söz konusu hizmetler bir bedel karşılığında yapıyor olsa bile sigorta sözleşmesi olarak kabul edilmez. (Resmî Gazete Tarihi: 25.04.2014; Resmî Gazete Sayısı: 28982)

²³² HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 114

ispatı da satıcı/ sağlayıcıya aittir. Satıcı/ sağlayıcı ibraz edilmesi gereken belgenin tüketiciye verildiğini kendisi kanıtlamak zorunda kalacak, tüketicinin söz konusu bilginin ve belgenin kendisine verildiğini ya da verilmediğini ispat etmek zorunda kalmayacaktır²³³. Ayrıca, bu konuda kanunda düzenlenmiş olan sözleşmeler için de ayrıca kanunda ve yönetmeliklerde düzenleme yapılmıştır. Örneğin; TKHK m. 49/3 uyarınca finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde sağlayıcının, sözleşmenin bütün şartlarını ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca belirlenen diğer hususları, tüketicinin sözleşmeyi kuran iradesini yöneltmesinden önce veya tüketicinin talebi üzerine yazılı bilgilendirmeye elverişli olmayan bir uzaktan iletişim aracı kullanılarak sözleşmenin kurulması hâlinde sözleşmenin kurulmasından hemen sonra kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla tüketiciye iletileceği hüküm altına alınmıştır. 29253 sayılı Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nde ise daha ayrıntılı bir düzenlemeye gidilmiş; tüketici kredisi sözleşmelerinin sesli iletişim araçlarıyla kurulan ortam yoluyla mesafeli olarak kurulması halinde, ilgili mevzuatında yer alan ön bilgilerin tamamının, sözleşme kurulmadan makul bir süre önce yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile verilmesi zorunlu tutulmuştur²³⁴.

Ancak görüldüğü üzere metnin teslimi, genel işlem şartlarını öğrenme imkanını sağlama amaçlı yapılmayacaktır. Tüketiciye genel işlem şartlarının içeriğinin öğrenilme imkanının verilmesi için şartları içeren belgenin teslimi zorunlu değildir²³⁵. İlişkilendirme aşamasında, öğrenme imkanının sağlanması için şartların sadece gösterilmesi bile yeterli olacaktır, genel işlem şartlarının teslim külfeti bulunmamaktadır.

²³³ ÖZEL, Tüketicinin Korunması Hukuku, s. 57

²³⁴ *Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği*, Ön bilgilendirme, Madde 6/2: Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmenin sesli iletişim araçları vasıtasıyla veya sınırlı alanda ya da zamanda sunulduğu bir ortam yoluyla kurulması halinde, 5 inci maddenin birinci fıkrasının sadece (c), (ç), (h) ve (i) bentlerinde yer alan bilgilerin bu ortamda verilmesi yeterlidir. Ancak tüketici kredisi sözleşmelerinin bu araç veya ortamlar yoluyla mesafeli olarak kurulması halinde, ilgili mevzuatında yer alan ön bilgilerin tamamının, sözleşme kurulmadan makul bir süre önce yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile verilmesi zorunludur. (Resmi Gazete Tarihi: 31.01.2015, Resmi Gazete Sayısı: 29253)

²³⁵ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 114

2.2.1.1.5. Satıcıya Ön Bilgilendirme ile Sözleşme Nüshasını Verme Yükümlülüğü Yükleyen ve Sözleşme ile Ön Bilgilendirmenin Şekli ile İçeriğini Belirleyen, TKHK' da Özel Olarak Düzenlenmiş Olan Hükümler

Temel olarak satıcı/ sağlayıcının aydınlatma yükümlülüğünün kaynağı MK m.2/1' deki dürüstlük kuralıdır. Tüketicinin korunması için ilk aşamada yapılması gereken, tüketicinin bilgilendirilmesini sağlamaktır. Bunun için 6502 sayılı TKHK m.4/1 ile tüketicinin sözleşme öncesi yapılacak olan bilgilendirmeleri anlayabilmesini sağlanmak için, bilgilendirmelerin belirli bir şekilde, puntoda ve içerikte olması hüküm altına alınmıştır.

TBK m.21 uyarınca düzenleyenin genel işlem şartlarının varlığı hakkına bilgi vermek ve içeriğini öğrenme imkanı sağlamak dışında karşı tarafı aydınlatma veya sözleşme metnini ibraz etme yükümlülüğü yoktur. Tüketici sözleşmesinde ise tüketicinin aydınlatılması ve hak ile yükümlülükleri konusunda bilgilendirilmesi için; genel işlem şartlarının açık olmasının sağlanması, sözleşme içeriği olacak genel işlem şartları hakkında ön bilgi verilmesi ve bu şartları içeren metnin bir örneğinin tüketiciye verilmesi TKHK uyarınca hüküm altına alınmıştır²³⁶. TKHK' da m.4'te yer alan temel ilkenin yanında, kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelerin her biri için sözleşme öncesi tüketicinin aydınlatılması adına yükümlülükler düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlerde sözleşme öncesinde tüketiciye yapılacak açıkça bilgilendirme "ön bilgilendirme yükümlülüğü" şeklinde belirlenerek; bilgilendirmenin şekli, kapsamı ve verilme anı düzenlenmiştir.

Ancak belirtmek gerekir ki, ön bilgilendirmeye ve sözleşme nüshasını vermeye yönelik TKHK ve ilgili yönetmeliklerde yer alan hükümler, TBK m. 21 anlamında bağlayıcılık denetimi için önem arz etmezler. Söz konusu hükümler TKHK ile satıcı/ sağlayıcıya getirilen yükümlülüklerdir ve bu yükümlülüklerin ihlali TKHK m. 77 anlamında idari para cezasını gerektirir.

2.2.1.1.5.1. Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü ve Amacı

Tüketici kredileri sözleşmeleri öncesinde verilecek kredi sözleşmesinin koşullarını içeren ön bilgilendirmenin (TKHK m. 23/1, 31/4), konut finansmanı sözleşmesinin koşullarını içeren sözleşme öncesinde verilecek ön bilgilendirme

²³⁶ HAVUTÇU, Külfetler, s. 254

formunun (TKHK m. 33/1, 39/4), ön ödemeli konut sözleşmeleri öncesinde verilecek ön bilgilendirme formunun (TKHK m. 40/2, 46/1), iş yeri dışında kurulan sözleşmeleri öncesinde verilecek açık ve anlaşılır şekilde düzenlenmesi gereken bilgilendirilmenin (TKHK m. 47/3-7), mesafeli sözleşme öncesinde açık ve anlaşılır şekilde yapılması gereken bilgilendirilmenin (TKHK m. 48/2-6); devre tatil sözleşmelerinin, uzun süreli tatil hizmeti sözleşmelerinin, değişim sözleşmelerinin ve yeniden satış sözleşmelerinin kurulmasından önce verilen ön bilgilendirme formunun (TKHK m. 50/4-11); paket tur sözleşmeleri öncesi verilen ön bilgilendirme amaçlı broşürün (TKHK m. 51/4-10) yönetmelikçe belirlenen formatta düzenlenmesi TKHK' nda hüküm altına alınmıştır. Bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davranan satıcı/sağlayıcı TKHK m.77 uyarınca idari para cezasıyla cezalandırılacaktır²³⁷.

Tüketicinin aydınlatılması için yapılacak uyarı, TKHK ile somutlaştırılarak ön bilgilendirme yükümü olarak hüküm altına alınmıştır. İlgili yönetmeliklerde sözleşme öncesinde verilecek bilgilendirmenin içeriği, yapıma şekli ve zamanı ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. HAVUTÇU' nun da belirttiği üzere tüketicinin aydınlatılması ve sözleşmeden kaynaklanan kanuni hak ile yükümlülükleri hakkında bilgilendirilmesi için sözleşmede kullanılacak şartlar hakkında ön bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir.²³⁸ Aşağıda verilecek örneklerde de görüleceği üzere; ilgili yönetmeliklerde açık olarak düzenlenmiş olan ön bilgilendirme hükümleri, sözleşmenin hem asli hem de yan yükümlülüklerini içermektedir²³⁹.

Bu şekilde, ön bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı; satıcı/ sağlayıcı tarafından akdedilecek sözleşmede kullanılacak genel işlem şartlarıyla sınırlı kalmamış, aynı zamanda sözleşmenin asli yükümlülükleri ile tüketicinin hak ve yükümlülükleri de yükümlüğün kapsamına dâhil olmuştur.

Örneğin; 29363 sayılı Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği m.6/1 uyarınca belirli süreli tüketici kredisi sözleşmesinde kredinin türü, kredi verenin MERSİS numarası, açık adresi, telefon numarası gibi bilgileri ile kredinin toplam tutarı gibi asli yükümlülükler konusunda, tüketicinin ön bilgilendirme yükümlülüğü

²³⁷ ASLAN, Dersler, s. 192, 193

²³⁸ HAVUTÇU, Külfetler, s. 255, 256

²³⁹ SİRMEN, hem asli edimlerin hem de yan edimlerin genel işlem şartlarının konusunu oluşturabileceğini ifade etmiştir.; SİRMEN, Genel İşlem Şartı, s. 214, 215; Ancak EREN' e göre esaslı noktalar genel işlem şartı şeklinde düzenlenemezler.; EREN Fikret, Genel İşlem Şartlarında İçerik Denetimi, Yaşar Üniversitesi Genel İşlem Şartları Sempozyumu, İzmir Barosu Dergisi, Sayı:3, Eylül 2015, s. 291

kapsamında aydınlatılması düzenlenmiştir. Gerektiğinde noter masraflarının tüketici tarafından ödeneceğine ilişkin bilgiler gibi yan yükümlülüklerin yanında kredi sözleşmesine ilişkin açılan hesaptan sadece kredi ile ilgili işlemler yapılması durumunda, bu hesaba ilişkin herhangi bir isim altında ücret veya masraf talep edilmeyeceğine ve bu hesabın, tüketicinin aksine yazılı talebi olmaması hâlinde kredinin ödenmesi ile kapanacağına ilişkin bilginin de tüketicinin bilgilendirilmesi amacıyla ön bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamına alındığı görülmektedir.

TKHK m. 48/2 uyarınca teknolojinin gelişmesiyle hızlı alışverişin en yaygın yolu²⁴⁰ olan mesafeli sözleşmelerde satıcı/ sağlayıcının, tüketicinin sözleşmeyi ya da buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce siparişi onaylandığı takdirde ödeme yükümlülüğü altına gireceği konusunda yapılan bilgilendirme tamamen tüketicinin yükümlülükleri konusunda aydınlatılmasına yöneliktir. 29188 sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m.5/1 uyarınca tüketici, mesafeli sözleşmenin kurulmasından ya da buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce, mal veya hizmetin tüm vergiler dâhil toplam fiyat gibi asli yükümlülükler hakkında verilecek bilgilerin yanında satıcı veya sağlayıcının talebi üzerine, varsa tüketici tarafından ödenmesi veya sağlanması gereken depozitolar ya da diğer mali teminatlar ve bunlara ilişkin şartlar ile ödeme, teslimat, ifaya ilişkin bilgiler gibi yan yükümlülükler hakkında da tüketicinin bilgilendirilmesi zorunlu tutulmuştur. Ayrıca madde uyarınca; cayma hakkının olduğu durumlarda, bu hakkın kullanılma şartları, süresi, usulü ve satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgiler ve cayma hakkının kullanılmadığı durumlarda, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilginin yanında tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını Tüketici Mahkemesine veya Tüketici Hakem Heyetine yapabileceklerine dair kanuni hak ve yükümlülüklerine dair bilgilerin de tekrarlanarak tüketicinin bilgilendirilmesi amaçlanmıştır.

29363 sayılı Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği m.6/1'de düzenlenen belirli süreli tüketici kredisi sözleşmesinde ön bilgilendirme yükümlülüğünün yanında, sözleşmenin zorunlu içeriğine paralel olarak tüketicinin temerrüde düşmesi nedeniyle, ödemenin ertelenmesi veya borcun yeniden yapılandırılması için

²⁴⁰ DERYAL, Tüketici Hukuku, s. 84

akdedilecek sözleşme için öncesinde verilecek sözleşme öncesi bilgi formunda ilaveten yer verilecek hükümler düzenlenmiştir²⁴¹. Sözleşme öncesi bilgi formlarının asgari içerikleri dışında ilave bilgiler verilirse; bu bilgilerin sözleşme öncesi bilgi formunun eki olarak ayrı bir belge ile tüketiciye verilecektir²⁴². Böylece ön bilgilendirmede verilecek bilgilerin gözden kaçırılmaması sağlanacaktır. Buradan da anlaşıldığı üzere ön bilgilendirme amacına hizmet edecek form ile sözleşme içeriğini öğrenme imkânını verme külfeti birbirinden ayrılmıştır.

