

TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDEKİ HAKSIZ ŞARTLARIN BAĞLAYICI OLMAMASININ SONUÇLARI

THE RESULTS OF THE UNFAIR TERMS THAT ARE NOT BINDING IN CONSUMER CONTRACTS

Süleyman TOPAK*

Özet: Teknolojinin gelişmesiyle birlikte tüketici sözleşmelerinde de değişiklikler meydana gelmiş ve klasik sözleşmeler dışında standart sözleşme denilen yeni bir sözleşme modeli ortaya çıkmıştır. Bu standart sözleşmeler nedeniyle birçok tüketici mağdur olmuş ve uzun süre satıcıların dayattıkları hükümlerle sözleşme yapmak zorunda kalmışlardır.

Bu nedenle ilk olarak 4822 sayılı Kanun ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların genel durumu düzenlenmiştir. Sonrasında, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5.maddesinde tüketici sözleşmelerinde bulunan haksız şartların tanımı, hüküm ve sonuçları düzenlenmiştir.

Bu çalışmamızda, tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartları ve bu şartların bağlayıcı olmamasının sonuçlarını detaylı bir şekilde inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler: Tüketici Sözleşmeleri, Standart Sözleşmeler, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Haksız Şartlar.

Abstract: Changes have occurred in consumers contracts with the development of technology and a new contract model has emerged called "standard contract" exclusive of classical contracts. Because of the standard contracts many consumers have been aggrieved and have forced to make contracts that includes some provisions which are imposed by dealers.

Therefore, at first overall conditions of the unfair terms in consumer contracts in Turkish Law on Consumer Protection (No 4077) which is amended by Law No 4822 in 2003 are arranged. Subsequently, the definition of unfair terms, provisions and consequences in the 5th article of Turkish Law on the protection of consumers are arranged.

In this article, unfair terms in consumer contracts and the consequences of the conditions that are not binding will be examined in detail.

Keywords: Consumer contracts, standard contracts, Turkish Law on Consumer Protection, unfair terms.

* Avukat, Kayseri Barosu. Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, Erciyes Üniversitesi

GİRİŞ

Çağımızda, üretim ve pazarlama tekniklerindeki değişiklikler ve bunların sonucu olarak ortaya çıkan, önceden, tek taraflı olarak ve birden çok kişiyle imzalanması amacıyla düzenlenen tip sözleşmelerin satıcılar tarafından sıklıkla kullanılmasıyla birlikte, tüketici haklarının korunması bakımından, “genel işlem koşulları” olarak adlandırılan bu şartlar özel bir önem taşımaya başlamıştır.

“Haksız şartlar” terimi ise ilk olarak tüketici sözleşmelerinde yer alan kötüye kullanılabilir kayıtlara karşı tüketicinin korunması amacıyla Avrupa Birliği Konseyi tarafından kabul edilen 5 Nisan 1993 tarih, 93/13 sayılı Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Kayıtlar Hakkında Yönergede kullanılmıştır.¹ Ülkemizde ise tüketicinin haksız şartlara karşı korunmasıyla ilgili ilk somut düzenleme, 2003 yılında, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un² 6.maddesinin, 4822 sayılı Kanun’la³ değiştirilmesiyle olmuştur.⁴ En son ise 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Kanun’un⁵ 5.mad-

¹ 93/13 sayılı Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Kayıtlar Hakkında Yönerge’nin 6.maddesinde haksız şart; “ Üye Ülkeler, bir satıcı veya tedarikçi ile tüketici arasında akdedilen sözleşmede kullanılan haksız şartların, ulusal yasalarında hüküm altına alındığı üzere, tüketiciyi bağlamayacağı ve sözleşme, eğer haksız şartlar olmaksızın varılmaya devam edebilecekse, o şartlar altında tarafları bağlamaya devam edeceği kuralını getireceklerdir. şeklinde belirtilmiştir.

² (RG. 08.03.1995, S.22221).

³ (RG. 14.03.2003, S.25048). 6.madde hükmü; “Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır.- Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir.- Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.- Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükümün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez. Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁴ TKHK.’un önceki halinde haksız şartlara ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte; 2003 yılında yapılan değişiklik ile haksız sözleşme koşulları kanun kapsamında yer almıştır. TKHK.’da yapılan bahse konu değişiklik, AB mevzuatının iç hukukumuzla uyumlaştırılması zorunluluğunun sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. (Aydın Zevkliler/Murat Aydoğdu, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3.Bası, Ankara 2004, s.156 vd).

⁵ (RG. 28.11.2013, S.28835).

desinde düzenlenmiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5.maddesine göre; "Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır. -- Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.-- Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez.--Sözleşme şartlarının yazılı olması hâlinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır.-- Faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın bu madde hükümleri uygulanır.--Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir.-- Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.--Bakanlık, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşmelerde yer alan haksız şartların, sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alır.-- Haksız şartların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile sınırlayıcı olmamak üzere haksız şart olduğu kabul edilen sözleşme şartları yönetmelikle belirlenir."

Aynı maddenin son fıkrasında, haksız şartların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile sınırlayıcı olmamak üzere

usul ve esaslar hakkında bir Yönetmelik çıkarılması öngörülmüştür. Bu yönetmelik ilk olarak 13.06.2003 tarihinde “Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik” adıyla çıkarılmış⁶, daha sonra 17.06.2014 tarih, 29033 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan ve eski yönetmeliği mülga eden, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır.

Bu çalışmamızda tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartların tüketici yönünden bağlayıcı olmamasının sonuçlarını 01.07.2012 tarihinden itibaren Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeyle karşılaştırmak suretiyle detaylı bir şekilde inceleyeceğiz.

I- HAKSIZ ŞART KAVRAMI

A.Genel Olarak

Günümüzde ulaşılan kütleli üretim, sözleşmelerin de kütleleşmesine yol açmıştır. Yığınlara mal ve hizmet sunan işletmeler ve bunların birlikleri, bu sözleşmelerden aleyhlerine olarak çıkabilecek sorunları bertaraf edebilmek için, uzman hukukçularına, çeşitli sözleşme tipleri hazırlatmaya başlamışlardır.⁷ Bu sözleşme türleri ekonomik ilişkilerin karmaşıklığı ve seyri içinde hiç de adil olmayan ve öyle görünse de gerçek anlamda bir irade özerkliğinden bahsedilemeyecek sonuçların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Daha doğru ifadeyle, sözleşme serbestisi ilkesi, kapitalist ekonomik işleyişte, güçlü sermaye gruplarının hakimiyeti karşısında iradesini sağlıklı şekilde ortaya koyamayan, hatta içinde bulunduğu koşullar gereği sağlıklı bir irade oluşturamayan bireyleri koruyamamıştır.⁸

Tüketiciler, işletmeler karşısındaki psikolojik ve entelektüel zaafı nedeniyle, sözleşme içeriğinin belirlenmesinde etkili olamamakta; sözleşme tek taraflı olarak müteşebbis tarafından adeta dikte edilmektedir. Dikte edilen bu şartlar ise genelde hep tüketiciyi mağdur eden bir nitelik arz etmekte, Borçlar Kanununda yedek hukuk kuralları ile tanınmış

⁶ (RG. 13.06.2003, S.25137).

⁷ Ayşe Havutçu, Açık İçerik Denetim Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2003, s.2 vd.

⁸ Umut Yeniocak, “Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartlarının Yargısal Denetimi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2013, Sayı 107, s.76.

olan düzenleme marjı işletmeler lehine suistimal edilmektedir. Ayrıca standart sözleşmelerin kullanıldığı hallerde tüketicinin akdettiği her bir sözleşme için tek tek sayfalarca uzunluktaki metinleri okuması, rakip işletmelerinki ile mukayese etmesi ve kendisi için en elverişli olanı bulmaya çalışması ekonomik açıdan rasyonel bir davranış da sayılamayacaktır.⁹ Uygulamada hizmet sunucular (bankalar, gsm operatörleri, internet sağlayıcıları, elektrik, su, doğalgaz sağlayıcıları vb.) uzunlukları 15 ile 50 sayfa arasında değişen ve genellikle karmaşık terimler içeren sözleşmeleri gerek tüketicilere gerekse tacirlere imzalatmak zorunda bırakmakta ve beğenilmeyen sözleşme hükmünün sözleşmeden çıkarılması talep edildiğinde ise *"işine gelse de gelmese de bunu imzalayacaksın"* hitabıyla hizmet almak isteyen tarafın isteklerini hiçe saymaktadırlar.

Bu şekilde ve tek taraflı olarak oluşturulan sözleşme şartları, genellikle satıcının sorumluluğunu sınırlayıcı veya ortadan kaldıracı, sürpriz sonuçlar doğurur. Tüketici genellikle, bu sözleşme koşullarını okuyacak zamana ve bilince sahip değildir. Okusa bile bir şey anlamayacaktır. Hatta uzman hukukçular için dahi, fark edilmesi zor tuzaklar bulunmaktadır. İşte bu şekilde haksız ve tek yanlı olarak hazırlanmış sözleşme koşullarına karşı tüketicinin korunması gerekmektedir.¹⁰

Tüketicinin korunması alanında genel işlem şartları, her ne kadar ekonomideki gelişmelerin yaşandığı, çok çeşitli mal ve hizmetlerin sunulduğu bir dünyada belli bir satıcı veya sağlayıcı tarafından tüketicilere yönelik bir sözleşme şeklinde ortaya çıkarak ticari hayatı kolaylaştırırsa da özellikle sözleşmenin zayıf tarafı bakımından sakıncaları da beraberinde getirdiği gözlenmiştir.¹¹

93/13 sayılı Avrupa Birliği Yönergesinde yapılan düzenlemele-
rin iç hukukumuzda aktarılması niteliğindeki Tüketicinin Korunması

⁹ Yeşim M. Atamer, "Tüketici Hukukunun Gelişimi: Dünü, Bugünü ve Yarını", Tüketicinin Korunması Semineri, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2007, s.28.

¹⁰ İ.Yılmaz Aslan, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa 2014, s.309; Aynı yönde bkz. Yeşim M. Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s.35.

¹¹ Şebnem Akipek, "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, s.332.

Hakkındaki Kanun'un 5.maddesine göre, "haksız şart", "Tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır." şeklinde tanımlanmıştır. Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 4.maddesinin (c) bendine göre, haksız şart, "Tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarını" ifade etmektedir.

