

**T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN  
KAPSAMINDA HAKSIZ ŞARTLAR**

**Yüksek Lisans Tezi**

**Zeynep KARATAŞ**

**Ankara, 2019**

**T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN  
KAPSAMINDA HAKSIZ ŞARTLAR**

**Yüksek Lisans Tezi**

**HAZIRLAYAN  
Zeynep KARATAŞ**

**DANIŞMAN  
Doç. Dr. Yıldız ABİK**

**Ankara, 2019**

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA  
KANUN KAPSAMINDA HAKSIZ ŞARTLAR**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Tez Danışmanı  
Doç. Dr. Yıldız ABİK**

**TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ**

**Adı ve Soyadı**

- 1- Prof. Dr. Hasen İsgöner
- 2- Doç. Dr. Yıldız Abik (Danışman)
- 3- Doç. Dr. A. Dilsad Keskin
- 4-
- 5-

**İmzası**

1  


**Tez Savunması Tarihi**

25.01.2019

T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

.....Doç. Dr. Yıldız ABİK'in..... danışmanlığında hazırladığım  
".....1502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında.....<sup>Hukukî Esaslar</sup>.....(Ankara.2019..) ”  
adlı yüksek lisans ☐ - doktora/bütünleşik doktora ☐ tezimdaki bütün  
bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp  
sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada  
eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik  
kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda  
her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih: 28/01/2019  
Adı-Soyadı ve İmza

Geçmiş Kartal  


## İÇİNDEKİLER

|                          |   |
|--------------------------|---|
| İÇİNDEKİLER.....         | i |
| KISALTMALAR CETVELİ..... | v |
| GİRİŞ.....               | 1 |

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### GENEL OLARAK SÖZLEŞME KAVRAMI, SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ PRENSİBİ VE SINIRLARI, TÜKETİCİNİN KORUNMASI HUKUKUNDA TEMEL KAVRAMLAR

|                                                                                                 |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| §1- GENEL OLARAK SÖZLEŞME KAVRAMI, SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ<br>PRENSİBİ VE SINIRLARI .....            | 4  |
| I. Sözleşmenin Tanımı.....                                                                      | 4  |
| II. Sözleşmenin Unsurları.....                                                                  | 4  |
| A.Sözleşmenin Tarafları .....                                                                   | 4  |
| B. Karşılıklı İrade Beyanları.....                                                              | 5  |
| C. Birbirine Uygun İrade Beyanları.....                                                         | 5  |
| III. Sözleşme Özgürlüğü Prensibi ve Sınırları.....                                              | 7  |
| A. Sözleşme Özgürlüğünün Gelişimi .....                                                         | 7  |
| B. Sözleşme Özgürlüğünün Kapsamı .....                                                          | 9  |
| 1. Sözleşme Yapma Özgürlüğü.....                                                                | 9  |
| 2. Şekil Özgürlüğü .....                                                                        | 10 |
| 3. Sözleşmeyi Değiştirme ve Sona Erdirme Özgürlüğü.....                                         | 11 |
| 4. Sözleşmenin Konusunu ve Kurallarını Belirleme Özgürlüğü.....                                 | 11 |
| C. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları .....                                                        | 12 |
| 1. Sözleşme Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırı Olamaz .....                                    | 12 |
| 2. Sözleşme Ahlaka Aykırı Olamaz .....                                                          | 13 |
| 3. Sözleşme Kişilik Haklarına Aykırı Olamaz .....                                               | 14 |
| 4. Sözleşme Kamu Düzenine Aykırı Olamaz .....                                                   | 15 |
| 5. Sözleşmenin Konusu İmkânsız Olamaz.....                                                      | 15 |
| § 2- TÜKETİCİNİN KORUNMASI HUKUKUNDA TEMEL KAVRAMLAR .....                                      | 16 |
| I. Tüketici İşlemi Kavramı ve Özel Olarak Tüketici Sözleşmesi .....                             | 16 |
| II. Tüketici Sözleşmesinin Unsurları.....                                                       | 21 |
| A. Karşılıklı Mal veya Hizmet Edinme, Kullanma veya Yararlanma Olan Bir<br>Sözleşme Olması..... | 21 |
| B. Sözleşmenin Taraflarından Birinin Tüketici Olması .....                                      | 23 |

|                                                                                                            |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Tüketici .....                                                                                          | 24 |
| 2. Satıcı - Sağlayıcı ve Kredi Veren Kavramları.....                                                       | 29 |
| C. Tüketicinin Mesleki ve Ticari Olmayan Bir Amaçla Hareket Etmesi .....                                   | 31 |
| III. Tüketici Sözleşmelerinin Sınıflandırılması .....                                                      | 32 |
| A. Bireysel Tüketici Sözleşmeleri .....                                                                    | 32 |
| 1. Karşılıklı İrade Açıklamaları.....                                                                      | 33 |
| 2. Birbirine Uygun İrade Açıklamaları .....                                                                | 33 |
| B. Standart (Genel İşlem Koşulu İçeren) Tüketici Sözleşmeleri.....                                         | 33 |
| IV. Tüketici Sözleşmeleri Kavramının Ticari İş ve Adi İş Kavramlarından Ayrılması ve Bu Hususun Önemi..... | 35 |
| V. Tüketicinin Korunması Zorunluluğu .....                                                                 | 36 |

## İKİNCİ BÖLÜM

### GENEL İŞLEM KOŞULU VE HAKSIZ ŞART KAVRAMLARI, TEMEL ÖZELLİKLERİ VE HUKUKİ NİTELİKLERİ

|                                                                           |           |
|---------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>§3- GENEL İŞLEM KOŞULLARI.....</b>                                     | <b>39</b> |
| I. Genel İşlem Koşulunun Tanımı .....                                     | 39        |
| II. Genel İşlem Koşullarının Unsurları.....                               | 42        |
| A. Genel ve Soyut Olma .....                                              | 42        |
| B. Sözleşmenin Kurulmasından Önce Tek Taraflı Hazırlanmış Olma.....       | 43        |
| C. Müzakere Edilmemiş Olma.....                                           | 44        |
| D. İleride Çok Sayıda Sözleşmede Kullanılmak Üzere Hazırlanmış Olma ..... | 44        |
| E. Sözleşmenin Kurulması Sırasında Bu Koşulların Esas Alınması .....      | 46        |
| III. Genel İşlem Koşullarının Hukuki Niteliği .....                       | 47        |
| A. Norm Teorisi.....                                                      | 47        |
| B. Örf ve Adet Teorisi .....                                              | 47        |
| C. Sözleşme Teorisi .....                                                 | 48        |
| IV. Genel İşlem Koşullarının Yararları ve Sakıncaları .....               | 49        |
| A. Genel İşlem Koşullarının Yararları.....                                | 49        |
| B. Genel İşlem Koşullarının Sakıncaları .....                             | 50        |
| <b>§ 4- HAKSIZ ŞART KAVRAMI.....</b>                                      | <b>53</b> |
| I. Genel Olarak .....                                                     | 53        |
| II. Haksız Şartın Tanımı .....                                            | 55        |
| III. Haksız Şartın Unsurları .....                                        | 57        |

|                                                                                                                              |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| A. Tüketici ile Müzakere Edilmemiş Olma .....                                                                                | 57 |
| B. Sözleşmeden Doğan Hak ve Yükümlülüklerin Dürüstlük Kuralına Aykırı Olarak Tüketici Aleyhine Dengesizlik Oluşturması ..... | 59 |
| IV. Haksız Şartın Hukuki Niteliği .....                                                                                      | 62 |

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

|                                                                                                      |           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>§5- GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİM AŞAMALARI.....</b>                                           | <b>63</b> |
| I. Genel İşlem Koşullarının İdari Denetimi .....                                                     | 64        |
| II. Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi.....                                                  | 67        |
| A. Genel Olarak .....                                                                                | 67        |
| B. Genel İşlem Koşullarının Bağlayıcılık (Yürürlük) Denetimi.....                                    | 69        |
| 1. Genel İşlem Koşullarının Sözleşme Kapsamına Girmesi .....                                         | 71        |
| a. Genel İşlem Koşullarının Varlığı Hakkında Açıkça Bilgi Verilmesi .....                            | 75        |
| b. Genel İşlem Koşullarının İçeriğini Öğrenme İmkânının Sağlanması .....                             | 78        |
| c. Karşı Tarafın Kabul Açıklaması .....                                                              | 80        |
| aa. Açık İrade Beyanıyla Kabul .....                                                                 | 81        |
| aaa.Bilinçli Kabul (Tam Bilinçli Kabul - Açık Kabul - Özel Bilinçli Kabul)                           |           |
| .....                                                                                                | 81        |
| bbb. Global Kabul .....                                                                              | 82        |
| bb. Örtülü İrade Beyanıyla Kabul .....                                                               | 84        |
| 2. Sözleşme Kapsamına Girmesine Rağmen Bazı Genel İşlem Koşullarının Bağlayıcılık Kazanamaması ..... | 90        |
| a. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırını Aşan Genel İşlem Koşulları .....                                   | 91        |
| b. Okunaklı Yazılmamış Genel İşlem Koşulları.....                                                    | 91        |
| c. Alışılmamış (Mutat olmayan), Şaşırtıcı, Beklenemez, Olağanüstü Genel İşlem Koşulları .....        | 93        |
| d. Bireysel Anlaşmaya Aykırı Genel İşlem Koşulları .....                                             | 96        |
| 3. Bağlayıcılık Denetiminin Yaptırımı Olarak Yazılmamış Sayılma .....                                | 97        |
| a. Yazılmamış Sayılmanın Hukuki Niteliği.....                                                        | 98        |
| b. Yazılmamış Sayılmanın Hüküm ve Sonuçları .....                                                    | 104       |
| C. Genel İşlem Koşullarının Yorum Yoluyla Denetimi .....                                             | 106       |
| 1. Genel Olarak .....                                                                                | 106       |
| 2. Genel İşlem Koşullarında Yorumun Unsurları .....                                                  | 107       |
| a. Açık ve Anlaşılır Olmama .....                                                                    | 109       |
| b. Birden Fazla Anlama Gelme .....                                                                   | 110       |
| 3. Genel İşlem Koşullarında Yorumun Sınırı .....                                                     | 111       |
| 4. Genel İşlem Koşullarının Kullanan Aleyhine ve Karşı Tarafın Lehine Yorumlanması .....             | 111       |
| D. Genel İşlem Koşullarının İçerik Denetimi .....                                                    | 113       |
| 1. Genel Olarak .....                                                                                | 113       |

|                                                                                                      |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. İçerik Denetiminin Kapsamı .....                                                                  | 121 |
| a. Muhatabın Durumunu Dürüstlük Kurallarına Aykırı Olarak Ağırlaştıran Hükümlerin Denetlenmesi ..... | 122 |
| b. Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümlerinin Denetlenmesi .....                                       | 123 |
| aa. Müzakere Edilmiş Olmanın Önemi.....                                                              | 123 |
| bb. Hükümün Müzakere Edilmiş Olup Olmadığının Tespiti.....                                           | 125 |
| 3. Denetim Dışı Kalan Sözleşme Hükümleri .....                                                       | 127 |
| a. Uygulanması Gereken Hukuk Kuralını Aynen Tekrarlayan Sözleşme Hükümleri.....                      | 127 |
| b. Edim ve Karşı Edimi Belirleyen Sözleşme Hükümleri.....                                            | 129 |

## **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**

### **HAKSIZ ŞARTLARIN TESPİTİ VE HAKSIZ ŞART İÇEREN SÖZLEŞMENİN DURUMU**

#### **§6-TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN HAKSIZ ŞARTLARIN TESPİTİNDE KULLANILACAK ÖLÇÜTLER .....**

132

|                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------|-----|
| I. İçerik Denetiminin Ölçütü Olarak Dürüstlük Kuralı .....            | 132 |
| A. Genel Olarak .....                                                 | 132 |
| B. Dürüstlük Kuralının Tanımı, Özellikleri ve Sınırlandırılması ..... | 133 |
| II. Mevcut Yasal Düzenlemeler.....                                    | 140 |
| III. Sözleşmenin Doğası .....                                         | 141 |
| IV. Sözleşmenin Kaleme Alınış Tarzı (Niteliği).....                   | 142 |

#### **§ 7- GENEL İŞLEM ŞARTLARI İÇEREN SÖZLEŞMELERDE HAKSIZ ŞARTLARIN KULLANILMASINI ÖNLEMeye YÖNELİK DAVA TÜRLERİ .....**

144

#### **§8- GEÇERSİZ SAYILAN SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNDEN SONRA SÖZLEŞMENİN DURUMU.....**

147

#### **SONUÇ.....**

152

#### **ÖZET.....**

159

#### **ABSTRACT.....**

161

#### **KAYNAKÇA.....**

163

## KISALTMALAR CETVELİ

|                |                                                        |
|----------------|--------------------------------------------------------|
| <b>AB.</b>     | : Avrupa Birliği                                       |
| <b>ABD.</b>    | : Ankara Barosu Dergisi                                |
| <b>AÜHFD</b>   | : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi          |
| <b>BATİDER</b> | : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi                      |
| <b>BD</b>      | : Bankacılar Dergisi                                   |
| <b>BK</b>      | : Borçlar Kanunu                                       |
| <b>Bkz.</b>    | : Bakınız                                              |
| <b>C.</b>      | : Cilt                                                 |
| <b>Çev.</b>    | : Çeviren                                              |
| <b>DEÜHFD</b>  | : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi     |
| <b>E.</b>      | : Esas                                                 |
| <b>EÜHFD</b>   | : Erzinan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi         |
| <b>ERÜHFD</b>  | : Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi         |
| <b>f.</b>      | : Fıkra                                                |
| <b>GÜHFD</b>   | : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi            |
| <b>GYD</b>     | : Günümüzde Yargı Dergisi                              |
| <b>HD.</b>     | : Hukuk Dairesi                                        |
| <b>HMK</b>     | : Hukuk Muhakemeleri Kanunu                            |
| <b>İBD</b>     | : İstanbul Barosu Dergisi                              |
| <b>İÜHFD</b>   | : İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi           |
| <b>İÜHFM</b>   | : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası       |
| <b>İKÜHFD</b>  | : İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |

|                |                                                                    |
|----------------|--------------------------------------------------------------------|
| <b>İTÜSBD</b>  | : İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi            |
| <b>K.</b>      | : Karar                                                            |
| <b>LHD</b>     | : Legal Hukuk Dergisi                                              |
| <b>m.</b>      | : Madde                                                            |
| <b>MÜHFHAD</b> | : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi |
| <b>s.</b>      | : Sayfa                                                            |
| <b>S.</b>      | : Sayı                                                             |
| <b>TAAD</b>    | : Türkiye Adalet Akademisi Dergisi                                 |
| <b>TBBD</b>    | : Türkiye Barolar Birliği Dergisi                                  |
| <b>TBK</b>     | : Türk Borçlar Kanunu                                              |
| <b>THD</b>     | : Terazî Hukuk Dergisi                                             |
| <b>TKHK</b>    | : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun                             |
| <b>TSHŞHY</b>  | : Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik    |
| <b>TMK</b>     | : Türk Medeni Kanunu                                               |
| <b>TTK</b>     | : Türk Ticaret Kanunu                                              |
| <b>vd.</b>     | : ve devamı                                                        |
| <b>YHD</b>     | : Yasa Hukuk Dergisi                                               |
| <b>YHGK.</b>   | : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu                                      |
| <b>YİBK</b>    | : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu                             |
| <b>YKD</b>     | : Yargıtay Kararları Dergisi                                       |
| <b>YÜED</b>    | : Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi                            |

## GİRİŞ

Sanayi devrimi ile birlikte üreticilerin, seri ve kitle halinde üretime başlaması sonucu üretici, satıcı ve sağlayıcıların bu hızlı üretme, mal dolaşımına ve hizmet sunumuna uyum sağlama çabası gereği olarak klasik borçlar hukuku sözleşmelerinden farklı, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere oluşturdukları, tek taraflı düzenlenerek karşı tarafa müzakere etme olanağı bırakmayan yeni sözleşmeler oluşturmaya başladıkları görülmüştür. Bu durumda ihtiyaçlarını karşılama zorunluluğu içerisinde bulunup mal veya hizmete bir an önce ulaşma isteğinde olan tüketiciler sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleme özgürlüğünden kısmen veya tamamen feragat ederek üretici, satıcı veya sağlayıcılar tarafından sunulan sözleşmeyi kabul etmek mecburiyetinde kalmışlardır. Zira her halde üreticiye karşı sözleşmenin zayıf tarafını oluşturan tüketici zamanını, sunulan mal veya hizmetin niteliğini, benzer nitelikteki mal veya hizmete ulaşması konusunda yaşayacağı problemleri düşünerek kendi menfaatlerini tehlikeye düşüren ve açıkça sözleşme dengesini kendisi aleyhine bazen sözleşmeleri çoğu zaman hüküm ve sonuçlarını bilmeden hatta bazen okumadan kabul etmektedir.

Sözleşme adaletinin sağlanabilmesi ve tüketicinin korunabilmesi için hukuk sözleşmelerinde piyasa işleyişini destekleyen, bunun yetersiz kaldığı durumlarda da piyasa işleyişine müdahale eden hukuki düzenlemelerin olduğu görülmektedir. Piyasa işleyişini destekler nitelikteki hukuki düzenlemeler tüketici karşısında güçlü konumda bulunan üretici, satıcı veya sağlayıcılar arasındaki rekabeti korumayı ve bilinçli olarak hareket ederek piyasayı yönlendirebilen bireyleri yaratmayı amaç edinir. Zira bu şekilde aynı mal veya hizmeti sunan üreticiler birbirleriyle yaptıkları rekabet sonucu tüketiciye daha esnek ve kabul edilebilir şartlar sunarlar. Bu hukuki düzenlemelerin yetersiz kaldığı durumda ise, taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlamak amacıyla piyasa

işleyişine müdahale eden hukuki düzenlemeler devreye girer. Bunun sonucu olarak doğrudan sözleşmenin güçsüz tarafı aleyhine düzenleme getiren hükümlere hakim uyarlama yoluyla müdahale eder veya tüketiciye sözleşmeden kurtulmak için bir imkan tanınır.<sup>1</sup> Bununla birlikte seri ve kitle halinde üretimin sonucu olarak kitlesel mal ve hizmet arzı müteşebbisleri standart sözleşme yapmaya yönelttiğinden tüketicinin sık sık taraf olduğu sözleşmelerde sayfalarca düzenlenmiş sözleşme hükümlerini her defasında okuyup benzer mal ve hizmet sunucusunun teklif ettiği sözleşme hükümleri ile karşılaştırarak karar verme ve içerisinden kendisi için en elverişli olanı tercih etme imkanı bulunmadığından tüketici, müteşebbisin kendisine dayattığı sözleşmeyi içeriğine müdahale edemeden kabul etmek zorunda kalmaktadır.<sup>2</sup>

Standart sözleşmeler elbette ki daha fazla tüketiciye ulaşarak mal ve hizmet sunumunu artırmaya çalışan müteşebbisler bakımından rasyonel bir tercihtir. Zira bu şekilde müteşebbisler bir tüketici ile ayrı ayrı sözleşme hükümlerini tartışmaktan ve karşı tarafın isteklerine karşılık vermekten kaçınmakta, böylece hem zaman tasarrufu yapmakta hem de yapılan her bir bireysel sözleşmeden doğabilecek farklı nitelikte davaya taraf olmaktan korunabilmektedir. Ancak tüketicilere sunulan standart sözleşmeler çok sayıda benzer hukuki ilişkide kullanılmak üzere düzenlendiğinden sözleşmeyi düzenleyen tarafça ayrıntılı ve ihtilafa yol açmayacak şekilde kaleme alınmakta, bu da ileride ortaya çıkacak ihtilafta boş hükümlerin sözleşmeyi tek başına hazırlayan tarafından kötüye kullanılmasına sebep olmaktadır.<sup>3</sup> Bu aşamada tüketicinin korunması bakımından hakimin müdahalesi ve sözleşmeyi yorumlayarak ihtilafa çözüm bulması yeterli olmadığından tüm hukuk sistemlerinde kanuni düzenleme yapılması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda 2003 yılında 4822 sayılı Tüketicinin

<sup>1</sup>ATAMER, Yeşim M., “Tüketici Hukukunun Gelişimi: Dünü, Bugünü ve Yarını”, Tüketicinin Korunması Semineri (Editör: Ebru Ceylan), Ankara, 2006, (s. 21-32), s. 22.

<sup>2</sup> ATAMER, Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul, 2001, s. 25 vd. ; ATAMER, 2006, s. 27 vd.

<sup>3</sup> TANDOĞAN, Haluk, Tüketicinin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması, Ankara, 1977, s. 24 vd.

Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun yürürlüğe girerek haksız sözleşme şartlarına karşı tüketicinin korunmasına yönelik düzenlemeler ile 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda değişiklik yapmıştır.<sup>4</sup> 4822 Sayılı Kanunun genel gerekçesinde, yapılan düzenlemeler ile Avrupa Birliği Tüketici Hukuku Direktifleriyle uyum sağlama amacı güdüldüğü belirtilmiştir. Yapılan değişiklik ile 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesinde tüketicilerin haksız şartlara karşı korunması genel olarak düzenlenmiştir. Bunun ardından "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik", 13.06.2003 tarihinde 25137 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Günümüzde haksız şartlar bakımından 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesi uygulanmaktadır.<sup>5</sup> Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik" hazırlanmıştır. Yönetmelik 17.06.2014 tarihli 29033 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.

Çalışmamızda öncelikle sözleşme kavramı ve sözleşme özgürlüğü prensibi ile tüketici hukukunda temel kavramlar ele alınmıştır. Ardından genel işlem koşulları ile haksız şartların özellikleri ve hukuki niteliklerine değinilmiştir. Genel işlem koşullarının özellikleri belirlendikten sonra sözleşmede yer alan bu koşulların denetimi irdelenmiştir. Dördüncü bölümde haksız şartların tespiti ile bu hükümlerden sonra sözleşmenin durumu açıklanmaya çalışılmıştır.

---

<sup>4</sup> 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 14.03.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>5</sup> 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 28.11.2013 tarihli 28835 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

## **BİRİNCİ BÖLÜM**

### **GENEL OLARAK SÖZLEŞME KAVRAMI, SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ PRENSİBİ VE SINIRLARI, TÜKETİCİNİN KORUNMASI HUKUKUNDA TEMEL KAVRAMLAR**

#### **§1- GENEL OLARAK SÖZLEŞME KAVRAMI, SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ PRENSİBİ VE SINIRLARI**

##### **I. Sözleşmenin Tanımı**

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunun birinci bölümünün birinci ayrımında sözleşmeden doğan borç ilişkileri düzenlenmiş olup Kanunun 1. maddesinde sözleşmenin, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirlerine uygun olarak açıklamalarıyla kurulacağı düzenlenmiştir. Madde açıkça sözleşmenin tanımına yer vermemekle birlikte, sözleşmenin kurucu unsurlarından bahsettiği için sözleşmeyi "iki tarafın hukuki bir sonuca yani bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurmaya, değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan iki veya çok taraflı bir hukuksal işlem" olarak tanımlamak mümkündür.<sup>6</sup>

##### **II. Sözleşmenin Unsurları**

###### **A. Sözleşmenin Tarafları**

Sözleşmenin kurulabilmesi için en az iki tarafın olması gerekmektedir. Ancak TBK'da sözleşmenin kurulması hususu düzenlenirken "taraf" ibaresi kullanılmıştır. Bu durumda taraflar bir kişiden oluşabileceği gibi birden fazla kişiden de oluşabilir. Sözleşmenin tarafı, hüküm ve sonuçlarından etkilenen kişilerdir. Gerçek kişiler ve tüzel

---

<sup>6</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara, 2011, s. 52; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara, 2018, s. 201-202; OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 10. Bası, İstanbul, 2012, s. 49.

kişiler sözleşmenin tarafı olabilir. Sözleşmeye taraf olacak her kişinin fiil ehliyetine sahip olması gereklidir. Gerçek kişiler, ayırt etme gücüne sahip olmaları, ergin olmaları ve kısıtlı olmamaları halinde, yani tam ehliyetli olmaları halinde geçerli bir sözleşme yapabilir.<sup>7</sup> Ancak sınırlı ehliyetsizler (sezgin küçükler ve sezgin kısıtlılar) de kendilerine borç yüklemeyen sözleşmeleri kendi başlarına yapabilirler.<sup>8</sup> Sözleşmenin tarafını oluşturan tüzel kişi ise kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip oldukları anda fiil ehliyetini kazanır.<sup>9</sup> Fiil ehliyetine sahip olduktan sonra da tıpkı gerçek kişiler gibi sözleşmenin tarafı olabilir.

## **B. Karşılıklı İrade Beyanları**

Sözleşmeyi diğer çok taraflı hukuki işlemlerden ayıran unsur iradelerinin karşılıklı olmasıdır. Zira bir sözleşmeden bahsedebilmek için iradelerin aynı yönde olmaması gerekir. Aksi halde bir sözleşmenin varlığından bahsedilemez. Örneğin satım sözleşmelerinde satıcı, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devretme yönündeki iradesini açıklarken, alıcı bunun bedelini ödemeyi taahhüt etmekte, bu yöndeki iradelerini birbirlerine yöneltmektedirler.<sup>10</sup> Satıcı veya alıcı tarafında birden fazla kişi olduğu durumlarda satılanın müşterek maliklerinin kendi aralarında bunun satımı konusunda anlaşmaları, iradelerin karşılıklı olmayıp aynı yönde olması nedeniyle sözleşmeyi oluşturmaz, bu durumda yapılan irade açıklaması kararı oluşturur.<sup>11</sup>

## **C. Birbirine Uygun İrade Beyanları**

Sözleşmenin kurulabilmesi için iradelerin karşılıklı olarak birbirine yöneltilmiş olması yeterli olmayıp ayrıca bu iradelerin birbirleriyle uyumlu olması da gerekir. İrade

---

<sup>7</sup> KILIÇOĞLU, s. 89 vd.; EREN, s. 243.

<sup>8</sup> KILIÇOĞLU, s. 90; AKİPEK, Jale G./ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Cilt 1, 7. Baskı, 2009, s. 323.

<sup>9</sup> AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 548 vd.

<sup>10</sup> YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 11. Baskı, İstanbul, 2012, s. 24 vd.

<sup>11</sup> KILIÇOĞLU, s. 53.

açıklaması açık veya örtülü şekilde yapılabilir. Birbirine uygun irade açıklaması sözleşmenin geçerlilik şartıdır. Sözleşmenin kurulabilmesi için açıklanması gereken irade beyanlarından önce açıklanan irade beyanı öneridir.<sup>12</sup> Önerinin sözleşmenin esaslı unsurlarını içermesi ve iradeyi açıklayan tarafça bağlanma iradesini ortaya koyması gerekir. Sözleşmenin esaslı unsurları, sözleşmenin varlığından söz edebilmek için bulunması gereken asgari koşullardır. Sözleşmenin objektif esaslı unsurları kanunda düzenlenmiş sözleşmelerde genel olarak gösterilir. Sözleşmenin kurulması için gerekli olmayıp sonradan taraflarca sözleşmenin esaslı unsuru haline getirilen unsurlar ise sözleşmenin sübjektif esaslı unsurlarıdır. Eğer taraflar sözleşmenin kurulması için esaslı olmayan unsurları esaslı unsur haline getirmişler ise, tarafların hem objektif esaslı unsurlar konusunda hem de sübjektif esaslı unsurlar konusunda birbirine uygun irade açıklamasında bulunmaları gerekir. Bunun yanında sözleşmenin esaslı olmayan unsurları hakkında tarafların irade açıklamasında bulunmamaları sözleşmenin kurulmasına engel olmaz. Sözleşmenin kurulması aşamasında esaslı olmayan hususlar görüşülmüş olsa bile esaslı unsur haline getirilmedikleri takdirde tarafların bu hususlarda anlaşamamaları da sözleşmenin kurulmasını engellemeyecektir. Fakat taraflar ikinci derecedeki bu hususları tartışma konusu yaparak müzakere etmişler, sözleşmenin esaslı unsuru haline getirmişler, ancak iradeleri bu hususta uyuşmamış ise yine sözleşme kurulamayacaktır.<sup>13</sup>

Öneri, iradeyi açıklayan tarafın sözleşmenin kurulması yönündeki amacını ortaya koymakta olup; öneren, buna uygun bir irade açıklandığında kurulan sözleşmenin hüküm ve sonuçları ile bağlı olacağını kabul etmektedir. Bu aşamada sözleşmenin kurulmasını sağlayan ve öneriye uygun olarak açıklanan ikinci irade beyanı kabul olarak adlandırılır.<sup>14</sup> Kabul beyanının öneride değişiklik yapmaması gerekir. Zira bu

---

<sup>12</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 51.

<sup>13</sup> KILIÇOĞLU, s. 56 vd.

<sup>14</sup> KILIÇOĞLU, s. 66; OĞUZMAN/ÖZ, s. 66.

durumda irade beyanı “kabul” olmaktan çıkacak şartlarını taşıması koşuluyla yeni bir öneri olarak kabul edilebilecektir. Kabul iradesinin açık veya örtülü şekilde ortaya konulması mümkündür. Eğer kanun, işin özelliği veya durumun gereği açık bir kabul beyanını gerekli kılmıyor ve kabulcü bağlanma iradesini bu anlama gelecek herhangi bir davranışı ile açıklıyorsa yine sözleşmenin kurulmuş olduğundan bahsedilecektir.

### **III. Sözleşme Özgürlüğü Prensibi ve Sınırları**

#### **A. Sözleşme Özgürlüğünün Gelişimi**

Ortaçağda feodal toplum düzeni içerisinde bireylerin doğrudan belli bir statüye sahip oldukları ve bu statülerin izin verdiği ölçüde birbirleri ile hukuki ilişkiler kurdukları görülmüştür. Ancak özellikle Fransız Devrimi ile birlikte bireyin doğuştan belli haklara sahip olduğu düşüncesi, otoriter ve sınıf ayrımına dayanan düşüncenin egemenliğini kısıtlamış, kanun önünde eşit kabul edilen bireyler kendi iradeleri ile özgürce karar verme hakkını kullanmaya başlamışlardır. Öte yandan sanayi devrimi ile birlikte feodal toplumun getirdiği kapalı ekonomi düzeni değişmeye başlayarak yerini uluslararası nitelikte üretim yapan “serbest ekonomi modeline” bırakmıştır.<sup>15</sup> Uluslararası etkileşimin artması, kapalı ekonomik düzen içerisindeki bireylerin önceden ihtiyaç duymadıkları ve yalnızca sınırlı ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla dahil oldukları piyasa düzenine daha sık dahil olmalarını beraberinde getirmiştir. Bu da piyasa düzenindeki tüm bireylerin gerek mal dolaşımı gerekse hizmet sunumu bakımından daha karmaşık hukuksal işlemler gerçekleştirmelerinin önünü açmıştır.<sup>16</sup> Böylece piyasa ekonomisinin unsurunu oluşturan ve hukuki ilişkilerin tarafı olan üretici, tüketici veya girişimciler ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla, gereksinimlerine en iyi hizmet edecek

---

<sup>15</sup>ATAMER, 2001, s.9; KAŞAK, Fahri Erdem, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2018, s. 11; KÜÇÜKYALÇIN, Arzu, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, AÜHFD, C. 53, S. 4, 2004, (s. 101-124), s. 105.

<sup>16</sup> ATAMER, 2001, s. 9 vd.

sözleşmeyi serbestçe kurma yoluna gitmişlerdir. Bununla birlikte, sözleşmenin ekonomik gücü elinde bulunduran tarafı, zamanla tek taraflı olarak sözleşme hükümlerini belirlemeye başlamış, ihtiyaçlarını bir an evvel karşılama eğiliminde olan tüketici de bu sözleşmeyi kabul etmek durumunda kalmıştır. Zira piyasa ekonomisinde var olan rekabet ortamının tam olarak korunamaması, aksine kendini koruma ihtiyacının içerisinde bulunan girişimcilerin ortak hareket ederek benzer nitelikte sözleşme hükümlerini tüketiciye sunmaları ve tüketicilerin kendisi için en elverişli olan mal veya hizmeti seçememesi maddi sözleşme özgürlüğünün sağlanamamasına neden olmuştur.<sup>17</sup> Bunun sonucu olarak hukuk düzenlemeleri, taraflar arasındaki bu dengesizliğin varlığının sözleşme özgürlüğünü olumsuz yönde etkileyeceğini göz önüne alarak sosyal devlet anlayışının bir gereği olarak tarafların iradelerine müdahale etme yoluna gitmiş ve sözleşme özgürlüğünün kapsamını sınırlandırmıştır.

Sözleşme özgürlüğü, kişilerin özgür iradeleri ile dilediği sözleşmeyi dilediği kimse ile yapabilmesini, koşullarını serbestçe belirleyebilmesini ifade eder.<sup>18</sup> T.C. Anayasası 48. maddesinde Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti başlığı altında yer alan "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir.*" şeklindeki hükümle aslında sözleşme yapma özgürlüğünü güvence altına almıştır. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun (TBK'nın) 26 ve 27. maddelerinde sözleşme özgürlüğünün sınırları belirlenmiştir. Zira TBK'nın 26. maddesi tarafların kanunda öngörülen sınırlar çerçevesinde sözleşme içeriğini belirleyebileceklerini düzenlemek suretiyle sözleşme özgürlüğünün kanuni istisnaları bulunduğunu hüküm altına almıştır. Yine TBK'nın 27. maddesinde de sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olamayacağı ve konusunun da imkânsız olamayacağı belirtilmiştir.

---

<sup>17</sup> ATAMER, 2001, s. 17 vd.; KARABAĞ BULUT, Nil, Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, 1. Baskı, İstanbul, 2014, s. 7 vd., KAŞAK, 2018, s. 17.

<sup>18</sup> KILIÇOĞLU, s. 73; OĞUZMAN/ÖZ, s. 24.

## B. Sözleşme Özgürlüğünün Kapsamı

### 1. Sözleşme Yapma Özgürlüğü

Sözleşme yapma özgürlüğü, sözleşme yapıp yapmama serbestisini ifade eder. Yani bir kişi istediği bir kişi ile sözleşme yapabileceği gibi, herhangi bir sözleşme yapma konusunda da zorlanamaz.<sup>19</sup> Sözleşme yapma özgürlüğü, sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü ve sözleşmenin tarafını belirleme özgürlüğü olarak ikili bir ayrım yapmak suretiyle ele alınabilir. Zira sözleşme taraflarından biri dilediği kimse ile sözleşme yapma özgürlüğüne sahiptir.<sup>20</sup> Sözleşme yapma veya yapmama özgürlüğünün kanundan, dürüstlük kurallarından ya da anlaşmadan doğan bazı istisnaları bulunmaktadır. Anlaşmadan kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluğunun en tipik örneği, ön sözleşmedir.<sup>21</sup> Zira bununla taraflar ileride sözleşme yapma hususunda yükümlülük altına girmiş olmaktadır.<sup>22</sup> Kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu, kamu hukukuna veya özel hukuka ilişkin kanunlarla düzenlenmiş olabilir. Kanunla sözleşme kurma zorunluluğu getirilen durumlarda, sözleşme kurmaya zorlanan taraf yalnızca kanunda düzenlenen koşullar gerçekleştiğinde ya da özel haklı bir sebep ile sözleşme kurmayı reddedebilir.<sup>23</sup> Hukukumuzda genel olarak kamu hukuku kaynaklı kanunlardan doğan sözleşme yapma zorunluluğu halleri, tekel niteliğinde faaliyette

---

<sup>19</sup>KILIÇOĞLU, s. 73; OĞUZMAN/ÖZ, s. 24; KAŞAK, 2018, s. 42; ÖRS, Mehmet Nuri, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Emredici Hükümlere Aykırılık, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2004, s. 12; ŞAHİN, İrfan, Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s. 14; ERCOŞKUN ŞENOL, Kübra, Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27, İÜHFM, C. LXXIV, S. 2, 2016, (s. 709-738), s. 712; ATEŞ, Derya, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, TBB, S. 72, 2007, (s. 75-93), s. 79.

<sup>20</sup> ATEŞ, s. 79 vd.; KAŞAK, 2018, s. 43 vd.;

<sup>21</sup> KILIÇOĞLU, s. 74; AYRANCI, Hasan, “Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, AÜHFD, C. 52, S. 3, 2003, (s. 229-252), s. 234, OĞUZMAN/ÖZ, s. 191.

<sup>22</sup> Doktrinde ön sözleşmenin sözleşme yapma zorunluluğu olarak nitelendirilemeyeceğini savunan görüşler de bulunmaktadır. Zira bu görüşe göre ön sözleşme de tarafların serbest iradesi ile oluşturulmuş nitelik itibarıyla bir sözleşmedir ve sözleşme yapma taahhüdünde bulunulmuş olsa dahi ileride bu taahhüt edilen sözleşme yapılmayarak ifa borcu yerine getirilmeyecek olabilir. Bu durumda diğer taraf dava açarak sözleşmeye aykırı davranan tarafı taahhüt edilen sözleşmeyi yapmaya zorlayabilir. Ancak bu da bir nevi borca aykırılığın yaptırımıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku, 1. Cilt, 4. Baskı, İstanbul, 2008, s. 505, ŞAHİN, s. 27.

