

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE HAKSIZ ŞART KURUMU İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Av. Arb. Ertuna KARA

1.Genel İşlem Koşulları

Borçlar hukukuna egemen olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, bireylerin irade özerkliğinin bir gereğidir. Bunun sonucu olarak her bireyin, bir başkasıyla kuracağı sözleşmeye dayalı iradi ilişkinin kurallarını, kendi iradesiyle ve karşı tarafla anlaşarak belirleyebileceği kabul edilir. Borçlar Kanunu'muzun sözleşme ilişkisini düzenleyen hükümleri, bireysel sözleşmeleri esas alan bir sistematığe sahiptir. Kanun'un esasını oluşturan bu sistemde, sözleşmelerin ekonomik ve sosyal statü bakımından aşağı yukarı eşit kişiler arasında, eşit şartlar altında kurulduğu varsayılmıştır. Kanunun sistematığı, önerinin beyan edilmesi, buna karşılık kabul iradesinin ortaya konmasıyla sözleşmenin kurulması, yürütülmesi ve sona ermesi aşamalarında hep, sözleşme hükümlerinin belirlenmesi bakımından tarafların yaklaşık da olsa eşit söz hakkına ve etki gücüne sahip oldukları temeli üzerine inşa edilmiştir.¹ Ancak bu kabul, ekonomik ilişkilerin 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 hâkimiyeti karşısında iradesini sağlıklı şekilde ortaya koyamayan, hatta içinde bulunduğu koşullar gereği sağlıklı bir irade oluşturamayan bireyleri koruyamamıştır. Bu önemli toplumsal sorun, "herkesin sözleşme özgürlüğü vardır" denilerek çözülememiştir.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi özellikle, tüketici hukukunda tüketiciler yararına törpülenmeye başlanmış, bugün geline nokta sözleşmeye, tüketiciler yararına olmak üzere hâkimin, hatta önleyici olarak idarenin müdahalesi yaygın olarak kabul görmüştür. Ancak, kanun yoluyla sözleşmelere müdahalenin, sadece tüketici hukukunda ve tüketiciler yararına öngörülmesi de yeterli olmamıştır.

Nitekim Türkiye'de de hem tüketici hukuku alanında tüketiciler lehine hem de ticaret hukukunda küçük ve orta ölçekli işletmeler lehine sözleşmelere müdahale edilmesini sağlayacak mevzuat gelişmeleri, geç de olsa yaşanmaya başlamıştır. Bu gelişmelerden sonuncusu, yeni Borçlar Kanunu'na genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin girmesi olmuştur. Bu hususta yeni Ticaret Kanunu'nda da önemli yenilikler vardır. Genel işlem

¹Kocayusufpaşaoğlu, Necip; Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 225-226

koşullarına ilişkin Borçlar Kanunu'nda yer alan 6 maddelik düzenleme, yeni Borçlar Kanunu'nun getirdiği en önemli yeniliklerden biridir.²

1.1.Tanım

Borçlar Kanunu'nun 20'nci maddesinin 1 inci fıkrasında genel işlem koşulları, “bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri” şeklinde tanımlanmıştır.

Öncelikle, söz konusu tanımda yer alan “tek başına” ifadesi yanlış anlaşılmaya müsaittir. Bununla kastedilen, sözleşmenin tek başına kaleme alınmış olması değildir. Kişi, sözleşmeyi avukatları ile hazırlayabileceği gibi, başka kişilerden de danışmanlık talep edebilir. Bu gibi haller, söz konusu hükümlerin genel işlem koşulu olarak değerlendirilmesine engel teşkil etmez. Dolayısıyla, tek başına ifadesi ile kastedilen sadece karşı taraf dahil edilmeksizin sözleşme koşullarının hazırlanmasıdır. Buna göre, “tek başına” ifadesi yerine “tek yanlı” ifadesi tercih edilebilirdi.³ Yine, Borçlar Kanunu'na göre, genel işlem koşulları, sözleşmeyi “düzenleyen, ... karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri” olarak tanımlanmaktadır. Buna göre, metni düzenleyen ile genel işlem koşullarını kullananın aynı kişi olması gerektiği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Hâlbuki, böyle bir sonuç, hükmün uygulama alanını yanlış bir şekilde daraltır. Çünkü, genel işlem koşulları bakımından önemli olan kimin onları düzenlediği değil, kimin sunduğudur. Buna göre, kullanıcı, sözleşme kurulmadan önce hazırlanmış genel işlem koşullarını karşı tarafa sunan ve bunların sözleşme içeriği olmasını isteyen kişidir. Meselâ, avukat (A) tarafından kaleme alınan genel işlem koşulları, karşı tarafa başka bir kişi olan (B) tarafından sunulabilir. Bu durumda genel işlem koşullarını düzenleyen ve onları kullananın farklı kişiler olması, sözleşmedeki hükümlerin genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesini engellememelidir.⁴ Tanımda “önceden” kelimesi kullanıldığından, “ileride” kelimesine gerek olmadığı ve madde metninden çıkarılmasının uygun olacağı ifade edilebilir. Ayrıca, Borçlar Kanunu'nun 1 inci, 2 inci, 6'ncı ve 11 inci maddelerinde “sözleşmenin kurulması” ifadesi tercih edilmiştir. Dil uyumunu sağlamak adına, genel işlem koşulunun tanımındaki “sözleşme

²Yeniocak, Umut; “*Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2013, S.107, s.77.

³Arıkan, Mustafa; “*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2011, s. 70.

⁴Aydoğdu, Murat; “*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 2, Y.2011, s. 15.

yapılırken” ifadesi yerine “sözleşme kurulurken” ifadesinin kullanılmasının uygun olacağı da kanaatindeyiz.⁵

Sonuç olarak, bu eleştiriler göz önünde bulundurulduğu takdirde, genel işlem koşulları, çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere önceden düzenlenmiş olan ve sözleşmenin taraflarından birinin, diğer tarafa sözleşme kurulurken sunduğu sözleşme hükümleri şeklinde tanımlanabilir.