Haksız şartların en çok yer aldığı sözleşmeler, bankalar ile tüketiciler arasında yapılan kredi sözleşmeleri, sigorta, taşımacılık, elektrik, su v.b hizmetlerin sunumu gibi alanlar olmakla bu tür sözleşmeler giderek yaygınlaşmaya başlamıştır.¹² Bu alanlarda yapılan sözleşmelerde yer alan haksız şartların denetimi ise sözleşmenin taraflarından birinin tüketici olması halinde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri gereği olacaktır. Zira Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.5 uygulama alanı itibariyle sadece tüketicilere karşı kullanılan genel işlem koşullarının denetlenmesi imkânı getirmiş, buna karşılık tüketici olmayanlar özellikle tacirler arasında kullanılan genel işlem koşullarının denetimi düzenleme alanı dışında bırakılmıştır.¹³

II- HAKSIZ ŞARTLARIN UNSURLARI

A.Tüketici İle Müzakere Edilmemesi

Tüketici sözleşmesindeki bir kaydın haksız şart olarak değerlendirilmesi için, öncelikle, bu kaydın tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulmuş olması gerekir.¹⁴ Zira Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. ve Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 4.maddelerinde, "Tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen şartlar" şeklinde yer alan ifade ile, bir kaydın haksız şart olarak kabul edilebilmesi için, tüketici ile müzakere

¹² Akipek, s.331; Ömer Çınar, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul 2009, s.20.

¹³ Yeşim M. Atamer, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi,TKHK m.6 ve TTK m.55, f.1 (f) ile Karşılaştırılmalı Olarak", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu,Bildiriler,Tartışmalar, BATİDER, Ankara 2012, s.10.; ayrıca bkz (TKHK m.2 ve 3).

¹⁴ Akipek, s.333; Aslan, s.317; Çınar, s.21.

edilmeden sözleşmeye konulması gerektiği vurgulanmıştır.¹⁵ Madde gerekçesinde de bu konuya açıkça değinilmiştir.¹⁶ Görüldüğü gibi karşı taraf önceden tek yanlı olarak hazırlanan koşulları önceden görüp içeriğine etki edemediği gibi sözleşme görüşmelerinde pazarlık konusu da yapamamaktadır. Böylece sözleşme özgürlüğünün en temel ilkelelerinden olan “ *tarafların eşitliği*” ilkesi zedelenmiş olmaktadır.¹⁷ Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus, TKHK m. 5/7’ye göre, sözleşme şartının haksız olup olmadığının değerlendirmesinde asıl borçlar arasındaki veya mal ve hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen bedel arasındaki denge dikkate alınmalıdır. Sözleşme, açık ve anlaşılır olduğu sürece, tarafların edimleri, borçları arasındaki dengeye müdahale edilmemeli ve “doğru fiyat” tespit edilmemelidir. Yani sözleşmenin asli edimlerine ilişkin düzenlemeler haksız şart olarak nitelendirilmemeli ve bu edimlere müdahale edilmemelidir.

Müzakereden bahsedebilmek için tarafların sözleşme şartlarını birlikte gözden geçirmeleri yeterli görülmemekte, sözleşme şartlarını hazırlayan tarafın, karşı tarafın görüş ve teklifleri doğrultusunda şartlarda değişiklik yapmaya hazır olması hususunun da varlığı gerekmektedir.¹⁸ Dolayısıyla öncelikle böyle bir emarenin varlığı halinde sözleşmeye konan haksız şartların denetime tabi olup olmadığı belirlenebilecektir. Zira burada önce bakılması gereken husus taraflar arasında müzakere, pazarlık olup olmadığıdır. Eğer tarafların denk bir pazarlık iktidarına sahip olduğu kabul edilebiliyorsa o zaman bu söz-

¹⁵ Aslan, s.318; Atamer, s.74; Çınar, s.21.

¹⁶ 6502 Sayılı Kanun m.5 gerekçesi; “Uygulamada özellikle matbu standart sözleşmeleri aynen kabul etmek veya kurmak istediği sözleşmeden vazgeçmek seçeneği karşısında bırakılan tüketiciler, genelde sözleşmeyi kurmayı tercih etmektedir. Oysa hiçbir şekilde pazarlık edilmeden, hatta genelde okunmadan kabul edilen bu sözleşme şartları arasında, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine bir dengesizliğe neden olan hükümler vardır. Kanununun 5 inci maddesi uyarınca bu hükümler haksız şart olarak nitelendirilir. Haksızlığın göstergesi, karşılıklı hak ve yükümlülüklerde bir dengesizliğin olması ve bunun dürüstlük kuralına aykırı düşmesidir. Sadece pazarlık edilmeden sözleşme içeriği olan şartların denetime tabi olduğu ise gözden kaçırılmamalıdır. Tarafların irade özerkliği asıldır. Denkler arasında bir pazarlık gerçekleşmiş ve sözleşme içeriği buna göre belirlenmişse haksız sözleşme şartı değerlendirilmesi yapılamaz”.

¹⁷ Murat Aydoğdu, Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s.188-189; Atamer, GİŞ Sempozyumu, s.14-15.

¹⁸ Akipek, s.333.

leşme bireysel bir sözleşmedir ve sözleşme hükmü haksız şart olarak nitelendirilemez.¹⁹

Yargıtay'a göre²⁰, “Standart sözleşmeler, içeriğini kısmen veya tamamen genel işlem koşullarının oluşturduğu, **tarafaların karşılıklı müzakereleri sonucu değil**, aksine, taraflardan biri veya üçüncü kişi tarafından önceden hazırlanmış hükümlerin kullanıldığı sözleşme tipi olarak tanımlanmakta olup, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 4822 Sayılı Kanunla değişik 6. maddesi ile, Avrupa Konseyi’nin 05.04.1993 tarihli, 1993/13/AET Yönergesinde ve bu yönergeyi iç hukuklarına aktaran Avrupa Birliği ülkelerinde, standart sözleşmelerde yer alan hükümlerin ve özellikle bu sözleşmelerin içeriğini oluşturan genel işlem koşullarının, haksız şart olduğuna ilişkin bir karine öngörülmüştür.” şeklindeki kararı ile haksız şartın tanımlanmasının ilk unsurunun, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye konan hükümler olduğu açıkça belirtilmiştir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 5. maddesinde ve Yönetmelikte, sözleşmenin bazı kayıtlarının müzakere edilmiş olması durumunda, müzakere edilmeyen sözleşme kayıtlarının haksız şart olarak değerlendirilmesi açısından, *standart sözleşme* ile bağlantı kurulmuştur. Buna göre, sözleşmenin bütün olarak yorumlanması sonucunda, standart sözleşme niteliğinde olduğu anlaşılırsa, bir kaydın belirli unsurlarının veya sözleşmenin münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, bu sözleşmenin müzakere edilmeyen kayıtları açısından, haksız şart hükümlerinin uygulanmasını engellemeyecektir.²¹ Ayrıca standart sözleşmede yer alan önceden hazırlanmış olan hükümlerin tüketici ile müzakere edilmediği karinesi getirilmiş olup, standart sözleşmenin bazı hükümlerinin müzakere edilmesinin onu standart sözleşme olmaktan çıkarmayacağı ve girişimcinin, standart sözleşmede yer alan kaydın münferiden tartışıldığını ileri sürmesi halinde, bunu ispat yükünün de kendisine ait olacağı kabul edilmiştir.²²

Taraflar arasında müzakere gerçekleşmişse bunun ispatı da söz

¹⁹ M.Yeşim Atamer, “Genel İşlem Koşulunu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurabilecek Değerlendirme Kriterleri”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.104.

²⁰ Yarg.13.HD., 03.07.2014 T., 2014/22198 E., 2014/22790 K., (Sinerji Mevzuat ve İhtihat Programı)

²¹ Çınar, s.22.

²² Sevilay Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi”, *İÜHF Mecmuası*, C.71,S.2. İstanbul 2013, s.402.

konusu olmaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.6/ III'de bu konuya ilişkin bir karine yer almaktadır. Buna göre; eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşme de yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilmektedir. Bu durumda, sözleşme şartlarının tüketici ile müzakere edilmediği konusundaki karinenin aksini ispat satıcı ve sağlayıcıya düşmektedir.²³ Uygulamada sözleşmelere veya sözleşmenin eki mahiyetindeki bazı kağıtlara, "sözleşmenin tüm hükümlerinin müşteri ile müzakere edildiği ve mutabık kalındığı, dolayısıyla müşterinin sözleşme hükümlerinin hiçbirine itirazı olmadığı" şeklinde kayıtlar düşülmektedir. Bu kayıtlar da tamamen geçersizdir. Zira sözleşmenin hazırlayıcısı ve kullanıcısı konumunda olan taraf kanunu dolanmak suretiyle ileride kendisine bir zarar dokunmaması amacıyla bunu gerçekleştirirse de bu tür kayıtlar TBK 20/3 maddesi gereğince de geçersiz olacaktır.²⁴

B. Dürüstlük Kuralına Aykırı Olarak, Tüketici Aleyhine Dengesizlik Oluşturması

Özel hukukun pek çok esasında hatta kamu hukukunda da uygulama alanı bulan hakların kullanılması ve borçların ifasında uyulması gereken genel ilke MK m.2'de "dürüstlük kuralı" olarak adlandırılmıştır.²⁵

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 5.maddesinde, tüketici sözleşmelerinde, bir sözleşme kaydının haksız şart olarak kabul edilebilmesi için tüketici ile müzakere edilmemiş olmasının yanında, bu kaydın tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olmasını aramıştır.²⁶

²³ Akipek, s.334.Aydoğdu, s.189.

²⁴ Ayrıca 6502 sayılı TKHK m.5/3 de "Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşme de yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez." hükmü gereğince de yazılan bu şekildeki kayıtlar hüküm ifade etmeyecektir.

²⁵ Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, 20.Bası, İstanbul 2014,s.52.

²⁶ Akipek, s.333; Aydoğdu, s.191; Aslan, s.320; Çınar, s.24; ayrıca bkz. (6502 sy. TKHK m.5/I; TSHŞHY m.5/I,b) Aynı Yönde Yarg.3.HD., 18.12.2014 T., 2014/13539 E.,

Bununla ilgili olarak Yargıtay verdiği bir kararda²⁷ “Davacı eldeki dava ile, davalı banka ile imzaladığı kredi sözleşmesi nedeni ile kendisinden farklı isimler altında tahsil edilen bedellerin iadesini istemekte olup, dairemizin yerleşik içtihatlarında da vurgulandığı üzere, davalı bankanın tacir olup, yaptığı masrafları tüketiciden isteme hakkı bulunduğu anlaşılmakta ise de, somut uyumsuzluğun tüketici hukukundan kaynaklandığı da gözetildiğinde, bankanın ancak davaya konu kredinin verilmesi için zorunlu, makul ve belgeli dosya masraflarını tüketiciden isteyebileceğinin kabulü gerekir.