Ayrıca değinmek gerekir ki; 29188 sayılı Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik, TKHK m.4/1'e uygun olarak, hem ön bilgilendirme formunun hem de tüketiciye ibraz edilecek diğer belgelerin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunlu tutulmuştur. Bu nedenle de söz konusu bilgilerin sözlü olarak ya da yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı dışında bir yolla iletilmesi, satıcının yükümlülüğüne aykırı davrandığı anlamına gelecektir²⁴³. Ayrıca GÜMÜŞ' e göre sözleşmenin yapıldığı ilk aşamada ön bilgilendirme formundan bahsedildiği içim bilgilendirmenin yazılı olarak elden verilmesi gerektiğinden bahisle, kalıcı veri saklayıcıları aracılığıyla yapılamayacağını ifade etmiştir²⁴⁴.

Devre tatil ve uzun süreli tatil sözleşmelerinde ön bilgilendirme formunun, TMK m.4/1'e paralel olmak üzere, en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir şekilde düzenlenmesi zorunludur²⁴⁵. Diğer tüketici sözleşmelerinden farklı olarak devre tatil sözleşmeleri, uzun süreli tatil hizmeti sözleşmeleri, yeniden satış sözleşmeleri, değişim sözleşmeleri ve ön ödemeli devre

²⁴¹ *Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği*, Belirli süreli tüketici kredisi sözleşmesinde ön bilgilendirme yükümlülüğü, Madde 6/2: Tüketicinin temerrüde düşmüş olması nedeniyle, ödemenin ertelenmesi veya borcun yeniden yapılandırılmasına ilişkin sözleşme kurulması durumunda sözleşme öncesi bilgi formunda, birinci fıkrada yer verilen bilgilere ilave olarak kredi sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin usul ve şartlara ilişkin bilgi de verilir. Kredi veren, bu tür sözleşmelere ilişkin sözleşme öncesi bilgi formunda birinci fıkranın (d), (ğ), (h), (j), (k) ve (l) bentlerinde belirtilen bilgilere yer vermeyebilir. (Resmi Gazete Tarihi: 22.05.2015, Resmi Gazete Sayısı: 29363)

²⁴² *Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği*, Belirli süreli tüketici kredisi sözleşmesinde ön bilgilendirme yükümlülüğü, Madde 6/3: Birinci fıkrada yer alan bilgiler dışında ilave bilgilerin verilmesi durumunda, bu bilgiler sözleşme öncesi bilgi formunun eki olarak ayrı bir belge ile tüketiciye verilir. (Resmi Gazete Tarihi: 22.05.2015, Resmi Gazete Sayısı: 29363)

²⁴³ KARAKOCALI/ KURŞUN, *Tüketici Hukuku*, s. 131

²⁴⁴ GÜMÜŞ, *Şerh*, s. 253

²⁴⁵ *Devre Tatil Ve Uzun Süreli Tatil Hizmeti Sözleşmeleri Yönetmeliği*, Ön bilgilendirme, Madde 5/2: Ön bilgilendirme formunun, en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir şekilde düzenlenmesi zorunludur. (Resmi Gazete Tarihi: 14.01.2015, Resmi Gazete Sayısı: 29236)

tatil sözleşmeleri için yönetmeliğin arkasında matbu bir ön bilgilendirme formu hazırlanmış ve tüketiciye verilecek bilgilendirme formlarının da en az bu bilgileri içermesinin şart olduğu ifade edilmiştir. TKHK m.77/3 uyarınca da ekte²⁴⁶ yer alan ön bilgilendirme formlarının verilmemesi durumunda satıcı/ sağlayıcı idari para cezasıyla karşı karşıya kalacaktır²⁴⁷. TKHK m.77/3 uyarınca da bu yükümlülüğün ihlali halinde satıcı/ sağlayıcı idari para cezasıyla karşı karşıya kalacaktır²⁴⁸. Satıcı/ sağlayıcının ön bilgilendirme formunu en az bir gün önce vermediği durumlarda, yönetmelik ekinde yer alan şekilde formun düzenlenmediği durumlarda ya da sözleşmenin şekli ve içeriği hakkındaki yönetmelik hükümlerine uyulmadığı durumlarda tüketici cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı olmayacağı ek bir yaptırım olarak düzenlenmiştir²⁴⁹.

2.2.1.1.5.2. Nüshasını Verme Yükümlülüğü ve Amacı

29236 sayılı Taksitle Satış Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik'in sözleşmenin şekli başlıklı 5. maddesi taksitle satış sözleşmesinin bir örneğinin kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunlu tutmuştur. Bunun yanında, satıcı/sağlayıcının, sözleşmenin kurulması aşamasından sonra tüketici talep ederse, ücretsiz olarak bir defaya mahsus olmak üzere sözleşmenin örneğinin tüketiciye vermesi gerektiği yönetmelik m. 5/1'de düzenlenmiştir.

TKHK m. 49/3 uyarınca sağlayıcının, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmenin bütün şartlarını ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından belirlenen diğer hususları, kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla tüketiciye iletmesi zorunlu tutulmuştur.

TKHK m. 51/5 uyarınca paket tur düzenleyicileri veya aracıları, yazılı veya mesafeli olarak kurulan paket tur sözleşmelerinin bir nüshasını kâğıt üzerinde veya

²⁴⁶ EK 1; Devre Tatil Sözleşmeleri Ön Bilgilendirme Formu, EK 2; Uzun Süreli Tatil Hizmeti Sözleşmeleri Ön Bilgilendirme Formu, EK 3; Yeniden Satış Sözleşmeleri Ön Bilgilendirme Formu, EK 4; Değişim Sözleşmeleri Ön Bilgilendirme Formu, EK 5; Ön Ödemeli Devre Tatil Sözleşmeleri Ön Bilgilendirme Formu

²⁴⁷ KARAKOCALI/ KURŞUN, Tüketici Hukuku, s. 172

²⁴⁸ KARAKOCALI/ KURŞUN, Tüketici Hukuku, s. 172

²⁴⁹ *Devre Tatil Ve Uzun Süreli Tatil Hizmeti Sözleşmeleri Yönetmeliği*, Eksik bilgilendirme, Madde 10/1: Satıcı veya sağlayıcının 5 inci maddenin birinci ve üçüncü veya 6 ncı maddenin birinci ya da 8 inci maddenin ikinci fıkralarında belirtilen yükümlülüklerle aykırı hareket etmesi durumunda, tüketici cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir. Bu süre her halükarda cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer. (Resmi Gazete Tarihi: 14.01.2015, Resmi Gazete Sayısı: 29236)

kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla tüketiciye vermek zorundadır. 29236 sayılı Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği'nde yazılı veya mesafeli olarak akdedilen paket tur sözleşmeleri ile yapılan bilgilendirmelerin bir örneğinin kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile katılımcıya verilmesi zorunlu tutularak yine TKHK m.4/1 ile uyumlu olarak düzenleme getirilmiştir²⁵⁰.

TKHK m.52/1 uyarınca yazılı veya mesafeli olarak kurulan abonelik sözleşmelerinin bir nüshasının kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunlu tutulmuştur. 29246 sayılı Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği uyarınca yazılı veya mesafeli olarak kurulan abonelik sözleşmelerinin bir örneğinin kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunlu tutulmuştur²⁵¹. Abonelik sözleşmesi kâğıt üzerinde ve adi yazılı şekilde kurulmalıdır, ancak mesafeli abonelik sözleşmesi ise elektronik yazılı biçimde akdedilerek bir kopyası aboneye verilmelidir²⁵².

Ancak dikkat edilirse sözleşme nüshasının verilmesi ilişkilendirme anlaşmasından sonra yapılan bir faaliyettir. Zira ilişkilendirme anlaşması çerçevesinde kurulmuş olan sözleşmenin tesliminden bahsedilmektedir. Bu nedenle TKHK ya da ilgili yönetmeliklerde düzenlenen sözleşmenin nüshasının tüketiciye verilmesi, tüketicinin genel işlem şartları konusunda aydınlatılması amacına hizmet etmeyecektir. Tüketici sözleşmesinin bir nüshasının teslim edilmesiyle ileriki aşamalarda tüketicinin bilgi eksikliği yaşamaması sağlanacaktır.

2.2.1.1.2. Tüketicinin Açık İradesiyle Genel İşlem Şartlarının Kabulü

Tüketici de sözleşmede kullanılan genel işlem şartlarının içeriğini bilerek, şartları okuyup anlayarak şartları ya kabul edecek ya ret edecektir. Tüketici, şartları

²⁵⁰ Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği, Sözleşme düzenleme yükümlülüğü, Madde 6/1: Yazılı veya mesafeli olarak kurulan paket tur sözleşmeleri ile bu Yönetmelik kapsamında yapılan bilgilendirmelerin, en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenmesi ve bunların bir örneğinin kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile katılımcıya verilmesi zorunludur. (Resmî Gazete Tarihi 14.01.2015, Resmî Gazete Sayısı: 29236)

²⁵¹ Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği; Sözleşmenin şekli, Madde 5/1: Satıcı veya sağlayıcı, sunulan mal veya hizmete ilişkin olarak tüketici ile bir abonelik sözleşmesi kurmak zorundadır. Yazılı veya mesafeli olarak kurulan abonelik sözleşmelerinin bir örneğinin kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunludur. (Resmî Gazete Tarihi: 24.01.2015 ; Resmî Gazete Sayısı: 29246)

²⁵² ERTAŞ Şeref, Yeni Tüketiciyi Koruma Kanununda Abonman Sözleşmeleri, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yaşar Üniversitesi hukuk Fakültesi Özel Sayısı, Cilt 9, Kasım 2014, s. 105

okuyup anlayabilir ya da şartların kullanıldığını bilmesine rağmen içeriğini okumadan yahut içeriği okusa bile anlamadan sözleşmeyi kurabilecektir. Bu durumlarda tüketici açıkça iradesini ifade etmiş olduğundan tüketicinin açık kabulünden bahsedilecektir²⁵³.

2.2.1.1.2.1. Tüketici İşleminde Açık (Tam) Kabul

Tüketicinin, genel işlem şartlarının esas sözleşmenin içeriği haline gelmesini şüpheye yer vermeyecek şekilde sözlü yada yazılı olarak kabul etmesiyle açık kabulünden bahsedilebilecektir²⁵⁴. Tüketicinin, karşı tarafın kullandığı genel işlem şartlarını ve bu şartların içeriğini ve önemini tam olarak anladığı durumlarda tüketicinin bilinçli kabulünden bahsedilir. Bu durumda tüketici genel işlem şartlarının varlığını bilmesinin yanında şartların içeriğini ve hukuki anlamını bilmektedir ve bununla birlikte tüketicinin iradesi bilinçli olarak şartların sözleşme içeriği olması yönündedir. Tüketicinin kabul beyanı iradesine uygundur. Tüketici kabul beyanıyla oluşabilecek hukuki ve fiili sonuçların bilincindedir²⁵⁵.

Ayrıca; TKHK m.50/5 uyarınca mesafeli satış yöntemiyle kurulan devre tatil sözleşmeleri, uzun süreli tatil hizmeti sözleşmeleri, değişim sözleşmeleri, yeniden satış sözleşmeleri hariç olmak üzere; satıcı/ sağlayıcı, tüketicinin kendi el yazısıyla sözleşme tarihini yazmasını ve sözleşmeyi imzalamasını sağlamakla yükümlüdür. Böylece mesafeli satış yöntemleriyle kurulan söz konusu sözleşmelerde tüketicinin kabulünün açık kabul niteliği taşıması için özel olarak şekil şartları öngörülmüştür.

Ayrı bir belgede yer alan ancak sözleşme içeriğine atıf yapılarak bağlantı kurulan genel işlem şartları, tüketicinin eline geçmişse ve tüketici şartların içeriğini anlama imkanına sahipse bu durumda tüketicinin sözleşmeye muvafakat etmesi genel işlem şartlarını kabul ettiği anlamına gelecektir. Aynı şekilde genel işlem şartları sözleşme metninin arkasına basılmışsa bu durumda da tüketici şartları okuyup anlama ihtimaline sahip olarak sözleşmeyi imzaladığında genel işlem şartlarını kabul etmiş olacaktır²⁵⁶.