1.2. Genel İşlem Koşullarının Hukuki Niteliği

Genel işlem koşulları hükümlerinin hukukî niteliği tartışmalıdır. Genel işlem koşulları hükümlerinin niteliği konusunda norm görüşü ile örf adet-teamül görüşü ileri sürülmüşse de bugün için kabul edilen görüş sözleşme görüşüdür. Bu yüzden sözleşme taraflarının genel işlem koşulları bakımından da iradelerinin uyuşması ve genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilmiş olması (ilişkilendirme anlaşması) gerekir.⁶ Genel işlem koşulları ile ilgili sözleşme hükümlerinin öngörülmesi nedenleri olarak çeşitli fonksiyonlar olduğu ileri sürülmüştür. Bunlar;

- Rasyonelleştirme fonksiyonu (benzer sözleşmelerde aynı hükümleri daha az masrafla verimli biçimde kullanma),

- Uzmanlaştırma (Spesifikleştirme, ayrıntılaştırma) fonksiyonu (bazı branşlarda teknik bilgileri önceden hazırlama ve sözleşmeye dahil etme zorunluluğu)-bu fonksiyona kanundaki düzenleme boşluklarını doldurma fonksiyonu da denmektedir,

- Standartlaştırma (böylece herkese –müşterilere- karşı eşit davranma) fonksiyonu ve

- Sözleşme risklerini karşı tarafa aktarma fonksiyonudur.⁷

1.3.Genel İşlem Koşullarının Zorunlu Unsurları

1.3.1.Önceden Tek Yanlı Olarak Belirlenmesi

⁵Veziroğlu, Cem; “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları*”, İBD, C. 84, S. 5, Y. 2010, s. 3079’den aktaran, Akçaal, Mehmet; “*Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, Y.2014, S.1, s.53.

⁶Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14.Bası, Ankara, Y.2012, s.218’den aktaran, Aydoğdu, Murat; “*6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı*”, Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C.8, Y.2013, s.588.

⁷ Aydoğdu, Murat; “*6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı*”, s.588.

Genel işlem koşullarının asli niteliğini belirleyen sözleşmenin kurulmasından önce düzenlenmiş olma hususu, sözleşmenin ileride kurulma ihtimali olan birden fazla sözleşme için düzenleniyor olmasının bir göstergesidir. Diğer bir ifadeyle, sözleşme koşulları somut bir sözleşme için düzenlenmemiştir. Bu koşullar farklı kişilerle kurulacak olan aynı türden çok sayıda sözleşmenin sınırlarının belirlenmesi amacıyla düzenlenmiş bulunmaktadır. Somut bir sözleşme için bir sözleşme taslağı hazırlamak söz konusu değildir. Zira bir sözleşme taslağının amacı taraflara, üzerinde tartışılacak bir metin hazırlamaktır. Oysa genel işlem koşulları genel ve soyut olarak düzenlenirler ve bu anlamda tartışmaya açık sözleşme koşulları değildirler.⁸

Bunun yanında genel işlem koşulları tek taraflı olarak belirlenmiş kurallardır. Genel işlem koşullarını hazırlayan onu, ileride yapılacak birçok sözleşmede kullanmak üzere ve bu sözleşmenin içeriğinin farklılık arz etmeyecek derecede düzenlenmesi amacıyla hareket etmektedir. Genel işlem koşulları tek taraflı olarak belirlenmekte ve aynı zamanda tartışma ve pazarlık konusu yapılmamaktadır. Sözleşmenin diğer tarafına, sözleşmenin içeriğini değiştirmeden, koşulları olduğu gibi kabul etmekten başka bir seçenek kalmamaktadır. Böylece düzenleyen, bilgi yönünden avantajları ve ekonomik üstünlüğü sayesinde, yasanın tamamlayıcı hükümlerini ortadan kaldırarak kendi yararına uygun düzenlemeler getirebilmektedir.

1.3.2.Genel ve Soyut Nitelikte Olması

Genel işlem koşulları, yukarıda da belirttiğimiz üzere Kanun hükümlerine benzer biçimde genel ve soyut olarak yani koşulların oluşumu aşamasında herkes için uygulamak üzere (belirli bir kişi veya kişiler düşünülmeden) hazırlanırlar. Ancak genel ve soyut nitelikte olma objektif olma anlamına gelmez. Çünkü çoğu zaman bu şartlar hazırlayan veya kullanan lehine hükümler içermektedir.⁹

1.3.3. Çok Sayıda Sözleşme için Olması

Genel işlem koşullarının bir sözleşme için değil, birçok sözleşmede kullanılmak üzere düzenlenmeleri, o koşulların çok sayıda sözleşmede kullanılması amacına hizmet etmektedir. Dolayısıyla bu koşulların fiilen kullanılmış olması gerekli değildir.

Bu noktada genel işlem koşullarının fiilen kullanılması gerekli olmamasına rağmen, Alman doktrin ve uygulaması genelde en az üç kez kullanılmak için düzenlenmiş olmayı

⁸Kaya Özgür, Gizem; “*Genel İşlem Koşulları ve Benzer Kurumlar*”, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Y.2018, s.12.

⁹Sılacı, Dilek; “*Tüketici Kredilerinde Genel İşlem Koşullarının Uygulanması ve Genel İşlem Koşullarına Müşterilerce Farkındalık Düzeyinin Belirlenmesi*”, Gazi Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, İşletme Eğitimi Anabilim Dalı, Bankacılık Eğitimi Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Y.2013, s.45.

aramaktadır. Alman Federal Mahkemesi de aynı görüşte olmakla birlikte, bazı istinaf mahkemelerinin eski tarihli kararlarında, önceden düzenlenmiş sözleşme koşullarının genel işlem koşulları niteliğinde görülmesi için, dört veya beş kez kullanılması zorunluluğu aranmıştır. TBK'ya göre ise bu şekilde bir kullanım şartı söz konusu değildir. Genel işlem koşullarının bir sözleşmede kullanılması ile amaçlanan, gelecekte düzenlenecek çeşitli sözleşme tiplerinin tali noktalarının, genel ve kapsamlı bir şekilde hazırlanmasıdır. Hangi tip sözleşmeler için hazırlandığı önem taşımayan genel işlem koşullarını içeren sözleşmeler bir kredi sözleşmesi olabileceği gibi bir satış sözleşmesi de olabilir ve bu sözleşmelerde kullanılmak üzere hazırlanmış şartlar, genel işlem koşulları niteliğinde kabul edilir.¹⁰

2. Genel İşlem Koşullarının Denetimi

2.1. Genel Olarak

Genel işlem koşullarının denetimi noktasında farklı aşamalar bulunmaktadır. Birinci aşamada, genel işlem koşullarının, sözleşmenin içeriği haline gelip gelmediği tespit edilir. Bu denetimden amaç, genel işlem koşullarının, geçerli olarak sözleşmeye dâhil olup olmadığının belirlenmesidir. Doktrinde bu denetime, “bağlayıcılık denetimi”, “örtülü içerik denetimi”, “yürürlük denetimi”, “kapsam denetimi”, “ilişkilendirme kontrolü” gibi isimler verilmektedir. İkinci aşamada ise, sözleşmenin içeriğine dâhil olan sözleşme koşullarının belirli kriterleri taşıyıp taşımadığı belirlenir. Bu denetimde ise amaç, sözleşme içeriği haline gelmiş olan ancak karşı tarafın menfaatini ihlal eden kayıtların denetlenerek geçersiz sayılmasıdır. Doktrinde bu denetime, “içerik denetimi” denilmektedir. İçerik denetimi kavramı için mevcut olan terminoloji birlikteliği, TBK ile birlikte hüküm altına alınmıştır. Gerek yürürlük denetimi gerekse içerik denetimi yapılırken, yorum kurallarından yararlanılmaktadır. Fakat söz konusu yorum kuralları daha çok yürürlük denetiminden geçerek sözleşmenin içeriğine dâhil olmuş sözleşme kayıtları açısından söz konusu olmaktadır.¹¹