Hemen belirtmek gerekir ki, bankaların kredi borçlusuna hayat sigortası yaptırmadaki asıl amacının, kredi borcunu teminat altına almak olduğu ve hayat sigortası nedeni ile kredi borçlusunun belli bir prim ödeme borcu altına girdiği anlaşılmakla birlikte, hayat sigortası kapsamına alınmasında kredi borçlusu tüketicilerin de bir menfaatinin olduğu açıktır. Hal böyle olunca, sözleşme kapsamında tahsil edilen hayat sigorta primlerine ilişkin kayıtların haksız şart niteliğinde olduğunun kabulüne olanak bulunmamaktadır.” şeklinde hüküm kurmuş ve sözleşmede önceden tek taraflı olarak belirlense dahi dürüstlük kuralına aykırı olmayan ve tüketici lehine olan bir hükmün haksız şart olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir.

Bununla ilgili, 93/13 sayılı AB Yönergesinde dürüstlük kuralına aykırılığın tüketicinin zararına “önemli oransızlık” olması aranmışken hukukumuzda buna yer verilmemiştir.²⁸ Bu durumda Türk Borçlar Kanunu 25.maddesinde, “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz” şeklinde düzenleme yapılarak, sözleşme kaydının haksız şart olarak nitelendirilmesi için, dürüstlük kuralına aykırılığın, önemli ve haksız olması aranmamış ve bu şekilde de, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile paralellik sağlanmıştır.²⁹

2014/16751 K. sayılı ilamında, “Davalı tarafın verdiği hizmetin tekel niteliğinde olması karşısında sözleşme özgürlüğünde bulunması gerekli güç dengesinin bir taraf aleyhine bozulduğu, sözleşme özgürlüğüne müdahale ile sözleşme adaletinin sağlanması gerektiği kanısına varılmıştır. Şu hale göre; davaya konu sözleşmede, kayıp-kaçak bedelinin tahsili sözleşmeyle hüküm altına alınmış olsa bile, dağıtım şirketleri tarafından elektrik abonelerinden tahsil edilemeyeceği kabul edilip, mahkemece; davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, aksi gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

²⁷ Yarg. 13.HD.,08.07.2014 T., 2014/22473 E., 2014/23099 K. (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı)

²⁸ Aydoğdu, s.191; Çınar, s.24

²⁹ Çınar,s.25; ayrıca TBK 25.madde gerekçesinde; “Maddede yapılan düzenleme ile

Kanımızca, 93/13 sayılı AB Yönergesinde belirtilen dürüstlük kuralına aykırılığın tüketicinin zararına “önemli oransız” olması gerektiği yönünde belirtilen düzenlemenin, iç hukukumuza alınmaması yerinde olmuştur. Zira önemli oransızlıktan kastın ne olduğu ve hangi ölçütlerle belirlenebileceği konusu tamamen yoruma açık ve tüketici aleyhine sonuçlar doğuracak bir kıstastır. Bu nedenle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda, sözleşmede bulunan haksız şartların tüketici aleyhine oransız olup olmadığının kriteri olarak dürüstlük kuralının kullanılması isabetli olmuştur. Zira AB Yönergesinde arandığı şekilde önemli oransızlığın kabulü halinde bu oransızlığın ölçütünün belirlenmesi çok zordur. Hâkim, önüne gelen uyumsuzlukta hangi hallerde önemli oransızlık olduğunu belirlerken kendi yorumunu göz önünde bulunduracağından bu oransızlık ölçütü subjektif bir değerlendirme olarak karşımıza çıkacak ve taraf menfaatlerini zedeleyecektir. Aksi bir görüşe göre ise³⁰ Avrupa Birliği Yönergesinde belirtildiği gibi, önemli oransızlık kıstası, tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların denetiminde aranmalıdır. Biz yukarıda belirttiğimiz nedenlerle bu görüşe katılmıyoruz.

Dürüstlük kuralları, “oransızlık (dengesizlik)” kavramının değerlendirilmesinde rol oynadığı için, asli olarak önem taşıyan kavram “oransızlık(dengesizlik)” kavramı olmaktadır. Bu kavram, “hukuki olmaktan” daha çok “ekonomik” bir kavram olup, sözleşmede yer alan bir kaydın oransızlığa sebep olup olmadığı, sadece söz konusu kaydın değerlendirilmesi ile değil, sözleşmenin tamamının değerlendirilmesi sonucu tespit edilecektir.³¹ Burada önemli olan taraflar pozisyonu, diğerine göre daha avantajlı olup olmadığı, yani güç ilişkisidir.³² Fakat sözleşmelerde avantajlı olma her sözleşmede ortaya çıkabilir. Önemli olan dürüstlük ve doğruluk kuralları açısından bakıldığında, bu durumun makul karşılanıp karşılanmayacağıdır. Satıcının, tek yanlı olarak düzenlediği sözleşme ile yarattığı dengesizlik, dürüstlük ve doğruluk

ahlaka aykırılık ölçüsünde olmasa bile, öğretide dürüstlüğe aykırı olarak nitelenen bu tür davranışların, genel işlem koşulları alanında da önlenmesi amaçlanmıştır.” şeklindeki değerlendirmeye, dürüstlük kuralına aykırılığın ağır ve haksız olması kıstaslarına yer verilmemiştir.

³⁰ M.Alper Gümüş, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s.64.

³¹ Çınar, s.26.

³² Aslan, s.320; Çınar, s.26.

kurallarına aykırılık teşkil edecek bir nitelik taşıyorsa haksız sözleşme koşulu olarak kabul edilemeyecektir.³³

Uygulamada, haksız şart niteliğindeki uygulamaların Medeni Kanun'un 2. maddesinde ifadesini bulan, gerek ticari hayatın, gerekse her tür ilişkinin dayanması gereken "dürüstlük kuralına" aykırı olduğu açıktır. Zira satıcı veya sağlayıcılar, sözleşmede tanınan yetkileri dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanmalı, örneğin, uygulanacak komisyon oranını sözleşme içeriğinde göstermeli ve makul bir gerekçeye dayalı artırım talebini müşterisine bildirip rızasını almalıdır

Bununla ilgili olarak Yargıtay bir kararında³⁴, " Davacı şirket, bankanın komisyon oranında yapmayı düşüneceği artışı sözleşmeye uygun olarak önceden yazılı biçimde kendisine tebliğ edileceğini beklediği ve bankaya güvendiği için hesap ekstrelerini kontrol ihtiyacı duymadığı dikkate alınarak, 307 sayfadan oluşan ve 20.750 işlem içeren ekstreleri davacının kontrol etmemesini davacı aleyhine yorumlamamak ve kabul etmek doğru görülemez. Aksine bir düşünce sözleşmeye sadakat ilkesine uygun düşmeyeceği gibi, bankanın da basiretli bir tacir gibi davranması gerektiğini göz ardı etmek sonucu doğurup hakkaniyetle bağdaşmaz." şeklinde hüküm kurmuştur.

Şimdiye kadar anlattıklarımız doğrultusunda tüketici sözleşmelerinde bulunan haksız şartların varlığından söz etmek için şu unsurların bir arada bulunması gerektiği söylenmelidir:

1- Tüketici ile imzalanan sözleşmeye önceden tek taraflı düzenlenerek konulan bir hüküm olmalıdır.

2- Bu hüküm tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulmuş olmalıdır.

3- Bu hüküm sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde tüketici aleyhine bir dengesizlik oluşturmaldır.

4- Bu dengesizlik, dürüstlük kuralına ters düşecek kadar önemli olmalıdır.

³³ Aslan, s.320.

³⁴ Yarg. 11. HD., 30.10.2001 T., 2001/5353 E., 2001/8444 K., (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

III- HAKSIZ ŞART SAYILAN DURUMLAR

93/13 Sayılı Avrupa Birliği Yönergesinde belirtilen ve bu yönerge hükmü doğrultusunda iç hukukumuzda Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik hükümlerine dahil olan ve bu yönetmeliğin *Ek* maddesinde sıralanan durumların varlığı halinde, tüketici sözleşmelerindeki şartların haksız şart olarak nitelendirileceği kabul edilmiştir. Buna göre³⁵;

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

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

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

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

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

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

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

³⁵ (RG. 17.06.2014 , S.29033).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

n) Tüketicinin özellikle, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek, gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandırmak veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar” haksız şart olarak sayılmıştır. Ayrıca belirtilmelidir ki, yönetmelikte sayılan haksız şartlar bu sayılanlarla sınırlı değildir. Her somut duruma

göre sözleşmede bulunan şartların haksız şart olup olmadığı hakim tarafından ayrıca değerlendirilmez. Bu sayılan haksız şartlara ilişkin uygulamadan bazı örnekler verelim.³⁶

- "...Müşteri ve garanti verenler bu sözleşmeden doğmuş ve doğacak borçlarından herhangi birisini gününde ve tam olarak ödemediği ve/veya taahhütlerinden herhangi birini gününde ve tam olarak yerine getirmedeği takdirde tüm borçların herhangi bir ihbara kalmaksızın kendiliğinden muaccel olacağını ve ihtara gerek kalmaksızın muacceliyet anında temerrüde düşmüş sayılacağını ve bu durumda bankanın belirlediği cari en yüksek kredi faizinin % 50 fazlası oranında temerrüt faizini bankaya ödemeyi taahhüt eder."

- "Elektronik bankacılık uygulamaları aracılığı ile yapıla işlemlerde sistemde ortaya çıkabilecek her türlü teknik arıza ya da sorun nedeniyle yapılabilecek her türlü işlemin yapılamaması veya geç yapılmasından dolayı banka hiçbir şekilde sorumlu olmayacaktır."

- "Dağıtım kanalları (banka şubeleri, telefon, dialog, bilgisayar, internet, ATM vb.) ilk bakışta ayırt edilemeyecek imza benzerliğinin, hile ve sahteciliğin sonuçlarından sorumlu değildir."

- "Dağıtım kanalları görünüşte müşteri imzası ile gelen faks talimatı ile işlem yapma hakkına sahiptir. Bu konuda faks metninin müşteriye ait faks numarasını içerip içermemesi önem taşımaz. Bu yüzden müşteri talimatın kendi faksından gönderilmediğini yahut talimatı taşıyan şahsın temsil yetkisinin kalmadığını ileri sürerek herhangi bir talepte bulunamaz."