<sup>23</sup> AYRANCI, s. 235.

bulunan doğalgaz, elektrik, su dağıtım şirketleri bakımından öngörülmüş olup, bu mal ve hizmeti sunan satıcı, sağlayıcı veya üreticilerin kendilerine başvuran tüketicilerle sözleşme yapmaları zorunludur.<sup>24</sup> Örneğin 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu m.4/4/2'nci maddede bu mecburiyet açıkça düzenlenmiştir.<sup>25</sup> Öte yandan özel hukuk kanunlarında da nadiren de olsa sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir. Örneğin, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesinde *"Vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığını belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz."* hükmü düzenlenmiştir. Buna göre ticari bir kuruluş vitrininde, rafında veya açıkça görülebilir bir yerde malı sergilediğinde bunun satılık olmadığına ilişkin bir ibare bulunmadığı müddetçe onu tüketiciye satmaktan kaçınamayacaktır.<sup>26</sup>

## 2. Şekil Özgürlüğü

Şekil, iradeyi dış dünyaya yansıtma biçimidir.<sup>27</sup> Türk Borçlar Kanunun 12. maddesinde yer alan *"Sözleşmelerin geçerliliği kanunda aksi öngörülmedikçe, hiç bir şekle bağlı değildir."* hükmü, kural olarak tarafların istedikleri şekilde sözleşme yapabileceklerini düzenlemektedir. Ancak kanun veya sözleşme gereği sözleşmenin belirli şekillerde yapılması gerekebilir.<sup>28</sup> Bu husus sözleşmenin şekil özgürlüğünün sınırını oluşturur. Kanunda adi yazılı şekil ve resmi yazılı şekil ile yapılması öngörülen sözleşmeler vardır. Örneğin bağışlama sözü verme, TBK'nın 288/1 maddesine göre yazılı şekilde yapılmalıdır. Ancak bu sözleşme taşınmazlar veya taşınmaz üzerindeki aynı haklar hakkında yapılıyorsa bu defa resmi yazılı şekilde yapılması gerekecektir.<sup>29</sup>

<sup>24</sup> EREN, s. 317-318; OĞUZMAN/ÖZ, s. 189; AYRANCI, s. 243-244.

<sup>25</sup> 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanununun 4/4/e/2 maddesinde "Serbest tüketicilere toptan gaz satışı yapan tüzel kişiler, bu kanunun yürürlüğe girmesini müteakip müşterilerine mevsimlik, günlük ve saatlik esneklik limitleri dahilinde gaz girişini sağlamak mecburiyetindedir." hükmü düzenlenmiştir.

<sup>26</sup> ŞAHİN, s. 33; KILIÇOĞLU, s. 38; OĞUZMAN/ÖZ, s. 188.

<sup>27</sup> KAŞAK, 2018, s. 44; OĞUZMAN/ÖZ, s. 140.

<sup>28</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 140-141; KILIÇOĞLU, s. 77

<sup>29</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 168.

Yine taşınmaz satış sözleşmesi, resmi yazılı şekilde yapılmalıdır.<sup>30</sup> Şekle bağlı olmayan sözleşmelerde taraflar, sözleşmenin belirli bir şekilde yapılmasını kararlaştırabilir. Şekle uygun yapılmayan sözleşmeler, kesin hükümsüzdür. Zira TBK'nın 12/II maddesinde *"Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın yapılan sözleşmeler hüküm doğurmaz."* şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.<sup>31</sup>

### **3. Sözleşmeyi Değiştirme ve Sona Erdirme Özgürlüğü**

Sözleşmenin tarafları diledikleri şartlarda, diledikleri kişilerle sözleşme yaparak bunun hüküm ve sonuçlarından etkilenirler. Ancak taraflar bu sözleşmeyi elbette ki aynı koşullarda sürdürmeye de zorlanamazlar. Bu nedenle, taraflar anlaşarak sözleşmeyi değiştirebilecekleri gibi sona da erdirebilirler. Öte yandan, haklı sebeplerle sözleşmenin bir tarafının sözleşmeyi sona erdirmesi de mümkündür. Ayrıca, süreli sözleşmelerde taraflar süre bitmesine rağmen, sözleşmeyi devam ettirme yönünde herhangi bir irade sergilemedikleri sürece sürenin sona ermesi ile de sözleşme sona erer.<sup>32</sup>

### **4. Sözleşmenin Konusunu ve Kurallarını Belirleme Özgürlüğü**

TBK'nın 26. maddesinde sözleşme özgürlüğü başlığı altında sözleşmenin içeriğini, yani konusunu ve kurallarını belirleme özgürlüğü düzenlenmiştir. Ancak taraflar sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünü, sınırsız bir şekilde kullanamamaktadırlar. Zira hukuk düzeninin belirlediği sınırlar içerisinde sözleşmenin içeriği belirlenebilir. Bunun sınırları da, TBK'nın 27. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre taraflar sözleşmenin içeriğini belirledikleri sırada kanunun emredici hükümlerine, kişilik haklarına, kamu düzenine aykırı bir içerik belirleyemeyeceklerdir. Ayrıca

<sup>30</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 114-115.

<sup>31</sup> KILIÇOĞLU, s. 136; OĞUZMAN/ÖZ, s. 155.

<sup>32</sup> KILIÇOĞLU, s. 77; KAŞAK, 2018, 52-53.

sözleşmenin konusunun imkânsızda olmaması gerekir.<sup>33</sup> Taraflar sözleşmeyi herhangi bir tipe uyarak yapmak zorunda değildir.<sup>34</sup> Sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğü, borçlar hukuku sözleşmeleri için geçerli olup aile, miras, eşya hukukuna ilişkin sözleşmeler bakımından geçerli değildir.<sup>35</sup>

### **C. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları**

#### **1. Sözleşme Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırı Olamaz**

Emredici hukuk kuralları, kanunda yazılı olan, tarafların iradeleri ile serbestçe belirleyemeyecekleri ve değiştiremeyecekleri, uygulanması zorunlu olan hukuk kurallarıdır.<sup>36</sup> Sözleşme hükümlerinin yalnızca borçlar hukukunda geçerli olan emredici kurallara değil, tüm kanunlarda düzenlenen emredici hukuk kurallarına aykırı olmaması gerekir. Zira emredici hukuk kurallarına aykırılık, sözleşmenin kesin hükümsüz şekilde geçersizliğine neden olur.<sup>37</sup> Emredici hukuk kuralları, kamu düzeni, genel ahlak, kişilik hakları ve zayıfların korunması düşüncesi gibi çeşitli sebeplerle düzenlenmiş olabilir.<sup>38</sup> Emredici hukuk kurallarına aykırı sözleşme hükümleri, herkes tarafından ileri sürülebilir. Bu kurallar, hakim tarafından resen göz önüne alınır. Taraflar emredici

---

<sup>33</sup> KILIÇOĞLU, s. 76-77; OĞUZMAN/ÖZ, s. 24; ŞAHİN, s. 16.

<sup>34</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 48; Taraflar kanunda düzenlenmiş herhangi bir sözleşmeyi yapabilecekleri gibi kanunda düzenlenmeyen bir sözleşmeyi de serbestçe yapabilirler. Bu tür sözleşmelere isimsiz sözleşme denilmektedir. Bu itibarla taraflar niteliği itibarıyla birbirinden farklı sözleşmeleri kendilerine özgü vasıfları değiştirmeden edimlerini birbirine bağlamak suretiyle birleşik sözleşmeler oluşturabilecekleri gibi kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinde öngörülen unsurları kanunda öngörülen türden farklı şekilde bir araya getirerek karma sözleşmeler de oluşturabilirler. Bunun yanında taraflar kısmen veya tamamen kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinden hiçbirinin unsurlarını içermeyen kendine özgü yapısı olan sözleşmeler de kurabilirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 11 vd.

<sup>35</sup> MÜLAZIMOĞLU, Mehmet, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar ve Genel İşlem Koşullarının Denetimi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2014, s. 18; ŞAHİN, s. 16.

<sup>36</sup> EDİS, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara, 1983, s. 146; DURAL, Mustafa/ SARI, Suat, Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Cilt I, İstanbul, 2010, s. 104; OĞUZMAN/ÖZ, s. 84; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 108; ERCOŞKUN ŞENOL, s. 723.

<sup>37</sup> EDİS, 1983, s. 148-152; ÖRS, s. 60 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 84-85.

<sup>38</sup> EDİS, 1983, s. 154; DURAL/SARI, s. 105; OĞUZMAN/ÖZ, s. 84; ERCOŞKUN ŞENOL, s. 724.

hukuk kuralına aykırılığın sözleşmenin geçerliliğini engellemeyeceğini kararlaştırsalar dahi, sözleşmenin geçerli hale gelmesini sağlayamazlar.<sup>39</sup>

## 2. Sözleşme Ahlaka Aykırı Olamaz

6098 sayılı TBK'nın 27. maddesinde sözleşmenin ahlaka aykırı olarak düzenlenmeyeceği hususu belirtilmiştir. Kanunun düzenlemesinden söz konusu işlemin yapıldığı zamanda yaşayan normal zekâya sahip, dürüst ve mantıklı kişilerin ahlak anlayışının anlaşılması gerekir. Bu anlamda ahlak anlayışının zamana ve yere göre değerlendirilmesi, sözleşmenin ahlaka aykırı olup olmadığının tespiti bakımından uygun olacaktır.<sup>40</sup>

818 sayılı Borçlar Kanunun 29. maddesinde düzenlenen "*Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır.*" hükmünün lafzından yalnızca sözleşmenin konusunun ahlaka aykırı olamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu "ahlaka aykırı sözleşme" yapılamayacağı hususunu düzenlemiştir. Bu itibarla yalnızca konusu değil amacı itibarıyla ahlaka aykırı olan sözleşmenin hükümsüz olması da mümkündür.<sup>41</sup> Ancak bu durumda sözleşmenin hükümsüz olabilmesi için ahlaka aykırı durumun her iki tarafça bilinmesi ya da taraflardan birinin ahlaka aykırı amacının diğer tarafça bilinmesi gerekir.<sup>42</sup> Ahlak kuralları doğrudan kanunda düzenlenerek yazılı hukuk kuralı haline getirilebileceği gibi, bazı durumlarda da ahlak kurallarına atıf yapılarak, bu kurallara aykırı davranılması halinde, sözleşmenin geçersiz olacağı düzenlenebilir. Bahsedilen ilk durumda ahlak kuralı, artık yazılı hale geldiği için bu kurala aykırılığı

<sup>39</sup>EDİS, 1983, s. 154.

<sup>40</sup> EDİS, 1983, s. 150; HATEMİ, Hüseyin, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları Özellikle BK m. 65 Kuralı, İstanbul, 1976, s. 83 vd.; KARABAĞ BULUT, s. 64 vd.

<sup>41</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 87; ÖRS, s. 38; KARABAĞ BULUT, s. 74 vd.

<sup>42</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 88.

emredici hukuk kuralına aykırılık olarak değerlendirmek mümkündür.<sup>43</sup> Zira dürüstlük kuralı hukukumuzda yazılı hale getirilmiş bir ahlak kuralının yansımasıdır. Dürüstlük kuralına aykırı olarak yapılacak sözleşme de, hükümsüz olacaktır. Atıf yapılan ahlak kuralına örnek olarak da, TBK'nın 27. maddesinde düzenlenen sözleşme özgürlüğünün sınırı olan düzenleme ya da yine TBK'nın 49/2 maddesinde düzenlenen ahlaka aykırı bir fiil sonucu başkasına zarar veren kişinin zararı gidereceğini düzenleyen hüküm verilebilir.<sup>44</sup>

### **3. Sözleşme Kişilik Haklarına Aykırı Olamaz**

Kişilik hakkı, kişinin hayatı, sağlığı, beden bütünlüğü, özgürlüğü gibi maddi ve manevi tüm varlıkları üzerinde sahip olduğu ve hak süjesi olarak herkes tarafından tanınmasını bekleyebileceği, korunması bakımından da kendisine tanınan yetkileri kullanabileceği haklardır.<sup>45</sup> Kişilik hakları, hakkı kullanan kimseye bunu geliştirme yetkisi de verir. Bu anlamda kişilik haklarının somut bir kavram olduğundan bahsedilemez. Hakim, sözleşme hükümlerinin kişilik haklarına aykırı olup olmadığını her somut olay bakımından ayrıca değerlendirecektir. Öte yandan kişilik hakkını koruyan bir hükme aykırı olarak yapılan sözleşmenin doğrudan emredici bir kanun hükmüne aykırılık teşkil ettiğinin kabulü gerekir. Zira kişilik hakları, Türk Medeni Kanununun 23. maddesinde düzenlenmiş olup, kanunun bu hükmüne aykırı olarak kişilik hakkını zedeleyen bir sözleşme hükmü emredici bir hukuk kuralını ihlal etmiş olacaktır.<sup>46</sup>

TBK'nın 27. maddesi gereğince yapılan sözleşme kişilik haklarına aykırılık teşkil ediyorsa, kesin olarak hükümsüzdür. Kişilik haklarına aykırılık, emredici hukuk kurallarına aykırılık şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, ahlaka aykırılık olarak da ortaya

---

<sup>43</sup> ÖRS, s. 39; ŞAHİN, s.98.

<sup>44</sup> ÖRS, s. 39-40.

<sup>45</sup> AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 341-342; DURAL/SARI, s. 134.

<sup>46</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 86; KAŞAK, 2018, s. 87-88; KARABAĞ BULUT, s. 11.

çıkabilir.<sup>47</sup> Zira TMK'nın 23/II. maddesinde "*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandırmaz.*" hükmü ile bu husus açıkça belirtilmiştir. Bu anlamda kişinin TBK'nın 430/3 maddesinde belirtildiği üzere, on yıldan fazla süreli hizmet sözleşmesi yapamayacağı yönündeki hüküm, onun özgürlüğünü kısıtlayacağı göz önüne alındığında, emredici hukuk kuralı ile güvence altına alınmıştır. Ancak kişinin para karşılığı cinsel ilişkiye girmesi yönünde sözleşme yapması, ahlaka aykırılık teşkil eden kişilik hakkı ihlalini oluşturur.

#### **4. Sözleşme Kamu Düzenine Aykırı Olamaz**

Kamu düzeni toplumun, belirli bir zamanda temel menfaatlerinin korunması amacını güden hukuki düzenlemelerin tamamını ifade eder.<sup>48</sup> Esasen emredici hukuk kurallarının varlığı kamu düzenini sağlamaya yöneliktir. Bu anlamda kamu düzenine aykırılık, emredici hukuk kurallarına da aykırılık olarak değerlendirilebilir. Ancak emredici olarak düzenlenmiş olmasa bile, bir sözleşme hükmü kamu düzenini ihlal ediyorsa, kesin olarak hükümsüz olacaktır.<sup>49</sup> Bu durumda hakim, somut olayın niteliğine göre kamu düzeni kavramını yorumlayarak sözleşmenin geçersiz olup olmadığına karar verebilecektir.

#### **5. Sözleşmenin Konusu İmkânsız Olamaz**

TBK'nın 27. maddesinde sözleşmenin konusunun imkânsız olamayacağı, aksi halde sözleşmenin geçersiz olacağı açıkça düzenlenmiştir. Ancak sözleşmenin konusunun imkânsız olmasının geçersizlik ile sonuçlanabilmesi için, imkânsızlığın devamlı ve objektif imkânsızlık şeklinde ortaya çıkması gerekir.<sup>50</sup> İmkânsızlığın

<sup>47</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 86; KAŞAK, 2018, s. 88; KARABAĞ BULUT, s. 61-62.

<sup>48</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 86; KAŞAK, 2018, s. 79; KARABAĞ BULUT, s. 38.

<sup>49</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 86; Doktrinde kamu düzeni kavramının yalnızca emredici hukuk kuralları şeklinde yazılı olarak düzenlenmesi gerektiği aksi takdirde kamu düzenini sağlama saiki ile geniş yorumlama yapılarak tarafların irade serbestisinin ihlal edileceği yönündeki görüş için bkz. HATEMİ, s. 62 vd.; KAŞAK, 2018, s. 82.

<sup>50</sup> KILIÇOĞLU, s. 96; OĞUZMAN/ÖZ, s. 89.

objektif olması, onun hem borçlu tarafından hem de herhangi bir üçüncü kişi tarafından ifa edilememesi anlamına gelir. Edimin ifası objektif olarak mümkün olmasına rağmen, sözleşmenin taraflarından biri bakımından yerine getirilemiyorsa, bu durum sözleşmenin geçersizliğine neden olmaz, edimini ifa edemeyen taraf, temerrüt hükümlerine göre sorumlu olur.<sup>51</sup> Öte yandan sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imkânsızlık ile geçici imkânsızlık durumunda da taraflar, sözleşmenin geçersizliğinden değil, ifa edilememesinden sorumlu olur.<sup>52</sup>

## § 2- TÜKETİCİNİN KORUNMASI HUKUKUNDA TEMEL KAVRAMLAR

### I. Tüketici İşlemi Kavramı ve Özel Olarak Tüketici Sözleşmesi

4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun yürürlüğe girmesinden önce 4077 sayılı TKHK'nun 2. maddesinde *"Bu Kanun, birinci maddede belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflarından birini oluşturduğu, her türlü hukuki işlemi kapsar."* şeklinde bir düzenleme getirilmişti. Ancak yapılan değişiklikle maddede belirtilen "hukuki işlem" ibaresi "tüketici işlemi" olarak değiştirilmişti. 4077 sayılı TKHK'nın 3. maddesinde tüketici işleminin tanımı "mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlem" şeklinde yapılmıştı. Bu kapsamda 4077 sayılı Kanun yalnızca taraflarından birinin tüketici olduğu, konusu tüketiciye ivaz karşılığı mal ve hizmet arzı olan sözleşmelerde uygulanabilmekteydi. Ancak 6502 sayılı Kanunun 2. maddesi ile kanunun uygulama alanı *"Bu Kanun her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar."* denilmek suretiyle genişletilmiştir. Zira bu şekilde bir sözleşme ile bağlantılı olarak sözleşmenin öncesinde ve sonrasında tüketiciye yönelik uygulamalar yanında, hukuki bir işlem, özellikle de bir sözleşmeye

<sup>51</sup> KILIÇOĞLU, s. 96; KAŞAK, 2018, s. 92; OĞUZMAN/ÖZ, s. 91.

<sup>52</sup> KILIÇOĞLU, s. 96-97; OĞUZMAN/ÖZ, s. 91; KAŞAK, 2018, s. 95.

dayanmasa bile, tüketiciye yöneltilen haksız ticari uygulamalar da Kanun kapsamında değerlendirilecektir.<sup>53</sup>

Öte yandan 6502 sayılı Kanun tüketici işlemi kavramının da tanımını genişletmek suretiyle Kanunun uygulanacağı kapsamı genişletme yoluna gitmiştir. 6502 sayılı Kanunda tüketici işlemi “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere, ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem*” olarak tanımlanmıştır. Hukuki işlem kavramı, sözleşmeyi de içine alan üst bir kavramdır. Zira hukuki işlem, bir veya birden çok kişinin bir hukuki sonucu meydana getirmek için yaptıkları irade açıklamalarıdır.<sup>54</sup> Bu nedenle, sözleşmelerin iki taraflı hukuki işlemler olduğu göz önüne alındığında, "her türlü sözleşme" ibaresinin kullanılmaması gerektiği kanaatindeyiz.<sup>55</sup>

Hukuki işlem kavramı tek taraflı irade açıklamalarını da kapsama aldığı için tüketici işlemi kavramının iki taraflı hukuki işlem olan tüketici sözleşmesinden daha kapsamlı bir kavram olduğu açıktır.<sup>56</sup> Ancak TKHK'nın 3. maddesinde her ne kadar tüketici işlemi terimi kullanılmışsa da, haksız şartların değerlendirilmesi bakımından, bu terimden tüketici sözleşmesinin anlaşılması gerekir. Zira bir haksız şartın varlığından bahsedebilmek için öncelikle bir girişimci tarafından tek taraflı olarak hazırlanmış ve ileride pek çok benzer hukuki ilişkide kullanılmak üzere oluşturulmuş bir sözleşmenin

<sup>53</sup> HAVUTÇU, Ayşe, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun’un Kapsamı”, Terazi Hukuk Dergisi, Seçkin Yayınları, C. 9, S. 99, Kasım 2014, (s. 8-19), s. 9.

<sup>54</sup> AKİPEK, Şebnem, “Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi”, AÜHFD, C. 44, S. 1-4, 1995, (s. 269-292), s. 290; DURAL/SARI, s. 164.

<sup>55</sup> Aynı yönde bkz. AÇIKGÖZ, Osman, “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Haksız Şartlarla İlgili Getirdiği Yenilikler”, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan, MÜHFHAD, Özel Sayı, C. 21, S. 2, 2015, (s. 805-838), s. 812; ÇABRİ, Sezer, 6502 Sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, 2016, s. 16.

<sup>56</sup> AÇIKGÖZ, 2015, s. 809; AYDOĞDU, Murat, Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi, Ankara, 2014, s. 178.

karşı tarafa sunulmuş olması gerekir.<sup>57</sup> Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinde sözleşmeden, "Tüketici ile sözleşmeyi düzenleyen arasındaki yazılı veya sözlü her türlü sözleşme" anlaşılabileceği belirtilmiş olmakla birlikte tüketici sözleşmesinin tanımına yer verilmemiştir. Aynı şekilde 6502 sayılı TKHK'nın 3. maddesinde de tüketici sözleşmelerini de kapsayan tüketici işlemi kavramı tanımlanmış olup özel olarak tüketici sözleşmesinin tanımı yapılmamıştır. OZANOĞLU, tüketici sözleşmelerini, "(kural olarak) girişimciler ile gerçek ya da tüzel kişi tüketiciler arasında gerçekleştirilen ve girişimcilerin kendi işletmesel faaliyetleri çerçevesinde, tüketicilerin nihai özel (ticari, mesleki ya da işletmeyle ilgili olmayan) ihtiyaçlarını karşılamak üzere bir malın mülkiyetini veya kullanım hakkını devretmeyi ya da hizmetin sağlanmasını, tüketicilerin ise bir bedel ödemeyi yükümlendikleri sözleşmelerdir." şeklinde tanımlamıştır.<sup>58</sup>

6502 sayılı TKHK'da tüketici sözleşmesi kavramı geniş anlamda kullanılmıştır. Zira kanunda düzenlenmiş olup olmadığına bakılmaksızın tüketici ile ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi arasında kurulan tüm sözleşmeler tüketici sözleşmesi sayılmaktadır. 6502 sayılı TKHK "eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere" demek suretiyle diğer koşulların da varlığı halinde, tüketici sözleşmesi sayılabilecek sözleşme türlerini örnek vermek suretiyle saymıştır. Kanun koyucunun, bununla tüketici sözleşmesinin geniş yorumlanmasını arzu ettiğini düşünüyoruz. Zira 4077 sayılı TKHK yürürlükte bulunduğu sırada Yargıtay pek çok kararında, tüketici sözleşmesi kavramının dar yorumlanması yoluna giderek eser, vekâlet, bankacılık sözleşmelerini tüketici

---

<sup>57</sup> AÇIKGÖZ, 2015, s. 809; ÇINAR, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul, 2009, s. 33-35; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt I (Madde: 1-46), İstanbul, 2014, s. 61; ATAMER, Yeşim M., "Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, 2004, (s. 291-331), s. 293-294.

<sup>58</sup> OZANOĞLU, Hasan Seçkin, "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)", AÜHFD, C. 50, S. 1, 2001, (s. 55-90), s. 65.

sözleşmesi niteliğinde saymamıştır.<sup>59</sup>Örneğin bir kişinin daha önceden ücreti mukabilinde yetkili serviste bakımlarını yaptırdığı aracının, aradan bir ay geçtikten sonra hararet yaparak arızalanması sonucu yetkili servisten servis hizmeti talep etmesi, servis görevlilerinin aracın en yakın yetkili servisine çekici vasıtasıyla götürülmesi gerektiğini tüketiciye söylemesi gerekirken, tüketicinin servisin uzakta olduğundan bahisle ısrarcı olması üzerine, aracına su ilave ederek kontrollü olarak olay yerinden teknik servise getirilmesi şeklinde yönlendirme yapması sonucu araç sahibinin aracın tamiri için ödenen bedelin tahsilini talep ettiği uyuşmazlıkta, uyuşmazlığın "satış sonrası servis hizmeti" olduğundan bahisle yerel mahkeme isabetli olarak tüketici mahkemelerinin yetkili olduğuna karar vererek uyuşmazlığın esası hakkında hüküm kurmuştur. Ancak temyiz incelemesi sonucu uyuşmazlığa bakan özel daire, somut olayın eser sözleşmesine dayalı bir ihtilaf olduğunu, ileri teknoloji gerektiren eser sözleşmelerinin TKHK kapsamına dahil edilmesinin kanunun amacına aykırı olduğunu belirterek kararı bozmuştur.Yerel mahkeme ise, dava konusu aracın sanayi ürünü olduğunu, aracın ruhsatında kullanım amacının hususi olduğunun belirtildiğini, davacının bu aracı ticari veya mesleki bir amaçla edinmediğini, bu nedenle somut hukuki ilişki çerçevesinde tüketici olduğunu, sanayi ürününün satış sonrası servis hizmetleri ile ilgili hukuki ilişkinin ise tüketici işlemi olduğunu belirterek karara direnmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise, özel dairenin bozma kararındaki gerekçeyi yerinde görerek direnme kararının bozulmasına karar vermiştir.<sup>60</sup> Yargıtay'ın

---

<sup>59</sup>ÇABRİ, s. 18-20; HAVUTÇU, 2014, s. 16-17; KARADAĞ, Özgür, Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Ankara, 2015, S. 103-104; AYDOĞDU, Murat, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşımlar ve Bu Konudaki Önerilerimiz" DEÜHFD, C. 15, S. 2, 2013, (s. 1-62), s. 6. (2013a).

<sup>60</sup>Yerel Mahkemenin tüketici mahkemelerinin görevli olduğu yönündeki kararını uyuşmazlığa bakan özel daire, "Dava eser sözleşmesinden dolayı oluşan alacağın tahsiline ilişkindir. 4077 sayılı Tüketici Korunması Hakkındaki Kanunun 3/e maddesinde tüketici "bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi" olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamaya göre yasa, hazır bir malı veya hizmeti satın alarak onu günlük yaşamında kullanan veya tüketen kişiyi korumaktadır. Bir başka deyişle yasa kapsamına, dar kapsamlı mal ve hizmet ilişkileri olağan tüketim işleri alınmıştır. Aksi durumun kabulü, üst düzey teknoloji ile gerçekleştirilen eser sözleşmeleri ilişkilerinin dahi 4077 sayılı yasa kapsamında kalmasının ve bunlardan kaynaklanan

4077 sayılı Kanunda herhangi bir engel olmamasına rağmen tüketici sözleşmelerinin kapsamını bu denli dar yorumlamasının önüne geçmek amacıyla 6502 sayılı Kanun özellikle uygulamada sıkça karşılaşılan ancak kanun kapsamında olup olmadığı hususu tartışmalı bulunan sözleşmeleri saymıştır. Ancak kanunun lafzından bu saymanın sınırlı olmadığı hususu çıkarılabilir.<sup>61</sup>

Öğretide tüketici sözleşmesinin, kişinin şahsiyle, ailesiyle ya da ev ihtiyaçları ile ilgili gerçekleştirdiği işlemler olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Esasen bu ifadenin tüketicinin mesleki veya ticari amaçla hareket etmemesi anlamına geldiğini düşünüyoruz.<sup>62</sup> Zira Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkındaki Yönetmelik, 4. maddesinde sözleşmeyi, *“Tüketici ile sözleşmeyi düzenleyen arasında kurulan yazılı veya sözlü her türlü sözleşmeyi ifade eder.”* şeklinde açıklamıştır. Yine aynı maddede sözleşmeyi düzenleyen ise, *“kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki*

---

*uyuşmazlıklarla da Tüketici Mahkemelerinde bakılmasını gerektirir ki, bunun yasanın amacına aykırı olduğu açıktır. Buna göre istisna sözleşmesinden doğan ilişkilerine de 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Hükümlerinin uygulanması hukuken olanaklı değildir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 26.02.2003 gün ve 2003/151127 E, 2003/102 K sayılı kararında, bu husus belirtilmiştir. Somut olayda taraflar arasındaki hukuki ilişki eser sözleşmesinden kaynaklandığından davada asliye hukuk mahkemesinin görevli olması nedeniyle yerel mahkemece görevsizlik kararı yerine esas hakkında karar verilmesi yerinde görülmemiş kararın bozulması gerekmiştir.”* açıklaması ile bozmuştur. Direnme kararı üzerine Hukuk Genel Kurulunun vermiş olduğu karar için bkz. YHGK. 03.06.2009 tarih ve E. 2009/15-202, K. 2009/224 sayılı kararı (<https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamalari>), (Erişim Tarihi: 10/08/2018); benzer yönde bkz. YHGK. 24.09.2003 tarih ve E. 2003/15-498, K. 2003/493 sayılı kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)), (Erişim Tarihi: 10/08/2018).

<sup>61</sup> Eser sözleşmelerinde olduğu gibi vekâlet sözleşmelerinde de Yargıtay tüketici mahkemelerinin yetkili olmayacağı yönünde kararlar vermektedir. Zira Yargıtay bir kararında bel ağrısı nedeniyle özel bir hastanede tedavi olduktan sonra tedavinin cevap vermediği, bu nedenle doğru teşhis konulamaması ve yanlış tedavi uygulanması sonucu başka hastanede görülen tedavi için maddi ve manevi tazminat talebine ilişkin uyuşmazlıkta, “BK’nın 386/2 hükmü uyarınca, diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde vekâlet hükümleri geçerlidir. Somut olayda olduğu gibi özel hastane (ve onun tarafından istihdam edilen doktorlar) ile hasta arasındaki uyuşmazlıkların vekâlet sözleşmelerine ilişkin hukuksal düzenlemelere göre çözülmesi gerektiği konusunda, öğreti ve Yargıtay’ın istikrar kazanmış uygulaması arasında paralellik bulunmaktadır.

Somut olayda, davacı ile davalı arasında vekil-müvekkil ilişkisi mevcut olup, davadaki talepler vekillerin vekâlet görevini ifada özen borcuna aykırı davrandıkları iddiasına dayalı bulunmakla, uyuşmazlığa vekâlet hükümleri uygulanmalı ve doğal olarak uyuşmazlığın da bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir. Yukarıda açıklandığı üzere taraflar arasındaki hukuki ilişkinin 4822 sayılı Yasa ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Tüketici yasası ile güdülen amaç tüketicinin tüketime yönelik satışlarda mal ve hizmetlerdeki ayıplara karşı korunması olduğundan uyuşmazlığın genel mahkemelerde görülmesi gerekir.” Şeklinde hüküm kurmuştur. Yargıtay 13. HD., 15/04/2013 tarih ve E. 2013/1177, K. 2013/9534 sayılı kararı (<https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamalari>) (Erişim Tarihi:14.08.2018); Yargıtay’ın tüketici sözleşmelerini satım sözleşmesine indirgemesi ve kapsamını bu şekilde daraltmasını uygun bulmuyoruz. Aynı yönde bkz. ÇINAR, s. 34.

<sup>62</sup> AÇIKGÖZ, Osman, Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartları, İstanbul, 2013, s. 46.

*amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi "* olarak tanımlanmıştır. Bu itibarla tüketici sözleşmesini, kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere, ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi ile mesleki veya ticari amacı dışında hareket eden tüketici arasında kurulan her türlü yazılı veya sözlü sözleşme olarak tanımlayabiliriz.

## **II. Tüketici Sözleşmesinin Unsurları**

### **A. Karşılıklı Mal veya Hizmet Edinme, Kullanma veya Yararlanma Olan Bir Sözleşme Olması**

Tüketici sözleşmeleri, mal ve hizmet arzı yapmayı hedef alan sözleşmelerdir.<sup>63</sup> Mal, TKHK m.3/h'ye göre *"alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları"* ifade eder. Tanımdan anlaşılacağı üzere, tüketicinin yapmış olduğu her türlü mala değil, taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım ses ve görüntü benzeri her türlü gayri maddi mala ilişkin sözleşmelere kanun hükümleri uygulanabilecektir. Zira 4822 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce mal kavramı, kanun gereği yalnızca "alışverişe konu taşınır eşyayı" ifade ediyordu. Bu açık hüküm karşısında tüketicinin taşınmazlar ile ilgili yapmış olduğu sözleşmeleri tüketici sözleşmesi kapsamına dahil edilmiyordu. Çünkü toprağın herhangi bir üretime ihtiyaç olmaksızın kendiliğinden var olması bunun ticaret malı olarak değil de, yatırım malı olarak kabul edilmesine neden oluyordu.<sup>64</sup> Öte yandan taşınmazların mülkiyet devrinde

<sup>63</sup>OZANOĞLU, 2001, s. 66; AYDOĞDU, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara, 2015, s. 65, ÖZEL, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku 6502 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 47.

<sup>64</sup> KUNTALP, Erden, "Finansal Kiralama Kanunu ve Tüketicinin Koruması Hakkında Kanuna Göre Tüketim ve Yatırım Malı Ayrımı", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara, 1998, (s. 287-311), s. 300.

ağır şekli kurallar uygulanması, vergi ve harçların yüksek miktarlı olması, işlem maliyetlerinin yüklü olması, bu nedenlerle işlem yapanların ayrıntılı şekilde düşünerek hareket etmeleri taşınmazların Kanun kapsamına dahil edilmemesinin gerekçesi olarak kabul edilmekteydi.<sup>65</sup> Ancak tüketicinin her gün karşılamak zorunda olduğu çok çeşitli ihtiyaçlarını gidermek amacıyla girişmiş olduğu işlemlerde tam anlamıyla bilgi sahibi olması ve buna göre hareket etmesi mümkün değildir. Bu anlamda, işlemleri bakımından ağır koşullar öngörülmüş olsa da tüketicinin ticari faaliyetleri kapsamında değil de özel amaçlı olarak aldığı taşınmazı bakımından kanun kapsamına dahil edilmesi yönünde bir uygulama olacaktır. Kanun koyucu bu hususu değerlendirerek 4822 sayılı yasa ile yaptığı değişiklik ile 4077 sayılı TKHK'nın kapsamına "konut veya tatil amaçlı taşınmazları" da dahil etmiştir. Bu durum yeni Kanunda da korunmuştur. Ancak belirtmek gerekir ki bahse konu mallar üzerinde yapılacak sözleşmenin niteliği önem taşımamaktadır. Sözleşme atipik bir sözleşme olabileceği gibi, kira, eser, vekalet satım gibi herhangi bir tipik bir sözleşme de olabilir.<sup>66</sup>

Hizmet, TKHK'da *"bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusu"* olarak tanımlanmıştır. 4077 sayılı Kanun hizmeti *"bir ücret veya menfaat karşılığı yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyet"* olarak tanımlamıştı. Bu itibarla 6502 sayılı TKHK'nın *"yapılması taahhüt edilen"* işlemleri de kapsamına almak suretiyle hizmet kavramının anlamını genişlettiği görülmektedir. Hizmetin varlığından söz edebilmek

---

<sup>65</sup> OZANOĞLU, bu gerekçelerle taşınmaz malların Kanun kapsamına dahil edilmemesini eleştirmekte, her ne kadar tüketicinin sözleşmenin korunması gereken güçsüz tarafını oluşturduğunu ileri sürerek bu kadar yüksek maliyetli işlemler yapmasının koruma dışında bırakılması ve bu tür işlemlerin tüketici işlemi sayılamaması yönünde görüşler bulunsun da modern tüketici hukukunda tüketicinin yalnızca güçsüz olması nedeniyle değil, piyasayı dengede tutan unsur olarak korunması gerektiğini ileri sürmekte ve taşınmazların da tüketici hukukunda mal kabul edilerek diğer koşulları sağlaması halinde tüketici işlemi sayılmasını savunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. OZANOĞLU, 2001, s. 68.