2.2. Yürürlük Denetimi

Genel işlem koşullarının ilk denetim safhası yürürlük (bağlayıcılık ya da geçerlilik denetimi olarak da adlandırılır) denetimidir. Diğer bir anlatımla genel işlem koşullarının

¹⁰Atamer, Yeşim; *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, 2.Bası, İstanbul, Beta Basım, Y. 2001, s.67'den aktaran, Camcı, Sinem; “*Genel İşlem Koşulları*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Y.2014, s.21.

¹¹Çınar, Ömer; “*Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar*”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, Y.2009, s.66'den aktaran Kaya Özgür, Gizem; a.g.e., s.27-28.

sözleşme içeriği olup olmadığının tespit edilmesi aşamasıdır. Bir başka açıdan yürürlük denetiminin konusunu, genel işlem koşullarının taraflar arasında geçerli bir anlaşmayla sözleşmeye alınması ile bundan sonra hangi kapsamda genel işlem koşullarının geçerli olacağını tespiti oluşturmaktadır. Taraflar kural olarak, sözleşmeye dâhil edilmesini istediği hususları, karşı tarafa bildirmek ve bu hususları tartışma konusu etmek zorundadır. Bu bakımdan genel işlem koşullarının bir bütün olarak sözleşmeye alınması ve bu şekilde taraflarca bağlayıcılık kazanmasına ilişkin tarafların anlaşmasına “ilişkilendirme” anlaşması denilir.¹² Genel işlem koşullarının anlaşma yoluyla sözleşmeye dâhil edilmesi, girişimcinin müşteriye yönelteceği açık irade beyanıyla mümkün olabileceği gibi, örtülü irade beyanıyla da olabilmektedir. Önemli olan husus, müşterinin irade beyanını nasıl yorumladığıdır; zira açık veya örtülü irade beyanıyla genel işlem koşullarına tabi olacak kişi bizzat müşteridir.¹³ Genel işlem koşullarının yürürlük kazanması, en başta bahse konu sözleşme koşullarının taraflar arasında ayrı ayrı tartışılmasına ve görüşülmesine bağlıdır ve hiçbir şekilde tartışma ve görüşme konusu yapılmamış olan genel işlem koşullarının bağlayıcılık kazanması söz konusu olamaz.

TBK m.21’göre;

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

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.

Yürürlük denetimi ile amaçlanan, sözleşmenin zayıf tarafının beklemediği, üzerinde hiç düşünmediği ve hukuki sonuçlarını algılamadığı genel işlem koşullarına karşı onları korumaktır. Müşterinin, karşı tarafın genel işlem koşullarını kullandığından haberi yoksa dolayısıyla da tarafların irade uyuşmasının genel işlem koşullarını kapsamadığı sonucuna varılıyorsa sözleşme bunlar olmadan akdedilmiş olur. Birçok Avrupa ülkesinde genel işlem koşullarının sözleşme içeriği sayılabilmesi için bunları kullanana bazı özel yükümlülükler

¹²Atamer, Yeşim; Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 1.bası, İstanbul, Y.1999, s.82’den aktaran, Işık, Şeyhmus; “Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Hukukundaki Görünümleri”, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Y.2013, s.60.

¹³Atamer, Yeşim; Sözleşme Özgürlüğü, 1.bası, s. 99.’dan aktaran, Işık, Şeyhmus; a.g.e., s.60.

yüklemiştir. Buna göre de karşı tarafı genel işlem koşullarının kullanıldığı konusunda uyararak ve ona genel işlem koşullarının içeriği hakkında bilgi edinme imkânı vermek gerekmektedir. Bir başka anlatımla öneri olarak sadece “banka genel işlem koşulları uygulanır” demek yeterli olmamakta, ayrıca bunların metnini karşı tarafa vermek gerekir.¹⁴ Yukarıda belirttiğimiz TBK m.20 düzenlemesinde karşı tarafı genel işlem koşullarının kullanıldığı konusunda açıkça uyararak ve genel işlem koşulları metninden haberdar olma imkânını karşı tarafa vermek gibi hususlar dikkat çekmektedir. Burada genel işlem koşullarının içeriği hakkında bilgi verme yükümlülüğü ise bulunmamakta olup, genel işlem koşullarının kullanıldığı konusunda karşı tarafın açıkça uyarılması aranmaktadır.¹⁵ Nitekim genel işlem koşullarının içeriğine yönelik bir bilgilendirmenin bu aşamada anlamı da olamaz, zira ne müşteri genel işlem koşullarını içeren metni anlar, ne müşterinin genel işlem koşullarının değiştirilmesi için pazarlık yapma gücü bulunmakta ve ne de müşteri bu konuda uzun zaman harcamak istemektedir.

Yürürlük denetimiyle ilgili olan bir kanuni düzenleme olarak öte yandan TBK’nın 22. maddesinde, “Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez” denilmek suretiyle, düzenleyene sözleşmeyi hükümsüz kılma imkânı tanınmamıştır.

TBK’nın 22. Maddesi son derece yerinde bir düzenlemedir. Sözleşmeyi düzenleyen tarafa, yazılmamış sayılan genel işlem koşulları olmasaydı, diğer hükümlerle bu sözleşmeyi yapmama hakkı tanındığı zaman, zaten konum itibariyle güçlü olan düzenleyene, bir korunma imkânı tanınmış olur. Bu durum da “nasıl olsa sözleşmeyi tümünden geçersiz kılabilirim” rahatlığıyla yapılmış ve bağlayıcılığı olmayan çok sayıda sözleşmenin ortaya çıkmasına neden olur. Oysaki bu düzenlemelerin amacı, menfaati en çok ihlal edilen sözleşme tarafının korunması ve onun güveninin sağlanmasıdır. Ancak bu şekilde bir hükümlerle, düzenleyen, sözleşme metnini hazırlarken daha dikkatli davranma gayreti içine girer. Aksi halin kabulü, adil olmaktan uzak kararların meydana gelmesine sebebiyet verebilir.¹⁶

2.3. Yorum Denetimi

¹⁴Atamer, 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 Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu-Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Batider) Yayınları, Ankara, Y.2011, s. 27.’den aktaran Işık, Şeyhmus; a.g.e., s.61.