- "Banka bu faiz oranlarını, herhangi bir ihbar ve ihtara gerek görmeksizin dilediği zaman tek taraflı olarak artırmaya yetkilidir."

- "Hesap kesim tarihinden son ödeme tarihine kadar hesap özeti üyeye ulaşmaması durumunda üyenin hesap kesim tarihinden itibaren 7 (yedi) gün içinde yazılı olarak bankadan hesap özeti talep etmesi gerekir. Aksi takdirde üye hesap özeti almış ve içeriğini kabul etmiş sayılır. Ödemenin yapılmadığı durumda banka üyeye hiçbir bildirimde bulunmaksızın diğer talep ve hakları saklı kalmak kaydı ile sözleşmeyi fesih ve kart veya kartları iptal edebilir."

³⁶ Örnekler, uygulamada karşılaşılan gerçek sözleşmelerle ilgili olarak, Yeşim M. Atamer'in Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi adlı eserinden alınmıştır.

- " Tur, masraflar arttığı oranda fiyatları buna göre ayarlama hakkını saklı tutar."

- " Teslim tarihine kadar fiyatlarda gerçekleşen artışlar müşteriye yansıtılır."

Yukarıda verilen örneklerde görüldüğü üzere, tüketici aleyhine hükümler, sözleşmelere serbestçe konulmakta ve sunulan hizmetten yararlanmak için tüketiciler, bu sözleşmeleri imzalamak zorunda bırakılmaktadır. Tüketicilerin büyük bir çoğunluğu bu haksız şartları okuyup inceleme imkânı dahi bulamamaktadır. Bu durumda tüketiciler, baskın durumda olan firmalar karşısında hak kaybına uğramaktadır. 2012 yılında Türk Borçlar Kanunu³⁷ ile tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar ile aynı nitelik taşıyan genel işlem koşullarının denetimine ilişkin düzenlemeye yer verilmiş olması yerinde bir düzenleme olmakla çalışmamızın bu kısmında genel işlem şartlarına da değinmek te uygun olacaktır.

IV- TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DENETİMİ VE TKHK HÜKÜMLERİNE GÖRE HAKSIZ ŞARTLAR İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Borçlar Hukukumuzda sözleşme özgürlüğü ilkesi hâkimdir. Bu ilke gereğince sözleşme tarafları, kanuni sınırlar çerçevesinde diledikleri gibi sözleşme meydana getirebilirler. Sözleşme özgürlüğü, tarafların bir sözleşmeyi yapıp yapmaması, istenilen tip ve içerikte sözleşme yapması, sözleşmenin karşı tarafını seçmesi, sözleşmeye son verebilmesi ve sözleşmenin şeklini belirleyebilmesi hususundaki serbestisi anlamına gelmektedir.³⁸ Bu kural gereğince kimse istemediği bir tipte ve istemediği kimseyle sözleşme yapmaya zorlanamaz. Bu açıdan sözleşme özgürlüğü ilkesi, eşit pazarlık ve ekonomik güce sahip taraflar arasında oluşması halinde anlam kazanır. Ekonomik anlamda eşit olan iki taraf bakımından sözleşme özgürlüğü tam anlamıyla varlığını

³⁷ (R.G. 04.02.2011, 27836).

³⁸ Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul 2014,,s.81; Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995,s.19; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Borçlar Hukuku, Cilt I,5.Baskı, İstanbul 1985, s.438; Haluk Tandoğan,Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Vedat Kitapçılık,İstanbul 2008, s.9-10;Atamer, s.9.

gösterebilir. Zira; sözleşmenin içeriğine pazarlık etmek suretiyle müdahale etmek mümkündür.³⁹

Söz konusu özgürlük tamamen sınırsız nitelikte olmayıp; hukuk düzeninin sınırları içerisinde, (TBK. m. 26-27) bu sınırlara sadık kalmak koşulu ile mümkün olabilmektedir. Taraflar, serbest iradeleri doğrultusunda sözleşmeyi oluşturdukları sırada, sözleşme hükümlerinin ve sözleşme konusunun emredici düzenlemelere, hukuka, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmamasına dikkat etmelidirler.⁴⁰ İşte bu doğrultuda taraflar arasındaki sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması manasında Türk Borçlar Kanunumuzun 20. ve 25. maddeleri arasında genel işlem şartlarının denetlenmesine ilişkin hükümler yer bulmuştur. Eski Borçlar Kanunumuzda bütün sözleşmeleri kapsayan “genel işlem koşullarına” ilişkin özel hükümler yoktu. Uygulamada, genel işlem koşullarının içerik denetimi MK.m.2’ye “hakkın kötüye kullanılmaması” ilkesine veya bir sözleşme hükmünün ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmayacağına ilişkin genel kurallara göre yapılmaktaydı. Hal böyleyken genel işlem koşullarının 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda yer alması son derece isabetli olmuştur.

Genel işlem şartları, doktrinde bir görüşe göre, “Akdin bir tarafının üçüncü kişilerle yapmayı tasarladığı aynı nevide ve çok sayıda akitlerin

³⁹ Atamer,s.20.

⁴⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.205; Reisoğlu,s.83; Aynı yönde bkz. Yarg.13. HD., 05.03.2013 T., 2013/3676 E., 2013/5247 K. sayılı kararı;“Tüketiciden tahsil edilen kapama ücretinin herhangi bir hizmet karşılığı olarak tahakkuk ettirilmediği, kredi sözleşmesinde kararlaştırılan faiz oranının, düşük faiz oranı üzerinden uyarlanması işleminin, bankaya herhangi bir maliyetinin bulunmadığı, ödeme planının değiştirilmesi sırasında herhangi bir zorunlu masrafta bulunulmadığı, bu hali ile ödeme plan değişikliği ücreti alınması işlemi ticari ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı olduğu, banka tarafından yapılan işlemin, kredi ilişkisinin düşük faiz oranı üzerinden devam ettirilmesinden ibaret olduğu, sözü geçen işlem bakımından ücret alınacağı hususunda tüketiciyi bağlayıcı nitelikte herhangi bir yasal mevzuat da bulunmadığı, bankanın erken kapama ücreti alınacağına ilişkin yönetsel kararının da yukarıda açıklandığı şekilde tek taraflı olarak kararlaştırılıp tüketiciyle müzakere edilmeden tüketiciye dayatılan haksız şart niteliğinde olduğu, <6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağı> düzenlendiği, bu maddenin normunun kamu düzeninden oluşu nedeni ile derhal uygulanacağı, dolayısıyla herhangi bir hizmet karşılığı olmaksızın erken kapama ücreti adı altında ücret alınmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğu, geçerli olmadığı, alınan ücretin tüketiciye iadesi gerektiğine karar verilmiş olması isabetlidir.” (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

konusunu teşkil etmek üzere, önceden tespit ettiği birtakım kayıtları"⁴¹, başka bir görüşe göre, "Müteşebbisin ileride kurmayı düşündüğü ve işletmenin uğraşı alanına giren sözleşmelerinin muhtevalarının, önceden ve tek taraflı olarak tayin ve saptanmasını" ifade eder.⁴² Türk Borçlar Kanunu m.20'de "Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir." şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımlardan görüleceği üzere, sözleşme koşulları, ileride yapılacak çok sayıdaki sözleşmenin içeriğini oluşturmak amacıyla, önceden tek yanlı olarak hazırlanmış ve karşı tarafa sunulmuşsa, bu hükümler fiilen kaç sözleşmede kullanılmış olursa olsun, ilk kullanıldığı sözleşme dahil genel işlem koşulları sayılır ve yasa denetimine tabi olurlar.⁴³

⁴¹ Kenan Tunçomağ, 1962 Yılında Yayınlanmış Borçlar Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları Üzerine Kısa İncelemeler, BATİDER, C.II, Yıl 1964 s.443.

⁴² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.205.

⁴³ Reisoğlu s.72; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış, Yetkin Yayınları, 14.Bası, Ankara 2012, s.215 vd; TBK.m20 gerekçesinde de bu durum şu şekilde açıklanmıştır; "Borçlar Hukuku'nun temelini bireysel sözleşme modeli oluşturmaktadır. Bireysel sözleşme denilince. Borçlar Kanunu'nun 1 inci ve devamı maddeleri anlamında öneri, karşı öneri ve kabul gibi en sonunda irade açıklamalarının uygunluğu ve uyuması sağlanıncaya kadar, sözleşmenin her hükmünün tartışma ve pazarlık konusu yapıldığı sözleşmeler anlaşılır. Ancak, çağımızın sosyal ve ekonomik gelişimleri, kitlelere yönelik hizmet gereksinimini yaratmış ve bunlar için üretim zorunluluğu doğurmuştur. Buna bağlı olarak, bireysel sözleşme modeli yanında, yeni bir sözleşme modeli ortaya çıkmıştır. Bankalar, sigorta şirketleri, seyahat ve taşıma işletmeleri, dayanıklı tüketim malları üretimi ve pazarlaması yapan girişimciler, bireysel sözleşmenin kurulmasından önce soyut ve tek yanlı olarak kaleme alınmış sözleşme koşulları hazırlamakta, bunlarla gelecekte kurulacak belirsiz sayıda, ancak aynı şekil ve tipteki hukuki işlemleri düzenlemektedirler. Önceden hazırlanan tipik sözleşme koşulları için genel işlem koşulları terimi kullanılmakta; bu tür sözleşmelere, "tip sözleşme", "kitle sözleşme", "katılmalı sözleşme" ya da "formüler sözleşme" denilmektedir. Kitlelere yönelik bu sözleşmelerde, sözleşmenin kurulmasına ilişkin görüşmeler ve pazarlıklar yapılması söz konusu değildir. Hatta, çoğu zaman fiyat konusu bile tarifelerle belirlenmekte ve pazarlık dışı bırakılmaktadır. Girişimci karşısında sözleşmenin diğer tarafı, ya kendisine dayatılan koşullarla sözleşmeyi kuracak ya da söz konusu sözleşmenin içerdiği edim veya hizmetten vazgeçmek zorunda kalacaktır. Başka bir ifadeyle, birey önüne konulan metin karşısında, sadece "evet" ya da "hayır" diyebilecek, buna karşılık, "evet, ama" seçeneğinden yoksun olacaktır. Hizmet ya da edimden hiç yararlanmamanın söz konusu olmaması ve "evet, ama" deme olanağı bulunmaması karşısında, bireyin bu tür sözleşmelerin uygulanmasında kanunla korunması zorunluluğu ortadadır. Tasarıda, genel işlem koşullarının tâbi olduğu geçerlilik kuralları, bunlara aykırılığın yaptırımları ve genel işlem koşullarının yorumlanması gibi konuların açıklığa kavuşturulması amacıyla, bütün sözleşmeleri kapsayacak emredici genel hükümler şeklinde düzenlenmesi zorunlu görülmüştür."