²⁵³ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 110

²⁵⁴ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 97, 98; YELMEN, Genel İşlem Şartları, s. 87, 88

²⁵⁵ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 111

²⁵⁶ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 111, 112

Bununla birlikte tüketicinin genel işlem şartlarını ve şartların anlamını öğrenme imkanına sahip olması ve şartları bilerek kabul etmesi, söz konusu şartları bireysel sözleşme şartı haline getirmeyecektir. Zayıf taraf olan tüketici, hala farklı değişkenler nedeniyle aleyhine olan şartları değiştiremiyor, bu nedenle de kabul etmekten başka çaresi olmadığını düşünüyor olabilir. Bu nedenle de bu şartların tartışılıp üzerinde anlaşıldığı söylenemeyecektir²⁵⁷.

2.2.1.1.2.2. Tüketici İşleminde Global Kabul

Tüketici genel işlem şartlarını okumaksızın, şartların içeriğini bilmeden genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olmasını kabul etmesi, tüketicinin global (engel²⁵⁸) kabulüdür. Tüketicinin sözleşme metnindeki ya da atıf yapılmak suretiyle metne dahil edilen genel işlem şartlarını önemsemediğinden ya da değiştirme umudu olmadığından okumadan kabul etmesi durumunda güven teorisi uyarınca işlem korunacaktır²⁵⁹. Tüketicinin sözleşme metninin sayfalarına imza ya da paraf atması ve metnin son sayfasına imzasını atmasıyla global kabulün varlığından bahisle şartların kabul edildiğinden söz edilebilir²⁶⁰. Ancak bu şekilde de şartların tartışıldığı iddia edilerek şartların, genel işlem şartı olma mahiyetini kaybettiği söylenemez²⁶¹.

Tüketicinin, sözleşme metnini ya da açıkça atıf yapılmış olan genel işlem şartlarını gerçekten okumuş olması aranmayacaktır. Satıcı/ sağlayıcının bu ihtimali ona sunması global kabul ile şartların sözleşme ile ilişkilendirilmesi için yeterli olacaktır. Global kabulden bahsedebilmek için satıcı/ sağlayıcının genel işlem şartlarının varlığının tüketici tarafından öğrenilmesine imkan vermiş, tüketicinin şartların varlığını öğrenebilmesi için objektif olarak yapması gerekeni yapmalıdır²⁶².

Belirtmek gerekir ki global kabulün varlığından dolayı aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin iddia edilebilmesi için şartların içeriğini okunma ihtimalinin sağlanması kapsamında şartların TKHK m. 4'te ile ilgili yönetmeliklerde yer alan şekil ve içerik şartlarına da uygun olması ve bu şartların

²⁵⁷ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 112

²⁵⁸ AYDOĞDU, Konu Bakımından Uygulama, s. 25

²⁵⁹ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 112, 113; ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 102;

DİZDAR, Genel İşlem Şartları, s. 92; KAŞAK, Genel İşlem Koşulları, s. 416

²⁶⁰ ZEVLİLER / AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 164; AYDOĞDU, Konu Bakımından Uygulama, s. 25, 26; YELMEN, Genel İşlem Şartları, s. 90-93

²⁶¹ REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel, s. 72, 73

²⁶² HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 117, 118

varlığı hakkında uyarının yapılmış olması gerekecektir²⁶³. Aslında hiç okunmadan tüketici tarafından şartların kabul edilmesi durumu tehlikeli görünse de; içerik denetimi aşamasında TKHK m.5 uyarınca haksız şart olarak değerlendirilebilecek hükümlerin zaten tüketiciyi bağlayamayacaktır²⁶⁴. Ancak teorik olarak satıcı/ sağlayıcı tüketiciyi şartların varlığı hakkında bilgilendirirken aynı zamanda şartların içeriğini öğrenme olanağı da sağlamalıdır. Tüketici, genel işlem şartlarını okumasına rağmen genel işlem şartlarının kullanılacağını ya da içeriğini anlamamışsa bu durum kabule hanel getirmeyecektir. Tüketici şartlardan haberdardır ve içeriğini öğrenmiştir, buna rağmen şartları anlamadan şartları kabul ediyorsa artık bu durumda güven teorisi gereğince yapılan işlemin sağlıklı olarak kurulduğunu kabul edilmelidir. Burada önemli olan husus ise satıcı/ sağlayıcının, tüketicinin anlamadığını fark etmemesi ya da fark edecek durumda olmamasıdır²⁶⁵. Örneğin yazılı sözleşme metninde genel işlem şartlarına açık ve anlaşılabilir bir dille atıf yapılması durumunda genel işlem şartlarının müşteriye verilmesi, ya da ile satıcı/ sağlayıcı şartların içeriğini öğrenme imkanını sağlamış olur. Satıcı/sağlayıcı şartları gösterip öğrenme imkanını tüketiciye verirse bu durumda tüketicinin imzası global kabul anlamına gelebilecektir²⁶⁶.

2.2.1.2. Örtülü (Zımni) İrade Beyanları ile İlişkilendirme Anlaşmasının Oluşması

TBK m.1 uyarınca sözleşme tarafların irade açıklamalarının karşılıklı yönelmiş olması ve birbirine uygun olmasıyla kurulur. TBK m. 1/2' de belirtildiği üzere söz konusu irade açıklamaları açık ya da örtülü olabilir, sözleşmenin kurulması sonucunu iki irade çeşidi de aynı şekilde verecektir. İşlem iradesi, doğrudan doğruya söz ya da işaretlerden anlaşılamiyorsa örtülü irade beyanı söz konusu olacaktır. İrade beyanı, açık irade beyanı kadar net bir şekilde anlaşılamiyor ancak dolaylı da olsa irade beyan ya da davranışlarla karşı tarafa ifade edilebiliyorsa bu durumda örtülü irade beyanından söz edilebilecektir²⁶⁷.

²⁶³ AYDOĞDU, Konu Bakımından Uygulama, s. 29, 30

²⁶⁴ AYDOĞDU, Konu Bakımından Uygulama, s. 26, 27

²⁶⁵ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 114

²⁶⁶ SİRMEN, Tüketici Sözleşmelerinde, s. 115

²⁶⁷ EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 135; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, s. 67; NOMER, Borçlar Hukuku Genel, s. 30, 31

Tüketici sözleşmesi kurulurken taraflar irade açıklamalarını örtülü ya da açık biçimde dile getirebilirler. Bu anlamda düşünürsek; satıcı/ sağlayıcı örtülü ya da açık şekilde satış/ hizmet sağlama iradesini ifade edebileceği gibi tüketici de örtülü ya da açık şekilde kabul iradesini ifade edebilecektir. Burada tartışmalı olan durumlar; satıcı/ sağlayıcının ilişkilendirme iradesinin dış dünyaya yansımalarının örtülü olarak nitelendirilmesi ve tüketicinin susmasının örtülü kabul olarak addedilmesidir. Satıcı/ sağlayıcının örtülü olarak ilişkilendirme iradesinin olduğu durumda tüketici de susuyorsa burada ilişkilendirme anlaşması sözleşmenin iki tarafının da örtülü iradesi ile kurulmuş olacaktır²⁶⁸.

Genel işlem şartlarını kullanan tarafın fiili davranışları, sözleşme içeriğine genel işlem şartlarını koymadığında ya da başka bir belgedeki şartları esas sözleşmeye koyacağı bir atıfla ilişkilendirmediği zaman, kullanan tarafın irade beyanı açık irade beyanı kadar net bir şekilde anlaşılabilir. Bu durumda eğer genel işlem şartlarına atıf yapılmamasına ya da metinde yer verilmemesine rağmen somut olayın şartlarından örtülü olarak yollama yapıldığı anlaşılabilirse, şartları kullanan tarafın örtülü olarak ilişkilendirme iradesinin olduğu söylenebilecektir²⁶⁹.

TKHK' da hüküm olmasa da, TBK m. 21/1 uyarınca karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına dahil olabilmesi için satıcı/ sağlayıcının şartların varlığı hakkında karşı tarafa açıkça bilgi vermiş olması, şartların içeriğini öğrenme imkanını sağlamış olması gerekmektedir. Alman Hukukundaki gibi burada da; genel işlem şartları konusunda yapılacak bilgilendirilmede, irade beyanının örtülü olmaması kuraldır. Bu nedenle satıcı/ sağlayıcının tüketici sözleşmesinde genel işlem şartlarının olacağına ilişkin örtülü beyanı, TKHK' nun aradığı şartları sağlamadığından ilişkilendirme iradesi olarak değerlendirilemeyecektir. Ancak istisnai olarak, şartları kullanan tarafın açıkça uyarı yapması, ticari hayatta aşırı bir zorluğa yol açıyorsa genel işlem şartlarının sözleşmenin kurulduğu yerde ilan edilerek bilgilendirmenin yapılabileceği kabul edilebilir. Ancak tabii ki genel işlem şartlarının içeriğinin de dikkat çekici, açık ve okunabilir olup şartların içeriğinin öğrenilmesine imkan verilmiş olması

²⁶⁸ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 118, 119

²⁶⁹ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 119

aranacaktır²⁷⁰. Elbette ilan edilmiş olan şartların içeriğinin de ilan metninde bulunması gerekmekte olup örneğin sadece işyerinde genel işlem şartlarının kullanıldığına dair yapılan ilan tüketiciyi bağlamayacaktır²⁷¹.

2.2.1.2.1. Genel İşlem Şartlarına Yapılan Atfın Örtülü Olarak Yapılması

Genel işlem şartlarına yapılan atfın örtülü olduğundan bahsedebilmek için sözleşme metninde genel işlem şartlarına yer verilmemiş veya sözleşme metni dışındaki belgede var olan şartların sözleşmeye konacak bir atıfla sözleşmeye bağlanmamış olması gerekir²⁷². Bu anlamda bireysel sözleşme ile arasında herhangi bir bağ kurulmamış olan genel işlem şartlarının tüketiciyi sözleşme bile olsa bilgilendirme yapmadan tüketiciye sunulması, söz konusudur²⁷³. Temelde TKHK' da tüketicinin şartların varlığı konusunda açıkça bilgilendirilmesi arandığı için şartların varlığı hakkında örtülü atıfla buna uygun olarak örtülü icapta bulunulması ilişkilendirme anlaşmasının kurulamamasına neden olacaktır²⁷⁴. Bu nedenle en başta TKHK m.4/1 uyarınca getirilen temel ilke nedeniyle atfın örtülü olmasından bahsedilemeyecektir.

2.2.1.2.2. Genel İşlem Şartlarının İlan Edilmiş Olması Ya Da Yayınlanmış veya Çoğaltılarak Dağıtılmış Olması

Hukuki işlemlerini kitlelere yöneltecek olan satıcı/ sağlayıcı, kullanacağı gazete, dergi, katalog, prospektüs ve broşür gibi reklam unsurlarına genel işlem şartlarını koyup, daha sonra sözleşme aşamasında tüketicinin daha önce söz konusu reklam unsurları aracılığıyla düzenlediği genel işlem şartlarını bilmesi gerektiğini öne sürebilecektir²⁷⁵. Satıcı/ sağlayıcı çeşitli reklam yöntemleriyle tüketicinin

²⁷⁰ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 119; AYDOĞDU, Konu Bakımından Uygulama, s. 25; SİRMEN, Tüketici Sözleşmelerinde, s. 114, 115; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, s.308, 312 ;Pazardaki karpuz satıcısının satılan malın geri alınmayacağına ilişkin bir yazıyı karpuz satışının olduğu tezgaha, tüketicinin görebileceği yere asması ile ilgili örnek için bakınız: YELMEN, Genel İşlem Şartları, s. 85, dip not 7

²⁷¹ AYDOĞDU, Konu Bakımından Uygulama, s. 26

²⁷² HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 121

²⁷³ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 121

²⁷⁴ DİZDAR, Genel İşlem Şartları, s. 92

²⁷⁵ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 86; HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 128, 129; HAVUTÇU, Kulfetler, s. 247

dikkatini sözleşme konusu mal ya da hizmete çekerek reklam unsurlarında yer alan şartların tüketici tarafından dikkat edilmemesini sağlayabilir²⁷⁶. Ancak bu şekilde bir sorumluluğun yüklenebilmesi için reklam unsurunu makul, orta düzeydeki tüketicinin mutlaka okuyacağını ifade edebiliyor olmamız gerekir. Bu nedenle de bu durumda tüketicinin yayımlanan şartları bilme zorunluğun yüklenemez²⁷⁷. Mal/ hizmeti almaya odaklanmış, satıcı/ sağlayıcıya göre güçsüz durumdaki tüketicinin tek tek katalogun/broşürün her parçasını incelediğini söylemek güçtür²⁷⁸. Bu nedenle tüketicinin genel işlem şartlarının kullanılacağından ve içeriğinden haberdar olmasını sağlama yöntemi olarak katalog, broşür gibi reklam unsurlarına genel işlem şartlarının basılması çözüm olmayacaktır. Bu nedendir ki, tüketicinin bu şekilde bilgisine sunulan gelen işlem şartlarına karşı çıkmaması kabul anlamına gelmeyecek ve şartların tüketici sözleşmesi ile ilişkilendirildiği söylenemeyecektir.