¹⁵Çınar, Ömer; a.g.e., s.60.

¹⁶Camcı, Sinem; “Genel İşlem Koşulları”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Y.2014, s.71.

2.3.1.Genel Olarak

Sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarında bulunmaları gerektiğini daha önce ifade etmiştik. Bazı durumlarda, sözleşmenin kurucu unsuru olan irade açıklamalarının hangi anlama geldiği açık ve anlaşılabilir olmamaktadır. Bu durumlarda, taraf iradelerine bir anlam yükleme ihtiyacı olduğu açıktır. Diğer taraftan kurucu unsuru eksik olan ve dolayısıyla kurulmamış olan bir hukuki işlem geçersiz olduğu için, tarafların iradelerinin ne anlama geldiğinin ortaya konmasının, bir önemi yoktur. O halde geçerliliği noktasında şüphe olmayan bir hukuki işlemde, tarafların iradelerinin ne anlama geldiği yönünde bir ihtilaf varsa, bu noktada hâkim tarafından yorum yapılması gerekir. Zira taraflar, sözleşmede yer alan ifadelerin anlamları konusunda anlaşmazlığa düşmemişlerse, ortada bir sorun yoktur yani yorumu gerektiren bir durum söz konusu değildir. Çünkü hâkim yorum yoluyla, sözleşmenin kararlaştırılmış olan muhtevasını ortaya çıkarmaya çalışır. Taraflar arasında sözleşmenin muhtevasına ilişkin bir hukuki ihtilaf için yorum ihtilafının varlığı şarttır.¹⁷

2.3.2.Genel İşlem Koşullarının Yorumu

Genel işlem koşullarının yorum denetimine tabi tutabilmesi için, önce bunların sözleşme içeriği haline gelmeleri gerekmektedir. Sözleşmeye dahil edildiği kesinleşen genel işlem koşullarının taraflarca farklı şekilde anlaşılması halinde ise, bunların yorumlanması söz konusu olur.¹⁸

Genel işlem koşullarının yorumlanmasında farklı ilkeler geliştirilmiştir. Alman Hukuku'nda önceleri kabul edilen 'objektif yorum ilkesi'ne göre, genel işlem koşullarının yeknesak biçimde, ilgililerin anlayış ve düşüncelerinden ve somut olayın özelliklerinden soyutlayarak yorumlanması gerekir. Bu yorum, genel işlem koşullarının norm niteliğinde olduğu kabulüne dayanır. Ancak genel işlem koşullarının yorumlanmasında, sözleşmede yer alan irade açıklamalarının yorumlanmasında geçerli olan mevcut düzenlemelerden yararlanan İsviçre Hukuku'nda, yorum bakımından genel işlem koşullarıyla bireysel sözleşmeler arasında bir fark gözetilmediği için objektif yorum ilkesi bu ülkede kabul görmemiştir. İsviçre Federal Mahkemesi müzakere edilmemiş hükümlerin yorumlanmasında, öncelikle klasik yorum kurallarından hareket edilmesi gerektiğini düşünmekte ve bu yöntemle bir sonuca ulaşamadığı

¹⁷Mülazımoğlu, Mehmet; *"Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar ve Genel İşlem Koşullarının Denetimi"*, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Isparta, Y.2014, s.88.

¹⁸Çabri, Sezer; *Konut Finansmanı Sözleşmeleri*, 1. Baskı, İstanbul, Y.2010, s.148.

takdirde, ilgili hükmün kullanan aleyhine yorumlanarak hükme bağlanmasını kabul etmektedir.

19

Genel işlem koşullarının yorumlanmasında bir diğer önemli ilke BGB m. 305c/ (2)'de yer alan bir hükmün açık bir anlamı olmaması halinde bunun kullanan aleyhine yorumlanmasıdır. İlgili hükme göre, '*genel işlem koşullarının yorumlanmasındaki şüpheler, kullanan aleyhine hükme bağlanır.*' Bu yorum kuralına, genel işlem koşullarına yorum ilkeleri çerçevesinde açık bir anlam verilememesi halinde başvurulur. Öte yandan bu denetim yolu, bir sözleşme hükmünün yorumu sonucunda, birden çok anlamının ortaya çıkması halinde ya da anlamının tespit edilememesi durumunda uygulama alanı bulacağı yani yorum yapılırken doğrudan uygulanamayacağı için tali niteliktedir.²⁰

2.3.2.1.Genel İşlem Koşullarının Sözleşmenin Karşı Tarafı Lehine Yorumlanması Durumları

TBK m.23'e göre;

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

2.3.2.1.1.Açık ve Anlaşılır Olmama

Bir sözleşme kaydına, makul bir bakış açısıyla başka bir anlam ya da anlamlar yüklenebiliyorsa, o sözleşme kaydı açık ve anlaşılır değildir. Başka bir ifadeyle bir sözleşme kaydı yeknesak bir anlam ifade etmiyorsa, ilgili kaydın anlamı tam olarak tespit edilemediği için o kayıt açık ve anlaşılır değildir. Yargıtay bir kararında, sözleşme ilişkisini kuran irade açıklamalarının mahiyeti ve özü konusunda belirsizlik veya duraksama doğuran yönler varsa bunları aşabilmek için, tarafların gerçek ve ortak iradelerinin ortaya çıkarılması doğrultusunda yorum yapılması gerektiğini ifade etmiştir.²¹ Bu karardan hareketle açık ve anlaşılır olmamayı,

¹⁹Havutçu, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir, Y.2003, s.149-150'den aktaran Mülazımoğlu, Mehmet; a.g.e., s.90.

²⁰Çınar, Ömer; a.g.e., s. 115.

²¹Yargıtay 11. HD. E. 2003/2658 K. 2003/8808 sayılı kararı, (URL Linki: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.03.2018).

irade açıklamalarının mahiyeti ve özü konusunda belirsizlik veya duraksamaya yol açan unsurlar olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır.