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun m.5 hükmünde yer alan haksız şartlar için öngörülen “bir sözleşme şartının önceden hazırlanması”, “standart sözleşmede yer alması” ve “tüketiciyle önceden müzakere edilmemesi” durumları Türk Borçlar Kanunu’nun genel işlem koşulları hükümleriyle de benzer nitelikte düzenleme içermektedir.⁴⁴ Ancak kanaatimizce Almanya’daki düzenlemeyle benzer bir düzenleme bizim ülkemiz açısından düzenlense daha isabetli olurdu. Zira TBK.m.20 gerekçesinde belirtildiği üzere “Alman hukukunda daha önce özel bir kanunla düzenlenmiş olan genel işlem koşulları, belirtilen hükümler de göz önünde tutularak, Alman Medenî Kanunu’nun (BGB) 305 ve devamı maddelerinde genel hüküm niteliği kazandırılarak yeniden düzenlenmiştir. Böylece, söz konusu hükümlerin uygulama alanının sadece tüketicilerle sınırlı kalması önlenmiştir.” Hal böyleyken 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndan önce olmak üzere hukukumuzda ilk defa genel işlem koşullarına ilişkin pozitif düzenlemenin 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da öngörüldüğü ve bu düzenlemenin sadece bir tarafının tüketici olduğu sözleşmelere etki edeceği gerçeği karşısında daha genel bir kanun olan Borçlar Kanunumuzda bu düzenlemenin önceden yer almaması eleştirilmesi gereken bir durumdur. Çünkü 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’muzda genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemenin ilk defa yer alması nedeniyle özellikle bankalar ile tacirler arasında kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce akdedilen birçok sözleşmede kullanılan genel işlem koşulları denetim dışı bırakılmış ve birçok tacir bu nedenle zarar görmüştür. Zira genel işlem koşulları kullanılarak kurulan sözleşmeler ancak doğrudan içerik denetimine tabi tutulup hâkimin sözleşmeye müdahale etmesi ve sözleşme dengesini yeniden kurmasıyla adil bir çözüme kavuşabilir.⁴⁵

Banka kredi sözleşmelerinde yukarıda belirttiğimiz gibi çok sayıda genel işlem şartları mevcuttur. Bankalar bu sözleşmelerde, her türlü alacaklarına ilişkin müşterinin durumu ne olursa olsun uhde-lerine ulaşan para, kıymetli evrak, tahvil v.s üzerine kendi alacakla-

⁴⁴ Zira TBK. m.20 gerekçesinde belirtildiği üzere, “Avrupa Birliği mevzuatı kapsamında olmak üzere, 5 Nisan 1993 tarihli ve 93/13/EWG sayılı “Tüketici Sözleşmelerindeki Kötüye Kullanılabilecek Şartlara İlişkin Direktifte ve Avrupa Komisyonu tarafından Avrupa Parlamentosu’na sunulan” Avrupa Sözleşme Hukuku’na yönelik 2003/C 63/01 sayılı Eylem Plânının 4.2 maddesinde genel işlem koşullarına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler öngörülmüştür.”

⁴⁵ Atamer, s.143; Aydoğdu, s.123; Havutçu, s.154-155.

rına istinaden mahsup, takas, rehin ve virman yapma yetkisi taşıyan hükümleri koymakta ve müşterileri bu hükümleri bilerek ya da bilmeyerek imzalamaktadırlar.⁴⁶ Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden önce akdedilen bu unsurdaki sözleşmeler maalesef genel işlem şartları denetimi dışında tutularak⁴⁷ haksız bir

⁴⁶ Örneğin bir bankanın halen kullanımında olan Kredi Sözleşmesinde yer alan şu cümle konuyu daha iyi anlatacaktır: "Yatırımın RehİN, Hapis, Takas, Mahsup ve Virman Hakkı: Müşteri, Banka/... Yatırım'a karşı işbu Sözleşme'den veya herhangi bir sebepten doğmuş ve doğacak her türlü borçlarından dolayı, Müşteri'ye ait olup da Banka şubelerinde veya ... Yatırım'da bulunan veya herhangi bir zaman ve şekilde bulunabilecek veya Müşteri'nin Banka/... Yatırım'a vereceği talimat gereğince İMKB, TCMB veya aracı kuruluşlardan Banka/... Yatırım'ca alınarak Banka/yetkili saklama kuruluşu nezdinde saklanmak üzere veya diğer bir gaye ile Banka şubelerinde/... Yatırım'da bulunan veya yetkili saklama kuruluşunda saklanan bütün sermaye piyasası araçları ve bunların kuponları, anapara, işlemler ve işleyecek faiz, temettü, rüçhan hakkı, ifta bedelleri, kar payları ve bu sermaye piyasası araçlarının Müşteri'nin talebi ve Banka/... Yatırım'ın açık veya zımnı muvafakati ile satılması halinde tahsil edilen satış bedelleri ile yeniden alınan veya alınacak her türlü sermaye piyasası araçları üzerinde Banka/... yatırımın rehin, hapis, takas, mahsup ve virman hakkı olduğunu, işbu rehinli sermaye piyasası araçlarından vadeye bağlı olanların vade tarihlerinde nakde tahvil edilmeleri halinde bunların anapara ve faiz tutarları ve bu sermaye piyasası araçlarının tahsil edilen bedelleri ile Müşteri'nin nam ve hesabına yeniden sermaye piyasası araçları alınması halinde yeni alınan sermaye piyasası araçlarının da işbu rehinin şümulüne dâhil olduğu, Banka/... Yatırım'ın Müşteri'nin herhangi bir yazılı talimatına gerek kalmaksızın Banka/... Yatırım nezdindeki hesaplarda mevcut ve ileride yatırılacak sermaye piyasası araçları ile Banka/... Yatırım'a havale edilmiş ve edilecek sermaye piyasası araçlarını dilediği zamanda ve resen Müşteri namına açılacak bir bloke hesaba almaya yetkili olduğunu, bloke hesaptaki sermaye piyasası araçları ile Banka/... Yatırım'a havale edilmiş ve edilecek sermaye piyasası araçlarının keza işbu rehinin şümulüne dâhil olduğunu ve Banka/... Yatırım'ın Müşteri'den vadesi gelmiş veya gelecek, mevcut ve doğabilecek herhangi bir alacağı olduğu sürece Banka/... Yatırım'ın herhangi bir yasal yola başvurmamasına veya Müşteri'ye herhangi bir ihbar veya ihtar yapılmasına lüzum kalmaksızın rehnedilen bu sermaye piyasası araçlarını dilediği zamanda ve dilediği şekilde satarak paraya çevirmeye ve satış bedelini Banka/... Yatırım'a doğmuş ve doğacak borçlarının anapara, tahakkuk eden faiz, fon, komisyon, gider vergisi, temerrüt faizi, gecikme faizi, vekalet ücreti ve diğer masrafları ile birlikte tamamına mahsup etmeye yetkili olduğunu kabul eder." (Atamer, GİŞ Sempozyumu, Dipnot 109.)

⁴⁷ Yarg.13.HD., 08.05.2014 T.,2014/8118 E., 2014/14753 K. "Mahkemece, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun genel işlem koşullarına ilişkin 20., 21. 22. ve 25. maddelerinin kamu düzenine ilişkin olduğu, anılan maddelerin 6101 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 2. ve 7. maddeleri uyarınca eldeki bu davaya da uygulanacağı, davacının yörede faaliyet gösteren birkaç salça fabrikasından biri olduğu, sözleşmede domates fiyatlarının aşırı bir şekilde yükselmesi halinde dahi fiyat yükseltilmesi gibi bir maddenin bulunmadığı, yani üreticinin sabit fiyatla bağlandığı (sözleşme madde 4 ve eki ödeme şartları tablosu), oysa doğal afetlerde dahi davacı tarafın üreticiye yaptığı aynı ve nakdi yardımları talep hakkı bulunduğu (sözleşme madde 8), şirketin sorumsuzluğunun kapsamının oldukça genişletildiği (9. madde), ayrıca sözleşmenin 10. ve

durum da ortaya çıkmaktadır. Oysa 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 6.maddesine 14.03.2003 tarihinde eklenen ve Borçlar Kanunu'ndaki genel işlem şartları ile aynı nitelik taşıyan haksız şartlara ilişkin düzenleme aynı tarihte Borçlar Kanunumuza eklenseydi konu daha adil bir çözüme kavuşmuş olacaktı. Nitekim 2003 yılından 2012 yılına kadar genel işlem şartı taşıyan sözleşmeleri imzalayan gerçek veya tüzelkişi tacirler de şu an TBK'da bulunan GİŞ denetiminden faydalanarak gereksiz yere maddi ve manevi hak kayıplarına uğramayacaklardı.⁴⁸

11. maddeleri uyarınca şirketin sözleşmeden kaynaklanabilecek muhtemel haklarına teminat teşkil etmesi için üreticilerin imzalı boş teminat senedi verme mecburiyetine tabi tutulduğu hususları nazara alındığında açıkça davalının menfaatine aykırı olduğu, sözleşmenin 8.-9.-10.-11. maddelerinin haksız şart niteliğinde olduğu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20. ve 21. maddesi ile, 6101 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca yazılmamış sayılması gerektiği kanaatine varıldığından davacı tarafca davalıya yapılan aynı ve nakdi yardım miktarları ile, davalı tarafından davacı tarafa teslim edilen domatesin fiyatı ile işlemiş faizi dikkate alınarak aradaki farkı hesaplayan bilirkişi raporuna itibar olunarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 1. maddesi, Türk Borçlar Kanununun zaman bakımından uygulanmasında genel kural olarak, geçmişe etkili olmama kriterini benimsemekle birlikte, anılan yasanın 2. maddesinde ise bu kuralın istisnalarına yer vererek, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın <Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kurallarının, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanacağı> belirtilmektedir. Somut olayda dayanak <Tarımsal Üretim Sözleşmesinin> mülga 818 sayılı Yasa'nın yürürlükte olduğu tarihte düzenlenerek, aynı ve nakdi yardımların da o zaman verilmiş olduğu, yine sözleşme kapsamında üretilen domateslerinde mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında teslim edildiği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, 6101 sayılı yürürlük Yasası'nın 1. maddesi hükmüne göre olayda temerrüt, sona erme ve tasfiye halinin mevcut olmamasına ve salt genel işlem şartlarına aykırılığın ise kamu düzeni ve genel ahlak kapsamında bulunmamasına göre 6098 sayılı Yasa'nın Genel İşlem Koşullarına ilişkin 20-25 maddelerinin somut uyumsuzluğun çözümünde uygulama olanağı bulunmadığı anlaşılmaktadır." (Adem Yelmen, Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.75-76).