<sup>66</sup> OZANOĞLU, 2001, s. 66; BAHTİYAR, Mehmet/BİÇER, Levent, "Adi İş/Ticari İş/ Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu ayrımın Önemi", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, I. Cilt, MÜHFAD, Özel Sayı, İstanbul, 2016, (s. 395-436), s. 399; ÇABRİ, s. 18-20; ÖZUYSAL, Neslihan, Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Haksız Şartlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011, s. 41; ÖZEL, 2014, s. 41.

için taraflardan birinin bedeni gücüne veya fikri emeğine ihtiyaç vardır.<sup>67</sup> Örneğin bir projenin çizimi fikri bir hizmeti ifade ederken, bir saatin tamiri ya da duvarın örülmesi bedeni hizmeti ifade eder.<sup>68</sup>

Mal ve hizmet tanımları birlikte değerlendirildiğinde, tüketici sözleşmesinin ivazlı bir sözleşme olduğu sonucuna ulaşılabilir.<sup>69</sup> Zira mal kavramı tanımlanırken "alışverişe konu taşınır eşya",<sup>70</sup> hizmet kavramı tanımlanırken de "bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan" ibarelerine yer verilmiştir.<sup>71</sup> Bu itibarla güvene dayalı kişisel ilişkiler çerçevesinde kurulan hizmet sözleşmelerini, tüketici sözleşmesi olarak değerlendirmek mümkün değildir.<sup>72</sup>

## **B. Sözleşmenin Taraflarından Birinin Tüketici Olması**

Bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olup olmadığının belirlenmesinde en önemli ölçüt, sözleşmenin taraflarından birinin tüketici olmasıdır. Sözleşmenin iki taraflı bir hukuki işlem olduğu düşünüldüğünde, tüketicinin karşısında da, mesleki veya ticari amaçla hareket eden bir girişimcinin bulunması gerekir. Ancak tüketici kavramı, statüsel (durağan) bir kavram değildir. Zira bir sözleşmede tüketici sıfatı ile işlem yapan gerçek veya tüzel kişi, başka sözleşmede bu niteliğini yitirerek sözleşmenin karşı tarafını oluşturabilir. Bu anlamda, sözleşmenin taraflarının belirlenmesi sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir.<sup>73</sup>

---

<sup>67</sup> ÇABRİ, s. 29; ZEVLİLİLER, Aydın/ÖZEL, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara, 2016, s. 101; DERYAL, Yahya/KORKMAZ, Yakup, Tüketici Hukuku, Ankara, 2015, s. 70.

<sup>68</sup> DERYAL/KORKMAZ, s. 70.

<sup>69</sup> OZANOĞLU, 2001, s. 69-70; BAHTİYAR/BİÇER, s. 397; ZEVLİLİLER/ÖZEL, s. 107; AYDOĞDU, 2015, s. 68; HAVUTÇU, 2014, s. 9-11.

<sup>70</sup> DERYAL/KORKMAZ, s. 68.

<sup>71</sup> OZANOĞLU, 2001, s. 69; BAHTİYAR/BİÇER, s. 397; DERYAL/KORKMAZ, s. 70; AYDOĞDU, 2015, s. 68.

<sup>72</sup> OZANOĞLU, 2001, s. 69; BAHTİYAR/BİÇER, s. 397; AYDOĞDU, 2015, s. 68.

<sup>73</sup> OZANOĞLU, 2001, s. 71.

## 1. Tüketici

Tüketici, her gün zorunlu birçok ihtiyacını karşılamak durumunda bulunduğundan, bunlara en hızlı biçimde ulaşmak amacıyla standart (kitlese) ürünleri arz edildiği şekliyle kabul etmek durumunda kalmakta, benzer mahiyetteki arz olunanları karşılaştırarak en uygununu seçme hususunda, bilgi eksikliği nedeniyle yerinde karar verememektedir.<sup>74</sup> Tüketicinin bu yoğun arz durumunda kurduğu hukuki ilişkide tecrübesizliği nedeniyle ilişkinin zayıf tarafını oluşturacağı kuşkusuzdur. Bu da beraberinde tüketicinin korunması zorunluluğu getirmektedir.<sup>75</sup>

Tüketicinin, öğretilerde çeşitli tanımlamaları yapılmıştır. Bir tanıma göre tüketici, özel tüketim amacıyla sunulan bir mal veya hizmeti edinen, kullanan veya bu maldan veya hizmetten yararlanan kişidir.<sup>76</sup> Başka bir tanıma göre ise tüketici, tacir olsun veya olmasın, bir malı tekrar piyasaya sürme niyeti olmaksızın kendi kişisel veya ailevi ihtiyaçları için kullanma amacıyla alan ve nihai olarak tüketen kişidir.<sup>77</sup>

4077 sayılı TKHK'nın 3. maddesine göre tüketici, "Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi" ifade etmekteydi. 6502 sayılı Kanun ise tüketiciyi "*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlamıştır. 6502 sayılı TKHK, önceki Kanunun "edinen, kullanan veya yararlanan" ibaresini değiştirerek "hareket eden" ibaresini kullanmayı tercih etmiştir. Esasen bu değişiklik ile tüketicinin sözleşme

---

<sup>74</sup> ÖZEL, 2014, s. 23 vd.

<sup>75</sup> OZANOĞLU, Hasan Seçkin, "Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul, 2000, (s. 663-691), s. 665.

<sup>76</sup> DEMİR, Mehmet, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Tüketici Sözleşmeleri İle İlgili Hükümlerinin Eleştirisi ve Çözüm Önerileri", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006, (s. 397-419), s. 399.

<sup>77</sup> OZANOĞLU, 2001, s. 65 vd.; KARTAL, Doğan, Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008, s. 23; KUNTALP, 1998, s. 301; ALTUNKAYA, Mehmet, "Sözleşmenin Kuruluşundan Önce Tüketicinin Korunması", GÜHFD, C. VIII, S. 1-2, Haziran- Aralık 2004, (s. 95-117), s. 99 vd.; OĞUZ, Cemal, Tüketicinin Korunması Açısından Genel İşlem Şartları, Hukuk Kurultayı, Ankara, 2000, (s. 509-526), s. 509.

öncesi ve sonrası için de koruma altına alınmasını sağlamıştır.<sup>78</sup> Bu tanım, bir kişinin tüketici sayılabilmesi için işlem yaptığı sırada ticari ve mesleki olmayan amaçla hareket etmesini aramakta olup, kişi bakımından da herhangi bir sınırlama getirmeyerek gerçek ve tüzel kişinin tüketici olabileceğini belirtmektedir. Her ne kadar 4822 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmasından önce, 4077 sayılı Kanunda mal veya hizmeti nihai olarak kullanan veya tüketen kişi tüketici olarak kabul edilmiş ise de, 4822 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten sonra kanun koyucunun, tüketicinin mal veya hizmeti nihai olarak tüketmesinden ziyade hangi amaçla tükettiğine önem verdiği görülmektedir.<sup>79</sup> Bunu vurgulamak amacıyla da Kanun "ticari veya mesleki olmayan amaçla" ibaresini kullanmıştır. Bu tanımın yerinde bir tanım olduğu açıktır. Zira TKHK'nın 4822 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten önceki metinde tüketicinin "özel amaç" ile satın alan, kullanan veya tüketen kişi olmasından bahsediliyordu. Ancak bu durum, tüzel kişi tacir niteliğinde olan ticaret şirketlerinin mal veya hizmeti tekrar işlemek veya satmak dışındaki pasif edinimlerinde tüketici sayılmalarını gerektiriyordu.<sup>80</sup> Böylece tüketici tanımı, son derece geniş bir anlamı ifade ediyordu. Halbuki bu durum, faaliyeti gereği tüketici sayılmaması gerekenleri de kanunun kapsamına alıyordu.<sup>81</sup>

Tüketicinin mal ve hizmeti mesleki veya ticari bir amaçla edinmemesi gerekir. Mesleki faaliyetten bahsedebilmek için bir faaliyetin sürekli, bağımsız ve ivazlı olması gerekir.<sup>82</sup> Gerçek kişiler bakımından mesleki ve ticari olmayan amaç onun kişisel veya

---

<sup>78</sup> ASLAN, İsmail Yılmaz, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4. Baskı, Bursa, 2014, s. 3.

<sup>79</sup> ÇINAR, s. 36; DEMİR, 2006, s. 399; OZANOĞLU, 2001, s. 72; AKİPEK, Şebnem, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları", AÜHFD, C. 52, S. 3, 2003, (s. 103-119), s. 111.

<sup>80</sup> GÜNGÖR, Gülin, Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara, 2000, s. 31. Bir mal veya hizmetin ham madde veya yarı mamul madde olarak kullanılarak başka bir mal veya hizmetin girdisi olması ve bu mal ve hizmetin yeniden ticarete konu olması durumunda mal veya hizmetin varlığı tükenmesine rağmen, bunun tüketim amacıyla sarf edilmiş sayılmayacağı yönünde bkz. BAHTİYAR/BİÇER, s. 411-412; ZEVLİLİLER/ÖZEL, s. 95; DERYAL/KORKMAZ, s. 51.

<sup>81</sup> "Özel amaç" ibaresinin "ticari" kelimesinin karşıtı olarak kullanıldığı ve "nihai olarak kullanma ve tüketme" anlamına geldiği yönünde bkz. KUNTALP, 1998, s. 302-303; BAHTİYAR/BİÇER, s. 412.

<sup>82</sup> OZANOĞLU, 2000, s. 674.

ailevi ihtiyaçlarını karşılamasını ifade eder.<sup>83</sup> Bu anlamda bir kişi mal veya hizmeti çıkar sağlamak amacıyla başkasına sattığında tüketicisi sayılmamalıdır.<sup>84</sup> Tüketicisi sıfatının kazanılabilmesi için mal veya hizmetten bizzat bu kişinin yaralanması gerekmez. Zira tüketicisi, kendi ihtiyaı için, ailesinin veya herhangi bir arkadaşının ihtiyaı için hukuki işlem yapabilir.<sup>85</sup> Belirtmek gerekir ki, bir kişi malı veya hizmeti kendi gereksinimini karşılayacağı zaman ve ölçüde kullandıktan sonra bunu başkasına devretmesi durumunda da tüketicisi sıfatını kaybetmez. Zira araba, ev gibi dayanıklı tüketicisi malları belli bir süre kullanıldıktan sonra başkasına devredebilir.<sup>86</sup> Ancak burada önemli olan ürünün varlığının tamamen ortadan kalkması değil, onu satın alan kişiye eski değeri ile geri gelip gelmediğidir.<sup>87</sup> Bunun gibi tüketicisi, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edindiği bir mal veya hizmeti bir süre başkasının kullanımı için tahsis etmiş ve bundan gelir elde etmiş ise, yine tüketicisi sıfatını kaybetmemektedir. Örneğin alınan bir konut, kullanılan kredinin borcu bitene kadar başkasına kiraya verilmiş olsa dahi, burada tüketicisinin asıl amacı gelir elde etmek değil, kendi

---

<sup>83</sup> ÇABRİ, s. 60-61.

<sup>84</sup> “6502 sayılı Kanun’un 3. Maddesi gerekçesinde eser sözleşmelerinin kanun kapsamına alınmasına dair herhangi bir açıklama getirilmemiştir. Ancak kanunun sistematığı nazara alındığında kanunda zikredilen eser sözleşmelerinden kastın; ticari ve mesleki olmayan amaçlarla, salt kişisel ihtiyaçları için kullanma ve tüketicisi amacıyla gerçek ve tüzel kişi ile tüketicisi arasında yapılan eser sözleşmeleri olduğu anlaşılmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri 818 sayılı BK’nın 155 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinin kendine özgü bir türüdür. Bu sözleşmelerin bir tarafı arsa sahibi diğer tarafı yklenicidir. Bu tür sözleşmelerde arsa sahibinin Tüketicisi Kanununda 3/k maddesindeki tüketicisi tanımına uymadığı anlaşılmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi açısından güdülen amaç kullanmak için konut edinmek değil arsasını değerlendirmektir. Bu nedenle arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalarken güttüğü saikin 6502 sayılı kanunda tanımlanan tüketicisinin saikinden farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine konu işin st düzey teknolojiyi gerektirmesi, sözleşme kapsamında taşınmaz satış vaadi ve inşaat sözleşmelerinin de bulunduğu nazara alındığında 6502 sayılı kanunda kanun koyucunun salt kullanma ve tüketicisi amacına yönelik mutfak, dolap yaptırmak, araç tamiri yapmak gibi dar kapsamlı eser sözleşmelerini kastettiği, arsa karşılığı inşaat sözleşmelerinin ise bu kapsamda olmadığının kabulü gerekir. Yargıtay 20. HD. 20.02.2016 tarih ve E. 2017/6855, K. 2017/5264 Sayılı kararı. (<https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamaları>) (Erişim Tarihi: 18.08.2018), Aynı yönde bkz. YHGK 25.10.2010 tarih E. 2010/14-358, K. 2010/353 sayılı kararı, (<https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamaları>) (Erişim Tarihi: 18.08.2018). Yargıtay’ın bu kararında kullanımı dışında çıkar elde etmek için yapılan edinimlerde sözleşmenin tarafının tüketicisi olmadığını kabul ettiğini görüyoruz. Ancak somut olaydan farklı olarak kişinin kendi ihtiyaını karşılamak amacıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yaptığı durumlarda tüketicisi sayılması gerektiği kanaatindeyiz.

<sup>85</sup> AYDOğDU, 2014, s. 181; ÇABRİ, s. 62.

<sup>86</sup> KUNTALP, 1998, s. 303.

<sup>87</sup> BAHTİYAR/BİÇER, s. 412.

ihtiyaçlarını karşılamaktır.<sup>88</sup> Bir işlemin tüketic i şlemi olup olmadığının belirlenmesinde, kişinin işlem yaptığı andaki iradesinin irdelenmesi gerekir. Bu nedenle başlangıçta ticari veya mesleki olmayan amaçla edinilen bir mal veya hizmet, sonradan ticari veya mesleki amaçla kullanılmaya başladığında yapılan işlem tüketic i şlemi olmaktan çıkmayacağı gibi, ticari veya mesleki amaçla edinilen bir mal veya hizmetin sonradan bundan başka bir amaçla kullanılmaya başlanması da işlemi tüketic i şlemi haline getirmez.<sup>89</sup>

6502 sayılı Kanun hem gerçek kişilerin hem de tüz el kişilerin yaptıkları işlemin tüketic i şlemi niteliğini haiz olabileceğini düzenlemiştir. Tacir olmayan gerçek kişilerin yaptıkları hukuki işlemlerde mesleki veya ticari bir amaç gütmemeleri durumunda tüketic i sayılacakları aşıkârdır.<sup>90</sup> Ancak gerçek kişi mesleki veya ticari bir amaçla işlemini gerçekleştiriyorsa, tacir olmasa bile tüketic i sayılmayacaktır. Gerçek kişinin tacir olması durumunda, bu kişiler, yaptıkları işlemlerde borçlarının ticari sayılacağı karinesi nedeniyle tüketic i olamayacaklardır. (TTK m.19/1) Ancak kişi işlemi yaptığı sırada bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını karşı tarafa açıkça bildirirse ya da işin özelliği gereği ticari sayılmaya elverişli olmadığı bir durum söz konusu ise borç adi borç sayılacaktır.<sup>91</sup> Bu tür bir işlemi yapan gerçek kişi tacir tüketic i sayılabilir.

Tüz el kişiler de TKHK'ya göre tüketic i olabilirler.<sup>92</sup> Tacir olmayan tüz el kişilerin, ticari işletme işletmedikleri durumlarda yapacakları işlemler özel amaç ile

---

<sup>88</sup>ÇABRİ, s. 62-63.

<sup>89</sup>ÇABRİ, s. 66.

<sup>90</sup> AÇIKGÖZ, 2013, s. 28; ZEVLİLER/AYDOğDU, s. 80; ÇABRİ, s. 53.

<sup>91</sup> ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 16. Baskı, Ankara, 2012, S. 66; ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, Füsun, Ticari İşletme Hukuku, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Güncellenmiş Dördüncü Bası, İstanbul, 2015, s. 65.

<sup>92</sup> AKİPEK, 2003, 112; Kanunumuz tüz el kişilerinde tüketic i olduğunu kabul etmek yönden diğer ülke mevzuatlarından farklıdır. Zira Alman Medeni Kanununda yalnızca gerçek kişilerin tüketic i sayılabileceği düzenlenmiştir. Aynı şekilde Tüketic i Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Haksız şartlar Hakkında 5 Nisan 1993 tarihli Avrupa Konseyi Yönergesinin 2/a maddesinde de yalnızca gerçek kişileri kasteden bir düzenleme yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. DERYAL/KORKMAZ, s. 54-55.

yapılacağından tüketici sıfatını kazanmaları da mümkün olacaktır.<sup>93</sup> Örneğin üyeleri için bir gezi organizasyonu tertip eden dernek temsilcileri konaklama için bir otel ile sözleşme imzaladığında yaptığı bu işlem bakımından tüketici sayılabilecektir. Ancak amacına ulaşmak için ticari işletme işleten dernek ve vakıflar tacir sayılacaklarından yapmış oldukları işlemler de ticaridir. O halde tacir olan dernek ve vakıflar bakımından da bir ayırım yapmak gerekir. Zira dernek ve vakıflar kâr elde etme amacı olmadığından ve yalnızca amaçlarına ulaşmak için ticari işletme işlettiklerinden adi bir hukuki ilişki alanı olduğunun kabulü gerekir. Bu kapsamda adi alan bakımından yaptıkları hukuki işlemlerinde tüketici sayılmaları gerekmektedir.<sup>94</sup>

Bir görüş kanunun korunmaya muhtaç gerçek ve tüzel kişileri hedef kitle olarak belirlediğini, bu nedenle kamu tüzel kişilerinin korunmaya muhtaç kitle arasında olmadığını savunmakta, böylece kamu tüzel kişilerinin tüketici olamayacağını belirtmektedir.<sup>95</sup> Başka bir görüş ise, kamu tüzel kişilerinin de mesleki ve ticari amaçla hareket etmedikleri takdirde tüketici sıfatını haiz olabileceğini belirtmektedir. Zira bir üniversite, kütüphane için bilgisayar ya da mobilya satın aldığı anda tüketici olabilmelidir.<sup>96</sup> Esasen Kanunun tanımı ticari veya mesleki olmayan amaçla hareket etme ve gerçek veya tüzel kişi olma şeklinde bir kriter dışında başka herhangi bir unsur gerektirmediğinden kamu tüzel kişilerinin de tüketici olabileceğinin kabulünde sakınca yoktur.

Tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin de tüketici sayılıp sayılmayacağı hususunda öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre ticaret şirketlerinin adi bir alanı yoktur ve işlemlerini mesleki ve ticari amaçlarla devam ettirdiklerinden tüketici

---

<sup>93</sup> ÇABRİ, s. 56.

<sup>94</sup> BATTAL, Ahmet, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1998, (s. 313-332), s. 322-327; ÇABRİ, s. 56; ZEVLİLİLER/AYDOĞDU, s. 81; HAVUTÇU, 2014, s. 10.

<sup>95</sup> BATTAL, s. 328; TAŞDELEN, Nihat, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Tüketici Sıfatı”, İKÜHFD, C. 16, S.2, 2017, (s. 705-719), s. 713; DERYAL/KORKMAZ, s. 52-53.

<sup>96</sup> ÇABRİ, s. 57.

sıfatını haiz olmaları mümkün değildir.<sup>97</sup> Başka bir görüş ise, ticaret şirketlerinin yalnızca kendi faaliyet alanları ile ilgili işlemlerinde tacir sayılmaları, arızı nitelikteki işlemleri bakımından tüketici sayılmaları gerektiğini ileri sürmektedir.<sup>98</sup> Kanaatimizce diğer tüzel kişi tacirlerde olduğu gibi ticaret şirketi niteliğinde olan tüzel kişiler bakımından da işlemin, şirketin faaliyet alanı ile ilgili olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Örneğin bir ticaret şirketi, çalışanlarının tatil yapması için bir otel ile sözleşme imzaladığında bu işlem nedeniyle tüketici sayılması yerinde olacaktır.<sup>99</sup>

## 2. Satıcı - Sağlayıcı ve Kredi Veren Kavramları

Satıcı ve sağlayıcı, tüketici işlemlerinde tüketicinin karşısında yer alan kişiyi ifade eder. Kanun satıcıyı, *“Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi”* olarak (TKHK m.3/i); sağlayıcıyı ise, *“Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi”* olarak tanımlamıştır. 4077 sayılı TKHK'da hem mal hem de hizmet sunan kişiler için satıcı terimi kullanılıyordu. Ancak yapılan değişiklik ile mal sunucusu "satıcı", hizmet sunucusu "sağlayıcı" olarak nitelendirilerek kavram karmaşasının önüne geçilmiştir.

Tanımlardan anlaşılacağı üzere, satıcı veya sağlayıcı sıfatı için de, bir gerçek veya tüzel kişinin varlığı ile bu kişilerin ticari veya mesleki amaçla mal veya hizmet

<sup>97</sup> ARKAN, s. 66; ZEVLİLİLER/AYDOĞDU, s. 81 vd.; TAŞDELEN, s. 714; DERYAL/KORKMAZ, s. 60; CEYLAN, Ebru, “Avrupa Birliği Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketici Kredileri”, TBB Dergisi, S. 79, 2008, (s. 35-60), s. 50; HAVUTÇU, 2014, s. 10; ORAL, Tuğçe, “Tüketici Sözleşmelerinin Uygulama Alanı ve Ticari ve Adi Sözleşmelerden Ayrılması”, TAAD, S. 13, 2013, (s. 545-573), s. 568.

<sup>98</sup> TAŞKIN, Mustafa, “Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketicilik Vasfı”, ABD, S. I; 1997, (s. 30-37), s. 36; ALTOP, Atilla, “Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı”, İKÜHFD, C. 3, S. 1-2, Türk-Avusturya Hukuk Haftası Özel Sayısı, “Avrupa Hukuku ve Ulusal Hukuklar Bağlamında Tüketicinin Korunması Hukuku”, İstanbul, 03-06 Nisan 2004, (s. 3-14), s. 10; BATTAL, s. 332; ÇABRİ, s. 59.

<sup>99</sup> ÇABRİ, s. 59.

sunması koşulları aranmıştır. Maddede açıkça belirtildiği üzere, hem özel hukuk tüzel kişileri hem de kamu hukuku tüzel kişileri satıcı veya sağlayıcı olabilir. Bununla birlikte kanun, ticari veya mesleki amaçla mal sunan adına veya hesabına hareket edenleri de satıcı veya sağlayıcı olarak nitelendirmiştir. Bu itibarla, doğrudan veya dolaylı temsilci de satıcı veya sağlayıcı sayılacaktır. Doğrudan temsilde, temsilci üçüncü kişi ile yapılan hukuki işlemin tarafı olmaz. Zira burada bir tek işlem vardır, bu da temsil olunan adına yapılan işlemidir. İşlemin sonuçları doğrudan temsil olunana aittir.<sup>100</sup> Bu itibarla, aslında hukuki ilişkinin tarafı olmayan bir kişiye, yapılan işlemde satıcı veya sağlayıcı sıfatının verilmesi kanunun açık düzenlemesine rağmen uygun değildir.<sup>101</sup> Öte yandan dolaylı temsilde ise, iki aşamalı bir işlem söz konusudur. Bu tür bir işlemde temsilci kendi adına ve fakat temsil olunan hesabına işlemi gerçekleştirir. Kendi adına yapmış olduğu bu işlemin sonuçlarını da temsil olunanın hesabına devretmesi gerekir.<sup>102</sup> Burada özellikle temsil olunanın ticari veya mesleki bir amaçla işlemi yapıyor olması gerekir. Bu koşul sağlandığında, tüketici ile yapılan işlemde temsil olunanın satıcı veya sağlayıcı olacağı kuşkusuzdur. Ancak dolaylı temsilcinin de yapılan işlem nedeniyle satıcı veya sağlayıcı gibi sorumlu olabilmesi için onun da "ticari veya mesleki faaliyeti kapsamında" bu işlemi gerçekleştirmesi gerekir. Dolaylı temsilci bu kapsamda hareket etmiyorsa, tüketici ile temsilci arasında tüketici işleminin varlığından bahsedilemez.<sup>103</sup>

4077 sayılı Kanunda satıcı veya sağlayıcının "ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında" işlem yapan kişiler olduğu yönünde bir tanım yapılmışken, 6502 sayılı kanunda "ticari veya mesleki amaçlarla" işlem yapanlar satıcı veya sağlayıcı olarak kabul edilmiştir. Yeni kanun lafzı ile yorumlandığında, tüketici işleminin tanımı oldukça genişlemektedir. Bu da, tüketici hukukunun temel ilkelerine açıkça aykırılık

<sup>100</sup> KILIÇOĞLU, s. 219; OĞUZMAN/ÖZ, s. 217 vd.; HAVUTÇU, 2014, s. 17.

<sup>101</sup> ÇABRİ, s. 46; GÜMÜŞ, s. 16; HAVUTÇU, 2014, s. 17.

<sup>102</sup> KILIÇOĞLU, s. 219.

<sup>103</sup> GÜMÜŞ, s. 16.

teşkil edecektir.<sup>104</sup> Bu nedenle, "ticari veya mesleki amaçlarla" kavramının "ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında" olarak kabul edilmesi gerekir. Zira ticari veya mesleki amaç, hukuki işlemin kazanç sağlamaya yönelik,<sup>105</sup> ticari veya mesleki nitelikteki mal veya hizmet piyasasında örgütlenerek sürekli faaliyet kapsamında yapılan tüm işlemleri içine alır.<sup>106</sup> Ancak bir hukuki işlem kazanç elde etme amacına yönelse bile, ticari veya mesleki faaliyet kapsamında olmayabilir. Örneğin bir kitap koleksiyonundaki kitabın satılması kazanç sağlama amacına hizmet etse de, ticari veya mesleki faaliyet kapsamında değerlendirilmeyecektir.<sup>107</sup>

Kredi veren kavramını da, Kanun 3/ğ maddesinde "*mevzuatları gereği tüketicilere kredi vermeye yetkili olan gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlamıştır. Gerçek veya tüzel kişilerin kredi veren ile yaptığı işlemler de, tüketici işlemi kapsamında olacaktır. Uygulamada mevduat bankaları, katılım bankaları, kalkınma ve yatırım bankaları, finansman şirketleri kredi veren konumundadır.<sup>108</sup>

### **C. Tüketicinin Mesleki ve Ticari Olmayan Bir Amaçla Hareket Etmesi**

Sözleşmenin taraflarından birinin tüketici, diğerinin ise satıcı, sağlayıcı veya kredi veren olduğunu açıklamıştık. Mesleki ve ticari olmayan bir amaçla hareket edilmesi, esasen sözleşmenin taraflarından birinin tüketici olmasının gereğidir.<sup>109</sup> Tüketicinin, aldığı maldan veya hizmetten kendisinin yararlanması zorunlu olmayıp, bunu başkasına tahsis etmesi de, malın ticari veya mesleki amaçla kullanıldığını

<sup>104</sup> GÜMÜŞ, s. 14; ÇABRİ, s. 46-47.

<sup>105</sup> DERYAL/KORKMAZ, s. 67; ÇABRİ, s. 50; ZEVLİLİLER/ÖZEL, s. 97; HAVUTÇU, 2014, s. 10.

<sup>106</sup> GÜMÜŞ, s. 14-15.

<sup>107</sup> GÜMÜŞ, s. 15. Satıcı veya sağlayıcı sayılabilmek için mesleki ve ticari bir faaliyette bulunmanın yanında kazanç elde etme amacının tacirler bakımından aranmasının gerektiği, ancak meslek sahiplerinin asgari ücret tarifesindeki ücreti alması zorunlu kılınsa da bundan kar elde etme amacıyla alıp almadığının tespit edilemeyeceği, bu nedenle meslek sahipleri bakımından kazanç elde etme unsurunun aranmasının zorunlu olmadığı yönünde bkz. ÇINAR, s. 41. Aynı yönde bkz. OZANOĞLU, 2000, s. 674.

<sup>108</sup> ÇABRİ, s. 39.

<sup>109</sup> OZANOĞLU, 2001, s. 70.

göstermez.<sup>110</sup> Yine mal veya hizmetin belli bir zaman kullanıldıktan sonra başkasına devredilmesi ya da malın ediniminden sonra başkasına kiraya verilerek kullanılması da, tüketicinin bunu mesleki veya ticari bir amaçla kullandığını söylemek için yeterli değildir. Zira dayanıklı malın bir süre kullanıldıktan sonra başkasına devredilmesinde veya alınan bir eşyanın kiraya verilmesinde önemli olan tüketicinin başlangıçta bunu hangi amaçla edindiğidir. Kâr elde etme amacı güdüldüğü takdirde tüketici sözleşmesinden bahsedilemez.<sup>111</sup> Konu ile ilgili ayrıntılı açıklamaları tüketici sıfatının tespitini anlattığımız başlık altında yaptığımızdan tekrara düşmemek için atıf ile yetiniyoruz.<sup>112</sup>

### **III. Tüketici Sözleşmelerinin Sınıflandırılması**

#### **A. Bireysel Tüketici Sözleşmeleri**

Borçlar hukukuna egemen olan irade serbestisi ilkesi gereğince taraflar dilekleri sözleşmeyi diledikleri içerikte, istedikleri kişi ile kurma özgürlüğüne sahiptir. Bu kapsamda, taraflar istedikleri içerikte bir sözleşmeyi müzakere ederek ve mutabakata vararak kurmakta serbesttirler. Ancak burada tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasında bulunmaları gerekir. Bu husus TBK'nın 1. maddesinde açıkça belirtilmiştir. TBK'nın 2. maddesi de tarafların sözleşmenin esaslı noktalarında mutabakata varılmış olmasını yeterli görmüş olup, ikinci derecedeki noktaların sonradan hakim tarafından tamamlanabileceğini düzenlemiştir.<sup>113</sup> İşte tüketici ile satıcı, sağlayıcı veya kredi veren arasında kurulan bu tür sözleşmelere bireysel tüketici sözleşmesi denilmektedir.

---

<sup>110</sup> BAHTİYAR/BİÇER, s. 411.

<sup>111</sup> OZANOĞLU, 2001, s. 70.

<sup>112</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. § 2, II, B, a.

<sup>113</sup> ÇINAR, s. 46.

## **1. Karşılıklı İrade Açıklamaları**

Bireysel tüketici sözleşmeleri, tarafların birlikte sözleşme koşullarını müzakere etmesi temeline dayandığından öncelikle karşılıklı olarak irade açıklamasında bulunmalarını gerektirmektedir.<sup>114</sup> Tüketici sözleşmesinde tarafların zıt amaçlarla hareket ettikleri değerlendirildiğinde satıcı, sağlayıcı ya da kredi verenin tüketiciye bir ivaz karşılığında mal, hizmet veya kredi arzında bulunmayı teklif etmesi, tüketicinin de bu malı almak, hizmetten yararlanmak veya krediyi kullanmak yönündeki iradesini açıklaması gerekmektedir.<sup>115</sup>

## **2. Birbirine Uygun İrade Açıklamaları**

Bireysel tüketici sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların irade açıklamasında bulunmaları yeterli olmayıp, aynı zamanda açıklanan bu irade beyanlarının birbirine uygun olması gerekir. Yani bir taraf ivaz karşılığında mal satmayı, hizmet sunmayı veya kredi vermeyi; diğer taraf da buna uygun olarak malı satın almayı, hizmetten yararlanmayı veya krediyi kullanmayı istediğini gösterir irade açıklamasında bulunmalıdır.

## **B. Standart (Genel İşlem Koşulu İçeren) Tüketici Sözleşmeleri**

Sözleşmelerin kurulmasında olması gereken, her iki tarafın bir araya gelerek, sözleşme konusu hakkında müzakere yapması, yapılan bu müzakere sonucunda ise bir mutabakata varılarak sözleşme şartlarının oluşturulmasıdır. Ancak sanayi devrimi ile birlikte değişen ekonomik ilişkiler teknolojik gelişmeler ve artan alışveriş ilişkileri sözleşmelerin kurulmasında tarafların bir araya gelerek tüm sözleşme hükümlerini

---

<sup>114</sup> AKİPEK, Şebnem, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara, 1999, s. 243.

<sup>115</sup> ALTAY, Yusuf, Tüketicinin Korunması Bakımından Haksız Şartlar, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014, s. 25.

müzakere etme olanağını ortadan kaldırmıştır.<sup>116</sup> Bunun sonucu olarak sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde sözleşmenin taraflarından biri, ileride benzer nitelikte pek çok sözleşmede kullanılmak üzere, tek taraflı olarak, karşı taraf ile müzakere etmeden ve sonradan onun değiştirmesine izin vermeden sözleşme hükümlerini oluşturmuş ve oluşturulan bu sözleşmeyi de karşı tarafa sunmaya başlamıştır. Bu tür sözleşmelere Türk hukukunda standart (tip) sözleşme denilmektedir.<sup>117</sup> Öğretide iltihâki (katılmalı) sözleşme denildiği de görülmektedir. İltihâki sözleşmeler, borçlar hukukunda bir kamu hizmetini yerine getiren kuruluşlar tarafından oluşturulmuş sözleşmeleri ifade eder.<sup>118</sup> Halbuki standart sözleşmeler, iltihâki sözleşmeleri de içine alan daha geniş bir kavramdır. Zira standart sözleşmeler kamu kuruluşları dışında özel kişi veya kuruluşlarca oluşturulmuş olabilir.<sup>119</sup> Standart sözleşmenin tamamı, sözleşmenin bir tarafınca tek taraflı olarak hazırlanmış olabileceği gibi, bir kısmının tek taraflı hazırlanmış olması diğer kısmının ise sözleşmenin taraflarının müzakeresi sonucu ortaya çıkmış olması da mümkündür. Bu durumda genel işlem koşulu içeren sözleşmeden bahsedilir.<sup>120</sup> Ancak bu tür sözleşmelerde sözleşme, tarafların sözleşmenin asli unsurları üzerinde anlaşmaları halinde kurulacağından ve müzakere edilmeyen tali noktalar bakımından sözleşme borçlar hukukunun genel hükümleri ve yedek hükümleri ile tanımlanacağından esasen genel işlem koşulları da asli unsurlar dışında kalan kısımdaki tali unsurlara ilişkin olacaktır.<sup>121</sup>

---

<sup>116</sup> AKİPEK ÖCAL, Şebnem, “Bankacılık Sektöründe Tüketici Hukuku ve Uygulamaları”, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Ses Çözümlemeleri ve Makaleleri, Ankara, Bilge Yayınevi, 2013, (s. 53-62), s. 53 (Sempozyum); ÇINAR, s. 48.

<sup>117</sup> AKİPEK ÖCAL, 2013, Sempozyum, s. 53; DERYAL/KORKMAZ, s. 79; ZEVLİLİLER/ÖZEL, s. 118; ÇINAR, s. 49.

<sup>118</sup> SİRMEN, Lale, “Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku”, H. Cahit Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara, 1972, (s. 441-472), s. 457.

<sup>119</sup> AYDOĞDU, Murat, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı”, DEÜHFD, C. 13, S. 2, 2011, (s. 1-50), s. 7; ZEVLİLİLER/ÖZEL, s. 118-119; Benzer yönde bkz. DERYAL/KORKMAZ, s. 80.

<sup>120</sup> AKİPEK ÖCAL, 2013, Sempozyum, s. 53-54.

<sup>121</sup> ÇINAR, s. 49-50.

#### **IV. Tüketici Sözleşmeleri Kavramının Ticari İş ve Adi İş Kavramlarından Ayrılması ve Bu Hususun Önemi**

Tüketici sözleşmesi kavramını, çalışmamızın önceki bölümünde ayrıntılı olarak açıklamıştık. Bir işlemin tüketici sözleşmesi mi ticari iş mi yoksa adi iş mi olduğu hususu, uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesi açısından önemlidir. Bu nedenle özellikle ticari iş ve adi işin kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Ticari işin kapsamı 6102 sayılı TTK'nın 3 ve 19. maddesinde düzenlenmiştir. TTK'nın 3. maddesine göre kanunda düzenlenen tüm işler ticari işletmeyle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın ticari iştir.<sup>122</sup> Bunun yanında bir ticari işletmeyi ilgilendiren diğer her türlü işlem ve fiiller de ticari iştir. (TTK m.3). TTK'nın 19. maddesine göre, bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak 19. maddede gerçek kişi tacirler bakımından bir istisna öngörülmüştür. Buna göre gerçek kişi tacir, işlemi yaptığı sırada bunun ticari işletme ile ilgili olmadığını karşı tarafa açıkça bildirirse veya işin ticari sayılmasına durum elverişli değilse borç adi sayılır. Ancak burada tacir, ticari veya mesleki olmayan amaçla, ivaz karşılığında, ticari veya mesleki amaçla hareket eden bir satıcı veya sağlayıcıdan mal veya hizmet alırsa, bu durumda işlem tüketici işlemi olacaktır. Örneğin bir tacir kendi evi için mobilya satın aldığı anda tüketici sayılmalıdır.<sup>123</sup> Son olarak TTK'nın 19/2 maddesi gereğince taraflardan yalnız biri için ticari nitelikte olan sözleşmeler, kanunda açıkça hüküm olmadıkça, diğeri için de ticari sayılır. Burada taraflar arasındaki hukuki ilişki sözleşmeden kaynaklanmalıdır. Her ne kadar TTK'nın özel düzenlemesi gereğince gerçek kişinin, yaptığı işlemin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını belirtmesi halinde iş adi iş sayılacak ise de, TTK'nın 19. maddesinde düzenlenen hüküm kapsamında kalan ve taraflardan biri için ticari olması nedeniyle karşı taraf bakımından da ticari iş sayılan bir iş olduğunda gerçek kişi tacir, işlemin ticari işletmesi kapsamında olmadığını bildirirse

<sup>122</sup> ARKAN, s. 64; BAHTİYAR/BİÇER, s. 413-414.