Ancak TKHK' daki özel düzenleme uyarınca ulaştırma, konaklama ve bu hizmetlere bağlı olmayan başka turizm hizmetlerini kapsayan paket tur sözleşmelerinde sözleşmenin kurulmasından önce tüketiciye ön bilgilendirme amaçlı broşür verilmesi m.51 uyarınca zorunlu tutulmuştur. 29236 sayılı Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği m.5/2 uyarınca; ön bilgilendirme amaçlı verilecek broşür veya broşür ekinde; paket turun vergiler dahil toplam fiyatı, ön ödeme tutarı ve kalan bedelin ödeneceği tarih bilgilerinin bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Paket tur sözleşmesi kapsamında yapılacak olan seyahatin katalogda, broşürde, ilanlarda ve hatta seyahat başlamadan önce verilen program ve açıklamalarda olduğu belirtilen nitelikleri taşıyıp taşımadığı önemlidir. Çünkü tüketici genellikle bu unsurlardaki bilgiye inanıp tura katılmakta ancak da sonra broşür veya ilandaki bilgiler gerçekleştirilmemektedir²⁷⁹. Zira bu taahhütlerden başka şekilde yapılmış ifa, kötü ifa olarak değerlendirilecektir. Bu nedenle de özellikle broşürlerle ilgili özel düzenleme yapılarak seyahat acentesi için icap niteliği taşıyan²⁸⁰ bu broşürlerdeki

²⁷⁶ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, s. 128, 129

²⁷⁷ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 86 ve s. 89 dip not 47; HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 128, 129; HAVUTÇU, Külfetler, s. 247; HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 123

²⁷⁸ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 189

²⁷⁹ ZEVLİLER / AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması, s. 210

²⁸⁰ BAŞPINAR Veysel / DEMİR Bahadır, Paket Tur Sözleşmelerinde Seyahat Edenin Hak ve Borçları, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yaşar Üniversitesi hukuk Fakültesi Özel Sayısı, Cilt 9, Kasım 2014, s.147; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, s. 309

bilgilerin acente için bağlayıcı olacağı düzenlenmiştir. Ancak elbette söz konusu bilgiler broşürde yer alıyorsa bu durumda yolculuk öncesindeki bu bilgilendirme yükümlülüğü olmayacaktır²⁸¹.

Uygulamadaki bir diğer durum ise genel işlem şartlarının asılarak ilan edilmesi durumudur. İlan aracılığıyla tüketicinin genel işlem şartları hakkında bilgilendirmesi ile ilgili TKHK' da bir düzenleme olmadığından kural olarak ilan edilmesi suretiyle tüketicinin bilgisine sunulan genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirildiğinden bahsedilemeyecektir. Ancak, Alman Hukukuna göre sözleşmenin karşı tarafını genel işlem şartları hakkında uyarmak düzenleyeni aşırı derecede zor durumda bırakıyorsa, şartlar ilan yoluyla müşterinin bilgisine sunulabilir. Alman öğretisine göre müşterinin günlük yaşamında sürekli olarak etkileşim içinde bulunduğu, ekonomik olarak müşteri açısından anlam arz etmeyen, düzenleyenin çok fazla sayıda müşterisi olması nedeniyle tek tek müşterileriyle iletişime geçemediği –“self servis” hizmeti veren lokantalardan, vestiyerden ya da otopark hizmetinden, tiyatro ya da sinema hizmetinden yararlanma amacı güden sözleşmeler gibi- sözleşmelerde ilan yoluyla genel işlem şartları hakkında bilgilendirme yapılması mümkündür. Bu tarz sözleşmelerde düzenleyen her müşterisiyle tek tek görüşüp, müşterinin dikkatini genel işlem şartlarına çekmesi pratik olarak mantıklı değildir. Zira sözleşme konusu mal/hizmetin ekonomik değeri ile bahsedilen bilgilendirmenin yapılması için harcanacak zaman ve meblağ birlikte düşünüldüğünde bilgilendirmenin ilan yoluyla yapılması pratik olarak daha yararlı olmaktadır. Ancak elbette bu durumda da genel işlem şartlarının ilan edildiği yerin dürüstlük kuralına göre orta nitelikteki müşterinin ilk bakışta görebileceği bir yer olmalı, şartlar da tüketicinin okuyup anlayabileceği şekilde düzenlenmiş olmalıdır²⁸². Bu durumda tüketicinin şartları görmüş olduğundan yol çıkarak şartlara karşı çıkmamasını örtülü kabul olarak değerlendirebiliriz²⁸³.

Ayrıca, TBK m. 578 uyarınca otel, motel, pansiyon, tatil köyü gibi yerleri işletenin ve TBK m. 579 uyarınca konaklama yeri, garaj, otopark ve benzeri işletene bırakma sözleşmelerinde konaklama yeri işletenin sorumluluğunun koşullarını ve kapsamını düzenleyen hükümlere de değinmek gerekmektedir. Hükümlere göre; bu

²⁸¹ ASLAN, Dersler, s. 341, 342; KARAKOCALI/ KURŞUN, Tüketici Hukuku, s. 183

²⁸² HAVUTÇU, Külfetler, 248, 249

²⁸³ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 124

tarz yerlerde işleyen, kendisine bırakılan veya çalışanı tarafından kabul edilen eşyanın (TBK md. 579 uyarınca; garaj, otopark ve benzeri yerler için işletenin sorumluluğu; hayvan, at arabası, bunlara ait koşum ve benzeri eşya ile motorlu taşıt ve eklentileri kapsamında düzenlenmiştir.) yok olmasından, zarara uğramasından veya çalınmasından kanunen sorumludur. Ancak işleten sorumlu olmayı üstlenmediğini veya sorumluluğu TBK' da gösterilmemiş olan bir koşula bağladığını, herhangi bir yolla ilan etse bile, sorumluluktan kurtulamayacaktır²⁸⁴.

2.2.1.2.3. Tüketici Sözleşmelerinde Uygulamada Karşılaşılan Özel Durumlar

Uygulamada ayrıca fatura, makbuz, teslim belgesi gibi adlandırılmış belgelerde ve sinema, tiyatro giriş kartları ve uçak, tren, otobüs biletleri gibi belgelerin arka kısımlarında genel işlem şartı teşkil eden hasarlar, kayıp gibi nedenlerden dolayı satıcı/ sağlayıcıyı sorumlu tutulamamasına yol açacak olan sorumsuzluk kayıtları ya da rezervasyon iptali durumunda ücretin iade edilmeyeceği gibi şartların bulunduğu gözlenmektedir²⁸⁵. Ancak buradaki problem, genel işlem şartı niteliğindeki bu hükümlerin sözleşmenin kurulma aşamasından sonra tüketiciye ibraz edilen belgelerde yer alıyor olmasıdır. Şöyle ki; örneğin otopark ücretinin verildiğine dair alınan makbuzun arka yüzünde bazı kayıtlar konmuş olabilir. Bu durumda otopark hizmeti veren taraf, genel işlem şartı niteliğindeki bu kayıtları sözleşmenin kurulması aşamasından sonra tüketiciye ibraz etmiş olur. Zira makbuz, akdin kurulduğuna karene teşkil eden ücretin ödenmesi fiilinden sonra tüketicinin eline geçecektir. Makbuz, sözleşme içeriğini düzenlemekten çok sözleşmesel edimin yerine getirildiğinin ispatına yarayan araçtır. Bu durum fatura ya da teslim belgeleri için de geçerlidir. Aynı şekilde, düzenleyen tarafından uçak, tren ya da otobüs biletlerinin arka tarafına konulmuş genel işlem şartı mahiyeti taşıyan şartlar, yine sözleşmenin kurulmasından sonra tüketiciye ibraz edildiği için, sözleşme şartlarının değiştirilmesi hususunda yapılan teklif olarak değerlendirilir²⁸⁶ ve tüketicinin bu şartları bildiğini kabul ederek tüketicinin şartları açıkça ret etmemesinin örtülü kabul sayması

²⁸⁴ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 125; ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 89, 90

²⁸⁵ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 125, 127

²⁸⁶ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 91; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 232, 233

hakkaniyete aykırı olacaktır. Ancak, HAVUTÇU' ya göre; tiyatro veya sinemadan bilet almak, şehir içi otobüs taşımaktan yararlanmak için bilet almak gibi davranışlar, tüketicinin gündelik davranışları olduğu kadar satıcı için kitlesel niteli taşıyan işlemlerdir. Özellikle bu tarz işlemlerde biletlerin arkasına basılmış olan şartları geçersiz addetmek ve satıcının tüm müşterilerine şartlar ile ilgili bilgilendirme yapmasını beklemek pratik olmayacaktır. Bu nedenle satış yerinde dürüstlük kuralına göre uygun olan herkesin görebileceği bir yere söz konusu şartların asılmasıyla, tüketicinin dikkati sözleşme esnasında şartlara çekilmiş olacaktır. Bu belgelere koyulacak genel işlem şartları sözleşmenin değiştirilmesi ya da sözleşmeye hüküm eklenmesi amacı taşır. Bu nedenle bu şartlar ancak sözleşmede değişiklik yapılması ya da yeni hüküm eklenmesi için icap olarak kabul edilebilirler. Sözleşmenin kurulması aşamasından sonra şartların tüketiciye ulaştırılmasının yanında tüketici, sözleşmenin akdi sırasında şartların varlığından dahi habersizdir. Bu açıdan bakıldığında, ilişkilendirme anlaşmasının akdin kurulması sırasında yapılmamış olmasından dolayı ilişkilendirilme anlaşmasının kurulmadığı, tüketici ile satıcı/ sağlayıcı arasında kurulan sözleşmenin söz konusu genel işlem şartları olmadan kurulduğu söylenebilecektir. Tüketicinin yaşamında yoğun olarak yer kaplamayan, satıcı ile tüketicinin birebir iletişimde bulunduğu, söz konusu şartların tüketiciye sözleşme sırasında da iletme şansının olduğu uçak ve şehirlerarası yolcu taşımacılığı sözleşmelerinde; sözleşme kurulurken tüketiciye yazılı ya da sözlü yapılan bilgilendirme sonrasında biletlerin arkasına basılacak olan genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirildiği söylenebilecektir²⁸⁷.

Özel olarak değinilmesi gereken bir diğer husus, bankacılık sözleşmelerinde tüketiciye verilen hesap cüzdanına düşülmüş kayıtlardır. Banka cüzdanının kaybedilmesi ve zıya gibi kayıtlarda; fatura, teslim belgesi, bilet gibi belgelerin arkasına yazılan kayıtlardan farklı bir durum söz konusudur. HAVUTÇU' nun belirttiği üzere; banka ile tüketici arasındaki işlemin tamamlanmasından sonra müşterinin banka tarafından verilecek cüzdanda yer alan içeriği okumayacağı düşünülemez. Eğer bankacılık sözleşmesi akdedilirken yapılan görüşme sırasında tüketiciye hesap cüzdanına yazılmış olan kayıtlar hakkında sözlü ya da yazılı bilgilendirme yapılmışsa, bu durumda tüketici hesap cüzdanını teslim aldığı anda

²⁸⁷ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 127, 128

cüzdanı inceleyecektir ve olan tüketici söz konusu kayıtlar ile bağlı olacaktır. Ancak sözleşmenin kurulması aşamasında bilgilendirme yapılmaması durumunda işlemin mali değeri nedeniyle tüketicinin hesap cüzdanının her yerini inceleyeceğinden yola çıkarak, tüketiciyi sözleşmenin kurulmasından sonra teslim edilen belgede yer alan kayıtlarla bağlı tutmak hakkaniyete aykırı olacaktır²⁸⁸.