2.3.2.1.2. Birden Fazla Anlama Gelme

Düzenleyen tarafından sözleşmeye dahil edilen genel işlem koşulu birden fazla anlama geliyorsa, ilgili hükmün düzenleyen aleyhine ve karşı taraf lehine yorumlanarak çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Katıldığımız görüşe göre bu konuda dikkat edilmesi gereken husus, yorum denetimiyle müşteri lehine çözüm tercih edilirken, içerik denetimi ile elde edilebilecek olan daha pozitif sonuçların önüne geçmeyecek bir yorum yapılmasıdır. Örneğin bir genel işlem koşulu, müşteri aleyhine olacak biçimde iki farklı anlama geliyorsa ve içerik denetimiyle bu şartın geçersiz sayılması mümkün gözüküyorsa, yorum üzerinde fazla durmayıp içerik denetimine geçilmelidir. Buna karşın, sözleşme metninden tam olarak anlaşılamayan bir genel işlem koşulu iki farklı anlama geliyor ve bunlardan biri müşteri açısından daha yararlı görünüyorsa, hâkim, müşteri lehine olanı tercih edecektir.²²

2.4.İçerik Denetimi

Kanun'un "değiştirme yasağı" başlıklı 24. maddesinde "*Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.*" ifadelerine yer verilerek, sözleşme yapıldıktan sonra sözleşmenin genel işlem koşullarında taraflardan birinin diğeri aleyhine tek taraflı olarak düzenleme yapması ve sözleşme devam ederken sözleşme koşullarında istediği gibi oynayabilmesinin önü kapatılmak istenmiştir.²³ Diğer bir anlatımla uygulamada yaşanan sözleşmenin en alt tarafına fark edilemeyecek şekilde, sözleşmede her türlü değişiklik yapabilme yetkisinin bir taraf lehine saklı tutulması itibar görmeyecektir.²⁴

Genel işlem koşullarının düzenleyen tarafından tek yanlı ve önceden hazırlanmış olması, söz konusu genel işlem koşullarının TBK'nın 21.maddesinin 1. fıkrası uyarınca sözleşmenin kapsamına girmesi, bu sözleşmenin düzenleyen tarafından tek yanlı olarak değiştirilebileceği anlamına gelmez. Bu noktada düzenleyenin sözleşmeye dahil ettiği değiştirme hakkını saklı tutmaya yönelik kayıtlar, aynı zamanda genel işlem koşullarının

²²Mülazımoğlu, Mehmet; a.g.e., s.93.

²³Kurdoğlu, Bülent Nuri; "*Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Koşulları*", Yaklaşım Dergisi, S.190, Ekim Y.2008, s. 266.

²⁴Arıkan, Mustafa; "*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları*", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2011, s. 73.

yargısal yoldan açık içerik denetimine konu oluşturan mutlak yasak kayıtlardandır. Değişirme hakkını saklı tutma amacı taşıyan söz konusu yasak kayıtlar sayesinde kaydı kendi lehine kullanan taraf sözleşmenin güçsüz yanını teşkil eden kimsenin rızasını en baştan almakta ve sözleşmedeki edim yükümünü sözleşmenin ifası aşamasında değiştirebilme veya yeni düzenleme yapmak suretiyle ondan sapabilme imkânına sahip olmak istemektedir.²⁵ Esasen sözleşmeye sadakat, sözleşmenin bir kez kurulduktan sonra değiştirilmemesi anlamındadır. Diğer bir anlatımla, taraflardan birinin dilediği tarzda daha sonra sözleşmeye konu edimleri, ifaya ilişkin ayrıntıları veya sözleşme hükümlerini değiştirme hakkını saklı tutması, pazarlığa kapalı sözleşmeler bağlamında kabul edilemez. Kanun maddesine benzer yasaklar gerek AB Yönergesi ve gerekse de Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'te yer almıştır. Maddede düzenleyen için getirilen yasak diğer tarafın aleyhine değişiklikleri kapsamakta olup, düzenleyen kişinin sözleşmede sonradan diğer taraf lehine değiştirme yetkisi içeren maddelere yer vermesi durumunda bu madde ve dolayısıyla yazılmamış sayılma yaptırımını uygulanmaz.²⁶

3.Haksız Şart Kavramı

3.1. Genel Olarak

Tüketiciler, işletmeler karşısındaki psikolojik ve entelektüel zaafları 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 Kanunu'nda yedek hukuk kuralları ile tanınmış olan düzenleme hükümleri işletmeler lehine suiistimal 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. 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

²⁵Yeniocak, Umut; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler-Genel Hükümler, 1. Bası, İstanbul, Y.2011, s. 42'den aktaran, Işık, Şeyhmus; a.g.e., s.83.

²⁶Uygur, Turgut; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1.bası, Ankara, Y. 2012, s.313'den aktaran, Işık, Şeyhmus; a.g.e., s.84.

de gelme de bunu imzalayacaksın” hitabıyla hizmet almak isteyen tarafın isteklerini hiç saymaktadırlar.²⁷

Bu şekilde ve tek taraflı olarak oluşturulan sözleşme şartları, genellikle satıcının sorumluluğunu sınırlayıcı veya ortadan kaldırıcı, 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.

3.2. Tanım

6502 sayılı TKHK'nın 5/1. Maddesinde ise haksız şart şu şekilde tanımlanmıştır: *“Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır”*.

Haksız sözleşme koşullarının mevzuatımızda yer alan tanımı ele alındığında, sözleşmede yer alan bir koşulun haksız şart olarak değerlendirilebilmesi için tüketici ile pazarlık ve tartışma konusu edilmeden tek taraflı olarak sözleşmeye konması ve dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil etmek üzere sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler bakımından tüketici aleyhine bir dengesizliğin oluşması gerekir. Diğer bir anlatımla sözleşmede yer alan şart, sözleşme içeriğine tek taraflı olarak değil ve fakat tüketici ile müzakere edilerek konulmuşsa, tüketici aleyhine dengesizlikler oluştursa da haksız sözleşme koşulu olarak kabul edilmeyecektir. Öte yandan sözleşme tek taraflı olarak hazırlanmış olsa da sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde tüketici aleyhine bir dengesizlik bulunmuyorsa bu durumda da sözleşme koşulları haksız sayılamaz. Avrupa Birliği'nin 5.4.1993 tarihli Yönergesi'nin 3. maddesinde, haksız şartın kabul edilebilmesi için bazı unsurlar aranmış olup söz konusu unsurlar, tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulma, tüketici aleyhine sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerin dağılımında önemli ve haksız bir oransızlık oluşturma ve söz konusu kayıtların dürüstlük kuralına aykırı nitelikte olmasıdır.²⁸

Bunun yanında kanun koyucunun “haksız şart” ifadesini kullanmış olması kanımızca isabetli değildir. Bu kavram teknik bir kavram olmadığı gibi teknik terimlerle de karıştırılabilir

²⁷Topak, Süleyman; *“Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmasının Sonuçları”*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.122, Y. 2016, s. 285.