<sup>123</sup> ARKAN, s. 66.

dahi iş, ticari iş olmaya devam edecektir.<sup>124</sup> Tüketici işlemi ve ticari iş kapsamı dışında kalan işler ise adi iştir. Adi işler bakımından genel hükümler uygulanır. Ancak ticari işler bakımından TBK'ya göre özel kanun olan TTK uygulanacaktır. Bir iş adi iş veya ticari iş olsa dahi bu işlemin taraflarından biri tüketici ise, işlem tüketici işlemi haline gelecek ve TBK ve TTK'ya göre daha özel nitelikte bulunan TKHK uygulanacaktır.<sup>125</sup> Bu kapsamda, tüketici işlemlerinden doğacak uyuşmazlıklara ilişkin davalara tüketici mahkemeleri bakmakla yetkili olacaktır. Buna karşılık tüketici işlemi söz konusu değilse, işin ticari iş mi adi iş mi olduğunun değerlendirilmesi gerekecek, ticari iş olması durumunda ticaret mahkemeleri, adi iş olması durumunda da genel mahkemeler yani asliye hukuk mahkemeleri yetkili olacaktır.<sup>126</sup>

## **V. Tüketicinin Korunması Zorunluluğu**

Tüketicinin korunması, tüketicilerin daha bilinçli şekilde hareket etmeleri ve kendi aralarında örgütlenerek sözleşmenin güçlü tarafını oluşturan girişimciler karşısında sosyal açıdan güç kazanmaları amacına yönelik bir harekettir.<sup>127</sup> Tüketiciler esasen mal ve hizmet sunanlar karşısında bilgi, deneyim ve ekonomik yönden zayıf olan tarafı oluştururlar.<sup>128</sup> Ekonomik gelişme sonucu ortaya çıkan tüketim toplumunda tüketici ihtiyaçtan fazla, gereksiz ölçüde mal tüketmeye yöneltilmekte, çok çeşitli ihtiyaçlar karşısında tüketicinin, alınan malın veya hizmetin niteliklerini tam olarak değerlendirme imkânı ortadan kaldırılmaktadır.<sup>129</sup> Zira tüketicinin, piyasa koşullarına hakim olmadığından hangi malın nerede, ne kadar fiyata satıldığını bilmesi, her defasında bunu değerlendirmesi mümkün değildir. Kaldı ki tüketici, çoğu defa "vakit nakittir" düşüncesi ile bu araştırmaya girişmeksizin satıcının belirlediği fiyata malı satın

<sup>124</sup> ARKAN, s. 67.

<sup>125</sup> BAHTİYAR/BİÇER, s. 416-417.

<sup>126</sup> BAHTİYAR/BİÇER, s. 422-424.

<sup>127</sup> ALTUNKAYA, s. 100.

<sup>128</sup> GÜNGÖR, s. 22; ZEVLİLİLER/ÖZEL, s. 43.

<sup>129</sup> ALTUNKAYA, s. 101.

alır.<sup>130</sup> Öte yandan piyasayı ve müşteri çekme yöntemlerini iyi bilen satıcılar yaptıkları reklamlarla aslında kurmayı düşünmedikleri sözleşmeleri kurma konusunda tüketiciler üzerinde etkili olmuşlardır.<sup>131</sup> Zira satıcılar, sağlayıcılar veya kredi verenler tarafından bu reklamlar, iradeyi etkileyecek nitelikte kurgulanmaktadır.<sup>132</sup> Rekabet ortamında kendi ürünlerini pazarlama konusunda birbirleri ile yarışan girişimciler tüketicinin karşısına tekel olarak çıkmaya başlamıştır.<sup>133</sup> Bunun sonucu olarak girişimciler karşısında örgütsel bir güce sahip olmayan tüketiciler mal ve hizmet arz edenlere karşı zayıf duruma düşmüşlerdir.<sup>134</sup>

Tüketiciler zayıf konumda olmalarına rağmen çoğu zaman haklarını koruma bakımından hangi hukuki yollara başvurabilecekleri yönünde bilgisiz olmaları, dava konusunun küçük meblağlar olması nedeniyle yüklü mahkeme harçları ödemek istememeleri, davaların uzun süreceğini düşünmeleri nedenleri ile menfaatlerini koruyamaz duruma gelmektedirler. Bu gibi hususlar girişimci karşısında zayıf konumda olan tüketicinin korunması zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır.<sup>135</sup>

Elbette ki sözleşmenin tarafları kendileri için en iyi olanı bilip menfaatlerini de en iyi şekilde koruyabilirler. Ancak bu husus sözleşmenin taraflarının eşit olması durumunda mümkündür. Halbuki tüketici ile girişimci arasındaki bir hukuki ilişkide, taraflardan birinin diğerine nazaran daha zayıf bir konumda olduğu aşikardır. Zira serbest piyasa ekonomisinde çok çeşitli ihtiyaçlarını en kolay yoldan karşılamak durumunda olan ve girişimciler tarafından da aldatıcı reklamlarla yönlendirilen tüketicinin girişimci karşısında zayıf olduğunun kabulü gereklidir. Sağlıklı bir şekilde

---

<sup>130</sup> ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 50.

<sup>131</sup> ATAMER, 2006, s. 25.

<sup>132</sup> ALTUNKAYA, s. 101.

<sup>133</sup> TANDOĞAN, Haluk, Tüketicinin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması, Ankara, 1977, s. 10; POROY, Reha, "Tüketicinin Korunmasına Yönelik Bazı Özel Hukuk Sorunları", Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978, (s. 513-550), s. 516.

<sup>134</sup> ALTUNKAYA, s. 101; AKİPEK, 1999, s. 67.

<sup>135</sup> AKİPEK, 1999, s. 67 vd.; ALTUNKAYA, s. 101; BUDAK, Ali Cem, "Mukayeseli Hukukta Tüketicinin Gayriadi Sözleşme Hükümlerine ve Özellikle Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması", YHD, C. XIV, S. 05, Mayıs 1991, (s. 765-777), s. 766; ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 50-51.

işleyen rekabet ortamında üreticiler, kendi mallarını satabilmek için reklam, fiyatları düşürme, malın veya hizmetin kalitesini artırma yoluna giderken özellikle tek el olarak faaliyet gösteren üreticilerin malın kalitesini de fiyatını da serbestçe belirleyebilmesi mümkündür.<sup>136</sup> Ancak piyasalardaki rekabet karşısında gücünü koruma ihtiyacı hisseden üreticiler, ülke veya dünya çapında örgütlenme yoluna gittiklerinden bu durum, hem rekabeti kısıtlayıcı uygulamaların ortaya çıkmasına neden olmuş hem de mal veya hizmet arzı yapanlar daha da güçlenmişlerdir. Sonuç olarak iki taraf arasındaki dengesizlik artmıştır.<sup>137</sup> Tüketici karşısında bu şekilde gücünü artıran ve mal ve hizmet arzını ileri boyuta taşıyan girişimcilerin sözleşme hükümlerini, önceden, tek taraflı olarak uzman hukukçulara, geniş bir zamanda hazırlatmaları, etkili satış ve pazarlama yöntemlerini kullanmaları, entelektüel açıdan ne kadar donanımlı olursa olsun zaman bakımından kısıtlı imkânlarla sahip tüketicinin sözleşmeyi okuması ve anlaması imkânını ortadan kaldırmıştır.<sup>138</sup> Bir an için tüketicinin tüm sözleşme koşullarını okuduğu ve anladığı kabul edilse dahi satıcı, sağlayıcı veya kredi veren, sözleşme hükümlerini müzakere etmekten imtina ettiğinde, yalnızca kendi oluşturduğu koşullar altında sözleşmenin yapılabileceğini bildirdiğinde, tüketicinin onunla bu koşullar altında sözleşme imzalamaktan başka çaresi kalmayacaktır.<sup>139</sup> Bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, satıcı, sağlayıcı veya kredi veren karşısında zayıf konumda bulunan tüketicinin korunması amacıyla etkin bir hukuki ve idari denetim yapılması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.<sup>140</sup>

---

<sup>136</sup> ALTUNKAYA, s. 102.

<sup>137</sup> POROY, s. 517.

<sup>138</sup> ALTAY, s. 46; ÖZ, Turgut, “Tüketici Hukuku Bakımından genel İşlem Şartları” İKÜHFD, C. 3, S. 1-2, 2004, (s. 128-151), s. 129-130.

<sup>139</sup> ÖZEL, Çağlar, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketicuyu Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara, 1998, s. 10.

<sup>140</sup> ATAMER, Yeşim M., “Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması”, İÜHFM, C. LV, S. 1-2, İstanbul, 1996, (s. 421-226), s. 422; HAVUTÇU, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir, 2003, s. 11.

## İKİNCİ BÖLÜM

### GENEL İŞLEM KOŞULU VE HAKSIZ ŞART KAVRAMLARI, TEMEL ÖZELLİKLERİ VE HUKUKİ NİTELİKLERİ

#### §3- GENEL İŞLEM KOŞULLARI

##### I- Genel İşlem Koşulunun Tanımı

Borçlar hukukumuzda, bireysel sözleşmeler esastır. Bu tür sözleşmelerde sosyo-ekonomik konum itibariyle eşit olan taraflar bir araya gelerek sözleşmenin unsurları üzerinde müzakere edip bir mutabakata varırlar. Ancak günümüzün sosyal ve ekonomik şartları, her defasında tarafların bir araya gelmesi ve sözleşmenin unsurlarını müzakere etmesi olanağını azaltmıştır. Bu nedenle sosyo-ekonomik şartların bir gereği olarak standart sözleşmeler daha fazla önem kazanmaya başlamıştır.<sup>141</sup> Ancak bu, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği sözleşmenin taraflarını eşit sayan anlayışa aykırı olarak, bir taraf lehine olmak üzere sözleşme adaletini bozmuştur.<sup>142</sup> Zira sözleşmenin güçlü tarafı sözleşme hükümlerini önceden hazırlayarak karşı tarafa pazarlık imkânı vermemekte, bu suretle kendi lehine olan pek çok hükmü sözleşme ile birlikte karşı tarafa kabul ettirmektedir.<sup>143</sup> Sözleşmenin bu denli güçlü tarafı karşısında müzakere olanağı tamamen ortadan kalkan tüketici, ya bu sözleşmeyi kendisine sunulduğu biçimde kabul etmek ya da bahse konu sözleşmeden tamamen vazgeçmek durumunda kalmaktadır.<sup>144</sup> Bu durum beraberinde sözleşmenin zayıf tarafının genel işlem koşullarına karşı korunması zorunluluğunu getirmiştir.

<sup>141</sup> AKÇAAL, Mehmet, “Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme, GÜHFD, C. XVIII, S. 1, 2014, (s. 49-69), s. 50.

<sup>142</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 162; AKÇAAL, s. 50.

<sup>143</sup> ÖZ, s. 129.

<sup>144</sup> HAVUTÇU, 2003, s. 3; DEMİR, Mehmet, “2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Genel İşlem Koşullarına İlişkin Maddelerinin (m. 20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri, TBBD, S. 76, 2008, (s. 217-230), s. 219; KOÇ, Nevzat, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hükümlere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler”, İTÜSBD, C. 2, S. 12, 2007, (S. 71-147), s. 80; ÖZ, s. 130; KARA, Hacı, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yeni Düzenlemeler” TBBD, S. 107, 2013, (s. 353-388), s. 361.

Türk hukukunda 4822 sayılı Kanun ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun "Sözleşmedeki Haksız Şartlar" başlıklı düzenlemesinden önce haksız şartlar ya da genel işlem koşulları ile ilgili genel bir hukuk kuralı mevcut değildi.<sup>145</sup> İlk kez bu Kanunun 6. maddesinde haksız şartlar başlığı altında bir düzenleme yapılmış ve buna dayanılarak da "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik" çıkarılmıştı. Ancak bu hükümler sadece bir tarafın tüketici olduğu tüketici sözleşmelerinde uygulanabilmekteydi.<sup>146</sup> Halbuki taraflardan birinin tüketici olmadığı sözleşmelerde de genel işlem koşulu niteliğini taşıyan hükümler bulunabilmekteydi. Ancak genel işlem koşullarının sınırlandırılmasına ilişkin herhangi bir genel hukuk normu bulunmamaktaydı. 818 sayılı Borçlar Kanununda bulunmayan bu tür bir genel düzenleme, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun 20 ila 25. maddeleri arasında düzenlenerek tüketici olmayanlar bakımından da uygulanabilecek hukuk kuralları oluşturulmuştur.<sup>147</sup> TKHK, TBK'ya göre daha özel bir Kanun olduğundan, tüketici sözleşmelerinde öncelikle TKHK uygulanacak, ancak burada hüküm bulunmayan hallerde, TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerine gidilecektir.<sup>148</sup>

Türk Borçlar Kanununun 20. maddesinin 1 inci fıkrasında genel işlem koşullarının tanımı, "*Bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri*" şeklinde yapılmıştır. Almanya'da genel işlem koşullarını düzenleyen, 01.04.1977 tarihinde yürürlüğe giren "Genel İşlem Şartları Kanunu" oldukça ayrıntılı bir düzenleme yapmıştır. Kanun, genel işlem koşullarını hazırlayan taraf lehine ve kendisine bu koşullar sunulan aleyhine olan, taraflardan birince, tek yanlı

<sup>145</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 162; YÜCE, Aydın Alber, "Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları", TAAD, Nazım Kaynak'a Armağan, C. 1, S. 10, Temmuz 2012, (s. 183-204), s. 190; ÖZ, s. 135; KILIÇOĞLU, s. 111; KÜÇÜKYALÇIN, s. 118.

<sup>146</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 162; AKÇAAL, s. 52.

<sup>147</sup> AKÇAAL, s. 52.

<sup>148</sup> OĞUZMA/ÖZ, s. 163.

olarak düzenlenmiş tüm hükümlerin geçersiz olacağını hüküm altına almıştır.<sup>149</sup> Nitekim bunun dışında Alman Medeni Kanunu'nun 305. paragrafında genel işlem koşulları, "Sözleşmenin bir tarafının (koşulları kullananın) diğer tarafına sözleşmenin kuruluşu sırasında sunduğu çok sayıda sözleşme için önceden formüle edilmiş sözleşme şartları" olarak tanımlanmıştır.<sup>150</sup> İsviçre Hukukunda ise genel işlem koşulları, 1988 tarihli Haksız Rekabetin Önlenmesine İlişkin Kanun'da düzenlenmiştir.<sup>151</sup> Burada da, genel işlem koşullarının, doğrudan doğruya veya kıyasen uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde sapması veya hak ve borç dağılımında sözleşmenin doğasına önemli ölçüde aykırılık teşkil etmesi halinde, bunları kullananların haksız rekabet etmiş kabul edileceği hususu düzenlenmiştir.<sup>152</sup>

Örneğin, bankalarla imzalanan sözleşmelerin çoğu genel işlem koşulu içeren sözleşmelerdir. Zira bir kredi sözleşmesinde bankanın sözleşme hükümlerini her kredi talebinde bulunan ile tek tek görüşmesi beklenemez. Bu nedenle banka, kredi sözleşmesinin herkes için ortak olan noktalarını önceden belirlemekte, yalnızca kredi tutarı, ödeme planı, ödeme süresi gibi kişiden kişiye fark gösteren hükümlerini sözleşmenin karşı tarafı ile müzakere etmektedir.<sup>153</sup> Yine kırtasiyelerden alınan matbu kira sözleşmeleri de genel işlem koşulu içeren sözleşmelere örnek gösterilebilir.<sup>154</sup> Bu sözleşmelerde de genellikle kira bedeli, kira süresi, gibi hususlar kiracı ile kiraya veren arasında müzakere edilmekte, ancak diğer hususlar bakımından matbu sözleşme hükümleri kullanılmaktadır.

4822 Sayılı Kanun ile değişik 4077 sayılı Kanun'dan önce ve 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu dönemde genel işlem koşulları ile ilgili

---

<sup>149</sup> ÖZ, s. 131.

<sup>150</sup> YELMEN, Adem, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara, 2014, s. 47-48; AKİPEK, 1999, s. 223.

<sup>151</sup> ÖZ, s. 131; ZEVLİLİLER/AYDOĞDU, s. 157.

<sup>152</sup> ÖZ, s. 131-132.

<sup>153</sup> AKİPEK ÖCAL, 2013, Sempozyum, s. 54.

<sup>154</sup> ALTAY, s. 52.

herhangi bir genel düzenlemenin bulunmadığı durumda dahi münferit bazı hükümler<sup>155</sup> ile kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kişilik haklarına, dürüstlük kuralına, Anayasa'da yer alan sosyal devlet ve eşitlik ilkelerine ve gabin hükümlerine, hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin hükümlere dayanılarak genel işlem koşullarına yönelik koruma sağlanmaya çalışılıyordu.<sup>156</sup> Ancak konunun önemi ve gelişen sosyo-ekonomik şartlar nedeniyle genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin yaygın olarak kullanımı nedeniyle yasal bir genel düzenleme zorunluluğu sonucu TBK m.20-25 hükümleri arasında genel bir düzenleme yapılarak genel işlem koşullarına yönelik koruma sağlanmaya çalışılmıştır.

## **II. Genel İşlem Koşullarının Unsurları**

### **A. Genel ve Soyut Olma**

Genel işlem koşulları, kanunlar gibi genel ve soyut olarak hazırlanırlar. Genel işlem koşullarının genel olması, bu koşulların herhangi bir kimse düşünülmeden sözleşmenin diğer tarafı göz önüne alınmadan hazırlanması anlamına gelir.<sup>157</sup> Bu koşulların genel olarak hazırlanmasının amacı, ileride benzer nitelikte sözleşme yapmak isteyen tüm kişilere karşı kullanılabilmesidir.<sup>158</sup> Genel işlem koşullarının soyut olması da, aslında sözleşmenin yapılacağı yer ve zamandan bağımsız olmasını ve benzer tüm

---

<sup>155</sup> Örneğin 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 766 ncı maddesinde taşıma sözleşmelerinde kanunun taşıyıcıya veya özellikle faaliyeti devletin iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği sorumlulukların önceden hafifletilmesi veya kaldırılması sonucunu doğuran bütün kayıtların geçersiz olacağı düzenlenmiştir. Yine 6762 Sayılı TTK'nın 1266.maddesinde Bakanlıkça onaylanmamış veya zahmetsizce okunmayacak olan kayıtlarla sigorta ettirenin zararına onanların yerine kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. 6102 Sayılı TTK da bu hükümlerle benzer doğrultuda düzenlemeler getirmiş, genel işlem koşullarına açıkça yer vermiştir. Zira 6102 Sayılı TTK'nın 854.maddesinde "Kanunun, taşıyıcıya, taşıma işleri komisyoncusuna ve faaliyetleri devlet iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği sorumlulukların, önceden hafifletilmesi veya kaldırılması sonucunu doğuran tüm sözleşme hükümleri geçersizdir. Bu hükümlerin işletme tüzüklerinde, genel işlem şartlarında, biletlerde, tarifelerde veya benzer diğer belgelerde öngörülmüş olmaları halinde de hüküm aynıdır" şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.

<sup>156</sup> AYDOĞDU, Murat, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımında Uygulama Alanı", DEÜHFD, C. 13, S. 2, 2011, (s. 1-50), s. 3-4; ÇINAR, s. 124 vd.; HAVUTÇU, 2003, s. 210 vd.; KILIÇOĞLU, s. 112.

<sup>157</sup> BAHTİYAR, Mehmet, "Genel İşlem Şartlarına Karşı Tüketicinin Korunması", YD, S. 1-2, Ocak-Nisan 1996, (s. 76-98), s. 81; OĞUZ, Cemal, Tüketicinin Korunması Açısından Genel İşlem Şartları, Hukuk Kurultayı, Ankara, 2000, s. 511; ZEVLİLİLER/AYDOĞDU, s. 158.

<sup>158</sup> OĞUZ,2000, s. 511.

sözleşme ilişkilerinde kullanılacak olmasını ifade eder. Ancak genel işlem koşullarını düzenleyen taraf genellikle kendisi lehine hükümlere yer verdiği için genel ve soyut olma objektif olmayı zorunlu kılmaz.<sup>159</sup>

## **B. Sözleşmenin Kurulmasından Önce Tek Taraflı Hazırlanmış Olma**

Genel işlem koşulları, sözleşme kurulmadan önce düzenlenmiş olmalıdır. Bu husus TBK'nın 20. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Önceden düzenlenmiş olma, bu sözleşmenin somut bir sözleşmeden ziyade daha sonra kurulma ihtimali olan birden fazla sözleşme için düzenlenmesinin bir göstergesidir. Zira bu sözleşmeler benzer nitelikte sözleşmeler için çerçeve olması amacıyla oluşturulmaktadır.<sup>160</sup>

Her ne kadar TBK'nın 20. maddesinde "düzenleyenin, tek başına" sözleşme hükümlerini hazırlamasından bahsedilmiş ise de bunu "tek yanlı" hazırlanmış olma şeklinde anlamak gerekir.<sup>161</sup> Zira sözleşmenin bir tarafı bu koşulları kendisi bizzat hazırlayabileceği gibi onun avukatlarının hazırlamasında ya da koşulların, konusunda uzman kişiler tarafından hazırlanmasında da herhangi bir sakınca yoktur.<sup>162</sup> Öte yandan madde metninde "düzenleyenin" önceden hazırladığı sözleşme hükümlerinden bahsedilmiş ise de, genel işlem koşulunun bunu düzenleyenler dışında kalan kişiler tarafından da kullanılması mümkündür. Zira üyelerinin menfaatini koruyan bir meslek kuruluşu,<sup>163</sup> dernek, şirket veya işletme temsilcisi tarafından hazırlanmış metinlerin kullanılması bu hükümlerin genel işlem koşulu olmaktan çıkmasına neden olmaz.<sup>164</sup> Örneğin kırtasiyelerden alınan kira sözleşme metinlerinde, bu sözleşmeyi kimin

<sup>159</sup> AYDOĞDU, 2011, s. 17.

<sup>160</sup> ATAMER, Yeşim M., "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m.6 ve TTK m. 55, F. 1, (f) İle Karşılaştırmalı Olarak", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu-Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2011, (s. 7-73), s. 14.

<sup>161</sup> AKÇAAL, s.53.

<sup>162</sup> BAŞ, Ece, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013, (s. 276-306), s. 285; OĞUZMAN/ÖZ, s. 163; AYDOĞDU, 2011, s. 15.

<sup>163</sup> AYDOĞDU, 2011, s. 15.

<sup>164</sup> ATAMER, 2011, s. 15; ÇINAR, s. 56; OĞUZMAN/ÖZ, s. 163; AKÇAAL, s. 53; BAŞ, s. 285.

hazırladığı belli değildir. Ancak somut bir sözleşme ilişkisinde bunu karşı tarafa sunan kişi de genel işlem koşullarını kullanmış olacaktır.

### **C. Müzakere Edilmemiş Olma**

Genel işlem koşulları sözleşmenin taraflarından birince, diğer tarafa sunulan, onun tarafından tek taraflı olarak belirlenen koşullardır.<sup>165</sup> Yani bir sözleşmenin tek yanlı olarak oluşturulması ya da karşı tarafa sunulması, ancak karşı tarafın buna dahil edilmemesi gerekir.<sup>166</sup> Eğer karşı taraf bunun içeriğine müdahale etmiş ve hükümler pazarlık konusu olmuşsa bu durumda genel işlem koşullarından bahsedilmez.<sup>167</sup> Ancak genel işlem koşullarının sözleşme taslağı ile karıştırılmaması gerekir. Zira sözleşme taslağı, üzerinde tartışılacak bir metin olmasına rağmen genel işlem koşullarında metin tartışmaya açılmamaktadır.<sup>168</sup>

### **D. İleride Çok Sayıda Sözleşmede Kullanılmak Üzere Hazırlanmış Olma**

Genel işlem koşulları, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanır. Bu husus TBK'nın 20. maddelerinde açıkça düzenlenmiştir. Zaten genel işlem koşullarının ortaya çıkış sebebi girişimcilerin bu sözleşmeyi çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak istemeleri ve değiştirilmesine de izin vermek istememeleridir.<sup>169</sup> Belirtmek gerekir ki genel işlem koşullarının çok sayıda sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanmış olması denetim kapsamına girmesi için yeterli olup ayrıca birden fazla kez kullanılmasına gerek yoktur. Yani ilk kullanım da denetime tabi olması bakımından yeterlidir.<sup>170</sup> Kira sözleşmeleri bakımından kullanılan matbu sözleşmelerin genel işlem koşullarını içerip içermediği ve denetime tabi olup olmadığı yönünde

<sup>165</sup> AKİPEK, 1999, s. 224; ZEVLİLER/AYDOĞDU, s. 159.

<sup>166</sup> ATAMER, 2011, s. 15; BAŞ, s. 285.

<sup>167</sup> ATAMER, 2001, s. 61.

<sup>168</sup> BAŞ, s. 285.

<sup>169</sup> ATAMER, 2011, s. 16.

<sup>170</sup> AKİPEK ÖCAL, Sempozyum, 2013, s. 17-18; ÇINAR, s. 57; YELMEN, s. 55.

doktrinde bir tartışma mevcuttur. Bir görüşe göre,<sup>171</sup> matbu kira sözleşmesi, taraflardan birince hazırlanmadığı ve ileride birden çok sözleşmede kullanılması amaçlanmadığı için, bu sözleşmelerde bulunan kayıtların genel işlem koşulu olarak kabulüne imkân yoktur. Diğer bir görüşe<sup>172</sup> göre ise, matbu olarak hazırlanan sözleşmeyi kullanan kişinin bunu ileride çok sayıda kullanma amacının olmaması genel işlem koşullarının tespitine engel olmaz. Zira bu matbu kira sözleşmesi düzenleyen tarafından ileride çok sayıda sözleşmede kullanılmak amacıyla yapılmıştır. Yani önemli olan o matbu sözleşmeyi hazırlayanın niyetidir.<sup>173</sup>

Genel işlem koşulları yazılı ya da bunu kullanan tarafça en azından belirlenmiş olmalıdır. Yazılı olmasında, metnin ne şekilde (bilgisayar, el yazısı, daktilo) ele alındığı önemli olmayıp, bunun bir nüshasının sözleşmenin diğer tarafına verilmesi ya da herhangi bir yere asılması yeterlidir. Ancak yazılı olmayan bir genel işlem koşulundan bahsediyorsak bunun, hazırlayanın kafasında şekillenmiş ve sözleşme akdedecek temsilcilerince de aynı şekilde uygulanmış olması gerekir.<sup>174</sup>

Genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin birbiriyle tamamen aynı olması gerekmez.<sup>175</sup> Zira TBK'nın 20/f.2 maddesinde, "*Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.*" hükmü ile bu husus açıkça düzenlenmiştir. Bununla örneğin, sözleşme içeriğindeki madde numaralarının veya yerlerinin değiştirilmesi, madde sayısının azaltılması<sup>176</sup> ya da aynı anlama gelen farklı cümlelerin kullanılması

<sup>171</sup> AKİPEK, 1999, s. 224; BAHTİYAR, s. 79.

<sup>172</sup> ATAMER, 2001, s. 67; ATAMER, 2011, s. 17; YAVUZ, Selçuk, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Şartlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 37; ÇINAR, s. 58; BAŞ, s. 286.

<sup>173</sup> ATAMER, 2011, s. 17; BAŞ, s. 287; ÇINAR, s. 58.

<sup>174</sup> ATAMER, 2011, s. 14.

<sup>175</sup> BAŞ, s. 280-281; DOĞAN, Gül, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013, (s. 459-473), s. 463-464; KILIÇOĞLU, s. 113; OĞUZMAN/ÖZ, s. 163; AKÇAAL, s. 54.

<sup>176</sup> KILIÇOĞLU, s. 113.

suretiyle<sup>177</sup> sözleşmenin genel işlem koşulu denetiminden dolanılmak istenmesinin önüne geçilmiştir.<sup>178</sup>

#### **E. Sözleşmenin Kurulması Sırasında Bu Koşulların Esas Alınması**

Genel işlem koşullarının yalnızca oluşturulmuş olması yeterli değildir, bu koşulların aynı zamanda karşı tarafa sunulması gerekir. Ekonomik açıdan güçlü olan taraf önceden sözleşme koşullarını hazırlar ve bunu ekonomik açıdan zayıf olan, zaman darlığı ya da bilgi eksikliği bulunan tarafa sunar.<sup>179</sup> Bu itibarla, genel işlem koşulunu kullanan kişi, onu karşı tarafa sunan ve sunduğu bu koşulların sözleşmenin içeriği olmasını isteyen kişidir. Eğer bir taraf kendisine yalnızca genel işlem koşulları çerçevesinde öneride bulunmasını zorunlu kılıyorsa, bu durumda karşı tarafı, öneriye bu koşullarda zorlayan tarafı yine kullanıcı olarak kabul etmek gerekir.<sup>180</sup> Üçüncü bir kişi veya kurum tarafından hazırlanmış olan genel işlem koşulu içerikli sözleşmenin iki tarafça kabul edilmesi durumunda, artık bireysel sözleşmenin varlığından bahsetmek gerekir. Zira burada herhangi bir kimse karşı tarafa bunu sunmamakta ve onun müzakere edilmesine de engel olmamaktadır.<sup>181</sup>

Genel işlem koşulunu kullanan taraf, bu hükümlerin müzakere sonucu kabul edildiğini sözleşme içeriğinde veya başka bir sözleşmede belirtmiş ve karşı taraf da bunu imzalamış olsa dahi genel işlem koşulu niteliğindeki hükümler denetimden kurtulamayacaktır. Zira TBK 20/f.3 maddesinde, "*Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.*" hükmü

---

<sup>177</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 163.

<sup>178</sup> AKÇAAL, s. 54; BAŞ, s. 281.

<sup>179</sup> AYDOĞDU, 2011, s. 18.

<sup>180</sup> ATAMER, 2011, s. 18.

<sup>181</sup> ATAMER, 2011, s. 18.

düzenlenmiştir. Genel işlem koşullarının tek tek tartışıldığını iddia eden "kullanan" bunu ispat ile yükümlüdür.

### **III. Genel İşlem Koşullarının Hukuki Niteliği**

#### **A. Norm Teorisi**

Genel işlem koşullarının, genel ve soyut nitelikte olduğu çalışmamızın önceki bölümünde açıklanmıştı. Norm teorisine göre, yasalar gibi genel işlem koşullarının genel ve soyut cümleler şeklinde oluşturulmaları onların "normatif nitelikte" olarak değerlendirilmesine yol açmıştır.<sup>182</sup> Ancak bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir. Zira hukuk normlarının yasama organı tarafından oluşturuldukları göz önüne alındığında, genel işlem koşullarının bu yönüyle hukuk normundan ayrılacağı açıktır.<sup>183</sup> Kaldı ki yasa normları kişiler arasında herhangi bir ayrıma gitmeden tarafların haklarını ve menfaatlerini eşit olarak korumayı hedeflerken, genel işlem koşulları yalnızca bunu kullanan tarafından, değiştirilmesine imkân verilmeksizin karşı tarafa sunulması nedeniyle sadece onun lehine düzenlemeler içerir.<sup>184</sup> Öte yandan yasa normlarının bir tarafın iradesine bakılmaksızın, o kişi hakkında uygulanması zorunlu olduğundan bu yönüyle de genel işlem koşullarından farklılık gösterir. Zira genel işlem koşulları her ne kadar taraflardan birince karşı tarafa sunulsa dahi, karşı taraf bunu kabul etmediği sürece uygulama alanı bulamayacaktır.

#### **B. Örf ve Adet Teorisi**

Örf ve adet hukuku, toplumu oluşturan bireyler tarafından sürekli olarak tekrarlanması sonucu, uyulması mecburi olduğu kanaati ile uygulanan kurallar

---

<sup>182</sup> ATAMER, 2001, s. 77-78; HAVUTÇU, 2003, s. 93-94; ÇINAR, s. 59.

<sup>183</sup> REHBİNDER, Manfred, "Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması", (Çeviren: Ömer Teoman), Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, İÜHFM, C. XLII, S. 1-4, 1976, (s. 641-653), s. 648; AKMAN, Galip Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul, 1976, s. 89.

<sup>184</sup> SOYER, M. Polat, Genel İş Koşulları, İzmir, 1987, s. 55.

bütünüdür.<sup>185</sup>Bu görüşe göre, genel işlem koşulları uzun zamandan beri pek çok işlem için kullanıldığından bunları örf, adet veya teamül olarak nitelendirmek ve bağlayıcılıklarına da bu şekilde dayanak bulmak mümkündür. Ancak genel işlem koşulları uzun zamandan beri uygulanagelse dahi tarafların bunlara uyulması konusunda zorunluluk içinde bulunmadığı açıktır.<sup>186</sup> Zira genel işlem koşulunu kullanan tarafın bunu diğer tarafa sunmuş olması durumunda, sözleşmenin karşı tarafının bunu kabul etme yükümlülüğü ya da bu konuda kabul etme mecburiyeti bulunduğu söylenemez. Öte yandan genel işlem koşullarının uzun süredir uygulanması nedenine dayanılarak da örf ve adet hukuku kuralı sayılmasına imkân yoktur. Çünkü genel işlem koşullarını kullanan her bir kimse bakımından koşulların içeriği değişiklik arz edebilir. Bu nedenle örf ve adet görüşüne dayanılarak genel işlem koşullarının açıklanması mümkün değildir.<sup>187</sup>

### **C. Sözleşme Teorisi**

Bu teoriye göre genel işlem koşulları taraflardan birinin çok sayıda sözleşmede kullanmak üzere düzenlenmiş olduğu koşullar olduğundan sözleşme içeriğine dahil edilmediği takdirde anlam ifade etmezler. Ancak sözleşme koşulu haline getirildiğinde hüküm doğurmaya başlarlar.<sup>188</sup> Genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğini oluşturması için de tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığı aranır.<sup>189</sup> Taraflar birbirine uygun irade açıklanmasında bulunmadan, yani bu koşullar sözleşme içeriği haline getirilmeden önce koşullar, yalnızca sözleşme kurulması aşamasında yapılacak öneri bakımından tasarı niteliğinde olacaktır.<sup>190</sup>

<sup>185</sup> DURAL/SARI, s. 79; EDİS, 1983, s. 89; OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 14. Bası, 2007, s. 84-85.

<sup>186</sup> HAVUTÇU, 2003, s. 100.

<sup>187</sup> HAVUTÇU, 2003, s. 100.

<sup>188</sup> ÇINAR, s. 60.

<sup>189</sup> AKİPEK, 1999, s. 228; ATAMER, 2001, s. 40 vd.; HAVUTÇU, 2003, s. 103; ÇINAR, s. 60.

<sup>190</sup> ATAMER, 2001, s. 78; SOYER, s. 69.

Tüm bu görüşler dikkate alındığında, hukukumuzda genel işlem şartlarının sözleşme nitelikli hükümler olduğunun kabulü gerekir. Zira TBK, 20. maddesinde "bir sözleşme yapılırken" ve "karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir." ibarelerini kullanarak bu şartların yalnızca sözleşme içeriği olduğunu kabul etmiştir. Buradan, genel işlem koşullarının tarafları bağlaması için karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile sözleşme hükmü haline getirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Kaldı ki matbu olarak hazırlanmış kira veya kredi sözleşmesi, kiralayan veya kredi veren tarafından karşı tarafa sunulmadığı ve sözleşmenin karşı tarafının bunu kabul iradesini açıklamadığı durumlarda bu koşullar hukukumuzda hüküm ifade etmeyecektir.

#### **IV. Genel İşlem Koşullarının Yararları ve Sakıncaları**

##### **A. Genel İşlem Koşullarının Yararları**

Çalışmamızın önceki bölümlerinde ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere kitlelere yönelik seri halde mal ve hizmet üretimi girişimcilerin her müşteri ile ayrı ayrı sözleşme görüşmesi yapmasını, sözleşmenin koşullarını tartışmasını, onlarla pazarlık yapmasını, şartları bu şekilde belirlemesini rasyonel bir davranış olmaktan çıkarmıştır. Bir satıcı, sağlayıcı ya da kredi verenin her müşteri ile birebir görüşme yapması durumunda sözleşmeler arasında içerik olarak farklılıklar ortaya çıkması mümkündür.<sup>191</sup> Bu da genel işlem koşullarını kullanan tarafın bir ihtilaf halinde, çok çeşitli davalara taraf olmasını beraberinde getirebilir. Ancak her yapılacak sözleşmede aynı genel işlem koşullarının kullanılması suretiyle, bunları kullanan taraf, hukuki işlemlerini çabuklaştırmış ve ortaya çıkacak hukuki ihtilaflarda risklerin önceden hesaplanması mümkün olmuştur.<sup>192</sup> Zira satıcı sağlayıcı veya kredi veren aynı türdeki sözleşmeler ile sık sık muhatap olduğundan zamanla yapmış olduğu sözleşmelerden edindiği bilgi

---

<sup>191</sup> YELMEN, s. 62.