2.2.1.2.4. Tüketicinin Kabulünün Örtülü Olması

Öneriye cevap vermek hukuken zorunluluk olmadığı için kural olarak susma davranışı, kabul beyanını içeren bir irade beyanı olarak nitelendirilemez. Ancak dürüstlük kuralı ve işin özelliği ya da halin gereği olarak kanun koyucu bazı durumlarda susmaya hukuken sonuç bağlamıştır. Bu şekilde kanuni bir düzenlemeyle iradeyi gösteren pasif davranış olarak susma, örtülü irade beyanı olarak kabul edilebilir²⁸⁹. TBK m.6 uyarınca kanun ya da işin özelliği veya durumun gereği açık kabulü beklemeyi öneren için zorunlu değilse, öneri uygun süre içinde reddedilmediğinde sözleşme kurulmuş sayılacaktır. Sözleşme tarafının susmasının, örtülü kabul beyanı olarak değerlendirebilmemiz için dürüstlük kuralınca o davranışa neden olan iradenin bilinçli kabul iradesini içerdiğinin söylenebiliyor olması gerekmektedir. KILIÇOĞLU, kural olarak susmanın red anlamına geldiğini ifade etmiştir²⁹⁰. Susmanın kabul beyanı olarak değerlendirilmesi için konuşmasının kanunun açıkça düzenlediği haller ve güven ilkesince hukuki bir yükümlülük olması gerekmektedir²⁹¹.

Örtülü kabul hakkındaki TBK m.6' ya göre işin özelliği ya da durumun gereği açık kabulü bekleme zorunluluğu yoksa, dürüstlük kuralı gereği makul bir sürede ret cevabı gelmediği zaman sözleşme kurulmuş sayılacaktır²⁹². Kabulün örtülü olabileceğine ilişkin bu madde, ilişkilendirme anlaşması için de uygulanabilecektir. Zira ilişkilendirme anlaşması da mahiyeti gereği borçlar hukuku sözleşmesidir.

²⁸⁸ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 131, 132

²⁸⁹ EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 135, 136; ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel, s. 68; OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık İstanbul 2013, 19. Bası, s.193, 194; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel, s. 68

²⁹⁰ KILIÇOĞLU; Borçlar Hukuku Genel, s. 42

²⁹¹ SEROZAN Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık İstanbul 2015, 6. Baskı, s. 302, 303; OĞUZMAN/ BARLAS, Medeni Hukuk Giriş, s.193, 194; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel, s. 68; NOMER, Borçlar Hukuku Genel, s. 32; ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 100; YELMEN, Genel İşlem Şartları, s. 89

²⁹² DİZDAR, Genel İşlem Şartları, s. 92

Buradan yola çıkılırsa, somut olay değerlendirildiğinde satıcı/sağlayıcının önerdiği genel işlem şartları karşısında tüketicinin açıkça iradesini ifade edeceği beklemiyorsa, tüketicinin suskunluğu örtülü olarak kabul edebilecektir.

Ancak tüketici sözleşmelerinde tüketicinin örtülü olarak kabul iradesini ortaya getirmesi sık rastlanan bir durum olmayacaktır. Zira tüketicinin susarak bir malı alması, konut kredisi sözleşmesi veya abonelik sözleşmesi yapması mümkün değildir. TKHK'nda düzenlenen bazı sözleşmelerde tüketicinin kabulüne ilişkin özel şekil şartları da getirilmiştir. Örneğin TKHK m. 49/2'ye göre; finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde tüketicinin sözleşmenin kurulmasına dair kabul beyanı kullanılan iletişim araçlarına uygun olarak fiziki veya elektronik ortamda tespit veya kayıt edilecek, sağlayıcı da cayma hakkının iletildiğinde fiziki veya elektronik ortamda yapılacak tespit veya kayıtlar için gerekli önlemleri almakla yükümlü olacaktır. 29253 sayılı Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği sağlayıcının yükümlülükleri başlıklı m. 10/3 uyarınca tüketicinin kabul beyanı, kullanılan iletişim araçlarına uygun olarak fiziki veya elektronik ortamda tespit veya kayıt edilecek ve sağlayıcı, fiziki veya elektronik ortamda yapılacak bu tespit veya kayıtlar için gerekli önlemleri almakla yükümlü olacaktır. Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler yazılılık şartına bağlanmadığı için satıcı/sağlayıcının bilgilendirmeyi ve kabul beyanını kayıt altına alması kendi yararına olacaktır²⁹³.

2.1.2. Genel İşlem Şartının Tüketici Sözleşmesi İle İlişkilendirmesi Hususunda Tarafların Karşılıklı İradelerinin Uygun Olması

Sözleşmenin sağlıklı olarak kurulabilmesi için sözleşme taraflarının unsurlar üzerinde tartışması ve anlaşması gerekmektedir. Üzerinde tartışılabilir anlaşma sağlanamamış olan hususların iki tarafın ortak iradesini yansıttığı söylenemez. Tüketici sözleşmesinin taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla ilişkilendirme anlaşması kurulabilir²⁹⁴.

Genel işlem şartlarını okumadan kabul etmiş olan tüketicinin, satıcı/ sağlayıcı ile şartları kabul ettiğine yönelik bir anlaşma akdettiği söylenebilir de, genel işlem şartları içinde gizlenmiş olan şaşırtıcı, alışılmamış genel işlem şartlarının tüketicinin

²⁹³ ASLAN, Dersler, s. 277

²⁹⁴ AÇIKGÖZ, Mobil Haberleşme, s. 252

kabulünün kapsamına girdiği söylenemeyecektir²⁹⁵. Tüketicinin; sözleşmede yer alacağını tahmin edemeyeceği şartlarla bağlı olması hukuk güvenliği ile bağdaşmayacaktır. Bu açıdan, tarafların görünürde anlaştığı unsurların onların gerçek iradelerini yansıtmayıp yansıtmadığına da bakmak gereklidir.

Tarafların irade beyanları uyuşsa bile irade beyanlarının kendi işlem iradeleriyle uygun olup olmadığına da bakılmalıdır. Tüketicinin iradesinin hata nedeniyle sakat olup olmadığına da incelenmesi gerekebilir. Satıcı/ sağlayıcının işlem iradesinin irade beyanına uygunluğunun incelenmesi gerekmez. Zira satıcı/ sağlayıcının mahiyeti gereği tacir gibi davranma sorumluluğu yüklendiğinden işlem iradesine uygun bir irade beyanı vereceği kabul edilmelidir. Aksi bir durum söz konusu ise, güven ilkesi gereğince tüketici ile yapılan işlemin varlığı kabul edilmelidir.

2.2.2.1. Karşı Tarafın İradesinin Sakat Olması Durumunda İlişkilendirme Anlaşmasının Varlığı

Tüketicinin irade beyanı olsa da genel işlem şartının tüketici sözleşmesi ile ilişkilendirilmesi hususunda işlem iradesi olmayabilir. Ancak tüketici dış dünya yansıttığı irade görüntüsü ile karşı tarafta bu hususta kanı uyandırmakta, karşı taraf da buna güvenerek hukuki işlemi gerçekleştirmektedir. Burada, korunan yararlar dengesi gözetilmeli, hangi yararın hukukça daha üstün olarak korunması gerekiyorsa o tarafın çıkarları gözetilmelidir. Tüketici ile satıcı/ sağlayıcının korunması gereken yararları çatıştığıdaysa tüketicinin menfaatinin korunma ihtiyacı ağır basmaktadır. Terazinin dengesinin belirlenmesinde, hem tüketicinin korunması hukukunun temel ilkeleri hem de borçlar hukukunun temel ilkeleri rol oynayacaktır.

Tüketici, sözleşmenin türü ve tarafların sözleşmesel edimlerine ilişkin hataya düşmüşse, bu durumda genel hükümlere dayanarak yapılan hukuki işlemin iptal edilmesi söz konusu olabilecektir. Genel işlem şartlarının sözleşme içeriği haline gelmesi hususunda beyan veren ancak işlem iradesi bu yönde olmayan tüketicinin ve satıcı/ sağlayıcının ediminin içeriğinin ve özellikle sözleşmenin niteliğinin değiştiği

²⁹⁵ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 130, 131

yadsınamadığından hataya düşülen durumda hukukun koruyucu hükümleri devreye girmelidir²⁹⁶.

Tüketici, hem genel işlem şartlarının kullanılacağı konusunda hem de genel işlem şartlarının içeriği hususunda hataya düşebilecektir²⁹⁷. İlk durumda tüketicinin genel işlem şartlarının içeriğini bilip bilmemesi önem arz etmemekle birlikte şartların sözleşme ile ilişkilendirilmesi hususunda hataya düşmektedir. Örneğin şartları bilen ve aslında kullanmak isteyen tüketici şartların sözleşme içeriği olduğunu sanarak hataen sözleşme ile ilişkilendirilmemesine yönelik açık ya da örtülü bir beyan vermiş olabilir. Ya da, genel işlem şartlarının sözleşme içeriği haline gelmesi hususunda kabul iradesini beyan etmiş olan tüketici aslında onayladığı şartlardan başka genel işlem şartlarının kullanılacağını zannediyorsa, bu durumda da tüketici içerikte hataya düşmüş olacaktır.

Tüketicinin genel işlem şartlarının kullanılması ya da içeriği hususunda hataya düşmesi için öncelikle genel işlem şartları hususunda bilgi sahibi olması gerekmektedir. Genel işlem şartları varlığı ya da içeriği hakkında bilgiye sahip olmayan tüketicinin bu konuda hataya düşmesi mümkün olmaz. Şartlar hakkında uyarılsa bile şartları görmezden gelerek sözleşmeyi kabul eden tüketici için daha sonra genel işlem şartlarının varlığı ya da genel işlem şartlarının içeriği hakkında hataya düştüğü öne sürülemeyecektir. Zira tüketicinin bu yönde işlem iradesi olmadığından işlem iradesi ile beyan arasındaki uyumsuzluktan bahisle hata hükümlerine başvurulamayacaktır²⁹⁸.

Tüketicinin bahsedilen nedenlerle hataya düştüğünün kabul edilmesi sonucunda sözleşmenin kalan kısmı ayakta kalacak ancak hataya düşülen bölüm için kısmi iptal söz konusu olacaktır. Bu anlamda eğer hata genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olması konusunda ise iptal sonucunda sözleşme ayakta kalacak ancak genel işlem şartları sözleşme içeriği olmaktan çıkacak, hata genel işlem şartlarının hepsinin ya da bir bölümünün içeriği hakkında ise bu durumda sadece ilgili genel işlem şartı iptal edilecek geriye kalan kısım ayakta kalacaktır.

Bununla birlikte, tüketicinin genel işlem şartlarının varlığı ya da içeriği konusunda hataya düşmesi durumunda TBK m.30 vd. hükümleri tüketicinin

²⁹⁶ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 103

²⁹⁷ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 103

²⁹⁸ ATAMER, Genel İşlem Şartları s. 103

korunmasında yetersiz kalmaktadır. TBK m.35 uyarınca hataya düşen tüketici, hatasında kusurlu ise, sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararı gidermekle yükümlü olacaktır. Ayrıca, TBK m.39 uyarınca hata sebebiyle tüketici, hatayı öğrendiği andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği ivazı istemezse, sözleşmeyi onamış sayılacak, iptal hakkı ortadan kalkacaktır. ATAMER' in de belirttiği üzere genellikle genel işlem şartlarının okumadan onaylayarak kendi çıkarlarını zedeleyen tüketicinin bir de hataya kendi kusuruyla düşmesinden dolayı satıcı/ sağlayıcıya tazminat ödemesi ve tüketicinin hataya başvurması için TBK m. 39 uyarınca 1 yıllık hak düşürücü süre ile kısıtlı olması, tüketicinin korunması ilkesi ile uyumlayacaktır²⁹⁹.

3. İlişkilendirme Anlaşması ve Unsurları, Şekli ve Yapılma Zamanı ve İspatı

3.1. İlişkilendirme Anlaşmasının Şekli

Aslında sözleşmenin unsuru olan ilişkilendirme anlaşmasının geçerliliği, sözleşmenin geçerlilik şekline bağlıdır³⁰⁰. Bu anlamda bakılırsa, sözleşmenin yapılması kanunla veya yönetmeliklerle şekle bağlanmışsa bu durumda ilişkilendirme anlaşması da bu şekilde yapılacaktır. Sözleşmenin şekli; noterde ya da adi yazılı olarak akdedilmesi öngörülerek geçerlilik şartı olarak düzenlenmiş olabilir. Bu durumlarda; sözleşmenin unsuru haline gelmiş olan ilişkilendirme anlaşmasının da aynı geçerlilik şartına bağlı olduğu görülmektedir.