⁴⁸ TBK. m.21 gerekçesinde genel işlem koşullarının yazılmamış sayılmasına ilişkin olarak örnek kabilinden şu durumlar verilmiştir; "...uygulamada döviz tevdiat hesabı sözleşmelerinde, yatırılan yabancı paradan farklı bir yabancı para ya da Türk Lirası ile hesaptaki meblâğın ödenebileceği genel işlem koşuluna sıkça rastlanmaktadır. Döviz hesabını belli bir yabancı para cinsinden açtıran kişiye, hesabın bulunduğu kurumca farklı bir yabancı para ya da Türk Lirası ile ödeme yapılması, olağan dışı sayılacağı için, bu tür bir genel işlem koşulu yazılmamış sayılacaktır. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında da, cari hesap şeklinde işleyen bir kredi işleminde, ipoteğe ilişkin metnin içine örtülü olarak konulmuş olan bir kefalet yüklenimi olağan dışı bulunmuştur (BGE 49 II 185). Ayrıca kredi sözleşmelerinde, neredeyse ayrıksız olarak yer verilen, kredi kurumunun dilediği anda hiçbir gerekçe göstermeksizin hesabı kat edeceği, ilişkiye son vereceğine ilişkin hükümler de olağan dışı olduklarından yazılmamış sayılacaktır."

Türk Borçlar Kanunu 25.maddesi “ Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.” hükmüyle genel işlem koşulları taşıyan sözleşmelerin hâkim tarafından denetlenmesinin önü açılmıştır. Ancak kanun koyucu TKHK da yer alan haksız şartlara ilişkin düzenlemeyi göz ardı ederek düzenlemeye gitmiştir. Zira Türk Borçlar Kanunu’nda yer verilen *içerik denetimi* alanında 2003 yılından beri TKHK da yer alan düzenlemeden yararlanılmamıştır.⁴⁹ Nitekim TKHK m.5 ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik maddeleri ve eki, Avrupa Birliği Yönergesi m.3 ve m.4’de belirtilen dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde hâkimin nelere dikkat edeceği yönünde örnekleme yapılmak suretiyle kaleme alınmıştır.⁵⁰ Kanımızca, Türk Borçlar Kanunu’nda da TKHK m.5 ve yönetmelik hükümleri gereği hangi hususların sözleşmenin içerik denetiminde ölçü alınacağıнын örnekleme suretiyle belirtilmesi doğru olurdu. Zira içerik denetiminden amaç dürüstlük kuralına aykırılığı tespit etmek olduğundan hâkime en azından hangi hususlarda dürüstlük kuralına aykırı davranılmış olduğu yönünde yön gösterici örnekleme yapılması hukuki güvenlik açısından da uygun olacaktır. Kanaatimizce hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta bu boşluğu TKHK m.5 ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik maddeleri ve bu Yönetmeliğin Ek’ini göz önünde tutarak dolduracaktır.⁵¹ Ancak burada unutulmaması gereken husus Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun, Türk Borçlar Kanunu’na göre özel bir kanun olduğundan ancak bir tarafı tüketici olan sözleşmeler açısından hüküm ifade edecek TKHK da hüküm bulunmayan durumlarda Türk Borçlar Kanunu’nun genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerine başvurulacaktır. Bunun yanında Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan genel işlem

⁴⁹ Atamer, GİŞ Sempozyumu, s.11.

⁵⁰ Atamer, GİŞ Sempozyumu, s.41; Buna karşın TBK.m.25’e göre dürüstlük kuralına aykırılığın ölçüsünün ne olacağı açık bir şekilde belirtilmemiş madde gerekçesinde “Maddede yapılan düzenleme ile ahlâka aykırılık ölçüsünde olmasa bile, öğretilde dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen bu tür davranışların, genel işlem koşulları alanında da önlenmesi amaçlanmıştır.” denilmekle yetinilmiştir.

⁵¹ Aksi yönde görüş için Bkz. Atamer, GİŞ Sempozyumu, s.43. Yazara göre, “ TBK 25’deki hüküm içi boşluğu doldurmak için, TKHK m.5 ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik’in ilgili hükümlerine de başvuracak, ancak bu yönetmeliğin Ek’inde yer alan haksız şart listesine burada değinilmeyecektir.”

şartlarına ilişkin düzenleme ise sözleşmenin taraflarından birinin tüketici olmadığı diğer sözleşmelerde çıkacak uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulacaktır. Kanımızca TBK'nun genel işlem koşullarına ilişkin hüküm bulunmayan durumlarda da TKHK'nın haksız şartlara ilişkin hükümlerini kıyasen uygulamak adilane bir çözüm olacaktır.

V- TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDEKİ ŞARTLARIN HAKSIZ OLMASININ YAPTIRIMI

A. Genel Olarak

Tüketici sözleşmelerindeki denetim, idari denetim ve yargısal denetim olmak üzere ikiye ayrılır. Bu denetim mekanizmalarının etkin bir şekilde çalışması sonucu, tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların bağlayıcı olmaması (kesin hükümsüzlük) neticesine erişilir. Bu bağlamda, öncelikle, tüketici sözleşmelerindeki idari denetimi, akabinde de yargısal denetimi ve sonuçlarını inceleyeceğiz.

B. Tüketici Sözleşmelerindeki İdari Denetim ve Bakanlığın Yetkisi

6502 sayılı Kanun'un 5.maddesinde yargısal denetim öngörölmüş, idari denetim bakımından durumu yeni çıkarılacak Yönetmeliğe bırakılmıştır. İdari denetimle ilgili olarak 17.06.2014 tarihinde çıkarılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 8.maddesinde bu hususa şu şekilde değinilmiştir.

“ Denetim

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

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

(3) Haksız şart olarak tespit edilen sözleşme şartlarının, tüketiciler açısından kesin olarak hükümsüz olduğunun sözleşmeyi düzenleyen tarafından tüketicilere açık ve anlaşılır biçimde yazılı veya elektronik ortamda bildirilmesi

durumunda, tespit tarihinden önce tüketicilerle kurulan ve halen geçerli olan sözleşme metinlerinden bu şartların çıkarıldığı kabul edilir.

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

Görüldüğü gibi idari denetim aslında pasif olarak öngörülmüştür. Yani tüm standart şart içeren sözleşmelerin Bakanlık denetiminden geçmesi ve onay alması söz konusu değildir.⁵² Bakanlık resen veya şikâyet üzerine tüketici sözleşmelerinde idari denetim yapabilecektir.

Bakanlık tarafından haksız şart olarak tespit edilen ve ilan edilen sözleşme şartlarının, tüketiciler tarafından müzakere edilip edilmediğine bakılmaksızın kesin olarak hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı aşikârdır. Burada bir anlamda yargısal denetim eliyle gerçekleşecek denetimin başlangıçta idare tarafından yapılması söz konusudur.⁵³

C. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Yargısal Denetimi ve Yaptırımını (Kesin Hükümsüzlük)

Yürürlük denetiminden geçerek sözleşmenin içeriğine dahil olmuş bir sözleşme kaydının, içerik denetimi sonucunda hükümsüz sayılması durumunda, söz konusu kaydın hükümsüzlüğü söz konusu olur. Avrupa Birliği Yönergesi'nin 6.maddesinde de, içerik denetimi sonucunda, önceden düzenlenen bir sözleşme kaydının, tüketicinin menfaatlerini dürüstlük kuralına aykırı olarak, oransız şekilde ihlal ettiğinin belirlenmesi durumunda hükümsüz sayılacağı, sözleşmenin geri kalanının ise geçerli olacağı düzenlenmiştir. Yargısal olarak standart şartların (genel işlem şartlarının), tüketici aleyhine haksız şart olup olmadığı onların denetimiyle anlaşılabilir. Bu bağlamda yapılacak denetim de yargısal denetimdir.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5.maddesi 2.fıkrasına göre; "*Tüketicikle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi*

⁵² Aydoğdu, s.193.

⁵³ Aydoğdu, s.194.

düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.” hükmü bulunmaktadır.

Aynı şekilde Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 7.maddesinde; “ Tüketicikle kurulan sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Ancak sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.” şeklindeki düzenlemeyle, tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartların *kesin olarak hükümsüz* olduğu açıkça belirtilmiştir.

Söz konusu mevzuat hükümlerine göre, *kesin olarak hükümsüzlükten* anlamamız gereken mana, sözleşmelerde bulunan haksız şartların tüketici için hiçbir bağlayıcılığının olmadığı, dolayısıyla, hukuki sonuçları bakımından da hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağıın anlaşılmasıdır.

Hükümsüzlük; bir sözleşmenin, tarafların istediği hukuki hüküm ve sonuçları meydana getirmediği tüm hallere verilen ad olarak tanımlanmaktadır.⁵⁴ Geçersizlik halinde sözleşme kurulmuş meydana gelmiş olmakla birlikte, hukuk düzeni, tarafların böyle bir sözleşmede gerçekleşmesini istedikleri hukuki sonucun doğmasını engellemekte, önlemektedir.⁵⁵

Gerek kanun gerekse yönetmelik hükmünde, sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümlerinin geçerliliğini koruyacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla sözleşmede haksız sayılan şartların kısmi olarak hükümsüz sayılacağı ve sözleşmenin geri kalan hükümlerinin bundan etkilenmeyeceği, sözleşmenin geçerliliğini devam ettireceği yönündeki düzenlemeden söz konusu hükümsüzlük halinin “*kısmi hükümsüzlük*” olduğu anlaşılmaktadır.⁵⁶ Dolayısıyla burada Türk Borçlar Kanunu’nun 27.maddesinin ikinci fıkrası anlamında kısmi hükümsüzlük söz konusu olmaktadır. Bu hükmün devamına göre “kısmi hükümsüzlük tam hükümsüzlüğe” dönüşebilir. Bunun için sözleşme

⁵⁴ Eren, s.308; Oğuzman/Öz, s.126.