<sup>192</sup> HAVUTÇU, 2003, s. 6; AÇIKGÖZ, 2013, s. 210; YELMEN, s. 63.

birikimi ve tecrübe ile mevzuattaki eksiklikleri kendi lehine kullanabilmeyi başarmıştır.<sup>193</sup>

Her sözleşmenin kurulması sırasında tüm sözleşme hükümlerinin tartışılacak olması girişimcilerin, işletmesinin faaliyet alanı ile ilgili uzman hukukçular istihdam etmesini gerektirebilir. Ancak bu, girişimcilerin yaptıkları işlemlerin maliyetini artıracaktır.<sup>194</sup> Bu nedenle genel işlem koşullarının benzer sözleşmelerde kullanılmak üzere önceden enine boyuna araştırılarak bir kez konunun uzmanına hazırlanması ve bu şekilde işlem maliyetinin düşürülmesi genel işlem koşulunun kullanılmasını girişimci nezdinde makul bir davranış haline getirmiştir. Genel işlem koşullarını içeren bir sözleşmenin karşı tarafa sunulması ve yalnızca sözleşmenin esaslı noktalarının sözleşmenin karşı tarafı ile müzakere edilmesi sözleşmenin daha kısa sürede kurulmasını ve bu şekilde zamandan tasarruf edilmesini sağlar.<sup>195</sup>

Genel işlem koşullarının kullanılması yalnızca girişimciler için değil, bu sözleşmenin karşı tarafı için de yarar sağlayabilir. Zira hukuk kurallarının genel ve soyut olması nedeniyle sözleşme konusu ile ilgili ayrıntılı düzenleme mevcut olmayabilir. Bu durumda sözleşmenin tarafları bakımından bir uyumsuzluk çıktığında hukuki bir belirsizlik söz konusu olacaktır.<sup>196</sup> O halde ayrıntılı olarak düzenlenmiş genel işlem koşulları sözleşmenin tarafları için hukuki belirginliği sağlayacaktır.

## **B. Genel İşlem Koşullarının Sakıncaları**

Genel işlem koşulları, sözleşmenin kurulmasından önce kullanan tarafından tek yanlı olarak hazırlandığı ve kullanıcının, kendisinin menfaatine en uygun kuralları

<sup>193</sup> YELMEN, s. 63; AÇIKGÖZ, 2013, s. 210.

<sup>194</sup> MÜLAZIMOĞLU, Mehmet, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar ve Genel İşlem Koşullarının Denetimi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2014, s. 63.

<sup>195</sup> HAVUTÇU, 2003, s. 6; YELMEN, s. 63; ATAMER, Yeşim M., “Genel İşlem Koşulu Mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi?”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu- Makaleler, Tebliğler- TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2013, (s. 103-137), s. 110.

<sup>196</sup> YELMEN, s. 63.

oluşturduğu düşünüldüğü için, genel işlem koşulu içeren bir sözleşmenin kullanıcı taraf bakımından herhangi bir sakıncasının olmadığı düşünülebilir. Ancak sözleşmenin karşı tarafının zayıf konumda olması nedeniyle genel işlem koşullarına karşı korunması amacıyla getirilen bazı düzenlemeler, kullanan tarafın aleyhine sonuçlar doğurabilmektedir. Zira TBK'nın 27/f.2 maddesinde *"Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur."* düzenlemesi yapılmıştır. Bu husus genel işlem koşulları bakımından uygulanmayacaktır. Zira TBK'nın 22. maddesinde *"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."* hükmü düzenlenmiştir. Buna göre karşı tarafın menfaatine aykırı olan genel işlem koşulları açıkça bilgi verilmesi ve sözleşmenin karşı tarafının da bunu kabul etmesi durumunda sözleşmenin içeriği haline gelebilecek, aksi halde yazılmamış sayılacaktır. Ancak yazılmamış sayılan hükümler dışındaki sözleşme hükümleri geçerliliğini koruyacak ve genel işlem koşullarını kullanan taraf yazılmamış sayılan hükümler olmasıydı, sözleşme yapmayacak olduğu hususunu ileri süremeyecektir.<sup>197</sup> (TBK m. 22) Bu durumda genel işlem koşullarını kullanan taraf bakımından, bu hükümler onun aleyhine sonuç doğurabilecektir.<sup>198</sup>

Öte yandan TBK'nın 23. maddesi gereğince genel işlem koşulları açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa kullananın aleyhine, karşı tarafın

<sup>197</sup> KILIÇOĞLU, s. 114-115; OĞUZMAN/ÖZ, s. 164-165.

<sup>198</sup> YELMEN, s. 64.

lehine yorumlanacaktır. Bu durumda genel işlem koşullarını kullanan tarafın bunun hazırlanması sırasında açık ve anlaşılır olmasına dikkat etmesi gerekmektedir.

Elbette ki sözleşmenin zayıf tarafını oluşturan ve kendisine genel işlem koşulu içeren sözleşme sunulan taraf, sözleşmenin içeriğine müdahale edememekte,<sup>199</sup> sözleşmeyi kendisine sunulan şekilde kabul etmek durumunda kalmaktadır. Karşı tarafın bu hükümleri kabul etmemesi durumunda da sözleşme kurulamamaktadır. Yani aslında sözleşmenin karşı tarafı, ya sunulan koşullarla sözleşmeyi yapacaktır ya da sözleşmeden vazgeçecektir.<sup>200</sup> Zayıf konumda olan taraf genellikle ikinci seçeneği tercih etmekte ve bu koşulları istememesine rağmen mecbur kaldığı için sözleşmeyi kabul etmektedir. Ayrıca genel işlem koşullarını kullanan taraf bir sözleşmeyi daha önceden konunun uzmanlarına hazırlattığı için uyuşmazlık durumundaki tüm rizikoları hesaplayarak emredici hukuk kuralları dışındaki tüm hükümleri kendi lehine düzenleyip bunları sözleşmeye dahil etmekte ve böylece kendini tüm rizikolara karşı korumaya almaktadır.<sup>201</sup> Bu da sözleşme adaletini ortadan kaldırmaktadır.

Görüldüğü üzere, genel işlem koşullarının sözleşmenin her iki tarafı bakımından da yararları ve sakıncaları mevcuttur. Ancak sakıncaları bulunduğu bahisle genel işlem koşullarının tamamen yasaklanması da rasyonel bir tutum değildir. Zira ticari hayatın gerekleri bu koşulların kullanılmasını zorunlu kılmaktadır.<sup>202</sup> Bu nedenle genel işlem koşulları kullanılabilirmeli ancak denetimi de sıkı bir şekilde yapılabilirmelidir.

---

<sup>199</sup> ATAMER, 2011, s. 15; BAŞ, s. 285.

<sup>200</sup> OZANOĞLU, Hasan Seçkin, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara, 1999, s. 202; YELMEN, s. 66.

<sup>201</sup> ÖZ, s. 129-130.

<sup>202</sup> HAVUTÇU, 2003, s. 39.

## § 4- HAKSIZ ŞART KAVRAMI

### I. Genel Olarak

Sosyal ve ekonomik hayatta meydana gelen gelişmeler, girişimcilerin her bir sözleşmenin kurulmasında sözleşmenin karşı tarafı ile müzakere ederek sözleşme koşullarını belirlemesi yerine çok sayıda kişi ile kurulacak sözleşmelerde karşı tarafın kişisel durumunu dikkate almaksızın aynı içerikte sözleşmeleri önceden oluşturmasını zorunlu kılmıştır.<sup>203</sup> Ancak daha önce açıkladığımız üzere bu tür sözleşmeleri hazırlayan ya da kullanan tarafın sözleşmenin içeriğinde kendi lehine ve karşı tarafın aleyhine hükümlere yer vermesi yedek hukuk kurallarını kendi lehine kullanması mümkün olmaktadır.<sup>204</sup>

Tüketici sözleşmesi, iki tarafın müzakeresi sonucu gerçekleşmiş ve ileri sürülen sözleşme hükümleri her iki tarafça kabul edilmiş ise, bu durumda sözleşme hükmü tüketicinin aleyhine olsa bile uygulanacaktır. Bu durumda bireysel sözleşmenin varlığı kabul edilir ve sözleşme hükümleri bakımından haksız şart tartışması yapılmaz. Ancak eğer sözleşme hükümleri pazarlık konusu edilmeden ve hatta okunmadan kabul edilmişse, kabul edilen bu sözleşme hükümleri de dürüstlük kuralına aykırı olacak biçimde tüketici aleyhine bir dengesizliğe neden olmuşsa bu durumda haksız şart söz konusu olabilecektir.<sup>205</sup> Öte yandan haksız şartın varlığı için genel işlem koşullarında olduğu gibi "birden çok kişi ile yapılmış olma" koşulu aranmadığından, yani yalnızca önceden düzenlenmiş olma ve "tüketici ile müzakere edilmemiş olma" koşulu yeterli görüldüğünden, bireysel sözleşmelerde yer alan haksız şartlar da denetime tabi olmalıdır.<sup>206</sup>

---

<sup>203</sup> HAVUTÇU, 2003, s. 2-3; ATAMER, 2001, s. 1 vd.; GÜNGÖR, s. 35 vd.

<sup>204</sup> ÖZ, s. 139-140; ÇABRİ, s. 118.

<sup>205</sup> ÇABRİ, s. 118.

<sup>206</sup> ÇINAR, s. 26-27. TKHK'da önceden düzenlenmiş ve tüketicinin içeriğine müdahale edemediği durumlarda haksız şartın varlığından söz edilebileceği düzenlenmiş olmasına rağmen önceden

Haksız şart kavramı, mevzuatımıza 4077 sayılı Kanunda 2003 yılında 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile girmiştir. Bu düzenleme Avrupa Konseyi'nin tüketicileri korumak için çıkardığı, 5 Nisan 1993 tarihli 93/13/AET Sayılı Yönergenin iç hukuka yansımastır.<sup>207</sup> Yönergeyi iç hukuklarına aktaran pek çok devlet, aslında sadece genel işlem koşulu içeren sözleşmelerde yer alan haksız şartlar bakımından düzenleme yapmıştır. Zira çoğu Avrupa Birliği üyesi ülkelerin mevzuatlarında genel işlem koşulları önceden düzenlenmişti. Ancak bizim hukukumuzda 4822 sayılı Kanun yürürlüğe girdiğinde, genel işlem koşulları ile ilgili genel nitelikte herhangi bir düzenleme yer almamaktaydı. Bu nedenle TKHK'da yer alan düzenleme, genel işlem koşullarının düzenlenmesi konusunda da etkili olmuştur.

6502 Sayılı Kanun'un 5. maddesinde, "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar" başlığı altında haksız şartlar düzenlenmiştir. 4077 sayılı Kanunda da "Sözleşmedeki Haksız Şartlar" başlığı ile benzer bir düzenleme yapılmıştı. Ancak 6502 sayılı Kanun, TBK'da düzenlenmiş olan "genel işlem koşulları" ifadesini kullanmak yerine, önceki TKHK'da yer alan ifadeyi koruyarak "haksız şart" terimini tercih etmiştir. TBK ile uyumlu olmasını sağlamak ve hukuk terminolojisi bakımından terim birliğini sağlamak açısından "koşul" kavramının kullanılması daha isabetli olurdu.<sup>208</sup> Bu maddede esasen tüketici sözleşmelerinde yer alan genel işlem koşulları düzenlenmiştir. Ancak genel işlem koşulu niteliğini taşınmasa dahi tüm haksız sözleşme şartları da bu

---

düzenlenmiş olmamakla birlikte tüketicinin içeriğine müdahale edemediği sözleşme hükümlerinin de tüketicinin menfaatlerini ihlal etmesi durumunda haksız şart olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. ÇINAR, 2009, s. 27 vd.; ÇABRİ, 2016, s. 121-122; DERYAL, Yahya, "6098 Sayılı TBK'nın 20-25. Maddede Yer Alan "Genel İşlem Koşulları" ile 6502 Sayılı TKHK'nın 5. Maddesinde Yer Alan "Haksız Şartlar"ın Karşılaştırılması", THD, C. 9, S. 99, Kasım 2014, s. 45; AKİPEK ÖCAL, Sempozyum, 2013, s. 58.

<sup>207</sup> ÇABRİ, s. 118; AYDIN, Ramazan, "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK m. 5)", ERÜHFD, C. 11, S. 1, Haziran 2016, (s. 83-123), s. 86.

<sup>208</sup> Aynı yönde bkz. AKÇAAL, Mehmet/UYUMAZ, Alper, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (M. 1-16) İlişkin Bir İnceleme", İÜHFD, C. 4, S. 2, 2013, (s. 241-276), s. 252.

hüküm çerçevesinde denetlenebilecektir.<sup>209</sup> Zira haksız şartlar, hem genel işlem koşullarını içine aldığı hem de kanuni koşulların varlığı halinde genel işlem koşulu sayılmasa dahi müzakere edilmeden sözleşme içeriği haline getirilen sözleşme hükümlerini kapsadığı için daha geniş bir kavramı ifade etmektedir.<sup>210</sup> Bu durumda hukukumuzda, yalnızca genel işlem koşullarının içinde yer alıp almadığı göz önünde bulundurulmaksızın tüketici ile akdedilen sözleşmelerde müzakere konusu yapılmamış tüm haksız şartlar denetime tabi tutulmuştur.<sup>211</sup> 1993 tarihli Yönerge de bu hususta benzer bir düzenleme yapmıştır.

## II. Haksız Şartın Tanımı

Haksız şart kavramı, 4822 sayılı Kanun ile değişik 4077 sayılı Kanunun 6. maddelerinde *"Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyiniyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları"* olarak tanımlanmıştı. 6502 sayılı Kanunda ise, *"Tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları"* olarak tanımlanmıştır (TKHK m.5). Her iki madde karşılaştırıldığında esasen haksız şartın tanımı ve unsurları bakımından benzer düzenlemeler olduğu görülmektedir. Ancak maddelerde kullanılan bazı terimlerde değişikliğe gidilmiştir. 4077 sayılı Kanun'da haksız şartların, "satıcı ve sağlayıcı" ile tüketici arasındaki sözleşmelerde söz konusu olabileceği düzenlenmişti. Ancak

<sup>209</sup> YILDIRIM, Abdulkemir, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler", GÜHFD, C. XVII, S. 1-2, 2013, (s. 1015-1047), s. 1026.

<sup>210</sup> AKÇAAL/UYUMAZ, s. 252.

<sup>211</sup> ATAMER, Yeşim M., "Genel İşlem Şartlarında Yeni Açılımlar", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, 2004, (s. 291-331), s. 296; BAYKAN, Renan, Tüketici Hukuku, Mevzuata İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri, İTO Yayınları, No: 2005-41, İstanbul, 2005, s. 230; ACAR, Hakan, "Türk Hukukunda Sözleşmedeki Haksız Şartlar", EÜHFD, C. III, S. 2, 2008, (s. 263-289), s. 271. Hükmün, standart sözleşmelerde öngörülen haksız sözleşme şartlarına ilişkin olduğuna dair bkz. AYDOĞDU, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara, 2015, s. 212; AYDOĞDU, Murat, Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, 2014, s. 186.

TKHK'nın tanımlar başlığı altında “kredi veren” kavramı ayrı olarak tanımlanmıştı. Bu nedenle kredi verenin taraf olduğu sözleşmelerde haksız şart denetimi yapıp yapılamayacağı, kanun koyucunun bilinçli olarak mı bu kavramı kapsam dışında bıraktığı konusunda tereddüt yaşanmaktaydı.<sup>212</sup> Ancak Türkiye'de bankacılık sektörünün son yıllarda hızla geliştiği hususu da göz önüne alındığında, bankalarla tüketiciler arasında akdedilen kredi sözleşmelerinde haksız şart denetimi yapılmasının zorunlu olduğu açıktır.<sup>213</sup> Kanunun bu amaçla hareket etmediği Kanuna dayanılarak çıkarılan Yönetmeliğin 4/d maddesinde yer verdiği haksız şart tanımından anlaşılmaktaydı. Zira burada haksız şart "satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tüketiciyle müzakere etmeden tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyiniyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları " şeklinde tanımlanmıştı. Burada Kanundan farklı olarak kredi verenin yapmış olduğu sözleşmelerde de haksız şartın varlığından bahsedilmekteydi. 6502 sayılı TKHK'da bu çelişki giderilmiş olup, haksız şart tanımında satıcı, sağlayıcı veya kredi veren ibaresi kullanılmayarak bunun yerine "taraflar" ibaresi tercih edilmiştir.

Öte yandan 4077 sayılı Kanunda "iyi niyet kuralı" ibaresi yer alırken 6502 sayılı Kanun bunun yerine "dürüstlük kuralı" ibaresini tercih etmiştir. Zira bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce de,"iyiniyet kuralı" ibaresinin TMK'nın 3. maddesinde düzenlenen "sübjektif iyiniyet" olmadığı, kastedilenin dürüstlük kuralı olduğu ileri sürülmekteydi.<sup>214</sup> Kanun koyucu bu hususu dikkate alarak kavram konusunda isabetli olarak değişikliğe gitmiştir.

---

<sup>212</sup> ATAMER, 2004, s. 294; AKÇAAL/UYUMAZ, s. 252; ŞAHİN, Turan/KİZİR, Mahmut, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Esaslar, Haksız Şartlar ile Ayıplı Mal ve Hizmetler Konusunda Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler”, THD, C. 9, S. 89, Ocak 2014, (S. 68-78), s. 71-72.

<sup>213</sup> ATAMER, 2004, s. 294; ÇINAR, s. 23.

<sup>214</sup> AYDOĞDU, 2014, s. 184; ÇINAR, s. 143; ŞAHİN/KİZİR, s. 71; AKÇAAL/UYUMAZ, s. 252; ATAMER, 2004, s. 303; AKİPEK ÖCAL, Sempozyum, 2013, s. 56.

6502 Sayılı Kanuna göre haksız şartın varlığının kabul edilebilmesi için, tüketici ile müzakere edilmemiş olma ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olma koşullarının varlığı gereklidir. Ancak Kanun getirilen şartlar bakımından Yönergenin 3/f.1 maddesinden ayrılmaktadır, Zira Yönergede haksız şartlar tanımlanırken, *"tek başına müzakere edilmemiş olan sözleşme kaydı, dürüstlük kuralına aykırı düşecek bir şekilde tüketicinin aleyhine (zararına), onun sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinin dağılımında önemli ve haksız bir orantısızlık yaratması halinde kötüye kullanılabilir kayıt"* ibaresi kullanılmıştır. Burada Yönerge, haksız şartın varlığı için, tarafların sözleşmeden doğan hak ve borçları arasında oluşacak dengesizliğin "önemli" nitelikte olmasını aramıştır.<sup>215</sup>

### **III. Haksız Şartın Unsurları**

#### **A. Tüketici ile Müzakere Edilmemiş Olma**

Bir şartın, tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilmesi haksız şart sayılabildiğinin ilk koşuludur. Bu anlamda müzakere edilmemiş olma kavramından anlamamız gereken, sözleşme hükümlerinin ekonomik açıdan güçlü olan tarafça önceden<sup>216</sup> tek taraflı olarak hazırlanmış olmasıdır. Yani tüketicinin satıcı, sağlayıcı veya kredi verenle beraber sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğünü kullanamamış olması gerekir. Bir sözleşme hükmünün müzakere edilip edilmediğinin anlaşılmasında, girişimcinin karşı tarafa sözleşmeyi şekillendirme, değiştirme konusunda bir olanak sağlaması yeterli olmayıp, aynı zamanda tüketicinin bu hükümleri anlama ve değiştirme konusunda gerekli bilgi birikimine de sahip olması gerekir. Yani tarafların ciddi,

<sup>215</sup> AKÇAAL/UYUMAZ, s. 253. Haksız şartın varlığı bakımından hem önemli ve haksız oransızlığın hem de tüketicinin zarar görmesi koşulunun aranmasının haksız şartlara karşı tüketicinin, amaçlandığı şekilde korunmasını engelleyeceği hususunda bkz. ÇINAR, s. 32.

<sup>216</sup> Önceden hazırlanmış olmamakla birlikte tüketicinin içeriğine müdahale edemediği hükümler bakımından da haksız şart değerlendirilmesi yapılabileceği hakkında bkz. Dn. 206.

dikkate alınabilir bir şekilde sözleşme içeriğini birlikte belirlemeleri imkânının olması, müzakere edilip edilmediğinin ölçütüdür.<sup>217</sup>

Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememiş ise, o sözleşme şartının tüketici ile müzakere edilmediği kabul edilir. (Yönerge m.3/f.2, Yönetmelik m.5/f.2 ve 6502 sayılı Kanun m. 5/f.3'e göre). Bu durumda önceden düzenlenen ve standart sözleşmede yer alan hükümlerin, tüketici ile müzakere edilmediği konusunda bir karine öngörülmüştür.<sup>218</sup> Zira Kanunun 5. maddesinin 3. fıkrasının 2. cümlesinde sözleşmeyi düzenleyenin, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia etmesi durumunda, ispat yükünün kendisine ait olacağı, 3. cümlesinde de standart bir sözleşme içerisindeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olmasının sözleşmeyi standart sözleşme olmaktan çıkarmayacağı düzenlenmiştir. (Yönetmelik 5/f.2, c.2 ve 5/f.3 ile Yönerge 3/f.2, c.2 ve 3/f.2, c.4)

Tüketici sözleşmelerinde, taraflar serbest iradeleri ile sözleşme hükümleri üzerinde pazarlık yapmışlar ise, bu durumda haksız şart denetimi yapılmayacaktır, zira kanunun haksız şartları düzenleyen 5. maddesinin gerekçesinde bu husus açıkça belirtilmiştir.<sup>219</sup> Haksız şart denetimi, yalnızca tüketicinin serbest iradesini ortaya koyamadığı,<sup>220</sup> karşı tarafın kendisine sunduğu, tek yanlı hazırlanan hükümlerini içeriğini değiştirmeden kabul ettiği durumlarda söz konusu olacaktır. Öte yandan sözleşmenin kuruluş aşamasında girişimci pazarlığa açık olduğunu bildirirse dahi psikolojik ve entelektüel açıdan zayıf olan tüketicinin genel işlem koşullarının içeriğini anlama ve değiştirme konusunda yeterli bilgi sahibi olmaması nedeniyle sözleşme koşullarını değiştirme ve bu konudaki önerilerini sunma olanağının hak ve

<sup>217</sup> ATAMER, 2004, s. 297.

<sup>218</sup> ÇABRİ, s. 121, ÇINAR, s. 25; AYDOĞDU, 2015, s. 218; AKİPEK ÖCAL, Sempozyum, 2013, s. 56.

<sup>219</sup> ÇABRİ, s. 123; ATAMER, 2013, s. 104; TOPAK, Süleyman, "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları", TBBD, S. 122, 2016, (s. 281-314), s. 287-288.

<sup>220</sup> ÇABRİ, s. 123.

yükümlülüklerini iyileştirmede yeterince etkili olamayacağı açıktır.<sup>221</sup> Bu nedenle tüketicinin kendisiyle müzakere yapmak isteyen genel işlem koşulu içeren sözleşmeyi kullanan taraf ile karşılaşması, ona sınırlı bir avantaj sağlamaktadır.

TKHK madde 5/f.5'e göre faaliyetlerini kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların hazırladığı sözleşmelerde de, niteliğine bakılmaksızın haksız şart denetimi yapılacağı açıkça düzenlenmiştir.

## **B. Sözleşmeden Doğan Hak ve Yükümlülüklerin Dürüstlük Kuralına Aykırı Olarak Tüketici Aleyhine Dengesizlik Oluşturması**

Bir sözleşme hükmünün müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilmesi, onun haksız şart sayılabilmesi için yeterli olmayıp, ayrıca bu şartın sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde dürüstlük kuralına aykırı olarak tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması gerekir. Bu hükmün yerinde bir düzenleme olduğu kabul edilebilir. Zira aksinin kabulü halinde müzakere edilmeden sözleşmeye konulan her hükmün meşruluğu tartışılır hale gelecektir. Halbuki müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilmiş olmasına rağmen tüketici aleyhine sonuç doğurmayan sözleşme hükümlerinin varlığı da söz konusu olabilir. Bu anlamda dengesizliğin belirlenmesinde “dürüstlük kuralı” ölçüt olarak alınmıştır. Yargıtay bir kararında<sup>222</sup> dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmediği müddetçe tek taraflı olarak sözleşmeye konulan hükümlerin haksız şart olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.

---

<sup>221</sup> ATAMER, 2001, s. 74.

<sup>222</sup> "Davacı eldeki dava ile, davalı banka ile imzaladığı kredi sözleşmesi nedeniyle kendisinden farklı isimler adı 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 uyuşmazlığın 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 nedeniyle kredi borçlusunun belli bir prim ödeme borcu altına girdiği anlaşılmakla birlikte, hayat sigortası kapsamına alınmasında, kredi borçlusu tüketicilerinde bir menfaatinin olduğu açıktır, hal böyle olunca, sözleşme kapsamında tahsil edilen hayat sigortası primlerine ilişkin kayıtların haksız şart niteliğinde olduğunun kabulüne olanak bulunmamaktadır." Yargıtay 13. HD., 08.07.2014 Tarih, E. 2014/22473, K. 2014/23099 sayılı kararı. (TOPAK, s. 290'dan naklen).

6502 sayılı Kanunun 5/f.6 maddesinde sözleşme şartının haksızlığının, 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 belirleneceği düzenlenmiştir. Madde göz önüne alındığında, sözleşmenin içerisindeki bir hükmün haksız şart olduğunu iddia etmeden önce sözleşmenin bütün halinde değerlendirilmesi gerekecektir. Zira bir hüküm tek başına değerlendirildiğinde, haksız şart olarak kabul edilebilecek iken, sözleşmenin tamamı ile birlikte değerlendirildiğinde hak ve yükümlülüklerdeki dengesizliğin giderilmiş olabileceği görülebilecektir.<sup>223</sup>

Yönergede haksız şartın varlığı için dürüstlük kuralına aykırılığın önemli ölçüde olması aranmıştır. Ancak TKHK'da dürüstlük kuralına aykırılığın "önemli ölçüde" olması kriteri düzenlenmemiştir.<sup>224</sup> Dürüstlük kuralına aykırılığın önemli ölçüde olması koşulunun hukukumuzda da aranması gerektiği kanaatindeyiz. Zira tarafların karşılıklı müzakeresi sonucunda oluşturulan sözleşmelerde dahi tam anlamıyla menfaat dengesinin kurulması mümkün değildir. Bu anlamda müzakere edilmeden sözleşmeye konulan bir hükmün normal olandan daha fazla bir dengesizliğe neden olması gerekir ki tüketicinin durumunun ağırlaştığından bahsedilebilsin.<sup>225</sup>

Dürüstlük kuralı "dengesizlik (oransızlık)" kavramının belirlenmesi bakımından önemli olduğu için öncelikle Kanunun ne tür bir oransızlıktan bahsettiğinin araştırılması gerekir. Bu durumda, oransızlık kavramından aslında "hukuki" değil de "ekonomik" bir anlamın çıkarılması gerekir. Bu ekonomik dengesizlik de tarafların durumuna göre belirlenmelidir. Yani önemli olan sözleşmenin taraflarının işlem yapıldığı sırada

<sup>223</sup> ASLAN, s. 320.

<sup>224</sup> TOPAK, s. 290; ÇINAR, s. 24; AYDOĞDU, 2014, s. 191; ÇABRİ, s. 127.

<sup>225</sup> GÜMÜŞ, s. 64; ÇINAR, s. 24; ATAMER, 2004, s. 309. Aksi yönde bkz. TOPAK, s. 201. Yazara göre, "önemli ölçüde" kavramı belirsiz ve yoruma açık bir kavramdır. Bu durumda hakim önüne gelen uyuşmazlıkta oransızlığın önemli olup olmadığını kendi yorumu ile belirleyecektir. Bu da beraberinde sübjektif bir değerlendirmeyi getirecektir. Sübjektif bir yorum taraf menfaatlerini zedeleyeceği için oransızlığın tüketici aleyhine olup olmadığının belirlenmesinde objektif bir kriter olan dürüstlük kuralı kriterinin getirilmesi isabetli ve yeterlidir.

bulundukları pozisyonudur. Buradaki dengesizliğin değerlendirilmesinde yalnızca aleyhe olduğu düşünülen sözleşme hükmünün değil, sözleşmenin tamamının göz önünde bulundurulması gerekmektedir.<sup>226</sup> Öte yandan, dengesizlik unsuru tespit edilirken tüketicinin bu kayıtların sözleşmeye dahil edilmesi aşamasında rıza gösterdiği sırada etki altında kalıp kalmadığı da önemlidir. Eğer yalnızca karşı tarafın gücü karşısında bunları kabul etmiş ise, bu durumda dengesizliğin varlığı kabul edilebilir.<sup>227</sup>

Maddeden anlaşılabacağı üzere, tüm sözleşme şartları değil, yalnızca tüketici aleyhine olan haksız şartlar tüketiciyi bağlamaz. Bu durumda satıcı, sağlayıcı veya kredi vereninin aleyhine olan sözleşme hükümleri, dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde dengesizliğe neden olsa dahi tüketicinin lehine olması durumunda haksız şartın varlığından söz edilemez.<sup>228</sup> Kanun sözleşmenin, satıcı, sağlayıcı veya kredi vereninin hazırlayacağı varsayımından yola çıkarak onun kendisi aleyhine düzenleme yapmayacağından,<sup>229</sup> aleyhine düzenleme olsa dahi bunun hüküm ve sonuçlarından sözleşmenin güçsüz tarafını oluşturan tüketici kadar etkilenmeyeceğinden bahisle bu şekilde bir düzenleme getirmiştir.<sup>230</sup>

6502 sayılı Kanun m.5/f.7'de, sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde belirleyici olmak üzere bir kriter daha düzenlemiştir. Buna göre, şartlar açık ve anlaşılır bir şekilde 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 yapılamayacaktır. Bu durumda, açık ve anlaşılır olmak koşuluyla, sözleşmenin niteliğine uygun olan asli edim yükümlülükleri, haksız şart denetimi dışında kalır.<sup>231</sup> Kanun koyucu, serbest piyasa ekonomisinin hakim

---

<sup>226</sup> ÇINAR, s. 31; TOPAK, s. 291.

<sup>227</sup> ÇINAR, s. 32.

<sup>228</sup> AYDOĞDU, 2014, s. 192; ÇABRİ, s. 127.

<sup>229</sup> AYDOĞDU, 2014, s. 192.

<sup>230</sup> ÇABRİ, s. 127.

<sup>231</sup> ZEVLİLER/ÖZEL, s. 125.

olduğu bir ortamda edimler arası dengede objektif adaletin yerini "piyasa adaletinin" alacağından bahisle bu şekilde bir düzenlemeye gitmiştir. Zira fiyatların belirlenmesine yarayacak hukuksal bir ölçüt bazı istisnalar dışında hukukumuzda söz konusu değildir. Edimler arasındaki dengeye yalnızca saydamlık ilkesine aykırı davranıldığında müdahale edilebilir.<sup>232</sup>

#### **IV. Haksız Şartın Hukuki Niteliği**

Haksız şartın hukuki niteliği, bunların hangi hallerde geçerli, hangi hallerde geçersiz olacağının, denetiminin nasıl yapılacağının belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Örneğin haksız şartın norm görüşünden hareketle yasa normu olarak nitelendirilmesi durumunda, tüketicinin iradesi aranmaksızın bunların tüketici hakkında geçerli olduğu ileri sürülebilecektir.<sup>233</sup> Ancak sözleşme karakterli olduğu kabul edildiğinde haksız şartın hüküm ve sonuç doğurabilmesi için bunun sözleşmenin içeriği haline gelmesi tüketicinin bunları kabul etmesi gerekmektedir.

Bireysel sözleşmeler bakımından haksız şartın hukuki niteliği hakkında herhangi bir ihtilaf yoktur, zira bunlar sözleşme kökenli hükümlerdir. Bu husus haksız şart tanımında da açıkça belirtilmiştir.<sup>234</sup> Ayrıca genel işlem koşullarının niteliğini açıkladığımız bölümde ayrıntılı olarak anlatıldığı şekilde, 6098 sayılı TBK'da genel işlem koşullarının sözleşme nitelikli olduğu ifade edildiğinden, genel işlem koşulları içerisinde yer alan haksız şartlar bakımından da bunların sözleşme nitelikli hükümler olduğunun kabulü gerekir.<sup>235</sup>

---

<sup>232</sup>Bkz. Madde gerekçesi.

<sup>233</sup> TEKİNALP, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul, 2009, s. 377.

<sup>234</sup> KARADAĞ, Özgür, Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Ankara, 2015, s. 165.

<sup>235</sup> KARADAĞ, s. 165.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

#### §5- GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİM AŞAMALARI

Hukukumuzda, bireysel sözleşme modeli esastır. Ancak seri ve kitle halinde üretimin mal ve hizmet arzını artırması, girişimcilerin her defasında tüketici ile görüşerek sözleşme hükümlerini müzakere etmesi ve karşılıklı birbirine uygun irade beyanları ile sözleşmeyi kurma olasılığını azaltmıştır. Zira rekabet ortamında bir işletme, kendine ait mal ve hizmeti daha hızlı ve daha çok pazarlama içgüdüleriyle hareket eder. Bu da sözleşme görüşmelerinin hızlandırılmasını ve rizikoların en aza indirilerek sözleşmelerin kurulmasını zorunlu kılmaktadır. Bu anlamda, genel işlem koşullarının kullanılması, ticari hayatın gereklerine uygun olarak ticari ilişkilerde vazgeçilmez olmuştur. Daha önce de açıklandığı üzere, hem tüketicinin içeriğine müdahale edemediği sözleşmeler hem de genel işlem koşulu içeren standart sözleşmeler, her iki tarafın müzakeresi sonucu meydana gelmemektedir.<sup>236</sup> Ancak sırf müzakere sonucu meydana gelmemesi nedeniyle, bir genel işlem koşulu içeren sözleşmeyi, tamamen ortadan kaldırıp işlevsiz kılmak hızlı ticari hayatı sekteye uğratacaktır.<sup>237</sup> Bu anlamda tüm müzakere edilmemiş sözleşme hükümlerine karşı değil de, yalnızca tüketicinin menfaatinin ihlal eden sözleşme hükümlerine müdahale edilmesi yerinde olacaktır. Zira bu müdahale, sözleşmenin zayıf tarafının menfaatleri ile sözleşmenin güçlü tarafını oluşturan girişimcinin, ticari hayatı çabuklaştırma isteği yönündeki menfaatinin dengelenmesi için zorunludur. Sosyal hukuk devleti ve tüketicinin korunması prensibi<sup>238</sup> de bunu gerektirir.

<sup>236</sup> ALTAY, Yusuf, Tüketicinin Korunması Bakımından Haksız Şartlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014, s. 89.

<sup>237</sup> ÇINAR, s. 64.

<sup>238</sup> BAHTİYAR, s. 28.

Tüketicinin korunması ilkesinin bir sonucu olarak hukukumuzda, haksız şartlara ilişkin denetim mekanizmalarına ilişkin düzenlemelerin, diğer ülkeler ile karşılaştırıldığında sınırlı bir yasal düzenleme ile hüküm altına alındığı aşikârdır.<sup>239</sup> İdari denetim ve hukuki denetim olarak ikili bir ayrım yapıldığında, idari denetimde, genel işlem koşullarının henüz sözleşme içeriği haline gelmeden önce, ilgili idare tarafından denetlenmesi ve tüketici için menfaatlerini zedeleyici hükümler olması halinde bunların genel işlem koşulları arasından çıkarılması söz konusu olmaktadır. İdari denetim, özellikle haksız şartlar nedeniyle yargısal yola başvurmayan tüketiciler bakımından, koruyucu bir nitelik taşımaktadır. Ancak haksız şartın tanımı göz önüne alındığında, genel işlem koşulu olarak düzenlenmemesine rağmen karşı tarafa müzakere etme olanağı vermeyen bireysel sözleşmelerde yer alan haksız şartlar bakımından, bu denetim yetersiz kalacaktır.<sup>240</sup> Bu itibarla idari denetim dışında, yargısal denetimin de düzenlenmesi isabetlidir. Yargısal denetim ise genel işlem koşulunun sözleşmenin içeriği haline gelip gelmediği,<sup>241</sup> içeriği haline gelmiş ise bunun haksız şart mahiyetinde olup olmadığı,<sup>242</sup> açık ve anlaşılır olup olmadığının tespiti sonucu yorumlanması suretiyle yapılmaktadır.

### **I. Genel İşlem Koşullarının İdari Denetimi**

İdari denetimin amacı, müzakere edilmemiş hükümlerin, hazırlanmasından sonra fakat sözleşmenin içeriği haline gelmesinden önce idari makamlarca denetlenmesi, tüketici için aleyhe sonuç doğuracak sözleşme kayıtlarının sözleşmeden çıkartılması ve denetim sonucunda idarenin onayından geçtiği şekliyle kullanılmasını sağlamaktır. Bu denetim sayesinde tüketiciler yargı yoluna başvurmadan korunabilecek özellikle de,

<sup>239</sup> SEROZAN, Rona, “Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri”, İÜHFM, C. LXI, S. 1-2, 2003, (s. 339-356), s. 341-342.

<sup>240</sup> ALTAY, s. 90.