Sözleşme metninde genel işlem şartlarına atıf yapılması ve tüketicinin sözleşmeyi kabul ederek atfı da kapsayacak şekilde sözleşmeye -şekil şartı öngörülmüşse şekil şartına uygun olarak- imza atmasıyla genel işlem şartları sözleşme kapsamına dahil olacaktır³⁰¹. Ayrıca eğer sözleşmenin noter onaylı yapılması öngörülmüşse noterin onayı da ayrıca aranacaktır.

3.2. İlişkilendirme Anlaşmasının Yapılma Zamanı

Genel işlem şartları, tüketicinin söz konusu şartlar hakkında en geç sözleşmenin kurulması sırasında bilgilendirilmesi ve tüketicinin bilgilendirildikten sonra sözleşmeyi bilgilendirildikten sonra kabul etmesi ile genel işlem şartları

²⁹⁹ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 103

³⁰⁰ DİZDAR, Genel İşlem Şartları, s. 93; HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 131

³⁰¹ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 131

sözleşme içeriği haline gelecektir. Sözleşme imzalanmadan önce genel işlem şartları hakkında bilgilendirme yapıldığı takdirde tüketicinin kabulünün genel işlem şartlarını da kapsadığı söylenebilecektir. İlişkilendirme anlaşması, sözleşmenin kurulması aşamasında yapıldığı takdirde ilişkilendirme için anlam ifade edecektir³⁰².

Ayrıca söz konu uyarının ve içeriğinin öğrenilme imkanının sağlanmasının sözleşmenin kuruluş aşamasında yapılması gerekmektedir. Genel işlem şartları hakkında yapılacak uyarının ve sözleşme içeriğini öğrenilmesi açısından tüketiciye sunulacak imkânının tüketici sözleşmesinin kurulmasından sonra ilişkilendirme açısından önem arz etmeyecektir. Zira sözleşme sonrasında şartların varlığı hakkında uyarı yapılması ya da şartların içeriğini öğrenme imkânını sözleşmenin akdinden sonra sunulması, satıcının/ sağlayıcıya yüklenen külfetin yerine getirildiği anlamına gelmeyecektir³⁰³. Bu anlamda örneğin; genel işlem şartları metninin sonradan temin edileceğinin söylenip sözleşmenin kabulünden sonra metnin temin edilmesi³⁰⁴ ya da sözleşme imzalanırken satıcı/ sağlayıcının tüketiciye dilerse şartların içeriğine daha sonra internetten veya vs. yerlerden bakabileceğinin ifade edilerek o anda tüketicinin psikolojik olarak sözleşme yapmaya itilmesi durumlarında şartların içeriğinin öğrenilme imkânının sözleşme öncesinde sunulduğu kabul edilmemelidir.

Belirtilmelidir ki; sözleşme, genel işlem şartları olmadan da akdedilebilir. Bu durumda şartlar sonradan tarafların anlaşmasıyla sözleşmeyle ilişkilendirilebilecektir³⁰⁵. Bu ihtimalde ise tarafların genel işlem şartlarını anlamaya eklenmesi çerçevesinde sözleşmenin değiştirilmesi söz konusu olur.

3.3. İlişkilendirme Anlaşmasının Varlığını İspat Yükü

4721 sayılı TMK m.6 uyarınca kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflar hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. 6100 sayılı HMK m.190/1 uyarınca kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça iddia edilen vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran taraf ispat yükünü üzerinde taşır. İki kanun hükmü birlikte değerlendirildiğinde, kanunda aksine hüküm bulunmadığı durumlarda, taraflardan biri iddia ettiği vakiya bağlanmış olan hukuki

³⁰² ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 90

³⁰³ HAVUTÇU, Külfetler, s. 244-247

³⁰⁴ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 88

³⁰⁵ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 131

sonuçtan kendi lehine hak çıkarıyorsa hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.

Genel işlem şartını kullanarak menfaat sağlayan taraf satıcı/ sağlayıcıdır. Satıcı/ sağlayıcı genel işlem şartlarının geçerli bir ilişkilendirme anlaşmasıyla sözleşmeye dahil olduğunu ispatla yükümlüdür. Ancak istisnai de olsa bazı durumlarda tüketici, kendi çıkarına olan genel işlem şartlarını öne sürmek isterse ilişkilendirme anlaşmasının geçerli şekilde yapılarak şartların sözleşme metnine dahil edildiğini ispat etmekle yükümlü olacaktır³⁰⁶.

TBK m. 20/3 uyarınca genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan ve bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmayacaktır. Bu anlamda, tüketicinin şartları okuduğu ve bu şartlarla sözleşmenin yapılmasına onay verdiğine ilişkin kayıtlar tek başına ispat malzemesi olarak kullanılamayacaktır³⁰⁷. Bunun nedeni ispat malzemesi olarak kullanılan şeylerin temelde doğru ve emin olunan şeyler olması gerektiğidir. Bu anlamda sadece söz konusu kayıtların varlığı, gerçekten tüketiciye şartları okuma imkanının tanındığı ve tüketicinin söz konusu şartlarla sözleşmenin akdedilmesine onay verdiği anlamına gelmeyecektir.

İlişkilendirme anlaşması çerçevesinde genel işlem şartları hakkında tüketicinin aydınlatılması hususunda ispat yüküne ilişkin olarak TKHK' un çeşitli hükümlerinde özel düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin; 6502 sayılı TKHK m. 47/3 ve 29236 sayılı İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği m. 5/2 uyarınca iş yeri dışında kurulan sözleşmelerde tüketicinin bilgilendirildiğine ilişkin ispat yükü satıcı veya sağlayıcıya aittir. 29188 sayılı Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik m. 5/3 uyarınca ön bilgilendirme yapıldığına ilişkin ispat yükü satıcıya aittir. 6502 sayılı TKHK m. 48/2 ve 29188 sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m. 5/6 uyarınca mesafeli sözleşmelerde tüketicinin bilgilendirildiğine ilişkin ispat yükü satıcı veya sağlayıcıya aittir. 29253 sayılı Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m. 15/1 uyarınca tüketicinin yönetmelikte yer alan hükümler çerçevesinde bilgilendirildiğine ilişkin ispat yükü sağlayıcıya aittir. Ayrıca, TKHK m. 49/2 uyarınca sağlayıcı finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde,

³⁰⁶ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 131, 132 HAVUTÇU, Külfetler, s. 262

³⁰⁷ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, s. 132; HAVUTÇU, Külfetler, s. 262

tüketicinin sözleşmenin kurulmasına dair kabul beyanını kullanılan iletişim araçlarına uygun olarak fiziki veya elektronik ortamda tespit ya da kayıt edecektir. Maddeye göre sağlayıcı, kayıt ve tespit ile ilgili önlemleri almakla ilgili yükümlülüğünü de kendi üzerinde taşımaktadır. 29236 sayılı Devre Tatil Ve Uzun Süreli Tatil Hizmeti Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 5/5 uyarınca ön bilgilendirmelerin yapıldığına ilişkin ispat yükü satıcı veya sağlayıcıya aittir.

SONUÇ

Türk Hukukunda, genel işlem şartlarına karşı koruma konusunda tüketicilere tacirlere sağlanan korumadan daha sıkı önlemler alınmıştır. Tüketici sözleşmesi olarak tespit edilmiş olan sözleşmeye ilişkin uyumsuzluk, ilişkilendirme anlaşmasına ilişkin ise, bu durumda TKHK' nun öngördüğü özel hükümlere göz önüne alınarak ilişkilendirmenin yapıp yapılmadığının tespiti gerekecektir.

Tüketici sözleşmelerindeki genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriğine dâhil olup olmadığının belirlenebilmesi için ilişkilendirme anlaşmasının varlığı aranacaktır. Sözleşmenin genel işlem şartlarıyla düzenlenmesi durumunda şartların sözleşme metnine dâhil olabilmesi için tarafların bu konuda birbirine uygun iradesi gerekecektir. Bunun için de sözleşmenin kurulmasına yönelik öneri, genel işlem şartlarını kullanma iradesini de içermeli, karşı taraf da şartların sözleşmeye alınmasını kabul etmelidir.

TBK m. 21 vd. hüküm altına alınan genel işlem şartlarından farklı olarak TKHK ve ilgili yönetmelikler ile sözleşme şartları hakkında ön bilgi verme ve sözleşme örneğini ibraz etme yükümlülükleri, tüketicinin aydınlatılması çerçevesinde öngörülmüştür. Tüketicinin aydınlatılması için satıcı/ sağlayıcının yerine getirmesi gereken hükümler TBK m.21 vd. hükümler ile TKHK m.4/1 ve kanunda düzenlenmiş sözleşme türleri için özel olarak düzenlenen; uyarının kapsamı, şekli ve yapılma zamanı ile ilgili düzenlemelerdir. Tüketici sözleşmelerinde genel işlem şartlarını kullanan taraf, genel işlem şartları hakkında bilgi verme ve özellikle bazı tüketici sözleşmeleri bakımından genel işlem şartlarını ve sözleşmenin geri kalan kısmının bir örneğinin tüketiciye verilmesi yükümlülüğündedir. Bu anlamda düşünüldüğünde birel sözleşme arz eden hükümler yanında standart sözleşme özelliği taşıyan hükümler hakkında da tüketicinin aydınlatılması gerekecektir.

KAYNAKÇA

AÇIKGÖZ Osman, Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2013, 1. Baskı (**AÇIKGÖZ**, Mobil Haberleşme)

AKİPEK ÖCAL Şebnem, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Konu Bakımından Uygulama Alanı, Yaşar Üniversitesi Genel İşlem Şartları Sempozyumu, İzmir Barosu Dergisi, Sayı:3, Eylül 2015

AKİPEK ÖCAL Şebnem, Tüketici Kredisi ve Kredi Kartları Bakımından Tüketicinin Korunması, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, Cilt 9, Kasım 2014

AKİPEK ÖCAL Şebnem, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Yer Alan Haksız Sözleşme Şartları ile Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel İşlem Koşullarının Bankacılık Sektörü Açısından Değerlendirilmesi, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri, Bilge Yayınevi, Ankara 2013

AKTÜRK İpek Yücer, Tüzelkişi Tacirin Tüketici Sıfatı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, 2016, Sayı 2 (**AKTÜRK**, Tüzelkişi Tacir)

ALTINKAYA Mehmet, Sözleşmenin Kuruluşundan Önce Tüketicinin Korunması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1-2, Haziran- Aralık 2004

ALTOP Atilla, Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Adalet Matbaası, Ankara 1990, 1. Baskı

ALTOP Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender' e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007 (**ALTOP**, Genel İşlem Koşulları)

ANTALYA Gökhan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, 2. Baskı (**ANTALYA**, Borçlar Hukuku Genel)

ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, Aralık 2015, 20. Baskı

ASLAN İ. Yılmaz, Bankacılar İçin Tüketici Hukuku, Bankalar arası Kart Merkezi, İstanbul 2016, 1. Baskı (**ASLAN**, Tüketici Hukuku)

ASLAN İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa 2014 Güncellenmiş 5. Baskı (**ASLAN**, Dersler)

ATAMER Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, 1. Baskı (**ATAMER**, Genel İşlem Şartları)

ATAMER Yeşim, Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Nisan 2011

ATAMER Yeşim, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK M. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak, Türk Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2011 (**ATAMER**, Karşılaştırmalı Olarak Denetim)

AYAN Serkan, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, Ekim 2013, 1. Baskı

AYDOĞDU Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler' e

Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Cilt 8, Özel Sayı, İzmir 2013
(AYDOĞDU, Kişi Bakımından Uygulama)

AYDOĞDU Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 2, İzmir 2011 (AYDOĞDU, Konu Bakımından Uygulama)

AYDOĞDU Murat, Ön Ödemeli Satış Sözleşmeleri, Terazî Aylık Hukuk Dergisi, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, Cilt 9, Kasım 2014

AYDOĞDU Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 1. Baskı, 2015 (AYDOĞDU, Tüketici Hukuku)

AYDOĞDU Murat, Tüketici Kılavuzu-Hukuk Rehberi, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2014, 1. Baskı (AYDOĞDU, Tüketici Kılavuzu)

AYDOĞDU Murat, Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ekim 2014, 1. Baskı (AYDOĞDU, Haksız Şartların Denetimi)