⁵⁵ Eren, s.308.

⁵⁶ Aslan, s.324; Çınar, s.156.

taraflarından biri, kesin olarak hükümsüz sayılan bir kısım şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri sürüp ispatlayarak tam hükümsüzlüğü ileri sürebilir. Ancak bu genel düzenlemeden farklı olarak, tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar bakımından ve Türk Borçlar Kanununa tabi genel işlem koşullarında, kısmi hükümsüzlüğün tam hükümsüzlüğe dönüştürülmesi engellenmiştir.⁵⁷

Tüketici sözleşmelerindeki içerik denetimi neticesi haksız sayılan şartların bağlayıcı olmamasının sonucu, kısmi hükümsüzlük hali olduğu için, kısmi hükümsüzlüğün koşullarının ve sonucunun incelenmesinde yarar vardır.

1. Kısmi Hükümsüzlük

a. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu 27.maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen kısmi hükümsüzlük, sözleşme özgürlüğünün sınırlarının aşılması durumunda, sözleşmenin akıbetine ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 27.maddesinin ilk fıkrasının sınırlanması niteliğinde bir yaptırımdır.⁵⁸ Kısmi hükümsüzlük ile yapılan sözleşmenin varlığının korunarak, tarafların sözleşme özgürlüğü sonucunda ortaya koydukları iradeye saygı gösterilmesi amaçlanmıştır.⁵⁹ Ancak tarafların iradesinin aksi yönde belirmesi, yani hükümsüz olan bu sözleşme şartı olmasaydı bu sözleş-

⁵⁷ Aydoğdu, s.197; ayrıca bkz. Gümüş,s.73.

⁵⁸ Çınar, s.156; TBK. 27.madde: “ (1) Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.(2)Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”

⁵⁹ Atamer, s.222; Çınar, s.156; Eren, s.312. TBK.m.25'in gerekçesinde, TBK 27'deki kesin hükümsüzlüğe atıf yapılmaktadır. Buna göre; “Bu tür hükümlerin yaptırımı, Tasarının 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük olacaktır. Başka bir ifadeyle burada, aynı fıkranın ikinci cümlesinin uygulanması söz konusu değildir. Bu sebeple, sözleşmenin kapsamına dahil edilen hükümlerden genel işlem koşullarına konulması yasak olanlar dışındakiler, geçerliliklerini koruyacaktır. Tasarının 21 inci maddesinde genel işlem koşullarının bağlayıcılığı, bu maddede ise, söz konusu koşulların içerik denetimi düzenlenmektedir.” (İlhan Helvacı, Gerekçeli-Karşılaştırmalı-İçtihatlı-Notlu Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, On İki Levha Yayıncılık,İstanbul 2011,s.91-93).

meyi aslında yapmayacak olduklarının anlaşılması da mümkündür. Bu durumda tarafları bu farazi iradelerine rağmen sözleşme ile bağlı tutmak uygun olmayacaktır. Nitekim yasa koyucu irade özerkliğine saygı göstermek için koymuş olduğu bu kuralın istisnasını belirterek taraflardan birinin, farazi iradesinin aksi yönde olduğunu ispatlaması halinde sözleşmenin tamamının kesin olarak hükümsüz olacağını öngörmüştür. (TBK m.27/II, c.2).⁶⁰

Görüldüğü gibi, kısmi hükümsüzlüğün söz konusu olabilmesi için, hükümsüzlüğün sözleşmenin belirli kısımlarına ilişkin olmalı ve tarafların hükümsüz kısım olmadan da sözleşmeyi yapacak oldukları kabul edilmelidir.

Kısmi hükümsüzlüğün uygulanabilmesi için, tarafların iradesi sözleşmenin muhafazası yönünde olmalıdır. Buna “kısmi hükümsüzlüğün subjektif olumlu şartı” da denilmektedir.⁶¹ Türk Borçlar Kanunu’nun 27.maddesinin son cümlesine göre, tarafların iradesinin, hükümsüz olan şartlar olmaksızın sözleşmenin yapılamayacağı yönünde olması durumunda, sözleşme tamamen hükümsüz sayılacağı için tarafların gerçek veya farazi iradesinin sözleşmenin muhafazası yönünde olması da zorunludur.⁶² Tarafların gerçek iradesi, sözleşmenin yapıldığı sırada bazı kayıtların hükümsüz olduğunun taraflarca bilinmesi durumunda söz konusu olur. Bu durumda, taraflar, sözleşmenin hükümsüz olmayan kısmını geçerli kabul ettikleri için, artık sözleşmenin tamamının hükümsüz olduğunu ileri süremezler.⁶³

b. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Nedeniyle Kısmi Hükümsüzlük

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 5.maddesi ikinci fıkrası göre: “Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayı-

⁶⁰ Atamer, s.222.

⁶¹ Veysel Başpınar, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998,s.88-89; Eren, s.317.

⁶² Çınar, s.159; Aksi yöndeki görüş için bkz. Mehmet Akçaal/Alper Uyumaz, “ 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Bazı Hükümlerine (m.1-16) İlişkin Bir İnceleme, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.2, Yıl: 2013, s.253-254.

⁶³ Başpınar, s.88; Çınar, s.159.

lan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.” hükmünü içermektedir. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 7.maddesi de aynı hükmü içermektedir.

Buna göre, tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların bulunması halinde bu haksız şartlar kesin olarak hükümsüz sayılacaktır. Bu hükümsüzlük hali ise kısmi hükümsüzlüktür. Zira gerek Kanun gerekse yönetmelik maddesinde sözleşmenin, haksız şartlar dışındaki hükümlerinin geçerliliğini koruyacağı belirtilmiştir. Burada Türk Borçlar Kanunu 27.madde anlamında bir kısmi hükümsüzlük hali mevcuttur. Fakat TKHK m.5 gerekçesinde de belirtildiği gibi, burada TBK. 27.madde düzenlemesinden farklı olarak, sözleşmenin geri kalanının ayakta tutulması, tarafların bu konuda farazi iradelerine göre tayin edilmez. Sözleşme, her halükarda bu şartlar olmaksızın geçerliliğini koruyacaktır.

Burada önemle bir husus belirtilmelidir. Şöyle ki; tüketici sözleşmesinde bulunan haksız şartların kesin hükümsüz sayılması nedeniyle, tüketici yönünden bağlayıcılığının olmamasının yanında eğer sözleşme, bu şartlar olmaksızın temelinden çöküyorsa artık sözleşmenin geri kalan kısmının ayakta kalması pratik açıdan bir hüküm ifade etmeyecektir. Nitekim Avrupa Birliği Yönergesinde de kısmi bulan halinde sözleşmenin kural olarak geçerliliğini koruyacağını ve ancak taraf iradelerinden bağımsız olarak, sözleşmenin batıl kısmı olmaksızın ayakta kalamayacağını hâkim tarafından tespit edilmesi halinde tümel bir butlanın söz konusu olacağı öngörülmüştür. Demek ki burada irade özerkliği uyarınca tarafların ne isteyebileceği artık önem taşımayacak, hâkimin objektif olarak bu sözleşmenin ayakta kalmasına imkân olup olmadığını değerlendirmesi gerekecektir.⁶⁴

Bunun yanında, sözleşmeyi düzenleyen, haksız şart olarak değerlendirilen şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyecektir. (6502 sayılı Kanun m.5/II, c.3). Bununla birlikte doktrinde⁶⁵ tüketicinin bu hususu ileri sürmesinin olanaklı olduğu ileri sürülmektedir. Zira bu görüşü savunanlara göre tek taraflı

⁶⁴ Atamer, GİŞ Sempozyumu, s.62-63.

⁶⁵ Konuyla ilgili olarak Bkz, Gökhan Antalya, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C:1, Beta Yayınevi, İstanbul 2012,s.103 vd; Aydoğdu, s.197.

hükümsüzlük görüşünün sonucu olarak, tüketici, zor bir ihtimal de olsa, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu veya TBK m.27/II, c.2 uyarınca ve 6502 sayılı Kanun m.5/II, c.3 hükmünde sadece “sözleşmeyi düzenleyen” için getirilen yasak nedeniyle ileri sürebilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, önceden düzenlenerek sözleşmeye konulmuş bir sözleşme kaydının, emredici düzenlemelere aykırı olması durumunda, bu kaydın geçersizliği sonrasında, taraflara, farazi iradeleri doğrultusunda, sözleşmenin tamamını hükümsüz kılma imkânı verilmez. Bu durum, yasal sınırlar içerisinde kalmakla birlikte, bir kaydın, tüketicinin menfaatlerini dürüstlük kurallarına aykırı şekilde ihlal etmesi nedeniyle geçersiz sayılmasından farklıdır. Emredici yasal düzenlemelere aykırılık durumunda, söz konusu düzenleme baştan itibaren hükümsüz olacağı için, zaten geçerlilik kazanamamış bir kaydın, taraflarca geçersiz olacağı bilinmesi durumunda sözleşmenin yapılmayacağı ileri sürülerek, sözleşmenin tamamının hükümsüz kılınması mümkün değildir. Bu durumda, emredici düzenleme kendiliğinden sözleşmenin kısmen hükümsüz sayılan hükümlerinin yerini alacaktır.⁶⁶

VI. SÖZLEŞME BOŞLUĞUNUN DOLDURULMASI

Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların kesin olarak hükümsüz sayılması nedeniyle, sözleşmede bir boşluk meydana gelecektir. Fakat sözleşme kaydının hükümsüz sayılması durumunda, sözleşmenin geri kalan hükümlerinin uygulanması herhangi bir sakınca doğurmuyorsa sözleşmenin tamamlanması söz konusu olmaz.⁶⁷

Bunun yanında, emredici nitelikteki düzenlemeye aykırı bir sözleşme kaydının hükümsüz olması durumunda, söz konusu kaydın yerini emredici düzenleme alacak ve sözleşme, emredici düzenleme ile tamamlanmak suretiyle geçerli olacaktır. Tarafların, sözleşmenin bir hükmünün emredici düzenlemelere aykırı olması halinde, bu konuda uygulanacak başka bir hüküm öngörmeleri, bu sonucu değiştirir-

⁶⁶ Başpınar, s.155; Çınar, s.164; Eren, s.295.