<sup>241</sup> AKÇAAL, s. 67; ATAMER, 2004, s. 324; ATAMER, 2011, s. 26; ÇINAR, s. 66; ULUSAN, İlhan, “Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi”, İKÜHFD, C. 3, S. 12, Aralık 2004, (s. 27-46), s. 30.

<sup>242</sup> ATAMER, 2011, s. 41; ÇINAR, s. 66; ATAMER, 2001, s. 143; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 164.

ekonomik veya entelektüel açıdan zayıf olmaları ve haklarının bilincinde olmamaları nedeniyle girişimcinin sunduğu haksız şartları kabul etmek zorunda kalmayacaklardır.<sup>243</sup> Bu itibarla idari denetimin önleyici mahiyette olduğu söylenebilecektir.<sup>244</sup> Böylece idari denetim ile tüketicinin korunması en başta sağlanmaya çalışılmaktadır.<sup>245</sup> İdari denetim sayesinde yargının iş yükü azalacak ve yargısal denetim kolaylaşacaktır. Ancak bu, yalnızca standart sözleşmeler bakımından bir denetim sağlayabilir. Bu sözleşmeler dışında bireysel sözleşmelerde de, müzakere edilmeksizin sözleşmeye dahil edilen haksız şartlar söz konusu olabilir. İdari denetim bu açıdan tüketicinin korunması bakımından yeterli bir yarar sağlayamamaktadır.<sup>246</sup>

6502 sayılı Kanunun 5/f. 8 maddesinde, Gümrük ve Ticaret Bakanlığının, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşmelerde yer alan haksız şartların sözleşme metinlerinden çıkarılması ve kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alacağı belirtilmiş, aynı Kanunun 77/f. 2 maddesinde haksız şartların tüketici sözleşmesinde kullanılması durumunda, Bakanlıkça verilecek süre içinde bu haksız şartın sözleşme metninden çıkarılmaması halinde aykırılığın tespit edildiği her bir sözleşme için iki yüz Türk Lirası idari para cezası uygulanacağı belirtilmiştir. Bakanlığa idari denetim yetkisi veren benzer nitelikte bir hüküm, 4077 sayılı Kanunda da yer almıştır. Ancak bu kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelikte idari denetim usul ve esaslarını gösterir herhangi bir hükme yer verilmemişken, 6502 sayılı kanuna dayanılarak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanıp 17 Haziran 2014 tarihli Resmi Gazetede yayınlanmak suretiyle yürürlüğe giren "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelikte" 8. maddede ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır.<sup>247</sup> Düzenlemede sözleşmede yer alan

---

<sup>243</sup> ÇINAR, s. 65.

<sup>244</sup> AÇIKGÖZ, 2015, s. 817; YAVUZ, s. 48.

<sup>245</sup> OZANOĞLU, 1999, s. 23.

<sup>246</sup> ÇINAR, s. 65.

<sup>247</sup> TSHŞHY m. 8: "(1) Bakanlık genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşmelerde yer alan haksız şartların, sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alır.

haksız şartların sözleşmeden çıkarılması veya kullanılması için bakanlığın gerekli tedbirleri alacağı belirtilmesine rağmen, ne tür bir tedbir alınacağı konusunda açıklık yoktur. Yalnızca Bakanlığın gerekli girişimleri yapacağı söylenmiştir. Belirtmek gerekir ki, Bakanlık bu denetimleri ya yapılacak bir şikâyet üzerine ya da haksız şartın uygulandığı bir sözleşmeden resen bilgi sahibi olması üzerine yapacaktır.<sup>248</sup> Zira müzakere edilmemiş olan sözleşme hükümlerinin tamamen Bakanlık onayından geçeceğine dair bir düzenleme mevcut değildir. Ancak bu denetimin daha sıkı şekilde yapılabilmesi için zorunlu onaylatma yükümlülüğü, isteğe bağlı onaylatma yükümlülüğü veya genel işlem şartlarının tescil edilerek kayıt altına alınması şeklinde tedbirlerin uygulanabileceği öğretide savunulmaktadır.<sup>249</sup> Başka bir görüş ise,<sup>250</sup> Bakanlığın idari denetimi düzenli olarak sözleşme denetimi yapmak suretiyle değil de, dava açmak ve idari yaptırım uygulamak suretiyle yapması gerektiğini savunmaktadır. Zira tek tek sözleşmelerin denetlenmesi güçlük yaratabileceği gibi piyasaya müdahale etme sonucunu da doğurabilir. Hukukumuzda idari denetim yalnızca sigorta sözleşmeleri bakımından zorunludur.<sup>251</sup> Buna göre Sigorta Murakabe Kanunun 28. maddesi gereğince, sigorta şirketlerinin ilk defa uygulamaya koyacakları sigorta teminatını, şart ve esaslarını uygulamaya başlamadan en geç on beş gün önce, Müsteşarlığa göndermeleri gerekmektedir. Müsteşarlığın talebi üzerine sigortacılar, mevzuata ve sigortacılık esaslara aykırı nitelikte bulunan veya sigortalıların korunması

---

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

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

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

<sup>248</sup> AÇIKGÖZ, 2015, s. 818; ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 126; TOPAK, s. 304.

<sup>249</sup> TANDOĞAN, s. 35.

<sup>250</sup> ASLAN, s. 329.

<sup>251</sup> AKİPEK, 1999, s. 232; ÇINAR, s. 65.

açısından uygulanmalarında sakınca görülen sigorta teminat ve esaslarını da değiştirmek zorundadırlar.

Öte yandan Bakanlık, tüketici sözleşmelerinde haksız şartların yer aldığını tespit ettiğinde, sözleşmeyi düzenleyene otuz gün veya gerekli gördüğü hallerde uzatmak suretiyle en fazla doksan gün süre verir. Bu süre içerisinde haksız şartlar bunları kullanan tarafça sözleşmeden çıkarılmadığında, Bakanlık sözleşmeye bizzat müdahale ederek haksız şartı yasaklayamaz, yalnızca sözleşmeyi düzenleyene her bir sözleşme için idari para cezası uygular.<sup>252</sup> Haksız şartlar zaten kendiliğinden hükümsüz olduğundan, haksız şart olarak tespit edilen sözleşme hükmünün, kesin hükümsüz olduğunun sözleşmeyi düzenleyen tarafından tüketicilere süresi içinde açık ve anlaşılır şekilde, yazılı veya elektronik ortamda bildirilmesi şeklindeki düzenlemenin, idari para cezasının uygulanmamasının koşulu olduğunu söylemek mümkündür.<sup>253</sup> Ayrıca idari denetimin yapılmış olması, haksızlığı ortadan kaldırmaz ve idari denetimden geçen hükümlerin yargısal denetime tabi olmasına engel olmaz.<sup>254</sup>

## **II. Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi**

### **A. Genel Olarak**

Genel işlem koşullarının yargısal denetimi denildiğinde, koşulun sözleşme içeriğine dahil edilip edilmediği hususundaki bağlayıcılık (yürürlük) denetimi, sözleşme içeriği haline geldiği tespit edilmişse, hak ve yükümlülüklerde karşı tarafın aleyhine dürüstlük kuralına aykırı nitelikte oransızlık bulunup bulunmadığı hususunun değerlendirildiği içerik denetimi ve koşulların birden çok anlama gelmesi yada açık ve anlaşılır olmaması durumunda genel işlem koşulu kullananın aleyhine, karşı tarafın lehine yorumlanacağı hususundaki yorum denetimi akla gelmektedir.

---

<sup>252</sup> ÇABRİ, s. 142.

<sup>253</sup> AYDOĞDU, 2014, s. 194.

<sup>254</sup> YAVUZ, s. 50.

4077 sayılı TKHK'da, bu denetim yollarından yalnızca içerik denetimi düzenlenmiş, Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelikte de yorum denetimine yer verilmişti. Bu eksiklik, 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girmesi ve kanunda genel işlem koşullarının denetimine ilişkin yürürlük, içerik ve yorum denetimi şeklinde üçlü bir denetim mekanizması öngörülmesi sonucunda giderilmişti.<sup>255</sup> Ancak daha önceden de belirttiğimiz gibi, haksız şartların genel işlem koşullarını da içeren daha kapsamlı bir kavram olması nedeniyle genel işlem koşulu niteliğini haiz olmayan, fakat tek yanlı ve müzakere edilmeden düzenlenmiş sözleşme hükümleri kapsam dışında kalmıştır. Her ne kadar 4077 sayılı Kanun'da bu şekilde bir eksiklik meydana gelmiş ise de, 6502 sayılı TKHK'da da yine yürürlük denetimi düzenlenmemiş, eski kanundan farklı olarak yalnızca yorum denetimi de Kanun kapsamına alınmıştır. Bu durumda TBK'nın genel kanun olması nedeniyle haksız şartların yürürlük denetimi, TBK'ya göre yapılacaktır. Zira 6502 sayılı Kanun, yalnızca bir tarafı tüketici olan genel işlem koşulu içeren sözleşme ilişkilerinde uygulanabileceğinden,<sup>256</sup> genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin, tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlarda da uygulama alanı bulması mümkün olacaktır. Ne var ki TBK yalnızca genel işlem koşullarının yürürlük denetimini düzenlediğinden genel işlem koşulu içeren sözleşmelerde yer alan haksız şartlar bu Kanun'a göre yürürlük denetimine tabi tutulacak, tek yanlı hazırlanarak müzakere edilmeden düzenlenmiş sözleşme hükümleri içerisinde yer alan haksız şartların yürürlük denetiminde ise, TBK'nın 1. maddesi gereğince güven teorisi esas alınarak karşılıklı ve birbirine uygun öneri ve kabul beyanları önem kazanacaktır.<sup>257</sup> Aksi durumda ise haksız şartlar sözleşmenin içeriği haline gelmemiş kabul edilecektir.

---

<sup>255</sup> SİRMEN, 2011, s. 113; MÜLAZIMOĞLU, s. 69.

<sup>256</sup> AYDOĞDU, Murat, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, İzmir, 2013, (s. 571-621) s. 592.

<sup>257</sup> MÜLAZIMOĞLU, s. 69.

Yorum denetimini düzenleyen 6502 sayılı Kanun'un 5/f.4 maddesi ile TBK'nın 23. Maddesinin, paralel düzenlemeler getirdiği söylenebilir. Ancak TBK'nın 23. maddesi yalnızca genel işlem koşullarını düzenlenmiş iken, 6502 sayılı Kanun, hem genel işlem koşulu niteliğini taşıyan hem de bireysel sözleşme olup da tek yanlı hazırlanarak karşı tarafa müzakere imkânı vermeyen sözleşmelerde yer alan haksız şartların yorumlanmasını düzenlemiştir.

6502 sayılı Kanun'da içerik denetimi açıkça düzenlenmiş olup, Kanun'a dayanılarak çıkarılan yönetmelikte haksız şart olarak kabul edilecek sözleşme hükümlerine yer verilmiştir. Ancak bu sayılan haksız şartlar, sınırlı sayıda olmayıp, kanunda yer alan haksız şart tanımına uyan tüm sözleşme hükümleri, haksız şart olarak kabul edilecek ve denetime tabi olacaktır.

Çalışmamızda genel işlem koşullarının TBK ve TKHK çerçevesinde denetimi anlatılacak, ayrıca tek yanlı hazırlanarak karşı tarafa müzakere imkânı vermeyen genel işlem koşulları niteliğinde olmayan sözleşme hükümlerinin denetimine de değinilecektir.

## **B. Genel İşlem Koşullarının Bağlayıcılık (Yürürlük) Denetimi**

Bağlayıcılık denetimi, genel işlem koşullarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile sözleşmenin içeriği olup olmadığının denetlenmesi anlamına gelir. Öğretide bağlayıcılık denetimine, yürürlük denetimi de denilmektedir.<sup>258</sup> Genel işlem koşullarının denetimi aşamalarından ilki, bağlayıcılık denetimidir.<sup>259</sup> Zira bir sözleşmenin içeriğinin denetlenebilmesi için, öncelikle geçerli olarak kurulması, yani

<sup>258</sup> ATAMER, 2011, s. 26; AÇIKGÖZ, 2013, s.237-238; SİRMEN, 2011, s. 113; AKÇAAL, s. 56; ÇABRİ, s. 131; AKİPEK ÖCAL, Sempozyum, 2013, s. 61.

<sup>259</sup> ATAMER, 2011, s. 26; UZUNALLI, Sevilay, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi”, İÜHFİM, C. LXXI, S. 2, 2013, (s. 383-420), s. 403.

hükümsüz olmaması gerekir.<sup>260</sup> Bu anlamda, müzakere edilmeyen sözleşme hükümlerinin sözleşmenin içeriği haline gelip gelmemesi meselesi, ilk denetim safhasını oluşturur. Zira bir sözleşme hükmünün, salt genel işlem koşulu olması gerekçe gösterilerek, onun müzakere edilmediğine dikkat çekilmek suretiyle sözleşme içeriği haline gelmediğinin kabulü mümkün değildir.<sup>261</sup>

6502 sayılı Kanun'da bağlayıcılık denetimine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığını, bu nedenle genel kanun niteliğinde olduğundan, TBK'nın 21 ve 22. maddelerinde düzenlenen bağlayıcılık denetimine ilişkin hükümlerin tüketici sözleşmeleri bakımından da uygulanacağını daha önce açıklamıştık. Ancak TKHK'da denetim bakımından şekli bazı kurallar öngörülmüştür. Zira TKHK'nın 4/f.1 hükmünde, *"Bu kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilir. Sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya bir kaçının bulunmaması durumunda eksiklik sözleşmenin geçerliğini etkilemez. Bu eksiklik sözleşmeyi düzenleyen tarafından derhal giderilir."* denilmektedir. Burada, müzakere edilmeyen sözleşme kayıtlarının, sözleşme ile ilişkilendirilmesi için açık ve anlaşılabilir şekilde, on iki punto ile yazılması koşulu getirilmiştir.<sup>262</sup> Bu koşula şeffaflık ilkesi de denilmektedir.<sup>263</sup>

Bağlayıcılık denetiminde, sözleşmenin karşı tarafı ile müzakere edilmemiş sözleşme hükümlerine karşı, tüketicinin bilgilendirilip bilgilendirilmediği önem taşımaktadır. Genel işlem koşullarının, sözleşme kaynaklı hükümler oldukları göz önüne alındığında, bunların sözleşmenin içeriği olabilmesi için karşılıklı ve birbirine

---

<sup>260</sup> ÇINAR, s. 67.

<sup>261</sup> ERİŞİR, Evrim, "Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi", DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. 16, Özel Sayı, 2014, (s. 1141-1213), s. 1154.

<sup>262</sup> ÇINAR, s. 69.

<sup>263</sup> ÇINAR, s. 69; KARADAĞ, s. 174.

uygun irade beyanının varlığı aranmalıdır.<sup>264</sup> Yani sözleşmenin karşı tarafına genel işlem koşullarının varlığı hakkında açıkça bilgi verilmeli ve bunların içeriğini öğrenme imkânı tanınmalı, karşı tarafın kabul açıklaması ile de genel işlem koşulları sözleşmenin içeriği haline getirilmelidir.<sup>265</sup> Eğer bu şartlar gerçekleşmişse ve genel işlem koşulları sözleşmenin içeriği haline gelmişse, bu durumda muhatap genel işlem koşulları ile bağlı olmalıdır. Ancak bu koşullar gerçekleşmediğinde, yani iradeler birbiri ile uyuşmadığında, genel işlem koşulları sözleşmenin içeriği haline gelmediğinden artık diğer denetim aşamalarının uygulanmasına gerek kalmaz.<sup>266</sup>

### **1. Genel İşlem Koşullarının Sözleşme Kapsamına Girmesi**

Tüketici ile müzakere edilmeyen sözleşme hükümlerinin, taraflar arasında bağlayıcılık kazanabilmesi için yani sözleşmeye dahil edilebilmesi için öncelikle girişimcinin bu kayıtların sözleşmeye dahil edilmesine yönelik iradesini ortaya koyması, karşı tarafın da (muhatap) bunu kabul etmesi yani anlaşmanın sağlanması gerekmektedir.<sup>267</sup> Bu anlaşmaya öğretide "ilişkilendirme anlaşması", "yüklenme anlaşması" isimleri de verilmektedir.<sup>268</sup> Bu aşamada, sözleşmenin karşı tarafına genel işlem koşullarının sözleşme içerisinde yer aldığı yönünde bilgi verilmesi ve bunun içeriğini öğrenme imkânının da karşı tarafa sağlanması gerekmektedir.<sup>269</sup> Bilgilendirmenin, mutlaka yazılı olarak yapılması gerekmez. Girişimci genel işlem koşullarını kullanacağı yönündeki iradesini sözlü olarak ortaya koyabileceği gibi, sözleşmenin yapılacağı yerde, muhatap tarafından açıkça görülebilecek şekilde düzenlenmiş bir ilan ile de tüketiciye yansıtabilir.<sup>270</sup> İlişkilendirme anlaşması ile genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriği haline gelip gelmediği sorunu yanında, genel

<sup>264</sup> AKÇAAL, s. 56; ÇABRİ, s. 131.

<sup>265</sup> KUNTALP, Erden, "Bankalar ve Genel İşlem Koşulları", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, (8 Nisan 2011), Ankara, 2011, (s. 79-102), s. 95; HAVUTÇU, 2003, s. 105.

<sup>266</sup> ATAMER, 2011, s. 27; KARADAĞ, s. 48.

<sup>267</sup> ÇINAR, s. 70; ÇABRİ, s. 131; KUNTALP, 2011, s. 95; ATAMER, 2011, s. 26.

<sup>268</sup> HAVUTÇU, 2003, s. 106; AÇIKGÖZ, 2013, s. 218.

<sup>269</sup> ATAMER, 2011, s. 27.

<sup>270</sup> ÇINAR, s. 71.

işlem koşullarından hangilerinin geçerli olacağı hususu da tespit edilmeye çalışılmaktadır.<sup>271</sup>

TKHK'da yürürlük denetimi ile ilgili hüküm bulunmadığından, yürürlük denetimi bakımından genel hüküm olan TBK'nın 21/f.1 hükmünün uygulanması gerekmektedir. TBK'nın, genel işlem koşullarını düzenlediği (E) bölümünün (II) numaralı başlığı, aslında "Kapsamı" şeklinde düzenlenmiş, bunun alt başlığı da yürürlük denetiminin yaptırımı olan yazılmamış sayılma şeklinde kaleme alınmıştır. Madde, *"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 sağlanmasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır."* şeklinde bir düzenleme yapmıştır. Maddenin lafzından, genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dahil edilmesi için iki koşul arandığı çıkarılmaktadır. Bunlardan ilki sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin,<sup>272</sup> hem genel işlem koşullarının varlığı hakkında karşı tarafa bilgi vermesi hem de karşı tarafın bu koşulların içeriğinden bilgi sahibi olmasına imkân sağlamasıdır. Diğer koşul ise, sözleşmenin karşı tarafının, sözleşmede genel işlem koşullarının kullanılacağını kabul etmesidir. Ancak hüküm çeşitli açılardan eleştirilmektedir. Zira maddede "karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının" sözleşme içeriğine nasıl dahil edileceği hususu düzenlenmiş olmasına rağmen, "menfaate aykırı olmayan genel işlem koşullarının" sözleşmeye nasıl dahil edileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Aslında Kanun karşı tarafın menfaatine olsun veya olmasın bunların bağlayıcılık denetimine tabi olmasını sağlamaya yönelik düzenleme yapmıştır.<sup>273</sup> Bu

---

<sup>271</sup> OĞUZ, 2000, s. 515.

<sup>272</sup> "Düzenleyen" kavramından "kullanan" kavramının anlaşılması gerektiğini çalışmamızın önceki bölümlerinde açıklamıştık.

<sup>273</sup> Maddenin gerekçesinde, "Maddenin birinci fıkrasında genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, düzenleyenin sözleşmenin yapılması sırasında diğer tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça

anlamda, karşı tarafın menfaatine aykırı olmayan genel işlem koşulları da denetime tabi tutulmalı ve güven teorisinden hareketle, TBK'nın sözleşmenin kuruluşunu düzenleyen 1. maddesi uyarınca karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile sözleşmenin kapsamının tespit edilmesi gerekmektedir.<sup>274</sup>

Kanuni düzenleme ile madde gerekçesi arasındaki bu uyumsuzluk öğretide de genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dahil edilmesi konusunda çeşitli görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Bir görüşe göre,<sup>275</sup> genel işlem koşullarının bağlayıcılık denetimi yapıldığı sırada, onların karşı tarafın menfaatine aykırı olup olmadığı hususunda bir ayırım yapılması, karşı tarafın menfaatine aykırı olmayan genel işlem koşulları bakımından, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verilip, içeriğini öğrenme imkânı sağlamasından sonra karşı tarafın kabulü ile koşulların sözleşme içeriğine girdiğinin kabul edilmesi; karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarında ise, karşı tarafa açıkça bilgi verilmesi ve içeriğinin öğrenilmesi imkânının sağlanması hususun yeterli olmayacağı, içeriğinin de ayrı ayrı gösterilmesi gerektiği savunulmaktadır. Benzer yöndeki başka bir görüş de,<sup>276</sup> madde hükmünde "açıkça bilgi verilmesi" gerektiği düzenlendiğinden, genel işlem koşulları hakkında yüzeysel bilgiler verilmesi suretiyle bunların sözleşmenin içeriğine dahil edilmeyeceğini, bilgilendirmenin açık, anlaşılabilir, ciddi, tereddüde mahal vermeyecek şekilde yapılmış olması gerektiğini savunmaktadır. Yine başka bir görüş,<sup>277</sup> sözleşmenin güçsüz tarafını oluşturan ve kendisine sözleşme yapma önerisinde bulunulan taraf, bu aşamada sağlıklı bir irade beyanında bulunamayacağından, sözleşmenin imzalanmasından önce sözleşme hükümlerini gereği gibi inceleyip tüm sonuçlarını bilerek ve kabul ederek sözleşmeyi

---

bilgi vermesi, bunların içeriğini öğrenme olanağını sağlaması ve onun da söz konusu koşulları kabul etmesine bağlı kılınmıştır." şeklinde bir açıklama yapılmıştır. Bu anlamda kanun koyucunun menfaate aykırı veya aykırı olmayan genel işlem koşulu şeklinde bir ayırım yapmaksızın tüm genel işlem koşullarının yürürlük denetimini düzenlediği sonucuna ulaşıyoruz. MÜLAZIMOĞLU, s. 73-74.

<sup>274</sup> YELMEN, s. 81-82.

<sup>275</sup> KUNTALP, 2011, s. 94-95.

<sup>276</sup> KILIÇOĞLU, s. 115.

<sup>277</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 165.

imzalamış ise, bahse konu hükümlerin sözleşmenin içeriği haline geleceğini, aksi halde koşulların yazılmamış sayılacağını ileri sürmektedir. Ancak genel işlem koşullarının ticari hayatı hızlandırmak ve girişimciler bakımından sözleşmenin kurulması aşamasında karşı taraf ile müzakere yapacak kişilerin sayısını azaltarak maliyeti düşürmek amaçlarına hizmet ettiği dikkate alındığında, hali hazırda genel işlem koşulları hakkında karşı tarafa tek tek bilgi verilmesi halinde amacını gerçekleştiremeyeceği açıktır. Kaldı ki, bu tür bir bilgilendirmeye ne tüketicinin ne de girişimcilerin zamanı vardır. Tüketici gün içinde pek çok sözleşmenin tarafı olmaktadır ve bu nedenle, her sözleşme bakımından genel işlem koşulları hakkında bilgilendirilmesi hayatın olağan akışına aykırı sonuç doğurur. Aynı şekilde girişimci de, genel işlem koşullarını kullanmadığı veya her bir genel işlem koşulu için, kurduğu sözleşmelerde karşı tarafı bilgilendirdiği takdirde, bu koşulları kullanmasının onun için herhangi bir faydası olmaz. Bir an için tüketicinin, her bir sözleşmede genel işlem koşulunu düzenleyen tarafından bilgilendirildiği varsayılsa dahi kurulan sözleşmelerin teknik konuları ilgilendirmesi nedeniyle tüketicinin bunu anlayarak kabul ettiğinin kabulü mümkün olmaz.

Öte yandan maddede kullanılan " karşı tarafın menfaatine aykırı olan genel işlem koşulları" teriminin başka bir soruna daha yol açtığı söylenebilir. Zira bir genel işlem koşulunun karşı tarafın menfaatine aykırı olup olmadığı hususu aslında onun içeriği ile ilgilidir. Oysa ki yürürlük denetimi yalnızca genel işlem koşulunun, sözleşme içeriği haline gelip gelmemesi ile ilgilenir. Burada objektif bir değerlendirme ile hakim genel işlem koşulunun sözleşmeye dahil olup olmadığına karar verir.<sup>278</sup> Oysa ki taraflar arasındaki dengenin genel işlem koşulunu kullanan tarafın lehine, karşı tarafın aleyhine bozulup bozulmadığı hususu içerik denetimi ile ilgilidir.

---

<sup>278</sup> ATAMER, 2011, s. 28; YELMEN, s. 82; AKİPEK ÖCAL, Sempozyum, 2013, s. 59.

### **a. Genel İşlem Koşullarının Varlığı Hakkında Açıkça Bilgi Verilmesi**

TBK m. 21/f.1'e göre, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması (kurulması) aşamasında,<sup>279</sup> genel işlem koşullarını kullananın, sözleşmenin karşı tarafına bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi şartına bağlanmıştır. Zaten bilgilendirmenin sözleşmenin kurulmasından sonra yapılması ve sonradan bu genel işlem koşullarına dayanılması, koşulların varlığı daha önceden hiç gündeme getirilmediğinden, sözleşmenin değiştirilmesi anlamına gelecektir.<sup>280</sup> Her ne kadar madde metninde, yalnızca karşı tarafın menfaatine aykırı olan genel işlem koşullarından bahsedilmiş ise de, gerekçede menfaate aykırı olma veya olmama şeklinde bir ayırım yapılmadığından her iki durumda da genel işlem koşullarının varlığından karşı tarafın bilgilendirilmesi gerekecektir. Bu bilgilendirmenin açıkça yapılacağı öngörülmüştür. Bu anlamda, genel işlem koşullarını kullanan taraf bunların varlığından zımni olarak bilgi verildiğini ya da karşı tarafın bunlardan haberdar olduğunu ileri sürse bile yürürlük denetiminin yapılması gerekecektir.<sup>281</sup> Açıkça bilgi verilmesi hususu, yalnızca sözleşme içeriğindeki genel işlem koşullarının varlığına ilişkindir. Bu nedenle genel işlem koşullarının içeriği hakkında bilgi verme yükümlülüğünden bahsedilemez.<sup>282</sup> Zira eğer "açıkça bilgi verilmesi" kavramından sözleşmede yer alan genel işlem koşullarının varlığı değil de, içeriği hakkında bilgi verilmesi kavramı anlaşılacak olsaydı, bu defa maddenin

---

<sup>279</sup> "Sözleşmenin yapılması" ibaresi yerine "sözleşmenin kurulması" ibaresinin kullanılması TBK m. 1'e uygunluk bakımından daha yerinde olurdu. Aynı yönde bkz. HAVUTÇU, 2003, s. 117; ATAMER, 2011, s. 29.

<sup>280</sup> AKMAN, G. Sermet, "Genel İşlem Şartları", GYD, S. 35, Mart 1979, s. 15; ÇINAR, s. 79; ENGİN, Baki İlkay, "Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması", Türk-İsviçre Hukuku Günleri, Banka ve Ticaret Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul, 2010, (s. 75-100), s. 80; ATAMER, 2011, s. 29; ATAMER, 2001, s. 90 vd.

<sup>281</sup> YENİOCAK, Umut, "Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi", TBBD, S. 107, 2013, (s. 75-96), s. 83.

<sup>282</sup> ATAMER, 2011, s. 28; ÇINAR, s. 80. Kendisine genel işlem koşulları sunulan tarafın bilgilendirme yapılmasına rağmen bu koşulların anlam ve sonuçlarını kavrayabilecek derecede bilgi ve tecrübeye sahip olmaması durumunda bu tarafın sözleşmede gereği gibi tartışma ve değişiklik yapma yetisine sahip olamayacağından açıkça bilgi verme koşulunun yerine getirilmediğinin kabul edilmesi gerektiği, somut olayın şartlarına göre açıkça bilgi edinilmesi amaçlanan kişinin işin uzmanından yardım alması zaruretinin doğacağı hususunda bkz. YENİOCAK, s. 83.

devamında yer verilen "içeriğinin öğrenilmesi imkânının sağlanması" kavramının bir anlamı kalmazdı.<sup>283</sup>TBK'daki düzenlemenin genel işlem koşullarının varlığından bilgi verme ve bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlama şeklinde iki unsur belirlediğini görmekteyiz. Zaten yürürlük denetimi genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olması ile ilgili olduğundan bu aşamada genel işlem koşulunu kullanan taraftan bundan daha fazla bir faaliyette bulunması beklenemeyecektir.<sup>284</sup>Ancak öğretide TBK'nın 20/f.3 maddesinde "*Genel işlem koşulları içeren bir sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.*" hükmü nedeniyle tüketicinin, kendisine genel işlem koşullarının varlığından bilgi verildiğini ve bunların içeriğini öğrendiğini, bu şekilde şartları kabul ettiğini belirten kayıtların batıl olacağını savunun görüşler vardır.<sup>285</sup>TBK'nın 20/f.3 maddesi, genel işlem koşullarında yer alan ve taraflarca müzakere edilerek kabul edildiğini belirtir hükümlerin "tek başına" o koşulu genel işlem koşulu olmaktan çıkarmayacağı hususunu düzenlemiştir. Bu anlamda, sözleşmede genel işlem koşullarının tartışılarak tüketici tarafından kabul edildiğine ilişkin bir hüküm varsa, bu husus yalnızca o hükmün genel işlem koşulu olup olmadığına ilişkin bir sorundur. Genel işlem koşulunu kullanan bir tarafın bu koşulları içeren sözleşmeyi karşı tarafa vermesi, bunu imzalamasını ve teslim aldığını gösterir bir ibare yazmasını istemesi karşı tarafı genel işlem koşullarının varlığından haberdar etmek için yeterli olacaktır.<sup>286</sup>

Genel işlem koşullarının varlığı hakkında sözleşmenin karşı tarafına "açıkça bilgi vermenin" ne şekilde yapılacağına ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme yoktur. Bu nedenle, karşı tarafın genel işlem koşulu kullanıldığından haberdar olmasını

<sup>283</sup> KAŞAK, Esra, "Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Aykırı Genel İşlem Koşulları (6098 Sayılı TBK m. 21/2)", İÜHFD, C. 3, S. 1, 2012, (s. 415-429), s. 419.

<sup>284</sup> ATAMER, 2011, s. 28.

<sup>285</sup> REİSOĞLU, Seza, "Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi", BD, S. 77, Haziran 2011, (s. 108-117), s. 112.

<sup>286</sup> ATAMER, 2011, s. 28.

sağlayacak her türlü girişim bu yükümlülüğün yerine getirilmiş sayılması için yeterlidir.<sup>287</sup> Bu anlamda, genel işlem koşullarının varlığını gösteren yazılı bir belgenin karşı tarafa verilmesi,<sup>288</sup> sözlü şekilde veya telefon vasıtasıyla bildirilmesi,<sup>289</sup> bir tarafın dikkatini çekmek üzere bir yere asılarak ilan edilmesi<sup>290</sup> suretiyle bilgilendirme mümkün olabilir. Genel işlem koşullarını içeren sözleşmenin, yazılı olarak karşı tarafa verilmesi ve bu konuda uyarı yapılması bankacılık sektöründe sık sık karşılaşılan bir yöntemdir. Bu yöntem, karşı tarafa genel işlem koşullarının varlığı hakkında açıkça bilgi verildiğinin ispatı bakımından tercih edilir. Ancak genel işlem koşulları sözleşmenin içeriğinde yer almayıp başka bir yerde yazılı ise, bilgi verildiğine ilişkin yazılı bir kayıt sözleşmenin içeriğinde yer almıyorsa, yani bunların varlığına bir atıf yapılmıyorsa yada sözlü olarak bir uyarıda bulunulmuyorsa genel işlem koşullarının varlığından bilgi verildiği kabul edilemeyecektir.<sup>291</sup> Yine sözlü olarak ya da telefonla kurulan sözleşmelerde de genel işlem koşulunu kullanan tarafın bu koşulları tüketiciye sunması ve onun kabul beyanını alması gerekir.<sup>292</sup>

Genel işlem koşullarının varlığından ilan yoluyla haber verilmesi durumunda, bu koşulların sözleşmenin içeriği haline gelip gelmeyeceği hususu hukukumuzda açıkça düzenlenmemiştir. Oysa ki Alman Medeni Kanunu 305/2, açıkça haberdar etmenin, sözleşmenin kuruluş şekli nedeniyle aşırı güçlük doğurması halinde ilan yoluyla yapılan bilgilendirmenin açıkça bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmiş olmasını sağlayacağını açıkça düzenlemiştir. Örneğin bir mağazaya çalışan sayısından çok fazla müşteri geldiği düşünüldüğünde her müşteriye genel işlem koşullarının varlığı hakkında bilgi vermek mümkün olmayacaktır. Yine otomatlarla yapılan işlemlerde, işlem herhangi bir insan olmaksızın yapıldığından, bilgilendirmenin de yazılı veya sözlü

---

<sup>287</sup> YELMEN, s. 83.

<sup>288</sup> YELMEN, s. 84; ÇINAR, s. 74; ATAMER, 2011, s. 27.

<sup>289</sup> ÇINAR, s. 74.

<sup>290</sup> YELMEN, s. 84; ÇINAR, s. 77; ATAMER, 2011, s. 27.

<sup>291</sup> ÇINAR, 2009, s. 74.

<sup>292</sup> ÇINAR, 2009, s. 75.

yapılması imkânı ortadan kalkacaktır.<sup>293</sup> Bir otopark girişinde, araca gelecek herhangi bir hasardan işletmenin sorumluluğunun olmadığı yönünde bilgilendirme yazısının asılı bulunması, bilgilendirme için yeterli sayılacak ayrıca her gelen araç sahibine bu uyarının yazılı olduğu bir belge verilmesi zorunluluğu ortadan kalacaktır.<sup>294</sup> Ancak bu şekilde yapılacak bir ilan ile genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil edilmesi isteniyorsa, ilanın kolaylıkla görülebilir bir yerde yapılmış olması gerekecektir.<sup>295</sup> Gazete, dergi, sokak veya çarşı gibi yerlerde ilan yapılmış olması genel işlem koşullarının varlığından bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmiş olması için yeterli değildir. Zira tüketicinin bu tür yerlerde yapılmış olan ilanları gördüğünün ve bunları kabul ederek sözleşmeyi akdettiğinin kabulü mümkün değildir.<sup>296</sup>

#### **b. Genel İşlem Koşullarının İçeriğini Öğrenme İmkânının Sağlanması**

Genel işlem koşullarının varlığı hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verilmesi, aslında karşı tarafın bu koşulların içeriğini öğrenme imkânının sağlanması amacına hizmet eder. Zira bir kimse varlığını bilmediği bir genel işlem koşulunun içeriğini öğrenme imkânına da sahip olamamaktadır.<sup>297</sup> Genel işlem koşullarının içeriğini öğrenme imkânının karşı tarafa sağlanması hususu, TBK'nın 21/f.1 maddesinde açıkça düzenlenmiş olup bu imkânın sözleşmenin kuruluşundan önce tanınmış olması gerekmektedir. Yani sözleşme kurulduktan sonra karşı tarafa genel işlem koşullarının verilmesi ve ona içeriği hakkında bilgi edinmesi imkânının sağlanması, onun sözleşmenin kapsamına girmesini engellemekte, yürürlük denetimine tabi tutulmasına neden olmaktadır.<sup>298</sup>

---

<sup>293</sup> ÇINAR, 2009, s. 77.

<sup>294</sup> ATAMER, 2011, s. 27.

<sup>295</sup> ATAMER 2001, s. 88; HAVUTÇU, 2003, s. 124.

<sup>296</sup> ATAMER, 2001, s. 89; HAVUTÇU, 2003, s. 123.

<sup>297</sup> YELMEN, 2014, s. 83.

<sup>298</sup> MÜLAZIMOĞLU, 2014, s. 77; ATAMER, 2001, s. 90 vd.; ATAMER, 2011, s. 29.

Genel işlem koşulları sözleşmenin karşı tarafına, ihtilafa mahal vermeyecek şekilde, okunaklı ve anlaşılabilir bir dilde sunulduğunda içeriğini öğrenme imkânının sağlandığı kabul edilir.<sup>299</sup> Bunun için öncelikle, genel işlem koşulu içeren sözleşmenin karşı tarafa yazılı veya görüntülü herhangi bir araçla ulaştırılması, onun hakimiyet alanına girmesi sağlanmalıdır.<sup>300</sup> TBK'nın 21/f.1 maddesinde, sözleşme içeriğini öğrenme imkânından bahsedildiği için içeriğin tamamından ayrı ayrı bilgi verilmesi söz konusu değildir. Zira tüketicinin kendisine sunulan genel işlem koşulu içeren sözleşmenin içeriğine bütünüyle hakim olup bunu anlaması mümkün olmayacağı gibi, zaten genel işlem koşulunu müzakere etme ve kendisine uygun olmayan koşulları değiştirme imkanı da bulunmayacaktır.<sup>301</sup> Bu durumda basılı bir metin ise, bunun bir nüshasının karşı tarafa verilmesi, elektronik ortamda (CD, flash bellek) sunulması, tüketicinin görebileceği bir yere asılması<sup>302</sup> içeriğini öğrenme imkânının sağlandığını gösterir.