²⁸Işık, Şeyhmus; a.g.e., s.90.

niteliktedir. Bunun yerine “gayri adil sözleşme hükümleri” ya da “haksız sözleşme hükümleri” ifadelerinden birisi amaca daha uygun ve daha teknik bir kavram olurdu.²⁹

3.3. Haksız Şartın Unsurları

3.3.1. Tüketici İle Müzakere Edilmeme

Bir sözleşme kaydının haksız şart olarak değerlendirilmesi için ilk olarak söz konusu kaydın tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulmuş bulunması şartı aranır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 5. maddesinde, “*tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulan kayıtlar*” ifadelerine yer verilerek, bir kaydın haksız şart olarak kabul edilebilmesi için tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulması gerektiği düzenlenmiştir. Yargıtay 13.Hukuk Dairesinin 2008/4345 E., 2008/6088 K. ve 02/05/2008 tarihli kararında da “*Sözleşme incelendiğinde; sözleşmenin davacı banka tarafından matbu, standart olarak hazırlanıp boş olan kısımların rakam, isim ve adresler yazılarak doldurulduğu, sözleşmenin on iki punto koyu siyah harflerle düzenlenmediği görülmektedir. Davacı, tüketici aleyhine olan ve tüketiciyi kart kullanımı ücreti adı altında bir külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırıldığını iddia ve ispat edememiştir. Böyle olunca sözleşmedeki kredi kartı üyelik ücreti alınacağına dair hükmün açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla davacı bankanın bu sözleşme hükmüne dayalı olarak kredi kartı kullanıcısı davalıdan ücret istemesi olanaklı değildir.*” ifadelerine yer verilerek, tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulmuş kayıtların haksız şart niteliğinde olduğu vurgulanmıştır. Aynı Daire’nin benzer nitelikte başka bir kararında da “*18.08.2002 tarihli sözleşme incelendiğinde; sözleşmenin davacı satıcı tarafından matbu, standart olarak hazırlanıp boş olan kısımların rakam, isim ve adresler yazılarak doldurulduğu, sözleşmenin on iki punto koyu siyah harflerle düzenlenmediği görülmektedir. Davacı, tüketici aleyhine olan ve tüketiciyi tazminat ve fahiş faiz borcu külfeti altına sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırıldığını iddia ve ispat edememiştir. Böyle olunca sözleşmedeki %25 oranında tazminat ve aylık %10 faiz alınacağına dair hükmün açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir.*” ifadelerine yer verilmiştir.³⁰

3.3.2. Tüketici Aleyhine Dengesizlik Oluşturma

²⁹Yavuz, Selçuk; “*Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Şartlar*”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, Y. 2007, s. 26.

³⁰Yargıtay 13.HD., 2008/3546 E., 2008/10759 K. ve 18/09/2008 tarihli kararı (URL Linki: www.kazanci.com, Erişim Tarihi 15.03.2018)

6502 sayılı TKHK'nun yukarıda da yer verdiğimiz 5. maddesi gereğince tüketici sözleşmelerinde bir sözleşme kaydının haksız şart olarak kabul edilebilmesi için, tüketici ile müzakere edilmemiş olması yeterli olmayıp, aynı zamanda söz konusu kaydın dürüstlük kuralına aykırı olarak tüketici aleyhine oransızlık oluşturması da aranmıştır. Nitekim Yargıtay 13.Hukuk Dairesinin 2006/13233 E., 2007/1091 K. ve 01/02/2007 tarihli kararında *“Sözleşmenin 27/son maddesinde davalı şirketin tespit ettiği işletme giderlerine itiraz edilmeyeceği belirtilmiş ise de, davacılar ile müzakere edilerek sözleşmeye konulduğu kanıtlanmayan ve sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde davacılar aleyhine dengesizliğe neden olabilecek bu hüküm, 4077 sayılı Kanununun 6. maddesi kapsamında haksız şart niteliğinde olduğundan geçersizdir. İşletme giderinin belirlenmesi hakkı davalıya tanınmış ise de bu hak Medeni Kanun'un 2. maddesinde düzenlenen iyi niyet kurallarına uygun olarak kullanılmalı ve sözleşmede işletme giderleri için yabancı para cinsinden belirlenip ödeneceğine ilişkin bir kararlaştırma olmadığından işletme gideri Türk para birimi cinsinde belirlenmelidir. Davalının bu hakkını kötüye kullandığı iddia edildiğinde de bunun mahkemece denetlenmesi gerekir.”* ifadelerle yer verilerek, tüketici ile müzakere edilmemiş olan kaydın aynı zamanda dürüstlük kuralına aykırı olarak tüketici aleyhine oransızlık meydana getirmesi haksız şart olarak nitelendirilmiştir. Bu bağlamda satıcı, sağlayıcı ya da kredi veren tarafından önceden, tek taraflı olarak belirlenen sözleşme koşulları, dürüstlük kurallarına aykırı düşecek şekilde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olmadığı takdirde, söz konusu koşulların sadece tüketici ile müzakere edilmediğinden dolayı haksız şart olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir.

Sözleşme içerisinde yer alan tüketici aleyhine dengesiz hükümlerin değerlendirmesi yapılırken, sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin içinde yapıldığı tüm iktisadi, hukuki ve diğer şartların göz önünde bulundurulması gerekir. Bu bağlamda ilgili sözleşme başka sözleşmelerle bağlantı durumunda ise bu sözleşmelerin de dikkate alınması gerekir.³¹ Bir başka açıdan sözleşmede yer alan bir koşulun, tüketici ile satıcı, sağlayıcı ya da kredi veren arasında dengesizlik oluşturup oluşturmadığının tespitinde değerlendirmeye alınması gereken hususlardan biri tarafların ekonomik durumlarıdır.³² Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince belirli sınırlar dâhilinde bazı dengesizliklerin göz ardı edilmesi mümkün olabilecektir. Zira bazı durumlarda sözleşmede yer alan dengesizlikler önemsiz ve kamu vicdanını rahatsız etmeyecek kadar veya hâkimin müdahale etmesini gerektirmeyecek kadar küçük nitelikte olabilir. Önemli olan husus, dürüstlük ve doğruluk kuralları açısından olay

³¹Aslan, İ. Yılmaz; Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara, Y.2006, s. 177'den aktaran, Işık, Şeyhmus; a.g.e., s.96.

³²Çınar, Ömer, a.g.e., s. 26-27.

irdelendiğinde sözleşme içerisinde yer alan tüketici aleyhine dengesiz hükümlerin makul karşılanıp karşılanamayacağıdır. Satıcı, sağlayıcı ya da kredi veren sözleşmenin karşı tarafında güçsüz konumda olan tüketiciyi, ekonomik gücü oranında, sözleşmeyi yapması hususunda zorlayabilecektir. Dikkate alınması gereken diğer husus ta tüketicinin yapmış olduğu sözleşme hakkında sahip olduğu bilgi ve tecrübedir.³³

Haksız şartlar bahsiyle ilgili son olarak TKHK m. 5 f. 2'ye göre, *“Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez”*. Yani tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların içerik denetiminin sonucu kesin hükümsüzlüktür. Kesin hükümsüzlük mahkeme tarafından re'sen göz önünde bulundurulmalıdır.