⁶⁷ Atamer, s.227; Çınar, s.165. Bu duruma, girişimcinin sözleşmeden dönmesi halinde tüketicinin cezai şart ödemesi ya da girişimcinin sözleşme şartlarını tek taraflı değiştirebileceği ya da tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını zorlaştırıcı nitelikteki kayıtlar, örnek olarak verilebilir. Bu tür kayıtların geçersiz sayılması halinde, sözleşmenin tamamlanmasına gerek olmayacaktır.

meyecektir.⁶⁸ Örneğin girişimci veya üçüncü kişi tarafından önceden düzenlenerek, tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulan bir sorumsuzluk kaydı, Türk Borçlar Kanunu'nun emredici nitelikteki 115.maddesine aykırılık oluşturuyorsa, söz konusu sözleşme kaydı hükümsüz olacak, bu hükmün yerine Türk Borçlar Kanunu'nun 115. maddesi uygulanacak ve girişimci, kastından veya ağır kusurundan sorumlu olacaktır. Aynı şekilde zamanaşımı sürelerinin değiştirilemeyeceğine ilişkin, Türk Borçlar Kanunu'nun 148. maddesi de emredici nitelikte olduğu için, zamanaşımı sürelerini azaltan bir sözleşme kaydı hükümsüz olacak ve yerine Türk Borçlar Kanunu'nda belirlenen zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

Kısmi hükümsüzlük nedeniyle ortaya çıkan sözleşme boşluğu hâkim tarafından ya doğrudan veya kıyas yoluyla uygulayacağı yedek hukuk kuralları aracılığıyla; bunun mevcut olmadığı ihtimallerde ise TMK m.1 uyarınca kendi koyacağı yeni kural ile dolduracaktır.⁶⁹

Örneğin, Türk Borçlar Kanunu'nun 182/III. maddesi gereği, hakim fahiş olan cezai şartı indirmekle yükümlüdür. Bu durumda hâkim, tarafların düzenlemeleri ile bağlı olmaksızın, serbestçe cezai şart miktarını belirleyecektir.⁷⁰

Gerek kanunda yer alan yedek hukuk kurallarının somut sözleşmeye uygulanamaması ve gerekse kanunda uygulanacak hüküm bulunmaması sebebiyle meydana gelen boşluk hakim tarafından, sözleşme taraflarının farazi iradeleri ile belirlenecektir. Yani tarafların koymuş oldukları kuralın batıl olduğunu bilmeleri halinde yerine nasıl bir kural koymuş olacakları incelenecektir. Dolayısıyla batıl olan hükme en yakın sonucu veren, ancak yasal sınırlar içinde kalan çözümü bulmak ve bu şekilde sözleşme boşluğunu doldurmak hâkimin görevidir.⁷¹

Örneğin haksız şart niteliğinde olan bir sorumsuzluk kaydının, işletme tarafından kast ve ağır ihmali de kapsayacak şekilde genel olarak kaleme alınmış olması halinde bu hüküm denetim ölçütüne aykırılık nedeniyle batıl sayılacaktır. Her türlü sorumluluğun bertaraf edilmesi müşteriye hiç kuşkusuz mağdur edeceği için kuralın tümü

⁶⁸ Başpınar, s.155; Çınar, s.165.

⁶⁹ Aslan, s.325;Atamer, GİŞ Sempozyumu, s.63; Aydoğdu, s.197.

⁷⁰ Çınar, s.166.

⁷¹ Atamer, s.229.

geçersiz sayılır. Fakat “hiçbir kusurumdan sorumlu değilim” kaydını tümüyle batıl saymakla beraber sözleşmede taraflar arasındaki denge dikkate alınarak gerekirse boşluğu hafif ihmalden sorumsuzluk kaydı ile doldurmak hâkimin takdirine bırakılmalıdır.⁷²

Görüldüğü gibi, sözleşme boşluğunun hâkim tarafından doldurulması gerektiğinde, hâkim, tarafların farazi iradesini araştırarak, kısmi hükümsüz sayılan sözleşme kaydı yerine, tarafların farazi iradesi doğrultusunda sözleşmeyi tamamlayacak hükmü bulup, sözleşmeye uygulayacaktır. Bunun yanında, emredici nitelikteki düzenlemeye aykırı bir sözleşme kaydının hükümsüz olması durumunda, söz konusu kaydın yerini emredici düzenleme alacak ve sözleşme, emredici düzenleme ile tamamlanmak suretiyle geçerli olacaktır.

SONUÇ

İlk defa tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar 4822 sayılı Kanun ile eklenen 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 6.maddesi ile düzenlenmiş ve bu maddeye göre tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartların tüketici için bağlayıcı olmayacağı belirtilmiştir.

En son ise 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Kanun’un 5. maddesinde *Haksız Şart* düzenlenmiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 5.maddesine göre; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarının haksız şart olduğu belirtilmiş akabinde tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartların kesin olarak hükümsüz olduğu belirtilmiştir. Bunun yanında 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunumuzda tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlarla aynı nitelikte olan genel işlem şartlarının denetlenmesi müessesesi getirilmiştir. Ancak bu düzenleme özellikle içerik denetimi açısından TKHK m.5 ve yönetmelik hükümleri gereği hangi hususların sözleşmenin içerik denetiminde ölçü alınacağına örnekleme suretiyle belirtilmesi karşısında eksik bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁷² Atamer, s.230.

Tüketici sözleşmelerindeki kayıtların haksız şart olarak nitelendirilmesi için sözleşme şartının, tek yanlı ve müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilmesi, tarafların hak ve yükümlülüklerinde, tüketici aleyhine bir dengesizlik oluşturması, bu durumun dürüstlük kuralına aykırı olması şartlarının bir arada bulunması gerekmektedir.

Haksız sayılan şartlar için Kanun ve Yönetmelikte idari bir denetim yolu da öngörülmüştür. Bu denetimi yapmakla görevli Bakanlık olarak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı yetkili kılınmıştır. Bakanlık tarafından yapılacak idari denetim sonucu haksız sayılan sözleşme şartlarının tüketiciler açısından yine kesin olarak hükümsüz olacağı belirtilmiştir.

Yürürlük denetiminden geçerek sözleşmenin içeriğine dâhil olmuş bir sözleşme kaydının, içerik denetimi sonucunda hükümsüz sayılması durumunda, söz konusu kaydın yine hükümsüzlüğü söz konusu olacaktır. Bu içerik denetimi, yargısal denetim olarak karşımıza çıkacak ve haksız şartların tüketici açısından bağlayıcı olmayacağı yani yine hükümsüz olacağı sonucuna varılacaktır. İçerik denetimi sonucu ortaya çıkan hükümsüzlük hali ise kısmi hükümsüzlük olarak nitelendirilecektir.

Kısmi hükümsüzlük neticesi bağlayıcı olmayan haksız şartlar dışındaki sözleşme hükümleri gerek Kanun gerekse yönetmelik maddesinde geçerliliğini koruyacağı belirtilmiştir. Ancak sözleşme, hükümsüz sayılan haksız şartlar olmaksızın temelinden çöküyorsa artık sözleşmenin geri kalan kısmının ayakta kalması pratik açıdan bir hüküm ifade etmeyecektir. Nitekim Avrupa Birliği Yönergesinde de kısmi bulan halinde sözleşmenin kural olarak geçerliliğini koruyacağını ve ancak taraf iradelerinden bağımsız olarak, sözleşmenin batıl kısmı olmaksızın ayakta kalamayacağını hâkim tarafından tespit edilmesinde tümel bir butlanın söz konusu olacağı öngörülmüştür. Görüldüğü gibi artık burada irade özerkliği uyarınca tarafların ne isteyebileceği önem taşımayacak, hâkim tarafından objektif olarak bu sözleşmenin ayakta kalmasına imkân olup olmadığı değerlendirilecektir.

Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların kesin olarak hükümsüz sayılması nedeniyle, sözleşmede bir boşluk meydana gelecektir. Fakat sözleşmedeki haksız şartın hükümsüz sayılması halinde, sözleşmenin geri kalan hükümlerinin uygulanması bakımından herhangi

bir sakınca bulunmuyorsa sözleşmede oluşan bu boşluğun tamamlanması söz konusu olmayacaktır.

Kısmi hükümsüzlük nedeniyle ortaya çıkan sözleşme boşluğu, hâkim tarafından ya doğrudan veya kıyas yoluyla uygulayacağı yedek hukuk kuralları aracılığıyla; bunun mevcut olmadığı durumlarda ise TMK m.1 uyarınca kendi koyacağı hukuk kuralları ile dolduracaktır. Hâkim, bunu gerçekleştirirken de tarafların varsayımsal iradelerini göz önünde tutacaktır.

Kaynakça

- Akçal Mehmet/Uyumaz Alper, “ 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Bazı Hükümlerine (m.1-16) İlişkin Bir İnceleme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.4, S.2, Yıl:2013.
- Akipek 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.
- Antalya Gökhan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C:1, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.
- Aslan İ.Yılmaz, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa 2014.
- Atamer Yeşim M, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2001.
- Atamer Yeşim M., “Genel İşlem Koşulumu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurabilecek Değerlendirme Kriterleri”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Atamer Yeşim M., “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m.6 ve TTK m.55, f.1 (f) ile Karşılaştırılmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler,Tartışmalar, *BATİDER*, Ankara 2012.
- Atamer Yeşim M., “Tüketici Hukukunun Gelişimi:Dünü,Bugünü Ve Yarını”, Tüketicinin Korunması Semineri, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2007.
- Aydoğdu Murat, Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- Başpınar Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.
- Çınar Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul 2009.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış, Yetkin Yayınları, 14.Bası, Ankara 2012.
- Gümüş M.Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

- Havutçu Ayşe, Açık İçerik Denetim Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2003.
- Helvacı İlhan, Gerekçeli-Karşılaştırmalı-İçtihatlı-Notlu Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut , Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995.
- Oğuzman Kemal/Barlas Nami, Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, 20.Bası, İstanbul 2014.
- Reisoğlu Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul 2014.
- Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Borçlar Hukuku, Cilt I,5.Baskı, İstanbul 1985.
- Tunçomağ Kenan, "1962 Yılında Yayınlanmış Borçlar Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları Üzerine Kısa İncelemeler", *BATİDER*, C.II., Yıl 1964.
- Uzunallı Sevilay, "Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.71,S.2. İstanbul 2013.
- Yelmen Adem, Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Yeniocak Umut, "Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartlarının Yargısal Denetimi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 107, Ankara 2013.
- Zevkliler Aydın/Aydoğdu Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3.Bası, Ankara 2004.
- Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.