Genel işlem koşullarının karşı tarafa sunulmuş olması yeterli olup, içerik denetimi bakımından bu kişinin kendisine sunulan hükümleri okuyup okumadığı hususu önem taşımamaktadır.<sup>303</sup> Bu aşamada karşı tarafın kolaylıkla anlayabileceği nitelikte bir metnin sunulması önemlidir. Genel işlem koşulları yalnızca konunun uzmanı tarafından okunduğunda anlaşılıyorsa, bu koşulların okuyan herkes bakımından anlaşılır olmadığı açıktır. O halde, bu tür bir sözleşmenin karşı tarafa sunulması, TBK'nın 21/f.1 maddesi gereğince içeriğinin öğrenilmesi imkânının sağlandığı koşulunun yerine getirildiğini göstermeyecektir.<sup>304</sup>

---

<sup>299</sup> ATAMER, 2001, s. 97; OĞUZ, Cemal, Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları, Doktora Tezi, Ankara, 1993, s. 70.

<sup>300</sup> YELMEN, s. 85.

<sup>301</sup> ATAMER, 2011, s. 29; YELMEN, s. 86.

<sup>302</sup> ATAMER, 2011, s. 29; YELMEN, s. 86.

<sup>303</sup> REHBİNDER, s. 648; ATAMER, 2004, s. 308; GÖRGEÇ, Başak, “Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi”, MÜHFHAD, C. 19, S. 1, 2013, (s. 403-440), s. 417.

<sup>304</sup> GÖRGEÇ, s. 417.

Telefonla kurulan sözleşmelerde, genel işlem koşullarını kullanan taraf, içeriğini öğrenme imkânını sağlamadığı müddetçe, bu hükümlerin sözleşmenin içeriği haline gelmesi mümkün değildir. Ancak telefonla sözleşme görüşmesi yapmadan önce genel işlem koşullarını kullanan taraf, bunların içeriğini öğrenme imkânını karşı tarafa sağlamışsa ve sözleşme görüşmesi sırasında da bunlara atıfta bulunarak sözleşmede genel işlem koşullarına yer vereceğini bildirmişse bu durumda genel işlem koşulları sözleşmenin içeriği haline gelecektir.<sup>305</sup> Yine internet üzerinden kurulan sözleşmelerde de, genel işlem koşullarının, bunları kullanan tarafça ekranda tüketicinin incelemesine sunulması halinde karşı taraf bunların içeriğini öğrenme imkânına sahip olduğundan, kabul açıklamasında bulunduğu koşullar sözleşmenin içeriği haline gelecektir.<sup>306</sup> Zira internet üzerinden yapılan alışverişlerde ödeme sırasında "sözleşmeyi okudum" şeklinde bir ibareyi seçerek onay verilmesi beklenmektedir. Bu şekilde sözleşme tüketiciye sunulmuş olmakta, tüketicinin onu okuyup okumadığı önem taşımaksızın, "okudum" ibaresini işaretlemesi ile sözleşmeyi kurma konusundaki kabul iradesini açıkladığı varsayılmakta, bu şekilde ekranda sözleşme tüketiciye sunulduğundan içeriğini öğrenme imkânının da sağlandığı kabul edilmektedir.

### **c. Karşı Tarafın Kabul Açıklaması**

TBK m.21/f.1'de genel işlem koşullarını kullanacak tarafın, bunların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi ve içeriğini öğrenme imkânını karşı tarafa sağlaması yeterli görülmemiş, ayrıca girişimcinin bu şartları sağlamasından sonra sözleşmenin karşı tarafının da kabul açıklamasında bulunması zorunlu kılınmıştır. Zaten öneriye uygun kabul açıklaması bir sözleşmenin kurulması için aranan zorunlu koşullardan biridir.<sup>307</sup> Kabul iradesi açıkça veya örtülü şekilde dış dünyaya yansıtılabilir.

---

<sup>305</sup> ÇINAR, s. 79.

<sup>306</sup> ÇINAR, s. 79.

<sup>307</sup> KILIÇOĞLU, s. 66; OĞUZMAN/ÖZ, s. 66.

## **aa. Açık İrade Beyanıyla Kabul**

Açık irade beyanında, genel işlem koşulunu sözleşme içeriği haline getirmek isteyen taraf, bu koşulları sözleşmede kullanacağını karşı tarafa bildirir, karşı taraf da bu koşulları kabul eder. Ancak kabul ettiği sırada tarafların bu koşulların kendileri için ne anlama geldiğini, ne tür bir yükümlülük yüklediğini bilmeleri, yani içeriğini kavramaları gerekmez.<sup>308</sup> Zira bu koşulların bir sözleşmenin içeriği haline gelmelerinden sonra haksız olup olmadıkları içerik denetimi ile ilgilidir. Öte yandan bu koşulların lehe veya aleyhe olması kullanan açısından çok önemli değildir. Çünkü kullanan bu genel işlem koşullarını, ileride çok sayıda benzer nitelikte sözleşmede kullanmak amacıyla olduğundan, kendisi lehine sonuç doğacak koşulları tercih eder. Ancak sözleşmenin karşı tarafı genel işlem koşullarına her zaman muhatap olmadığından, içeriğinin ne olduğu ve lehine mi aleyhine mi sonuç doğuracağı, onun için önemlidir. Ancak kanunda kabul açıklamasının nasıl yapacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu anlamda, tüketicinin genel işlem koşullarını içeriğini öğrenerek kabul etmesi yada içeriğini öğrenmeden ve incelemeyen kabul etmesi mümkündür.<sup>309</sup> Doktrinde, tüketicinin genel işlem koşullarının içeriğini öğrenerek kabul açıklamasında bulunmasına "tam bilinçli kabul" ya da "açık kabul", içeriği öğrenilmeden yapılan kabule ise "global kabul" yada "genel bilinçli kabul" isimleri verilmiştir.<sup>310</sup>

## **aaa.Bilinçli Kabul (Tam Bilinçli Kabul - Açık Kabul - Özel Bilinçli Kabul)**

Bilinçli kabulde tüketici, girişimcinin genel işlem koşullarını sözleşme içeriği haline getirme yönündeki isteğini, kendisine genel işlem koşullarının içeriğini öğrenme

---

<sup>308</sup> ALTAY, s. 102; ÇINAR, s. 80.

<sup>309</sup> ÇINAR, s. 80.

<sup>310</sup> ATAMER, 2001, s. 99, 102; YENİOCAK, s. 83; AKİPEK, 1999, s. 228; HAVUTÇU, 2003, s. 110-111; ZEVLİLİLER/AYDOĞDU, s. 164. Genel işlem koşullarının içeriği öğrenilmeden yapılan kabule genel bilinçli kabul denilmesi nedeniyle, tam bilinçli kabul veya açık bilinçli kabul yerine "özel bilinçli kabul" denilebileceği yönünde bkz. ÇINAR, s. 81.

imkânının verilmesi çerçevesinde tarafına verilen imkânı değerlendirerek genel işlem koşullarını okuyup, anlayıp, sonuçlarını idrak etmek suretiyle yazılı veya sözlü olarak yoruma mahal vermeyecek şekilde kabul eder.<sup>311</sup> Ancak bu kabul beyanı, yalnızca kendisine sunulan sözleşme içeriğinin okunduğuna ve genel işlem şartlarının sözleşme içeriği haline getirildiğine yöneliktir. Yani buradaki kabul iradesi, sözleşmenin taraflarının bu genel işlem koşullarını tartıştıkları şeklinde anlaşılmamalıdır.<sup>312</sup> Zira çalışmamamızın önceki bölümünde açıklandığı üzere müzakere edilmemiş olma, genel işlem koşulu sayılmanın bir unsuru olup, sözleşme tarafları bir sözleşme hükmünün içeriğini tartışmışlar ise ve tüketici bunu ciddi bir şekilde değiştirme imkânına sahip olmuş ise, bu koşulu genel işlem koşulu olarak nitelendirmek mümkün olmayacaktır.<sup>313</sup> Ancak tüketicinin, ne anlama geldiğini ve kendisi aleyhine sonuç doğurma ihtimali olduğunu bilerek genel işlem koşulunu kabul etmesi, onu sırf bu sebeple genel işlem koşulu olmaktan çıkarmayacaktır. Zira tüketici anlamını, hukuki sonuçlarını bilse dahi, karşı tarafa kendi istediği şekliyle sözleşmenin kurulması teklifini sunamayacak, onun sunmuş olduğu genel işlem koşullarını, müzakere etmeden kabul etmek durumunda kalabilecek ve bu koşulları sözleşmenin içeriği haline getirebilecektir.<sup>314</sup>

### **bbb. Global Kabul**

Tüketici, genel işlem koşulu içeren bir sözleşme kendisine sunulduğunda, girişimci tarafından sözleşme içeriğinde genel işlem koşulları bulunduğu konusunda bilgilendirilmesine ve içeriğini öğrenme imkanı tanınmasına rağmen, bu koşulları okumadan ve anlamını kavramadan kabul iradesini açıkladığında global (genel bilinçli) kabulden bahsedilir.<sup>315</sup> Her ne kadar global kabulde tüketici, sözleşme içeriği haline

<sup>311</sup> ÇINAR, s. 83; HAVUTÇU, 2003, s. 111-112; KAŞAK, 2012, s. 418.

<sup>312</sup> ATAMER, 2001, s. 72; ÖZEL, 1999, s. 57.

<sup>313</sup> ATAMER, 2001, s. 75.

<sup>314</sup> HAVUTÇU, 2003, s. 112.

<sup>315</sup> AKİPEK, 1999, s. 227-228; ATAMER, 2001, s. 102; HAVUTÇU, 2003, s. 112; ÇINAR, s. 81; SİRMEN, 2011, s. 114; KAŞAK, 2012, s. 416; TOPUZ, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

getirilmek istenen genel işlem koşullarını okumamış ve sonuçlarını anlamamış olsa dahi sözleşme hukukuna hakim olan güven teorisi kapsamında, tüketicinin açıkladığı bu kabul iradesine itibar ederek koşulların sözleşme içeriği haline geldiğinin kabul edilmesi gerekmektedir.<sup>316</sup> Zira irade beyanının geçerliliğini onun içeriğinin okunmasına ve anlamının kavranmış olmasına bağlamak mümkün değildir. Kaldı ki sözleşmenin karşı tarafını oluşturan girişimcinin de, tüketici tarafından bu koşulların okunarak mı yoksa okumadan mı kabul edildiğini bilmesine imkân yoktur. Öte yandan tüketicinin, kendisine genel işlem koşullarının varlığı bildirilmiş ve içeriğini öğrenme imkânı tanınmış olmasına rağmen, okumadan ve içeriğini anlamadan açıkladığı kabul iradesinin sonucuna katlanması gerekir.<sup>317</sup> Ancak bu koşulların okunmadan sözleşme içeriği haline getirilmesi, onun içerik denetimine tabi olmasını engellemez.

Global kabul sonucu, genel işlem koşullarının sözleşme içeriği haline geldiği kabul edilmesine rağmen tüketicinin çok fazla sözleşmenin tarafı olması, teknik bir konuda sözleşmeyi okusa dahi anlamayacağı gibi hususlar göz önüne alındığında bu kabul ile yapılan sözleşmelere karşı tüketiciyi tamamen korumasız bırakmak doğru değildir. Bu anlamda, TBK'da yer almasa dahi Alman Medeni Kanunu'nun 305b maddesinin, bireysel anlaşmaların genel işlem koşullarına nazaran öncelikli olacağı yönündeki hükmü de göz önüne alındığında, aynı konuda hem bireysel sözleşmede hem de genel işlem koşullarında hüküm varsa bireysel sözleşmede yer alan hükme öncelik tanımak tüketicinin yararına olacaktır.<sup>318</sup> Zira bireysel sözleşmede taraflar sözleşme hükümlerini müzakere edecek, tüketici tarafından açıklanan kabul iradesi de buna göre

---

Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, 2013, (s. 1138-1174), s. 1147; ENGİN, s. 80; KOCAMAN, Arif B., “Bankaların Tacir ve Sanayiciler ile Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukuki Açısından Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri”, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt I Ticaret Hukuku, İstanbul, 2003, (s. 1085-1127), s. 1099.

<sup>316</sup> ATAMER, 2001, s. 102; HAVUTÇU, 2003, s. 112; ÇINAR, s. 84; YELMEN, s. 91; TOPUZ, s. 1148.

<sup>317</sup> ATAMER, 2001, s. 102; HAVUTÇU, 2003, s. 112; ÇINAR, s. 81-81; DİZDAR, Ali Murat, “Genel İşlem Şartları”, BD, S. 72, İstanbul, Mart 2010, (s. 85-93), s. 91-92.

<sup>318</sup> YELMEN, s. 91-92; ATAMER, 2011, s. 38; TEKİNALP, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul, 2009, s. 387.

açıklanmış olacaktır. Bu konuda Yargıtay da, genel işlem koşullarının aksine kararlaştırılmış olan bireysel sözleşme hükmünün, öncelikli olarak uygulanması yönünde karar vermiştir.<sup>319</sup>

Global kabul sonucu tüketici genel işlem koşullarını sözleşmenin içeriği haline getirmiş olsa dahi TBK 21/f.2 maddesindeki "*Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.*" şeklindeki düzenleme karşısında sözleşmenin kurulduğu sırada işin özelliğine ve sözleşmenin niteliğine aykırı olan genel işlem koşulları kabul beyanının içinde değerlendirilmeyecek, yazılmamış sayılacaktır.<sup>320</sup>

#### **bb. Örtülü İrade Beyanıyla Kabul**

Tüketici sözleşmelerinde genel işlem koşullarını sözleşme içeriği haline getirmek isteyen girişimcinin, bu konudaki iradesi örtülü olamaz.<sup>321</sup> Zira TBK'nın 21/f.1 maddesinde genel işlem koşullarını kullanan tarafın, bunların varlığından açıkça bilgi vermesi düzenlenmiştir. Ancak kendisine genel işlem koşulu sunulan tarafın iradesini açık veya örtülü olarak açıklaması konusunda kanunda herhangi bir zorunluluk öngörülmemiştir. Bu itibarla tüketicinin, kabul beyanını örtülü olarak açıklaması mümkündür.<sup>322</sup> Tüketicinin irade açıklaması yeterince açık değilse, yani genel işlem koşullarını sözleşme içeriği haline getirme iradesinin olup olmadığı anlaşılamıyor olsa bile, davranışlarından iradesinin bu yönde olduğu çıkarılabiliyor ise, bu durumda genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğini oluşturduğu kabul edilir.<sup>323</sup> Zira tüketici kendisine yöneltilen genel işlem koşullarının, sözleşmenin içeriği haline gelmesi

<sup>319</sup>"Taraflar genel işlem şartlarının aksini, sözleşme ile kabul edebilirler. Bu durumda aksi kararlaştırılan bu özel kuralın, genel işlem şartlarındaki kurallardan önce uygulanması gerekir."11. HD., 14.04.1995 tarih, E. 1995/1993, K. 1995/3369 sayılı kararı ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)) (Erişim tarihi: 13.09.2018)

<sup>320</sup> YELMEN, s. 92; OĞUZMAN/ÖZ, s. 27.

<sup>321</sup> ÇINAR, s. 86.

<sup>322</sup> ÇINAR, s. 86; YELMEN, s. 88; ANTALYA, s. 307.

<sup>323</sup> YELMEN, s. 88.

şeklindeki iradeyi açıkça kabul etmemekle birlikte, bu anlama gelen bir davranış ile gösteriyorsa, yani örtülü olarak<sup>324</sup> iradesini dışa yansıtıyorsa onun bu iradesini de geçerli kabul etmek gerekecektir.

Susma, Türk hukuk sisteminde kural olarak, kabul şeklinde yorumlanmaz.<sup>325</sup> Bu durumda, öneriyi kabul ettiğine dair açık bir irade beyanı bulunmayan, susan bir kimsenin, öneriyi kabul ettiği söylenemez. Hatta öneren, bir öneride bulunduğu sırada, susma halinde önerinin kabul edilmiş sayılacağını önerisinde belirtmiş olsa, yani önerisinin ancak açık bir irade beyanı ile reddedilebileceğini bildirse dahi susmaya bir sonuç bağlamak mümkün olmayacaktır.<sup>326</sup> Ancak susmanın kabul anlamına gelmeyeceği kuralının kanundan,<sup>327</sup> işin özelliğinden<sup>328</sup> ya da durumun gereğinden<sup>329</sup> kaynaklanan bazı istisnaları olabilir.<sup>330</sup> Zira bu husus TBK'nın 6. maddesinde "*Öneren kanun veya işin özelliği yada durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır.*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu durumda, susmanın kabul anlamına gelebilmesi için, kanun veya dürüstlük kuralı gereğince, açıklanan bir öneriye cevap verme mecburiyetinin bulunması gerekir.<sup>331</sup> O halde, bir genel işlem koşulunun susma sonucu sözleşme içeriği haline gelmesi, tüketicinin bu genel işlem koşullarının varlığından haberdar olması, bu koşulların sözleşmeye dahil edilmesi konusunda dürüstlük kuralı gereğince açıkça red beyanında bulunmasının ya da sessiz kalmamasının kendisinden beklenmiyor olması ile

<sup>324</sup> KILIÇOĞLU, s. 47; ATAMER, 2001, s. 100; ÇINAR, s. 86.

<sup>325</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 68; ANTALYA, s. 68; ATAMER, 2001, s. 100; YELMEN, s. 88.

<sup>326</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 68.

<sup>327</sup> Örneğin TBK'nın 503. Maddesine göre, "Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi bu işi görme konusunda resmi sıfatı sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekalet sözleşmesi kurulmuş sayılır." Bu hükme göre susma kanun gereği kabul anlamına gelecektir.

<sup>328</sup> Örneğin iki taraf arasında bir defaya mahsus olan bir sözleşme ilişkisi değil de süregelen bir ilişki mevcut ise, sözleşme konusunun öneren tarafından gönderilmesi durumunda, sözleşmenin diğer tarafının susmasını kabul beyanı olarak değerlendirmek mümkün olacaktır.

<sup>329</sup> Kabulünün kendisine gönderilen bir ürünü tüketmesi ya da üzerinde tasarrufta bulunması, bunlara yönelik eylemler gerçekleştirmesi durumunda açık irade beyanı olmasa kabul iradesini açıkladığı söylenebilecektir.

<sup>330</sup> KILIÇOĞLU, s. 67-68; ÇINAR, s. 86; OĞUZMAN/ÖZ, s. 69.

<sup>331</sup> YELMEN, s. 89.

mümkündür. Zaten girişimci genel işlem koşulları ile birlikte sözleşmenin kurulmasını istediğinde ve bu yönde bir iradesini karşı tarafa yönelttiğinde, tüketici sessiz kalmış olmasına rağmen kabul anlamına gelecek çeşitli davranışlarda bulunuyorsa, sumanın kabul anlamına geleceği aşikârdır.<sup>332</sup>

Girişimci tarafından sözleşme kurulduktan sonra tüketiciye verilen fatura, kullanma kılavuzu, irsaliye, bilet gibi belgelerde ya da satın alınan bir biletin arka sayfasında genel işlem koşulları yazılı ise ve girişimci bu koşulları sözleşmenin içeriğine dahil etmek istiyorsa, burada tüketicinin susması kabul anlamına gelmeyecektir. Zira girişimcinin sözleşme içeriğinde genel işlem koşullarına yer verdiğini sözleşmenin kurulumu sırasında tüketiciye bildirmesi ve içeriğini öğrenme imkânını da ona sağlaması gerekir.<sup>333</sup> Kaldı ki sözleşmeye sonradan dahil edilmek istenen genel işlem koşulları hakkında, tüketiciden açık bir kabul beyanında bulunması beklenir, sonradan dahil edilmek istenen genel işlem koşulları bakımından ona red iradesini açıklaması, aksi halde bu koşulların sözleşme içeriği haline geleceği konusunda bir yükümlülük yüklenemez.<sup>334</sup> Örneğin bir kuru temizleyiciye bir elbise bırakıldığında, kuru temizlemeci tarafından içerisinde, elbiselerin belirlenen zaman aralığında alınmaması halinde meydana gelebilecek bir zarardan işletmenin sorumluluğu bulunmadığı hususunun yazılı olduğu bir belgenin verilmesi halinde, sorumluluğu ortadan kaldıran bu şekildeki bir hükmün sözleşme içeriği haline gelmeyeceği açıktır. Zira bu husus sözleşme kurulduktan sonra tüketiciye bildirilmektedir.<sup>335</sup> Ancak tacirler bakımından fatura, özel bir önem arz etmektedir. TTK'nın 21. maddesinde *"Ticari işletme bağlamında bir mal satmış, üretmiş, bir iş görmüş veya bir menfaat ağlamış olan tacirden, diğer tarafı kendisine bir fatura verilmesini ve bedeli ödenmiş ise bunun da faturada gösterilmesini isteyebilir. Bir*

<sup>332</sup> HAVUTÇU, 2003, s. 102; ÇINAR, s. 86.

<sup>333</sup> ÇINAR, s. 88.

<sup>334</sup> ATAMER, 2001, s. 101.

<sup>335</sup> HAVUTÇU, 2003, s. 125; ATAMER, 2001, s. 125-126.

*fatura alan kişi aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde faturanın içeriği hakkında bir itirazda bulunmamışsa bu içeriği kabul etmiş sayılır."* düzenlemesi yapılmıştır. Tacirler arasında yapılan sözleşmenin ifasına ilişkin olan bu faturanın içeriğine sekiz gün içinde itiraz edilmediğinde, genel işlem koşulları sözleşmenin içeriği haline gelecektir. Ancak belirtmek gerekir ki fatura sözleşmenin ifasına ilişkin olduğundan, yalnızca sözleşmenin ifası ile ilgili olan genel işlem koşulları sekiz gün içerisinde itiraz edilmediği müddetçe sözleşmenin içeriği haline gelecek, ifa ile ilgili olmayan genel işlem koşulları sekiz gün içinde itiraz edilmemiş olsa dahi sözleşmenin içeriği haline gelemeyecektir.<sup>336</sup>

Genel işlem koşullarının varlığını bilmesine rağmen, bunun içeriğini bilmeyen tüketicisi, bu koşulların sözleşme içeriği olacağını biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa susma iradesini gösterdiğinde artık genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriği haline geldiğinin kabulü gerekir. O halde tüketicisi, genel işlem koşullarının varlığından bilgi sahibi olduktan sonra girişimcinin bu koşulları sözleşme içeriği haline getirme niyetini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, sustuğunda artık bu genel işlem koşulları ile bağlı olacaktır. Tüketicinin bu koşulları bildiği veya bilmesi gerektiği unsuru da dürüstlük kuralına göre tayin edilecektir.<sup>337</sup>

İlan yapılmak suretiyle ya da iletişim araçları kullanılarak genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriği haline getirilmesi isteğinin, sözleşmenin karşı tarafına bildirilmesi halinde, tüketicinin gazete, dergi gibi araçlarla yapılan ilanı ve bunun içerisinde yer alan genel işlem koşullarını bilme yükümlülüğü olmadığından, bu araçlarla genel işlem koşulları hakkında bilgi verildiği ileri sürüldüğünde tüketicinin susma yönündeki iradesini genel işlem koşullarını kabul ettiği yönünde yorumlayamayız.<sup>338</sup> Yani bu durumda ilan ya da iletişim araçlarıyla yapılan bildirimin tüketicisi tarafından bilinmesi zorunluluğ  olmadığından, bu koşullara yönelik susma

<sup>336</sup> ÇİNAR, s. 89.

<sup>337</sup> ÖZUYSAL, s. 83.

<sup>338</sup> ÇİNAR, s. 78; HAVUTÇU, 2003, s. 123.

iradesini de kabul şeklinde algılayamayız. Ancak daha önce de bahsedildiği gibi eğer girişimcinin her bir tüketiciye ayrı ayrı bildirim yapması çok güç ise, o halde tüketicinin dikkatini çekecek biçimde ve yerde yapılan ilan bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirme bakımından yeterli görüldüğünden, tüketici, dikkatini çekecek bu ilana rağmen susuyorsa ve sözleşmeyi kurmak yönünde aktif veya pasif bir davranışta bulunmuyorsa genel işlem koşullarının susma suretiyle de kabul edildiğini söylememiz mümkün olacaktır.<sup>339</sup>

Girişimciler mal veya hizmetin tanıtımını yapmak amacıyla dergi, broşür, prospektüs gibi belgeler düzenleyerek bunları tüketiciye sunmaktadırlar. Ancak bu tür belgelerde yer alan genel işlem koşullarının tüketici tarafından kabul edilmesi halinde bu koşullar sözleşmenin içeriği haline gelmez. Zira bu tür belgelerin amacı tüketicinin dikkatini mal veya hizmete çekmek olup, burada yer alan genel işlem koşullarının, tüketicinin dikkatini çekemediği, bunlardan haberdar olmadığı kabul edilmektedir. Bu aşamada tüketici, girişimcinin belirtilen belgelerle genel işlem koşullarını kendisine sunarak öneriye davette bulunması karşısında, genel işlem koşullarının varlığını tam anlamıyla bilmeden ona karşı öneride bulunmaktadır.<sup>340</sup> Ancak tüketiciye bu tür belgelerle birlikte içerisinde genel işlem koşullarının da yer aldığı bir sipariş formu gönderilirse, artık tüketicinin bunları bildiği kabul edilir ve öneride bulunması halinde genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil olduğunu söylemek mümkün olur.<sup>341</sup>

Genel işlem koşullarının varlığından sözleşmenin karşı tarafının, sözleşmenin kuruluşu aşamasında haberdar edilmesi gerektiğini daha önce açıklamıştık. Ancak özellikle tacirler arasında sözlü olarak ya da telefon, telgraf, veya benzeri bir teknik araçla sözleşme kurulduktan sonra sözleşmenin esaslı unsurlarını içeren bir belgenin gönderilmesi durumunda genel işlem şartlarının sözleşme içeriği haline gelip

<sup>339</sup> ATAMER, 2001, s. 89; HAVUTÇU, 2003, s. 124; ÇINAR, s. 77.

<sup>340</sup> ATAMER, 2001, s. 87; HAVUTÇU, 2003, s. 128.

<sup>341</sup> ATAMER, 2001, s. 87; HAVUTÇU, 2003, s. 129.

gelmeyeceğinin de tartışılması gerekir. Taraflar arasında sözlü olarak yapılan bir müzakere ya da teknik bir araçla yapılan görüşme sonucu sözleşme kurulmuş ise, sözleşmenin kuruluşundan sonra düzenlenen, bahse konu sözleşmenin esaslı unsurlarını da içerecek mahiyetteki belgeye teyit mektubu denilmektedir.<sup>342</sup> TTK'nın 21/f.3 maddesi uyarınca, bu tür bir belgeyi alan kişi, sekiz gün içinde itiraz etmediğinde yine genel işlem koşulu sözleşme içeriği haline gelmiş olacaktır.<sup>343</sup> Bu husus sözlü olarak kurulan sözleşme ile gönderilen teyit mektubunun birbiriyle uyumlu olması ve her ikisinde de genel işlem koşullarına yer verilmiş olması hali içindir. Sözlü olarak sözleşme kurulduktan sonra, gönderilen teyit mektubunda genel işlem koşulları ilk defa yer almışsa, kanunun açık hükmü karşısında sekiz gün içinde itiraz edilmediği müddetçe bunların da sözleşme içeriği haline geleceği doktrinde kabul edilmektedir.<sup>344</sup>

Öte yandan, örf ve adet hukuku veya ticari teamül haline gelen genel işlem koşulları bakımından da bir inceleme yapmak gerekmektedir. Banka ve sigorta sektöründe genel işlem koşullarının sıkça kullanıldığı görülmektedir. Bu nedenle bankaların, yaptıkları sözleşmelerde yer alan bazı hükümleri, sık sık uygulamaları nedeniyle örf ve adet kuralı olarak kabul etmelerinin ve tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüklerinin bulunmadığını ileri sürmelerinin kabul edilip edilmeyeceği sorun teşkil etmektedir. Örf ve adet kuralı, toplumun tüm bireyleri tarafından uzun zamandan beri sürekli olarak uygulanagelmesi nedeniyle uyulması mecburi olduğu kanaati ile uygulanan kurallardır.<sup>345</sup> Teamül ise, örf ve adet kuralı derecesine ulaşmamış olmakla birlikte alışkanlık niteliğinde olan kuralları ifade eder.<sup>346</sup> TTK'nın 2/f.1 maddesinde "*Kanunda aksine bir hüküm yoksa, ticari örf ve adet olarak kabul edildiği belirlenmedikçe, teamül, mahkemenin yargısına esas olamaz. Ancak irade*

<sup>342</sup> ARKAN, s. 153; OĞUZ, 1993, s. 71; KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Konya, 2006, s. 104.

<sup>343</sup> ÇINAR, s. 91.

<sup>344</sup> ATAMER, 2001, s. 92-93; OĞUZ, 1993, s. 71-72; ÇINAR, s. 92.

<sup>345</sup> DURAL/SARI, s. 79; EDİS, 1983, s. 89; OĞUZMAN/BARLAS, s. 84-85.

<sup>346</sup> KARAHAN, s. 61; OĞUZ, 1993, s. 68 vd.

*açıklamalarının yorumunda teamülüler de dikkate alınır."* hükmü gereğince tacirler bakımından bir genel işlem koşulu ticari örf ve adet kuralı haline gelmişse hüküm ifade edecek ve sözleşmenin içeriğini oluşturacaktır.<sup>347</sup> Öte yandan TTK m.2/f.3'de *"Ticari örf ve adet tacir sıfatını haiz bulunmayanlar hakkında ancak onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği takdirde uygulanır."* hükmü gereğince tüketiciler bakımından yalnızca ticari örf ve adet kuralları niteliğinde olan genel işlem koşulları bilindiği veya bilinmesi gerektiği takdirde uygulanabilecek, bunun dışındaki genel işlem koşulları uzun süre boyunca toplumun bireyleri tarafından uygulanmadığı ve uygulanması konusunda da bir zorunluluk hissedilmediği göz önüne alındığında örf ve adet kuralı olmadıklarından tüketiciler hakkında uygulanmayacaklardır.<sup>348</sup>

Ayrıca taraflar arasında önceden, ileride kuracakları sözleşmelerde kullanılmak üzere bir çerçeve sözleşme yapılmışsa ve bu sözleşme yapıldığı sırada girişimci ilerideki sözleşmelerde de aynı genel işlem koşullarını kullanacağını belirterek genel işlem koşullarının varlığı hakkında açıkça bilgi vermiş, içeriğini öğrenme imkânını da karşı tarafa tanımışsa, artık sonradan yapılan sözleşmelerde bu genel işlem koşullarının kullanılması mümkün olacak,<sup>349</sup> tüketicinin çerçeve sözleşme yaptığı sırada bunları kabul etmiş olması nedeniyle susması da kabul anlamına gelecektir. Ancak bu sözleşme hükümleri sonradan genel işlem koşullarını kullanantarafından tek taraflı olarak değiştirilemeyecektir.

## **2. Sözleşme Kapsamına Girmesine Rağmen Bazı Genel İşlem Koşullarının Bağlayıcılık Kazanamaması**

Bazı durumlarda sözleşmenin her iki tarafı da yükümlülüklerini yerine getirmiş, yani girişimci, genel işlem koşullarının varlığı hakkında açıkça karşı tarafı

<sup>347</sup> KARAHAAN, s. 62-63; ÇINAR, s. 93.

<sup>348</sup> ARKAN, s. 92; OĞUZ, 1993, s. 51; ATAMER, 2001, s. 106; ÇINAR, s. 94.

<sup>349</sup> ÇINAR, s. 95; OĞUZ, 1993, s. 66.

bilgilendirmiş ve içeriğini öğrenme imkânı sağlamış, karşı taraf da bu genel işlem koşulları ile birlikte girişimcinin önerisini kabul etmiş olmasına rağmen sözleşme içeriği haline gelen genel işlem koşulları, taraflar için bağlayıcı olmaz. Tüm şekli koşullar var olmasına rağmen taraflar için bağlayıcı olmayan genel işlem koşulları şunlardır:

#### **a. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırını Aşan Genel İşlem Koşulları**

Anayasanın 48/f.1 hükmü, herkesin sözleşme yapma özgürlüğü olduğunu açıkça düzenlemiştir. Borçlar hukuku sistemimizde de irade serbestisi ilkesi gereğince tarafların diledikleri şekilde, diledikleri içerikte ve türde sözleşme yapmaları mümkündür. Ancak bu sözleşme özgürlüğü taraflara sınırsız bir serbesti sağlamamaktadır. Bu kuralın sınırını TBK m. 27/f.1 çizmiştir. Buna göre, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkânsız sözleşmeler yapılamaz. Ancak yine aynı maddenin 2.fıkrası sözleşme içeriğinde yalnızca bir kısım hüküm bu nitelikteyse, diğerlerinin geçerliliğinin etkilenmeyeceğini düzenlemiştir. O halde sınırları belirlenmiş olan bu sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde genel işlem koşulları sözleşmeye dahil edilebilecek, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan genel işlem koşulları tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla sözleşme içeriği haline getirilmiş olmalarına rağmen bağlayıcılık kazanamayacaklardır.

#### **b. Okunaklı Yazılmamış Genel İşlem Koşulları**

TBK'nın 23/f.1 maddesinde, genel işlem koşullarında yer alan hükümlerin, açık, anlaşılır, birden çok anlama gelmeyecek nitelikte olması gerektiği, aksi halde bu tür kayıtların düzenleyenin aleyhine karşı tarafın lehine yorumlanacağı düzenlenmiştir.

Benzer bir düzenleme TKHK'nın 5/f.4 maddesinde *"Sözleşme şartlarının yazılı olması halinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir."* şeklinde ifade edilmiş, Yönetmelikte de m.6/f.3'te kanun metni aynen tekrar edilmiştir. Öte yandan, TKHK'nın 4/f.1 maddesinde de genel işlem koşulları bakımından şekli bazı düzenlemeler getirilmiştir. Zira bu maddede, *"Bu Kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir."* denilmektedir. Genel işlem koşullarının, anlamının tereddüde mahal vermeyecek şekilde açık olması, anlaşılabilir ve okunabilir şekilde düzenlenmesi öğretide şeffaflık ilkesi olarak adlandırılmaktadır.<sup>350</sup> Konumuz açısından önem arz eden husus, sözleşmede yer alan kayıtların okunabilir olmasıdır. Bu amaçla sözleşme yapıldığı sırada, yazılı şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, özellikle sözleşmenin niteliği de dikkate alındığında önemli mahiyette bulunan edimlerin tüketici tarafından kolayca fark edilebilmesi, çok küçük puntolarla yazılmamış olması ve hükümlerin tüketici tarafından zahmetsizce okunamayacak kadar çok sayfadan ibaret olmaması gerekecektir.<sup>351</sup> Her ne kadar TKHK, on iki punto ile koyu siyah harflerle bilgilendirme yapılmasını düzenlemiş ise de, sözleşmenin tamamının bu şekilde düzenlenmiş olması ya da yazı şeklinin farklılaşması durumunda şeffaflık ilkesine uygun bir sözleşmeden bahsedilemeyecektir. Kanun bu şekli kuralı getirmiş ise de, hükümlerin on iki punto ve koyu siyah renkle yazılmaması halinde sözleşmenin akıbeti hakkında herhangi bir yaptırım öngörmemiştir.<sup>352</sup> O halde genel işlem koşulları, girişimcinin açıkça karşı tarafa bunların varlığı hakkında bilgi vermiş olması ve içeriğini öğrenme imkânı tanımış olması ile karşı tarafın kabul iradesini açıklaması sonucu sözleşmenin içeriği haline geldiğinden, tek başına şekli koşulların gerçekleşmemiş olması genel işlem koşullarının

<sup>350</sup> KARADAĞ, s. 175; ÇINAR, s. 163.

<sup>351</sup> ÇINAR, s. 164.