AYDOĞDU Murat / KAHVECİ Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku) Ders Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, 2. Baskı (AYDOĞDU / KAHVECİ, Sözleşmeler Hukuku)

AYHAN Rıza / ÖZDAMAR Mehmet / ÇAĞLAR Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Kitabevi, Ankara, Eylül 2015, 8. Baskı (AYHAN / ÖZDAMAR / ÇAĞLAR, Ticari İşletme Hukuku)

BAŞ Ece, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi; Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, 1. Baskı (BAŞ, İçerik Denetimi)

BAŞPINAR Veysel / **DEMİR** Bahadır, Paket Tur Sözleşmelerinde Seyahat Edenin Hak ve Borçları, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yaşar Üniversitesi hukuk Fakültesi Özel Sayısı, Cilt 9, Kasım 2014

DERYAL Yahya, Tüketici Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, Mayıs 2004, 1. Baskı (DERYAL, Tüketici Hukuku)

DERYAL Yahya, Tüketici Kredilerinde Haksız Şart Örnekleri ve 6502 sayılı Kanunla Getirilen Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Tüketici Hukuku Özel Sayısı, Sayı: 89, C. 9, Ocak 2014 (DERYAL, Tüketici Kredileri)

DİZDAR Ali Murat, Genel İşlem Şartları, Bankacılar Dergisi, Mart 2010 (DİZDAR, Genel İşlem Şartları)

DOĞAN Gül, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, 1. Baskı (DOĞAN Genel İşlem Koşulları)

EREN Fikret, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, 16. Baskı (EREN, Borçlar Hukuku Genel)

EREN Fikret, Genel İşlem Şartlarında İçerik Denetimi, Yaşar Üniversitesi Genel İşlem Şartları Sempozyumu, İzmir Barosu Dergisi, Sayı:3, Eylül 2015

EREN Fikret, Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, 4. Baskı

ERTAŞ Şeref, Eşya Hukuku, Fakülteler Barış Yayınevi, İzmir, Ekim 2015, 12. Baskı

ERTAŞ Şeref, Yeni Tüketiciyi Koruma Kanununda Abonman Sözleşmeleri, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yaşar Üniversitesi hukuk Fakültesi Özel Sayısı, Cilt 9, Kasım 2014

ESENER Turhan / GÜVEN Kudret, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Kasım 2015, 6. Baskı

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

HAVUTÇU Ayşe, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle, Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun'un Kapsamı, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Özel Sayı, Kasım 2014 (**HAVUTÇU, Konu Bakımından Uygulama**)

HAVUTÇU Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2003, 1. Baskı (**HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi**)

HAVUTÇU Ayşe, Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İle İlişkilendirilmesinde Düzenleyen (GİŞ Kullanan) İçin Getirdiği Külfetler, Yaşar Üniversitesi Genel İşlem Şartları Sempozyumu, İzmir Barosu Dergisi, Sayı:3, Eylül 2015 (**HAVUTÇU, Külfetler**)

İNAL Tamer, Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar, Terazi Aylık Dergisi, Tüketici hukuku Özel Sayısı 89, Cilt 9, Ocak 2014 (**İNAL, Haksız Şartlar**)

KARAHAN Sami, Ticari İşletme Hukuku, Mimoza Yayınları, Eylül 2015, 27. Baskı (**KARAHAN, Ticari İşletme Hukuku**)

KARAKOCALI Ahmet / **KURŞUN** Ali Suphi, Tüketici Hukuku, Aristo Yayınevi, İstanbul, Eylül 2015, 1. Bası (**KARAKOCALI / KURŞUN**, Tüketici Hukuku)

KAŞAK Esra, Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, 2012 (**KAŞAK** Genel İşlem Koşulları)

KILIÇOĞLU Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ekim 2015 Genişletilmiş 19. Baskı (**KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku Genel)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip / **HATEMİ** Hüseyin / **SEROZAN** Rona / **ARPACI** Abdülkadir, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 1. Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, 6. Baskı (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI**, Borçlar Hukukuna Giriş)

KUNTALP Erden, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem şartları Sempozyumu, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Nisan 2011 (**KUNTALP**, Genel İşlem Koşulları)

NART Serdar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Hükümler, 1. Baskı, Ankara, Şubat 2014

NOMER Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Ağustos 2013, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı (**NOMER**, Borçlar Hukuku Genel)

OĞUZMAN M. Kemal / **BARLAS** Nami, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, 19. Baskı (**OĞUZMAN / BARLAS**, Medeni Hukuk Giriş)

OĞUZMAN M. Kemal / **ÖZ** Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2014, 1. Baskı (**OĞUZMAN / ÖZ**, Borçlar Hukuku Genel)

ÖZ Turgut, 6502 Sayılı Kanunda İnşaat Sektörü Bakımından Getirilen Yenilikler ve Değişiklikler, 6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları (Sempozyum Tebliğ Metinleri), Bilge Yayınevi, Ankara 2015 (**ÖZ**, İnşaat Sektöründe Değişiklikler)

ÖZ Turgut, Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1-2, Haziran 2002

ÖZEL Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, Kasım 2014, Güncellenmiş 2. Baskı (**ÖZEL**, Tüketicinin Korunması Hukuku)

REİSOĞLU Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, 24. Baskı (**REİSOĞLU**, Borçlar Hukuku Genel)

SERDAR İlknur, TBK' nun Genel İşlem Şartları Hükümlerinin Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Yaşar Üniversitesi Genel İşlem Şartları Sempozyumu, İzmir Barosu Dergisi, Sayı:3, Eylül 2015 (**SERDAR**, Kişi Bakımından Uygulama)

SERDAR İlknur, Tüketici Kredilerinde Teminat, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Özel Sayısı, Cilt 9, Kasım 2014 (**SERDAR**, Tüketici Kredilerinde Teminat)

SEROZAN Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, 6. Baskı

SİRMEN Lale, Genel İşlem Şartı Kavramı, Yaşar Üniversitesi Genel İşlem Şartları Sempozyumu, İzmir Barosu Dergisi, Sayı:3, Eylül 2015 (**SİRMEN**, Genel İşlem Şartı)

SİRMEN Lale, Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri, Prof. Dr. Aydın Zevkliler' e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Cilt 8, Özel Sayı, İzmir 2013

SİRMEN Lale, Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartları, Türk Hukukunda Genel İşlem şartları Sempozyumu, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Nisan 2011 (**SİRMEN**, Tüketici Sözleşmelerinde)

SİRMEN Lale, Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Olarak Değerlendirilmesi, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Özel Sayı, Kasım 2014 (**SİRMEN**, Kanununun Değerlendirilmesi)

SUNAY Nesrin Akın, Finansal Hizmet, Finansal Tüketici Kavramları ve Bireysel Yatırımcının Tüketici Sıfatıyla Korunması, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Doğu Üniversitesi 3. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Bilge Yayınevi, İstanbul, Nisan 2014

ŞEKER Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Temmuz 2015 (**ŞEKER**, Yazılmamış Sayılma)

ŞİMŞEK Ayşe, Genel İşlem Şartlarında Şeffaflık Denetimi, Yaşar Üniversitesi Genel İşlem Şartları Sempozyumu, İzmir Barosu Dergisi, Sayı:3, Eylül 2015

TARMAN Zeynep Derya, Viyana Satım Anlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak, Beta Yayınevi, İstanbul 2015, 1. Baskı (**TARMAN**, Viyana Satım Anlaşması)

TEMEL Erhan, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşmasına Göre Ayıp Kavramı, Viyana Satım Sözleşmesi Hukuku ve Tüketici Hukuku Sempozyum Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015

TÜZÜNER Özlem, Vakıf Üniversitelerinin ve Vakıf Üniversitelerinden Yararlanan Öğrencilerin Tüketici Hukukunun Sijeleri Bakımından Değerlendirilmesi, 2.

Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, 1. Baskı

ULUSAN İlhan, Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, Sayı 1-2, Aralık 2005

ULUSAN İlhan, Türk Borçlar Kanunu'ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler, Prof. Dr. Aydın Zevkliler' e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Cilt 8, Özel Sayı, İzmir 2013

UZUNALLI Sevilay, Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi, İÜHFİM, Cilt 71, Sayı 2, 2013 (UZUNALLI, Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetim)

YAĞCIOĞLU Ali Haydar, Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (Uwg Art. 8), Prof. Dr. Aydın Zevkliler' e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Cilt 8, Özel Sayı, İzmir 2013

YELMEN Adem, Türk Borçlar Kanunu'na göre Genel İşlem Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, 1. Baskı (YELMEN, Genel İşlem Şartları)

YENİCE Özge, Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Konvansiyonu (CISG) Hükümleri Işığında Gönderme Satımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2015, 1. Baskı

YENİOCAK Umut, Borçlar Kanunu Hükümlerine göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, TBBD, Sayı 107, Temmuz-Ağustos 2013

YEŞİLOVA ARAS Ecehan, Sigorta Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartının Kullanılması, Yaşar Üniversitesi Genel İşlem Şartları Sempozyumu, İzmir Barosu Dergisi, Sayı:3, Eylül 2015

YILMAZ Abdüssamet, Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı, Seçkin Yayınevi, Ankara, Şubat 2015, 1. Baskı (**YILMAZ**, Genel İşlem Şartı)

ZEVKLİLER Aydın / **AYDOĞDU** Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, 1. Baskı (**ZEVKLİLER** / **AYDOĞDU**, Tüketicinin Korunması)

ZEVKLİLER Aydın / **GÖKYAYLA** Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, 15. Baskı (**ZEVKLİLER** / **GÖKYAYLA**, Borçlar Hukuku Özel)

ZEVKLİLER Aydın / **ERTAŞ** Şeref / **HAVUTÇU** Ayşe / **AYDOĞDU** Murat / **CUMALIOĞLU** Emre, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir 2013, 2. Baskı

ZEYTİN Zafer, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku CISG, Seçkin Yayınevi, Ankara, Şubat 2015, 2. Baskı (**ZEYTİN**, CISG)

EK - 1

DEVRE TATİL SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN

ÖN BİLGİLENDİRME FORMU

a) Satıcı, sağlayıcı ve malikin isim, unvan, açık adres, telefon ve varsa MERSİS numarası ile diğer iletişim bilgileri.

b) Sözleşme konusu hakkın tanımı, niteliği, kapsamı ve kullanım koşulları.

c) Sözleşmenin süresi, sözleşme konusu hakkın kullanılabilceği dönem ve tarih aralığı.

ç) Sözleşme konusu taşınmazın fiili durumu ve yeri.

d) Sözleşme konusu hakkın kullanımı için ödenecek tüm vergiler dahil toplam fiyat.

e) Ortak tesislerin ve hizmetlerin kullanımı için ödenecek bedel, vergi, harç gibi zorunlu yasal giderler ile genel idari masrafların ne şekilde hesaplanacağına, bu giderlerin nasıl ve ne zaman arttırılabileceği ile tüketiciye nasıl yansıtılacağına ilişkin açıklamalar.

f) Tüketicinin yararlanabileceği yüzme havuzu, sauna ve benzeri ortak tesisler, ışıklandırma, su, bakım ve benzeri hizmetler ile bunlardan yararlanma şartları.

g) Taşınmazın bakım ve onarımının, yönetim ve idaresinin ne şekilde olacağına ilişkin açıklamalar ve tüketicilerin bu konularla ilgili kararlara nasıl katılabileceği ve kararları nasıl etkileyebileceğini de içeren bilgi.

ğ) İktisabın sözleşmede belirtilenler dışında herhangi bir ek ödemeye ve yükümlülüğe yol açmayacağına ilişkin bilgi.

h) Sözleşme konusu hakkın devir veya takas edilmesinin mümkün olup olmadığı ile varsa değişim planına ilişkin açıklamalar.