4.Genel İşlem Koşullarının Haksız Şart İle Karşılaştırılması

Bu farklardan ilki ve en önemlisi olarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu' nun 5.maddesinde tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartlara ilişkin hükümlerin uygulama alanı bakımından, genel işlem koşulları içeren sözleşmelerin, *“birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere düzenlenmiş olması”* unsuruna yer verilmemiştir. Diğer bir ifadeyle, tüketici sözleşmelerinde yer alan bir sözleşme kaydının haksız şart sayılması için, kaç defa kullanıldığı aranmamıştır. Bu kayıtların tüketicinin menfaatlerini dürüstlük kurallarına aykırı şekilde ihlal etmesi ve tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulmuş olması halinde haksız şart sayılması kabul edilmiştir.

Bununla birlikte yukarıda da detaylarıyla açıkladığımız üzere 6502 sayılı TKHK'nın 5. maddesinin 1. fıkrasında yer alan tanımlamadan da anlaşılacağı gibi, bir sözleşme hükmünün haksız sayılabilmesi için, bazı koşullar aranmaktadır. Bu koşullar;

- tek yanlı olarak konması (müzakere edilmeden),
- tarafların hak ve yükümlülüklerinde, tüketici aleyhine bir dengesizlik olması,
- bu durumun dürüstlük kurallarına aykırı olması aranır.

³³Özsuysal, Neslihan; *“Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar”*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Y.2011, s. 107.

Bu üç koşul birlikte bulunduğu takdirde, ilgili sözleşme koşulu haksız sözleşme koşulu olarak kabul edilecektir. Yani şart, tek yanlı olarak konulmamışsa, tüketici ile müzakere edilerek konulmuşsa, tüketici aleyhine dengesizlikler yaratsa bile, haksız sözleşme koşulu olarak kabul edilmeyecektir. Sözleşme, tek taraflı olarak hazırlanmış bile olsa, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde tüketici aleyhine bir dengesizlik bulunmuyorsa, sözleşme koşulları yine haksız sayılmayacaktır. Hak ve yükümlülüklerdeki dengesizliğin, dürüstlük kurallarına aykırı olacak derecede olması gerekmektedir. Gerçekten bir miktar dengesizlik olsa bile, bu dengesizliklerin dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edecek derecede olmaması halinde, yine haksız sözleşme koşullarından söz edilemeyecektir. Yukarıda yer verilen, TBK'nın genel işlem koşulları tanımından da anlaşılacağı üzere, bir genel işlem koşulunun haksız olması zorunlu değildir. Genel işlem koşullarının karşı taraf aleyhine hükümler içermemesi durumunda, bunlara müdahale edilmesi söz konusu değildir. Sonuç olarak TBK ve TKHK'daki düzenlemeler kıyaslandığında içerikleri itibariyle birbirlerine yakın kurallar taşımakla birlikte TKHK'nın "haksız şart" kavramının kapsamının TBK'daki "genel işlem koşulu" (şartı) kavramına nazaran daha geniş olduğu görülmektedir.³⁴

Usul hukuku bağlamında da Türk hukukunda bugüne kadar topluluk davasına ilişkin en genel düzenleme Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md. 73/6'daki (eski TKHK 23/2) dava imkânı ile TTK md. 56'da (eski TTK md. 58) ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar gibi mesleki ve ekonomik birliklere verilen haksız rekabetin önlenmesi ve durdurulması konulu dava imkânı olmuştur. 2011 tarihli 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu bu konuda ilk defa genel bir düzenleme getirerek dava çeşitleri altında 113. Maddesinde topluluk davasını genel olarak düzenlemiştir. Buna göre: "*Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir*". Bu genel hüküm karşısında artık sadece tüketicilere karşı kullanılması düşünülen genel işlem koşullarındaki dürüstlük kuralına aykırı hükümlerin durdurulması için değil, tacirlere karşı kullanılacak genel işlem koşullarının bu tür hükümlerinin kullanımının durdurulması için de dava açılması imkânının var olduğu kabul edilmelidir.³⁵

³⁴Altay, Yusuf; "*Tüketicinin Korunması Bakımından Haksız Şartlar*", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Y.2014, s.74.

³⁵ Atamer, Yeşim; Yeni Türk Borçlar Kanunu, s.66'dan aktaran, Altay, Yusuf; a.g.e., s.162.

Yine Türk pozitif hukukunda düzenleyen aleyhine yorum ilkesi benimsenmiştir. Hatta tüketici sözleşmelerinden kaynaklı ihtilaflarda uygulanacak yorum denetimine ilişkin kanun ile diğer sözleşmelerde uygulanacak yorum denetimi hakkında kanun ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, yorum denetimine ilişkin, TBK m. 23'teki, genel işlem koşullarında yer alan bir hükmün, açık ve anlaşılır olmaması halinde veya birden çok anlama gelmesi durumunda, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanması gerektiğine ilişkin düzenlemeyle, 6502 Sayılı Kanun m. 5/f. 4'deki, sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi halinde, bu hükmün tüketicinin lehine yorumlanması gerektiğine ilişkin düzenleme birbiriyle tamamen örtüşmektedir.

Yukarıdaki genel açıklamalarımız neticesinde genel bir kıyaslama yaparsak;

- Haksız şart; “tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartıdır.”. Genel İşlem Şartı, “sözleşmenin bir tarafınca, tek yanlı olarak, sözleşme kurulmadan önce hazırlanmış olan ve sözleşme koşullarında hiçbir etkisi olmayan karşı tarafa sunulan sözleşme koşullarıdır.”

- TKHK md. 5 uyarınca, haksız şart önceden hazırlanmışsa, yani tüketici içeriğe etki edememişse, müzakere edilmemiş olduğu kabul edilir. Dolayısıyla, haksız şart niteliğindedir. Genel işlem koşulları bakımından ise, böyle bir karine mevcut değildir. Önceden tek taraflı olarak hazırlanan standart sözleşme, alıcıya anlatılır ve alıcı da sözleşmedeki koşulu anlayıp kabul ederse, genel işlem koşulu haksız şart sayılmayacak ve sözleşmede kalabilecektir.

- TBK' da yer alan yazılmamış sayılma düzenlemesi, haksız şartta bulunmamaktadır. Haksız şart halinde, sözleşmede yer alan haksız şartlar kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşı karşıyadır. Sözleşmenin geri kalan kısmı ise geçerliliğini koruyacaktır. Yani TKHK, haksız şartları kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlamışken TBK, yazılmamış sayılma ifadesini kullanmıştır. TBK' ya göre, sözleşmede sorun yaratan hükümler hiç olmamış gibi varsayılacaktır. TKHK ise, bu hükümlerin olduğunu kabul etmekle birlikte, hükümsüz saymaktadır.

- İçerik denetiminde ise, maddelerin içerik denetimi yapılırken, hem TBK' ya göre hem de TKHK md.5 çerçevesinde incelendiğinde, özellikle güçsüz taraf aleyhine konulmuş maddelerde dürüstlük kuralına dayanılmaktadır. Dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacak şekilde, taraflar arasında bir dengesizlik yaratılmışsa, bunun yaptırımı, kesin hükümsüzlüktür.

- TBK md. 21.'de yer alan yürürlük denetimi, TKHK 'da yer almamaktadır. Buna rağmen, TBK md. 21 hükmü, kıyasen uygulanmaktadır. Bu durumda, sözleşmenin karşı tarafına, genel işlem koşullarının içeriği hakkında bilgi edinme imkânı verilmesi göz önüne alınacak ve bu durum göz ardı edilmişse, yaptırımı yazılmamış sayılma olacaktır. İçerik denetiminde, TBK md. 24 ile ayrıca düzenleyene, tek taraflı değişiklik yapma hakkı tanınan maddeler yazılmamış sayılacaktır.

- Maddelerin içerik denetimine ilişkin olarak haksız şartlar kapsamında, “*Tüketici Sözleşmeleri’ndeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik*” in EK’ inde bulunan, haksız şartlar listesi uygulanacaktır. Buna göre, tüketicinin dürüstlük kurallarına aykırı olarak mağdur olacağı sözleşmelerde yazılan şart, kesin hükümsüz kabul edilir. Ancak bu ekte yer alan haksız şartlarında örnekleyici türden olduğu unutulmamalıdır.

5.Değerlendirme ve Sonuç

Çalışmamızda başlangıçta temel olarak TBK kapsamında genel işlem koşulları incelenmiş olup, sonrasında ise asıl konumuz olan genel işlem koşulu-haksız şart karşılaştırmasına geçmeden evvel haksız tart hükmünün tanımı ve unsularından bahsedilmiştir. Yine çalışmamız kapsamında genel işlem koşullarının hangi hallerde sözleşme kapsamında sayılacağı ve bu koşullar bağlamında her iki tarafın mağduriyetinin önlenmesi adına var olan hukuki korumalar açıklanmıştır. Genel işlem koşulları gereklilik sonucu TBK’da yer almış, ancak bazı kanun boşluklarından dolayı eleştirilere maruz kalmış bir müessesedir. Genel işlem koşullarının denetim mekanizmaları kapsamında kanımızca üzerinde en çok üzerinde durulması gereken husus dürüstlük kuralına uygunluk denetimidir. Kaldı ki söz konusu bu dürüstlük kuralı değerlendirmesi haksız şart-genel işlem koşulu karşılaştırmasında her iki müessese açısından da merkezde yer alan bir özellik olarak karşımıza çıkmaktadır. İçerik denetiminde sözleşmeye uygun olmayan, karşı tarafa zorlu yükler yükleyip, dürüstlük kuralına aykırı kabul edilebilen genel işlem koşulları ve haksız şartlar (kanunlarda belirtilen diğer şartları da bünyelerinde taşımaları halinde) hükümsüzlük yaptırımıyla karşı karşıya kalacaktır. Sonuç olarak genel işlem koşulları ve haksız şart müessesesi doğurdıkları sonuç itibarıyla birbirleriyle paralellik arz etmektedirler ancak aralarındaki farklar da yukarıda açıkladığımız üzere özellikle kişi bakımından uygulama alanları dikkate alındığında azımsanamayacak niteliktedir.

KAYNAKÇA:

- 1- Altay, Yusuf; *“Tüketicinin Korunması Bakımından Haksız Şartlar”*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Y.2014.
- 2- Arıkan, Mustafa; *“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları”*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2011.
- 3- Aslan, İ. Yılmaz; *Tüketici Hukuku Dersleri*, Ankara, Y.2006.
- 4- Atamer, Yeşim; *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, 2.Bası, İstanbul, Beta Basım, Y. 2001.
- 5- Atamer, Yeşim; *“Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi (TKHK md.6 ve TTK md.55 İle Karşılaştırılmalı Olarak)”*, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara Y.2011.
- 6- Aydoğdu, Murat; *“6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”*, Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C.8, Y.2013.
- 7- Aydoğdu, Murat; *“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı”*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 2, Y.2011.
- 8- Camcı, Sinem; *“Genel İşlem Koşulları”*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Y.2014.
- 9- Çabri, Sezer; *Konut Finansmanı Sözleşmeleri*, 1. Baskı, İstanbul, Y.2010.
- 10- Çınar, Ömer; *“Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar”*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, Y.2009.
- 11- Eren, Fikret; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14.Bası, Ankara, Y.2012.
- 12- Havutçu, Ayşe, *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, İzmir, Y.2003.
- 13- Işık, Şeyhmus; *“Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Hukukundaki Görünümleri”*, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Y.2013.
- 14- Kaya Özgür, Gizem; *“Genel İşlem Koşulları ve Benzer Kurumlar”*, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Y.2018.

- 15- Kocayusufpaşaoğlu, Necip; Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
- 16- Kurdoğlu, Bülent Nuri; “*Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Koşulları*”, Yaklaşım Dergisi, Y.16, S.190, Ekim Y.2008.
- 17- Mülazımoğlu, Mehmet; “*Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar ve Genel İşlem Koşullarının Denetimi*”, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Isparta, Y.2014.
- 18- Özuysal, Neslihan; “*Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar*”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Y.2011.
- 19- Sılacı, Dilek; “*Tüketici Kredilerinde Genel İşlem Koşullarının Uygulanması ve Genel İşlem Koşullarına Müşterilerce Farkındalık Düzeyinin Belirlenmesi*”, Gazi Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, İşletme Eğitimi Anabilim Dalı, Bankacılık Eğitimi Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Y.2013.
- 20- Topak, Süleyman; “*Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmasının Sonuçları*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.122, Y. 20
- 21- Uygur, Turgut; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1.bası, Ankara, Y. 2012.
- 22- Veziroğlu, Cem; “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları*”, İBD, C. 84, S. 5, Y. 2010.
- 23- Yavuz, Selçuk; “*Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Şartlar*”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, Y. 2007.
- 24- Yeniocak, Umut; “*Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2013, S.107.
- 25- Yeniocak, Umut; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler-Genel Hükümler, 1. Bası, İstanbul, Y.2011.