1) Cayma hakkının ne şekilde kullanılacağı ve cayma bildiriminin yapılacağı açık adres, faks numarası ve elektronik posta bilgileri.

i) Sözleşme konusu taşınmaz üzerinde varsa idari veya hukuki kısıtlamalara ilişkin bilgi.

j) Devre mülk hakkı veren sözleşmelerde "Bu sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin cayma hakkınız bulunmaktadır." ibaresi.

k) Konusunu diğer aynı haklar ile şahsi bir hakkın oluşturduğu sözleşmelerde "Bu sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin cayma hakkınız bulunmaktadır. Cayma süresi içinde sözleşmeye konu mal veya hizmet karşılığında herhangi bir isim altında ödeme yapmanızı veya borç altına sokan herhangi bir belge vermenizi istemeyeceğimizi taahhüt ederiz." ibaresi.

l) Tüketicinin cayma hakkı konusunda hiç ya da gereği gibi bilgilendirilmemesi halinde cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı olmadığına ve bu sürenin her halükarda cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona ereceğine ilişkin bilgi.

m) Tarafların sözleşmeyi fesih şartları ile sözleşmenin feshedilmesi halinde bunun sonuçlarına ilişkin bilgi.

n) Sözleşmeden doğan haktan üçüncü bir kişinin yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin bilgi ile yararlandığı takdirde buna ilişkin açıklamalar.

o) Varsa satıcı veya sağlayıcının şikayetlere ilişkin çözüm yöntemleri hakkında bilgi.

ö) Tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını tüketici mahkemesine veya tüketici hakem heyetine yapabileceklerine dair bilgi.

p) Ödeme planı ve ödemelerin yapılacağı banka ve hesap bilgileri.

r) Sözleşme konusu hakkın taksitle satılması halinde;

1) Tüm vergiler dahil Türk Lirası olarak toplam taksitli satış fiyatı,

2) Faiz miktarı ve faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirlenen faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faiz oranı,

3) Tüketicinin temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları,

4) Varsa peşinat tutarı.

UZUN SÜRELİ TATİL HİZMETİ SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN

ÖN BİLGİLENDİRME FORMU

a) Satıcı veya sağlayıcının isim, unvan, açık adres, telefon ve varsa MERSİS numarası ile diğer iletişim bilgileri.

b) Sözleşme konusu hizmetin niteliği, kapsamı, süresi ve hizmetten yararlanma koşulları.

c) Tüketicinin hizmetten yararlanmaya başlayacağı tarih.

ç) Varsa tüketici tarafından ödenecek ek masrafların niteliği, kapsamı ve tutarı.

d) Sözleşmenin süresine göre her yıl için eşit taksit miktarlarını gösteren ödeme planı ve bu taksitlerin ödenmesi için öngörülen süre.

e) Varsa bir yıldan sonraki taksit ödemelerine ilişkin artış oranı.

f) Tüketicie sunulan ana hizmetlerin niteliği ve kapsamına ilişkin bilgiler.

g) Cayma hakkının ne şekilde kullanılacağı ve cayma bildiriminin yapılacağı açık adres, faks numarası ve elektronik posta bilgileri.

ğ) "Bu sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin cayma hakkınız bulunmaktadır. Cayma süresi içinde sözleşmeye konu mal veya hizmet karşılığında herhangi bir isim altında ödeme yapmanızı veya borç altına sokan herhangi bir belge vermenizi istemeyeceğimizi taahhüt ederiz." İbaresii.

h) Tüketicinin cayma hakkı konusunda hiç ya da gereği gibi bilgilendirilmemesi halinde cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı olmadığına ve bu sürenin her halükarda cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona ereceğine ilişkin bilgi.

ı) Tüketicinin, ikinci taksit ödemesinden sonra, her taksite ilişkin ödeme bildirimini almasından itibaren on dört gün içinde satıcı veya sağlayıcıya bilgi vererek, herhangi bir cezai şart ödemeksizin sözleşmeyi feshetme hakkının olduğuna dair bilgi.

i) Hizmetin sözleşmede belirtilenler dışında herhangi bir ek ödemeye ve yükümlülüğe yol açmayacağına ilişkin bilgi.

j) Varsa satıcı veya sağlayıcının şikâyetlere ilişkin çözüm yöntemleri hakkında bilgi.

k) Tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını tüketici mahkemesine veya tüketici hakem heyetine yapabileceklerine dair bilgi.

l) Sözleşmeden kaynaklanan haklarının kullanılmasında tüketiciye sağlanan öncelikler, promosyonlar, özel indirimler ile ortaya çıkabilecek kısıtlamalar hakkında bilgi.

YENİDEN SATIŞ SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN

ÖN BİLGİLENDİRME FORMU

a) Satıcı veya sağlayıcının isim, unvan, açık adres, telefon ve varsa MERSİS numarası ile diğer iletişim bilgileri.

b) Sözleşme konusu hizmetin niteliği, kapsamı ve kullanım koşulları.

c) Sözleşmenin süresi.

ç) Tüketici tarafından ödenecek tüm vergiler dâhil toplam fiyat.

d) Varsa tüketici tarafından ödenecek ek masrafların niteliği, kapsamı ve tutarı.

e) Cayma hakkının ne şekilde kullanılacağı ve cayma bildiriminin yapılacağı açık adres, faks numarası ve elektronik posta bilgileri.

f) "Bu sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin cayma hakkınız bulunmaktadır. Cayma süresi içinde sözleşmeye konu mal veya hizmet karşılığında herhangi bir isim altında ödeme yapmanızı veya borç altına sokan herhangi bir belge vermenizi istemeyeceğimizi taahhüt ederiz." ibaresi.

g) Tüketicinin cayma hakkı konusunda hiç ya da gereği gibi bilgilendirilmemesi halinde cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı olmadığına ve bu sürenin her halükarda cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona ereceğine ilişkin bilgi.

ğ) Hizmetin sözleşmede belirtilenler dışında herhangi bir ek ödemeye ve yükümlülüğe yol açmayacağına ilişkin bilgi.

h) Sözleşmeden doğan hakların yeniden satışı için bir sisteme katılmanın mümkün olup olmadığı hakkında bilgi ve varsa bu duruma ilişkin masraflar hakkında bilgi.

1) Varsa satıcı veya sağlayıcının şikayetlere ilişkin çözüm yöntemleri hakkında bilgi.

i) Tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını tüketici mahkemesine veya tüketici hakem heyetine yapabileceklerine dair bilgi.

EK - 4

DEĞİŞİM SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN ÖN BİLGİLENDİRME FORMU

a) Satıcı veya sağlayıcının isim, unvan, açık adres, telefon ve varsa MERSİS numarası ile diğer iletişim bilgileri.

b) Sözleşme konusu hakkın niteliği, kapsamı ve kullanım koşulları.

c) Sözleşmenin süresi, sözleşme konusu hakkın kullanılacağı dönem ve tarih aralığı.

ç) Sözleşme konusu hakkın kullanımı için ödenecek tüm vergiler dâhil toplam fiyat.

d) Varsa tüketici tarafından ödenecek ek masrafların niteliği, kapsamı ve tutarı.

e) Değişim sisteminin nasıl çalıştığına ilişkin açıklama ile değişim için önerilen seçenekler ve yöntemler hakkında bilgi.

f) Değişim sistemine konu haklar arasında fark bulunması halinde buna ilişkin bilgi.

g) Tüketicie sunulan ana hizmetlerin niteliği ve kapsamına ilişkin bilgiler.

ğ) Cayma hakkının ne şekilde kullanılacağı ve cayma bildiriminin yapılacağı açık adres, faks numarası ve elektronik posta bilgileri.

h) "Bu sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin cayma hakkınız bulunmaktadır. Cayma süresi içinde sözleşmeye konu mal veya hizmet karşılığında herhangi bir isim altında ödeme yapmanızı veya borç altına sokan herhangi bir belge vermenizi istemeyeceğimizi taahhüt ederiz." ibaresi.

ı) Tüketicinin cayma hakkı konusunda hiç ya da gereği gibi bilgilendirilmemesi halinde cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı olmadığına ve bu

sürenin her halükarda cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona ereceğine ilişkin bilgi.

i) Değişim sözleşmesinin devre tatil sözleşmesiyle birlikte teklif edildiği durumlarda, her iki sözleşme için sadece bir cayma süresi olduğuna dair bilgi.

j) Sözleşmeden kaynaklanan hakların kullanılması sırasında tüketiciye sağlanan faydalar ile ortaya çıkabilecek kısıtlamalar hakkında bilgi.

k) Konaklamanın taşınmaz mal dışında konaklamayla ilgili olması durumunda buna ilişkin bilgi.

l) Varsa satıcı veya sağlayıcının şikâyetlere ilişkin çözüm yöntemleri hakkında bilgi.

m) Tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını tüketici mahkemesine veya tüketici hakem heyetine yapabileceklerine dair bilgi.

n) Tarafların sözleşmeyi fesih şartları ile sözleşmenin feshedilmesi halinde bunun sonuçlarına ilişkin bilgi.

ÖN ÖDEMELİ DEVRE TATİL SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN

ÖN BİLGİLENDİRME FORMU

a) Satıcı, sağlayıcı ve malikin isim, unvan, açık adres, telefon ve varsa MERSİS numarası ile diğer iletişim bilgileri.

b) Sözleşme konusu hakkın tanımı, niteliği, kapsamı ve kullanım koşulları.

c) Sözleşmenin süresi, sözleşme konusu hakkın kullanılabilceği dönem ve tarih aralığı.

ç) Sözleşme konusu taşınmazın fiili durumu ve yeri.

d) Sözleşme konusu hakkın kullanımı için ödenecek tüm vergiler dahil toplam fiyat.

e) Ortak tesislerin ve hizmetlerin kullanımı için ödenecek bedel, vergi, harç gibi zorunlu yasal giderler ile genel idari masrafların ne şekilde hesaplanacağına, bu giderlerin nasıl ve ne zaman arttırılabileceği ile tüketiciye nasıl yansıtılacağına ilişkin açıklamalar.

f) Tüketicinin yararlanabileceği yüzme havuzu, sauna ve benzeri ortak tesisler, ışıklandırma, su, bakım ve benzeri hizmetler ile bunlardan yararlanma şartları.

g) Taşınmazın bakım ve onarımının, yönetim ve idaresinin ne şekilde olacağına ilişkin açıklamalar ve tüketicilerin bu konularla ilgili kararlara nasıl katılabileceği ve etkileyebileceğini de içeren bilgi.

ğ) İktisabın sözleşmede belirtilenler dışında herhangi bir ek ödemeye ve yükümlülüğe yol açmayacağına ilişkin bilgi.

h) Sözleşme konusu hakkın devir veya takas edilmesinin mümkün olup olmadığı ile varsa değişim planına ilişkin açıklamalar.

ı) Cayma hakkının ne şekilde kullanılacağı ve cayma bildirimının yapılacağı açık adres, faks numarası ve elektronik posta bilgileri.

i) Sözleşme konusu taşınmaz üzerinde varsa idari veya hukuki kısıtlamalara ilişkin bilgi.

j) Devre mülk hakkı veren sözleşmelerde “Bu sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin cayma hakkınız bulunmaktadır.” ibaresi.

k) Konusunu diğer aynı haklar ile şahsi bir hakkın oluşturduğu sözleşmelerde “Bu sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin cayma hakkınız bulunmaktadır. Cayma süresi içinde sözleşmeye konu mal veya hizmet karşılığında herhangi bir isim altında ödeme yapmanızı veya borç altına sokan herhangi bir belge vermenizi istemeyeceğimizi taahhüt ederiz.” ibaresi.

l) Ön ödeme tutarı.

m) Verilen teminata ilişkin bilgiler.

n) Yapı ruhsatının alınış tarihi.

o) Sözleşme konusu hakkın devir veya teslim tarihinin sözleşme tarihinden itibaren otuz altı ayı geçemeyeceğine dair bilgi.

ö) Tüketicinin sözleşmeden dönme hakkı ve bu hakka ilişkin bilgiler.

p) Sözleşmeden dönülmesi durumunda, sözleşme bedelinin yüzde ikisine kadar tazminat ödenmesi haricinde tüketiciden herhangi bir isim altında bedel talep edilemeyeceğine ilişkin bilgi.

r) Sözleşme konusu hakkın devir veya tesliminden sonra geçerli olmak üzere tarafların sözleşmeyi fesih şartları ile sözleşmenin feshedilmesi halinde bunun sonuçlarına ilişkin bilgi.

s) Varsa satıcı veya sağlayıcının şikayetlere ilişkin çözüm yöntemleri hakkında bilgi.

ş) Tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını tüketici mahkemesine veya tüketici hakem heyetine yapabileceklerine dair bilgi.

t) Ödeme planı ve ödemelerin yapılacağı banka ve hesap bilgileri.

u) Sözleşme konusu hakkın taksitle satılması halinde;

1) Tüm vergiler dahil Türk Lirası olarak toplam taksitli satış fiyatı,

2) Faiz miktarı ve faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirlenen faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faiz oranı,

3) Tüketicinin temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları,

4) Varsa peşinat tutarı.