<sup>352</sup> KARADAĞ, s. 176.

sözleşmenin içeriği haline gelmesini engellemeyecektir. Ancak bu genel işlem koşulları sözleşmenin içeriği haline gelmiş olsa dahi içerik denetimi yapılabilecektir.<sup>353</sup> Özellikle bankalar veya kredi kuruluşları çok fazla sayfadan oluşan ve karınca duası<sup>354</sup> gibi yazılmış olan sözleşme hükümlerini kredi ihtiyacı olan tüketiciye sunmakta, tüketici de zorunluluk içinde bulunduğundan genellikle okumadan, okusa dahi anlamadan bu sözleşmeyi kabul etmektedir. Okunabilir olma koşulu nasıl ki TTK'nın 1425/f.1 maddesinde sigorta poliçeleri için bir zorunluluk olarak kabul edildiyse günümüzde sıkça karşılaşılan tüketici kredi sözleşmelerinde de aranmalıdır.<sup>355</sup> Genel işlem koşullarını kullanan taraf hali hazırda genel işlem koşullarını sözleşme içeriği haline getirmek istiyorsa, bunların okunaklı olmasına özen göstermeli, aksi halde bunun bağlayıcı olmayacağı şeklindeki sonuca katlanmalıdır.<sup>356</sup>

### **c. Alışılmamış (Mutat olmayan), Şaşırtıcı, Beklenemez, Olağanüstü Genel İşlem Koşulları**

Çalışmamızın önceki bölümlerinde anlatıldığı üzere, girişimci genel işlem koşullarının varlığı hakkında sözleşmenin karşı tarafına açıkça bilgi verdiği ve bu koşulların içeriğini öğrenme imkânını tanıdığı takdirde, karşı tarafın kabul iradesini açıkladığı sırada genel işlem koşullarının içeriğine tam bir hakimiyeti aranmamaktadır. Zira girişimcinin genel işlem koşullarının içeriği hakkında bilgi verme yükümlülüğü olmadığı gibi, tüketicinin de tüm koşulları okuyup anlamını kavrayarak kabul iradesini açıklamasına gerek yoktur. Bu durumda tüketici, kendisine sunulmuş olmasına rağmen bu koşulların içeriğini okumadığı için sonuçlarına da katlanmalıdır.<sup>357</sup> Ancak tüketicinin, hiç bir koşulda beklenmediği, öngöremediği, alışılmamış, şaşırtıcı koşullar

<sup>353</sup> KARADAĞ, s. 177.

<sup>354</sup> SEROZAN, s. 341.

<sup>355</sup> İNAL, Tamer, “Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar”, THD, Seçkin Yayınları, C. 9, S. 89, 2014, (s. 32-57), s. 38.

<sup>356</sup> TEKİNALP, s. 387.

<sup>357</sup> BİGAT, Şevket Güney/LOKMANOĞLU, Ensar, “Genel İşlem Şartları Açısından Şaşırtıcı, Sürpriz, Beklenmeyen, Haksız, Adil Olmayan ve Çok Anlamlı Koşullar”, İBD, C. 83, S. 6, 2009, (s. 3147-3157), s. 3149.

bu kapsamda olmayıp, tüketiciden, dürüstlük kuralı gereğince hesaba katması gereken nitelikteki koşullar hakkında yaptığı global kabulün sonucuna katlanması beklenebilir.<sup>358</sup>

Hukukumuzda şaşırtıcı, beklenemez, sürpriz koşulların belirlenmesi bakımından bir ölçüt yoktur. Ancak TBK'nın 21/f.2 maddesinde "*sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.*" düzenlemesi yapılmıştır. O halde, Kanun çok geniş bir şekilde hakime, sözleşmeye müdahale yetkisi vermekte, her somut olayın özelliğine göre "*sözleşmenin niteliği*" ve "*işin özelliği*" kavramlarının ayrı ayrı tespit edilmesini hakimden beklemektedir.<sup>359</sup>

Şaşırtıcı şart, genel işlem koşulları içeren bir sözleşme, bütün halinde değerlendirildiğinde, sözleşmede yer alan diğer kayıtlarla bütünleşmeyen, sözleşmenin niteliği ile yani özüyle bağdaşmayan, sözleşmeye yabancı olan şartları ifade eder.<sup>360</sup> O halde, tüketicinin sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüğünü genel işlem şartları ile önemli ölçüde değiştiren, ek yükümlülükler getirerek genişleten, haklarını önemli ölçüde kısıtlayan, sözleşmenin niteliğini yapıldığı ilk anda var olan koşullardan başkalaştıran şartlar şaşırtıcı olarak kabul edilir.<sup>361</sup> Şaşırtıcı şart, makul ve dürüst bir

<sup>358</sup> HAVUTÇU, 2003, s. 134.

<sup>359</sup> YENİOCAK, s. 86-87. Ayrıca bu yönde Yargıtay "Mahkeme somut olayın kendine özgü verileri ve koşullarının gerçekleşmesi halinde ve yasal genel hükümler çerçevesinde; dikkati özel olarak çekilmeksizin sözleşmeye konan ve alışılmamış şartlarla tüketiciyi bağlı tutmamalı ve hükümsüz saymalıdır. En önemlisi yargı kararları ile tüketicinin bu yolla korunması hukuk devleti ve sosyal adaletin bir gereği olarak kabul edilmelidir." Şeklinde bir karar vermiştir. (Yargıtay 13. HD., 18.03.1996 tarih, E. 1996/1734, K. 1996/2495 sayılı kararı. BİGAT/LOKMANOĞLU, s. 3149'dan naklen.)

<sup>360</sup> BİGAT/LOKMANOĞLU, s. 3151; YENİOCAK, s. 87; HAVUTÇU, Ayşe, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Düzenleyenler: Legal Yayıncılık- Marmara Üniversitesi, LHD, C. 3, S. 34, 2005, (s. 3613-3628), s. 3619; ATAMER, 2011, s. 30; ATAMER, 2001, s. 111.

<sup>361</sup> ATAMER, 2001, s. 117; HAVUTÇU, 2003, s. 137. Yargıtay "Davacı banka ile dava dışı S... Ltd. Şti. arasında kredi sözleşmesi imzalamış, davalı E... adına kayıtlı taşınmaz üzerinde davacı banka lehine ipotek tesis ettirmiştir. İpotek akit tablosunda ipotek verenin ipotek limiti kadar müşterek borçlu ve kefil olduğu belirtilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 21/son maddesine göre sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. İpotek akit tablosunda ipotek verenin ayrıca müteselsil kefil olduğuna ilişkin kayıt ipotek sözleşmesinin niteliğine ve özelliğine uygun değildir." Şeklinde bir karar vermiştir. (Yargıtay 19. HD., 13.02.2013 Tarih, E. 2012/14777, K. 2013/2711 sayılı kararı. YELMEN, s. 172'den naklen.) Bu kararda ipotek verenin ayrıca müteselsil kefil olması durumu onun sözleşmedeki yükümlülüğünü artırdığı için şaşırtıcı kabul edilmiştir. TBK'nın 21. Maddesinin gerekçesinde de İsviçre Federal Mahkemesinin benzer yönde karar verdiğinden bahsedilmiştir. Madde gerekçesinde kredi sözleşmelerinde kredi verenin dilediği anda hiçbir gerekçe

tüketicinin durumuna göre belirlenir. Yani tüketicinin o sırada yapmış olduğu sözleşmeye ilişkin bilgisi önemli olmayıp, onun sübjektif değerlendirmesinden tamamen bağımsız şekilde makul ve dürüst bir kişinin o sözleşmeyi yaptığı sırada, bu genel işlem koşulunu hesaba katıyor olup olmadığı, hesaba katmamasının kendisinden beklenip beklenmeyeceği araştırılmalıdır.<sup>362</sup>

Genel işlem koşulu, karşı tarafa varlığı hakkında bilgi verilmiş ve içeriğini öğrenme imkânı sağlanmış olmasına rağmen şaşırtıcı, beklenemez, olağanüstü bir şart ise bağlayıcılık kazanamayacaktır.<sup>363</sup> Zira TBK'nın 21/f.2 maddesinde bu tür koşulların yazılmamış sayılacağı hükme bağlanmıştır. Ancak belirtelim ki, alışılmamış, şaşırtıcı bu koşullara, tüketicinin dikkati özellikle çekilmiş, içeriğini öğrenme imkânı tanınmışsa ve bundan sonra kabul iradesi açıklanmışsa, artık bu koşulların tüketici bakımından şaşırtıcı, beklenemez, olağanüstü olduğu kabul edilemeyeceğinden, bu hususların da sözleşmenin içeriği haline geldiği kabul edilmelidir.<sup>364</sup> Bu durumda, genel işlem koşulları yalnızca sözleşme içeriği haline gelmiş olur ve içerik denetimi yapılması imkânı vardır. O halde bir sözleşme hükmünün olağanüstü genel işlem koşulu sayılarak bağlayıcılık kazanamaması ile haksız şart olması arasındaki farkı kavramak gerekecektir.<sup>365</sup> Olağanüstü genel işlem koşulları, taraflar anlaşmış olsalar dahi, başka bir ifadeyle, girişimci genel işlem koşullarının varlığı hakkında bilgi verip onun içeriğini öğrenme imkânını karşı tarafa sunmuş, karşı taraf da bunu kabul etmiş olsa dahi sözleşme ile ilişkilendirilemeyecek yani bağlayıcılık kazanamayacaktır. Bu durumda genel işlem koşulunun içerik denetiminin yapılmasına gerek kalmayacaktır.

---

göstermeksizin hesabı kat edeceği ve ilişkiye son vereceğine ilişkin kayıtlar da şaşırtıcı sayılmıştır. Öte yandan döviz tevdiat hesabında belli bir para cinsinden hesap açılmışsa, hesabın bulunduğu kurumca farklı bir yabancı para cinsinden ya da Türk lirası cinsinden hesap sahibine ödeme yapılması yönündeki kayıtlar da şaşırtıcı kabul edilmiştir.

<sup>362</sup> BİGAT/LOKMANOĞLU, s. 3152.

<sup>363</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 27; TANDOĞAN, s. 31; BAHTİYAR, s. 95.

<sup>364</sup> ATAMER, 2001, s. 112; TANDOĞAN, s. 26; TEKİNALP, s. 389; ÇINAR, s. 98. Hükmün, şaşırtıcı şart olarak kabul edilebilecek bir düzenlemenin sözleşme metnine dahil edilmesini imkansız kılacak şekilde düzenlediği yönünde bkz. YENİOCAK, s. 88.

<sup>365</sup> HAVUTÇU, 2003, s. 140.

Bu koşullar gerçekleşse dahi kabul beyanının global kabul şeklinde dışa yansımış olması gerekir. Zira bilinçli kabul ile olağanüstü kayıtlar tüketicici tarafından kabul edilmişse bu kayıtların sözleşme içeriği olacağı açıktır.<sup>366</sup> O halde tüketicinin dikkati özellikle olağanüstü koşullara çekilmiş olup da, karşı tarafın bilinçli kabulü sonrası bu kayıtlar bağlayıcılık kazanmışsa, bu durumda içerik denetimi ile dürüstlük kurallarına aykırı olarak muhatabın aleyhine bir dengesizliğe neden olup olmadığı araştırılacak ve koşulları sağlaması durumunda olağanüstü kayıtlar haksız şart kabul edilerek hükümsüz kılınacaktır.<sup>367</sup>

#### **d. Bireysel Anlaşmaya Aykırı Genel İşlem Koşulları**

Bilindiği gibi genel işlem koşulları, ileride benzer nitelikte çok sayıda sözleşmelerde kullanılmak üzere hazırlandıkları için, her sözleşme bakımından tüm yönleriyle kapsayıcı olmayabilir, yani taraflar genel işlem koşulları dışında da birtakım hükümlerin varlığını kararlaştırabilirler. Bu nedenle tarafların birebir müzakere ettikleri sözleşme hükümleri ile genel işlem koşulları çatışabilir. Ancak bunlardan hangisinin öncelikli olarak uygulanacağı konusunda hukukumuzda açık bir hüküm yoktur. Alman Medeni Kanunun §305b hükmünde ise, bireysel anlaşmaların genel işlem koşullarına göre üstünlük taşıdığı düzenlenmiştir.<sup>368</sup> Hukuk sistemimizde taraf iradelerine dayalı sözleşme sistemi benimsendiğinden, özel olarak tartışılarak kabul edilen bireysel anlaşmadaki hükümlere genel işlem koşullarına nazaran üstünlük tanımak gerekecek, müzakere sonucu sözleşmenin içeriği haline getirilen bir hüküm ile genel işlem koşulunun aynı konuyu düzenlemiş olması durumunda, öncelikli olarak bireysel anlaşmanın sonucu olan hüküm uygulanacaktır.<sup>369</sup>

<sup>366</sup>ÇINAR, 96-97; HAVUTÇU, 2003, s. 136; KAşAK, 2012, s. 421.

<sup>367</sup> HAVUTÇU, 2003, s. 140-141; ÇINAR, s. 99.

<sup>368</sup> YELMEN, s. 91.

<sup>369</sup> SOYER, s. 86; TANDOĞAN, s. 31; YELMEN, s. 92; İNAL, Tamer, Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul, 2013, s. 244 vd.

### 3. Bağılayıcılık Denetiminin Yaptırımını Olarak Yazılmamış Sayılma

TBK m. 21'e 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."*

Kanun yürürlük denetiminin yaptırımını "yazılmamış sayılma" başlığı ile düzenlemiş olup, 22. maddede de yazılmamış sayılan hükümlerden sonra sözleşmenin ne şekilde bu yaptırımdan etkileneceğini düzenlemiştir. Yazılmamış sayılma yaptırımı her ne kadar borçlar hukukunda düzenlenmiş olan yaptırım türlerinden tamamen farklı bir ifade tarzına sahip olması nedeniyle mevcut borçlar hukuku terminolojisine yabancı bir kavram olsa da,<sup>370</sup> Türk hukukuna yabancı bir kavram değildir.<sup>371</sup> Zira 6102 sayılı TTK'nın m. 675, m. 679, m. 682, m. 784, m. 786, m. 789 hükümleri yazılmamış sayılma yaptırımına yer vermiştir.<sup>372</sup> TBK'da yer alan her iki maddenin gerekçesinde de, yaptırım olarak "yazılmamış sayılmanın" öngörülmesinin nedeninin, bu yaptırıma İsviçre Borçlar Kanununda, Alman Medeni Kanununda yer verildiği hususu olduğu

<sup>370</sup>DOĞAN, Gül, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013, (s. 459-473), s. 465; ARIKAN, Mustafa, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması Kavramı ve Bunun Sözleşmeye Etkisi", ERÜHFD, C. VII, S. 3-4, (s. 19-28), s. 21.

<sup>371</sup> ATAMER, 2011, s. 31; YELMEN, s. 92; ŞEKER, Muzaffer, Yazılmamış Sayılma (BK m. 21/1, 21/2, 24) Yokluk ve Kesin Hükümsüzlük Kısacında 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması, 1. Baskı, İstanbul, 2015, s. 31; REİSOĞLU, s. 110-111.

<sup>372</sup> Örneğin TTK'nın 675. Maddesi, "(1) Görüldüğünde veya görüldüğünden belli bir süre sonra ödenmesi şart kılınan bir poliçeye, düzenleyen tarafından faiz şartı konulabilir. Diğer poliçelerde böyle bir faiz şartı yazılmamış sayılır.

(2) Faiz şartının poliçede gösterilmesi gerekir, gösterilmemiş ise yazılmamış sayılır." Şeklinde bir düzenlemeye yer vermiştir. Yine TTK'nın 679. Maddesinde "Düzenleyen poliçenin kabul edilmemesinden ve ödenmemesinden sorumludur. Düzenleyen kabul edilmeme halinde sorumlu olmayacağını şart edebilir de ödenmemeden sorumlu olmayacağına ilişkin kayıtlar yazılmamış sayılır." Şeklinde bir düzenleme yapmıştır.

belirtilmiştir.<sup>373</sup> Halbuki mukayeseli hukuk bakımından bir atıf yapılarak Alman Medeni Kanunu ile İsviçre Borçlar Kanununun örnek gösterilmesi yerine, TTK'nın hükümlerine atıf yapılmak suretiyle de konu açıklanabilirdi.<sup>374</sup> Kanun koyucunun yazılmamış sayılma hükmünü düzenlemesindeki amacının, bu hükümlerin sözleşmeye dahil edilmemesi, yani sözleşmenin içeriği haline getirilmemesi olduğunu söylemek mümkündür.<sup>375</sup>

Kanuni düzenlemelere bakıldığında, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının varlığı hakkında, sözleşmenin yapılması sırasında, düzenleyen tarafından karşı tarafa açıkça bilgi verilmemesi, bunların içeriğini öğrenme imkânının sağlanmaması halinde (TBK m. 21/f.1); genel işlem koşullarının işin özelliğine ve sözleşmenin niteliğine aykırı olması durumunda (TBK m.21/f.2); genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alarak düzenleyene tek taraflı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi içeren kayıtların olması halinde olmak üzere üç durumda bu yaptırımın uygulanabileceği anlaşılabılır.

#### **a. Yazılmamış Sayılmanın Hukuki Niteliği**

Yazılmamış sayılma yaptırımı, borçlar hukuku bakımından yeni bir kavramdır. Bu durumda, ne şekilde hüküm ve sonuç doğuracağının belirlenmesi açısından hukuki niteliğinin tespiti önem arz etmektedir. Borçlar hukuku alanında yaptırımlar çeşitli ayrımlara tabi tutularak incelenmiştir.<sup>376</sup>

<sup>373</sup> Bkz. TBK m. 21 ve 22 gerekçesi.

<sup>374</sup> ATAMER, 2011, s. 31.

<sup>375</sup> ARIKAN, s. 21; YELMEN, s. 93-94; ŞEKER, s. 33-34.

<sup>376</sup> OĞUZMAN/ÖZ, sözleşmenin hükümsüzlüğünü, yokluk, kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik, noksanlık, kısmi hükümsüzlük, sürekli sözleşmelerde geçersizlik şeklinde bir ayrıma tabi tutmuştur. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 176 vd. KILIÇOĞLU, kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik olarak ikili bir ayırım yapmıştır. Bkz. KILIÇOĞLU, s. 84 vd. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sözleşmenin geçersizliğini öncelikle yokluk ve hükümsüzlük olarak ayrıma tabi tutmuş, hükümsüzlüğü de kendi içerisinde kesin hükümsüzlük (butlan), iptal edilebilirlik ve diğer hükümsüzlük halleri olarak tasniflemiştir. Diğer hükümsüzlük başlığı altında eksik işlemler ve nisbi hükümsüzlük incelenmiş, ayrı bir bölümde de kısmi hükümsüzlük ve tahvil

Yokluk, bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının eksik olmasının sonucudur.<sup>377</sup>

Kurucu unsurları bulunmayan bir sözleşme, meydana gelmez. Sözleşme karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulduğuna göre, irade beyanları karşılıklı değilse ya da birbirine uygun değilse, sözleşmenin kurulduğundan bahsedilemez.<sup>378</sup> Bu tür bir işlem yok hükmündedir. Doktrinde bir görüş, yazılmamış sayılmanın yokluk olduğunu savunmaktadır.<sup>379</sup> Bunun için, yazılmamış sayılacak hükümlerin taraflardan herhangi biri tarafından ileri sürülmesine gerek olmaksızın kendiliğinden hükümsüz olmasının yokluk ile aynı nitelikte olduğunu gösterdiği şeklinde bir gerekçe ileri sürülmüştür.<sup>380</sup> Genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girebilmesi için, karşı tarafa bunların varlığından açıkça bilgi verilip içeriğini öğrenme imkânı sağladıktan sonra sözleşmenin karşı tarafının açıkladığı kabul iradesinin, yazılmamış sayılacak olan, yani bu nitelikte bulunan hükümleri içerisine almadığı, tarafların bu hususlarda anlaştıklarının kabul edilemeyeceği, bu nedenle de bu tür koşulların yok hükmünde olduğu gerekçesi de ileri sürülmektedir.<sup>381</sup> Yine hukukumuzda daha önceden kullanılan yazılmamış sayılma yaptırımının düzenlediği TTK hükümleri, TTK m. 1 gereğince bu kanunun TBK'nın ayrılmaz bir parçası olduğu da dikkate alındığında, TTK'daki yazılmamış sayılma yaptırımının "yokluk" şeklinde hüküm doğurması nedeniyle genel işlem koşullarının da yazılmamış sayılması durumunda yok hükmünde anlaşılması gerektiği şeklinde de konu açıklanmaya çalışılmıştır.<sup>382</sup>

---

ele alınmıştır. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki İşlem-Sözleşme, 5. Baskı, İstanbul, 2010, s. 587 vd. Yine DURAL/SARI da hukuki işlemin geçersizliğini yokluk, kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik, noksanlık, nisbi geçersizlik ve kısmi geçersizlik şeklinde yarım yaparak incelemiştir. Bkz. DURAL/SARI, s. 178 vd.

<sup>377</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 177; ANTALYA, O. Gökhan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 2012, s. 94; DURAL/SARI, s. 179; EDİS, 1983, s. 153; OĞUZMAN/BARLAS, s. 165.

<sup>378</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 177; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 2010, s. 578

<sup>379</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 166; KILIÇOĞLU, s. 114; TOPUZ, s. 1165-1167.

<sup>380</sup> KILIÇOĞLU, s. 114.

<sup>381</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 166.

<sup>382</sup> TOPUZ, s. 1167.

Noksanlık (eksiklik), kurucu unsurları tam olmasına rağmen hüküm ve sonuç doğurması için bir veya bir kaç unsuru tamamlanması gereken hukuki işlemler için öngörülen bir yaptırımdır.<sup>383</sup> Burada sözleşme kurulmuş olmasına rağmen, geçerliliği askıdadır.<sup>384</sup> Eksik olan unsur tamamlanırsa sözleşme eksikliğin niteliğine göre baştan veya tamamlanma anından itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar, eksiklik giderilmediği takdirde ise, sözleşme baştan itibaren geçersiz hale gelir.<sup>385</sup> Örneğin ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının yaptığı bir borç sözleşmesi kanuni temsilcisi onaylayana kadar noksandır.<sup>386</sup> Bu anlamda yazılmamış sayılma yaptırımının "noksanlık" olarak değerlendirilemeyeceği açıktır. Zira genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girebilmesi için, bunların varlığından karşı tarafa bilgi verilmesi ve içeriğini öğrenme imkânının sağlanması, karşı tarafın da kabul iradesini açıklaması gerekir. Ayrıca TBK m. 21/f.1'in açık hükmü karşısında bu koşulların sözleşmenin yapıldığı (kurulduğu) sırada aranması gerekecektir. O halde genel işlem koşullarının varlığı hakkında sonradan bilgi verilmesi, içeriğini öğrenme imkânının sonradan tanınması ya da kabul iradesinin sonradan açıklanması genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriği haline gelmesini sağlamaz.<sup>387</sup>

İptal, geçerli olarak kurulmuş olmasına rağmen, geçerliliği etkileyen bir sakatlık halinin varlığı halinde, bu sakatlıktan etkilenen tarafa, açıklayacağı bir irade beyanı ile sözleşmeyi kesin olarak hükümsüz hale getirme imkânı vermektedir.<sup>388</sup> Örneğin yanıltma, aldatma, korkutma ile kurulan sözleşmelerde iradesi sakatlanan taraf, tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeyi hükümsüz hale getirebilir.<sup>389</sup> İptal edilene dek

<sup>383</sup> OĞUZMAN/BARLAS, s. 173; DURAL/SARI, s. 185; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 2010, s. 593; OĞUZMAN/ÖZ, s. 181;

<sup>384</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 2010, s. 594; OĞUZMAN/BARLAS, s. 173.

<sup>385</sup> DURAL/SARI, s. 185; OĞUZMAN/ÖZ, s. 181-182; OĞUZMAN/BARLAS, s. 173.

<sup>386</sup> OĞUZMAN/BARLAS, s. 173.

<sup>387</sup> YELMEN, s. 96.

<sup>388</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 180; OĞUZMAN/BARLAS, s. 171; DURAL/SARI, s. 183.

<sup>389</sup> KILIÇOĞLU, s. 176 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 181.

sözleşme her iki taraf için de hüküm ve sonuç doğurur.<sup>390</sup> İptal hakkı kullanılıncaya kadar sözleşme geçerliliğini koruduğu için, iptal sebeplerinin varlığı halinde sözleşmenin kendiliğinden geçersiz olacağı söylenemez. İptal iradesinin açıklanması ve karşı tarafa ulaşması gerekir.<sup>391</sup> O halde yazılmamış sayılmanın iptal türünde bir yaptırım olduğunu söylemek güçtür. Çünkü genel işlem koşullarının, kanunda zikredilen şartları taşımaması halinde kendiliğinden hüküm ifade etmeyeceği, bunu ileri sürmenin gerekmediği açıktır. Kaldı ki TBK m. 21/f.1 ve f.2 kapsamındaki düzenlemelere aykırı genel işlem koşulları hiçbir zaman geçerlilik kazanamayacaktır. Yani başlangıçta da sonradan da hüküm ve sonuç ifade etmeyecektir.<sup>392</sup>

Öte yandan kesin hükümsüzlükte, kurucu unsurları tam olduğu için varlık kazanmasına rağmen, kamu düzenini ilgilendirecek önemde kurallara aykırılık teşkil etmesi nedeniyle bir sözleşme hüküm ve sonuç doğurmamaktadır.<sup>393</sup> Bu durumda sözleşme kurulmuştur, ancak baştan beri hüküm ve sonuç ifade etmemektedir. Sonradan da bu sözleşmenin geçerli kılınması imkânsızdır.<sup>394</sup> Kamu düzeni ile ilgili olduğundan hakim tarafından resen göz önüne alınır ve herkes tarafından ileri sürülmesi mümkündür.<sup>395</sup> TBK m 27/f.1, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olan ve konusu imkânsız bulunan sözleşme hükümlerinin kesin hükümsüz olduğunu düzenlemiştir. Bu durumlarda dahi sözleşme kurucu unsurları tam ise varlık kazanmıştır, ancak baştan beri hüküm ve sonuç doğurmamaktadır. Kanunda düzenlenen hususlara aykırılık ortadan kalkmış olsa ya da taraflar üzerinde anlaşmış olsalar bile sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurması imkânsızdır.<sup>396</sup> Doktrinde "yazılmamış sayılmanın", hüküm ve sonuçları itibariyle kesin hükümsüzlük ile

---

<sup>390</sup> DURAL/SARI, s. 183.

<sup>391</sup> KOCAYUSUFPASAOĞLU, 2010, s. 586; OĞUZMAN/ÖZ, s. 180.

<sup>392</sup> YELMEN, s. 97.

<sup>393</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 177; DURAL/SARI, s. 179; OĞUZMAN/BARLAS, s. 166.

<sup>394</sup> EDİS, 1983, s. 153.

<sup>395</sup> EDİS, 1983, s. 154; OĞUZMAN/BARLAS, s. 167-168.

<sup>396</sup> EDİS, 1983, s. 154.

benzerlik gösterdiğini savunun görüşler mevcuttur.<sup>397</sup> Zira TBK'nın 27/f.2 maddesinde düzenlenen, sözleşmenin bir kısmının geçersizliğinin diğer kısmının geçerliliğini etkilemeyeceği hükmüne benzer bir hükmün TBK'nın 22. maddesinde de düzenlendiği, ikinci cümlede ise genel işlem koşullarını düzenleyen bu koşullar olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürmesinin önüne geçilerek 27/f.2'nin 2.cümlesinden ayrıldığı dikkate alındığında aslında yazılmamış sayılma düzenlemesinin TBK'nın 27. maddesinin benzer uygulaması olduğu gerekçesi ileri sürülmüştür.<sup>398</sup> Ancak her ne kadar kesin hükümsüzlük ile yazılmamış sayılma, baştan beri hükümsüz olma, sonradan geçerlilik kazanamama yönlerinden benzerlik gösterse de kesin hükümsüzlükte sözleşme kurulmuş olup, hükümsüz olan sözleşme içeriği mevcuttur. Ancak yazılmamış sayılma yaptırımında genel işlem koşulları en başından itibaren sözleşmenin kapsamına girmemektedir. O halde yazılmamış sayılmanın kesin hükümsüzlükten de ayrıldığı açıktır.<sup>399</sup>

Kısmi hükümsüzlükte, sakatlık yalnızca sözleşmenin bir kısmını ilgilendirmektedir.<sup>400</sup> Bu durumda TBK m. 27/f.2'ye göre sözleşmenin yalnızca sakat olan kısmı hükümsüz olacaktır, geri kalan kısmı ise hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam edecektir. Ancak, hükümsüz olan sözleşme içeriği olmadan sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz olacaktır. Genel işlem koşulları, TBK m. 21'de yazılı olan şartları taşımadığında sözleşmenin kapsamına hiç girmemiş olacaktır. Halbuki kısmi hükümsüzlükte hükümsüz olan kısım sözleşmenin içeriği haline gelmiştir, ancak sonuç doğurmamaktadır. Ayrıca TBK m. 27/f.2 ile TBK m. 22, c.2'nin, hükümsüz olan sözleşme içeriği olmasaydı bu koşullarla

<sup>397</sup>ARIKAN, s. 26-27; ULUSAN, İlhan, “Türk Borçlar Kanunu’ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, 2013, (s. 1219-1228), s. 1224; DOĞAN, s. 466; KUNTALP, Erden/BARLAS, Nami/AYANOĞLU MORALI, Ahi/ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, Pelin/İPEK, Mehtap/YAŞAR, Mert/KOÇ, Sedef, Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul, 2005, s. 27

<sup>398</sup> ARIKAN, s. 22-23.

<sup>399</sup> YELMEN, s. 99

<sup>400</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 182-183.

sözleşmenin kurulamayacağını ileri sürme bakımından da farklılık arz ettiği görülecektir. Zira TBK m. 27/f.2'ye göre batıl olan hükümlerin olmaması durumunda sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz olur iken, TBK m 22'ye göre genel işlem koşullarını düzenleyen taraf, bu koşullar olmaksızın sözleşmeyi yapmayacağını ileri süremeyecektir. O halde yazılmamış sayılmanın kısmi hükümsüzlük ile farklı kavramlar olduğu sonucuna varılabilir.

Yapılan açıklamalar bir bütün olarak değerlendirildiğinde yazılmamış sayılmanın yokluk ile benzer nitelikte olduğu sonucuna varılabilir. Zira yoklukta da tarafların ileri sürmesine ihtiyaç olmaksızın kendiliğinden sonuç doğurma, sözleşme hükümlerinin en başından itibaren varlık kazanamaması söz konusudur. Ancak "yokluk" kavramının sözleşmenin kurulması aşamasında önem arz ettiği, zira kurucu unsurların tam olup olmadığının sözleşmenin varlığı açısından gerekli olduğu açıktır. Genel işlem koşullarının, bir sözleşme türü olmayıp sözleşmenin içeriğini oluşturan hükümlerden ibaret olduğu göz önüne alındığında, sözleşmenin kuruluş aşaması ile ilişkilendirilemeyeceği aşîkârdır.<sup>401</sup> O halde, yazılmamış sayılan hükümler, sözleşmenin içeriğini oluşturan genel işlem koşulları olduğundan, sözleşmelerin geçersizliği için öngörülen yaptırımlardan hiç birinin yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği ile tam manasıyla uyumlu olmadığı görülecektir. Her ne kadar yokluk, kesin ve kısmi hükümsüzlük yaptırımları ile benzerlik gözlense de, bunlardan ayrılan yönleri de mevcuttur. Bu husus esasen yokluk, kesin ve kısmi hükümsüzlük, iptal edilebilirlik, noksanlık yaptırımlarının sözleşmenin kurulması veya geçerliği için öngörölmüş yaptırımlar olmasına rağmen yazılmamış sayılmanın sözleşmenin kapsamına alınmak istenen koşulların sözleşmenin kapsamına girip girmemesi ile ilgili olmasından

---

<sup>401</sup> YELMEN, s. 104.

kaynaklanmaktadır. O halde yazılmamış sayılmanın kendine özgü bir yaptırım olduğunun kabulü gerekmektedir.<sup>402</sup>

### **b. Yazılmamış Sayılmanın Hüküm ve Sonuçları**

TBK m.21/f.1, m. 21/f.2 ve m. 24 olmak üzere üç durumda yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanacağı öngörülmüştür. Buna göre genel işlem koşullarının varlığı hakkında sözleşmenin kurulması sırasında karşı tarafa açıkça bilgi vermeme ve içeriğini öğrenme imkânı tanımama halinde (TBK m 21/f.1), işin özelliğine ve sözleşmenin niteliğine aykırı olan genel işlem koşullarının varlığı halinde (TBK m.21/f.2) ve genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede ya da ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek taraflı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtların varlığı halinde yazılmamış sayılma yaptırımı uygulanabilecektir. Yazılmamış sayılan genel işlem koşulları sözleşmenin içeriği haline hiçbir zaman gelmez ve bu nedenle taraflar için hüküm ve sonuç ifade etmez. Yazılmamış sayılan hükümlerden sonra sözleşmenin akıbeti TBK m. 22'de düzenlenmiştir. Buna göre *"Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez."* Düzenleme ile TBK'nın 27/f.2'nin uygulanmasının önüne geçilmiştir. Zira TBK m. 27/f.2 sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olmasının, diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyeceğini, ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağını açıkça anlaşılması halinde sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz olacağını düzenlemiştir. Zaten TBK m.22'nin gerekçesinde de bu düzenlemenin bilinçli olarak yapıldığı vurgulanmıştır.<sup>403</sup> Kanunumuz bu düzenleme yönünden, Alman Medeni Kanunu 306.

<sup>402</sup> YENİOCAK, s. 86; YELMEN, s. 105.

<sup>403</sup> Bkz. TBK 22. Madde gerekçesi.

maddesinden ayrılmıştır. Zira Alman Medeni Kanununun 306/3 maddesinde, sözleşmenin geçersiz hale gelen hükümlerden sonra tamamlanması sonucu, taraflardan biri için beklenenden daha farklı bir sonuç ortaya çıktığından sözleşmenin tamamının geçersiz olacağı düzenlenmiştir.<sup>404</sup>

Her ne kadar TBK'nın 22. maddesinde düzenleyenin genel işlem koşulları olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürme imkânı ortadan kaldırılmış ise de, bu durum sözleşmenin objektif esaslı noktalarının yazılmamış sayılması durumunda sözleşmenin ne şekilde devam ettirileceği bakımından sorun teşkil etmektedir. Zira objektif esaslı noktaların varlığı, sözleşmenin varlığı için zaruridir. Nitekim TBK'nın 2/f.1 maddesine göre taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşamadıklarında, sözleşme kurulamayacaktır. O halde genel işlem koşulları yazılmamış sayıldıktan sonra geriye kalan hükümlerle bir sözleşmenin kurulması mümkün ise, yani objektif esaslı noktalar sözleşmede mevcut ise genel işlem koşullarını düzenleyen taraf bu şekilde sözleşmeyi kuramayacağını ileri süremeyecektir.<sup>405</sup> Bu durum aslında sözleşmenin varlığını devam ettirip ettirmediği hususu ile ilgilidir. Keza ortada devam eden, varlık kazanmış herhangi bir sözleşme bulunmadığında, genel işlem koşullarının denetiminden de bahsedilemez.<sup>406</sup> Yazılmamış sayılan hükümler, sözleşmenin ikinci derecedeki noktaları ise bir sözleşmenin kurucu unsurları mevcut olduğundan genel işlem koşullarını düzenleyen taraf bu defa sözleşmeyi bu koşullarla kurmayacağını iddia edemeyecektir. Bu durumda TBK m. 2/f.2 uyarınca ikinci derecedeki noktalar hakim tarafından tamamlanacaktır.<sup>407</sup>

---

<sup>404</sup>"Sözleşmenin ayakta tutulması için 2. fıkrada öngörülen şekilde onun içeriğinin tamamlanması halinde ortaya çıkan durum, taraflardan biri için makul olmayan sonuçlar doğuruyorsa sözleşme bütünüyle geçersiz olur." Çeviri için bkz. YELMEN, s. 109.

<sup>405</sup> ATAMER, 2004, s. 325; HAVUTÇU, 2003, s. 146; AYDOĞDU, 2004, s. 76-79; YELMEN, s. 110; ATAMER, 2001, s. 120-121; YENİOCAK, s. 90.

<sup>406</sup> YELMEN, s. 110.

<sup>407</sup> ŞEKER, s. 190; ATAMER, 2004, s. 325; YELMEN, s. 110.

## C. Genel İşlem Koşullarının Yorum Yoluyla Denetimi

### 1. Genel Olarak

Sözleşme karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulmaktadır. Ancak bazı durumlarda taraflar açıkladıkları irade beyanlarına çeşitli anlamlar yüklemiş olabilirler ya da sözleşmenin kurulduğu yer veya zamana göre tarafların birbirlerinin irade beyanlarını, amaçladıkları sözleşmeden daha farklı algılamaları söz konusu olabilir.<sup>408</sup> İşte geçerli olarak kurulmuş olan bir sözleşmede tarafların sözleşme içeriğinin ne anlama geldiği hususunda uyuşmazlık yaşamaları halinde, sözleşmenin yorumlanması gerekecektir.<sup>409</sup> Yorum esasen bir içeriğin ne anlama geldiğinin tam olarak belirlenmesi faaliyetidir.<sup>410</sup>

Yorum, bir sözleşme geçerli olarak kurulduktan sonra yapılan bir faaliyet olup, sözleşmede tarafların irade beyanlarının anlaşılması amacıyla yapılır. Bu durumda tarafların iradelerinin anlamlandırılması bakımından herhangi bir sorun yoksa, sözleşmenin ne anlama geldiğinin araştırılmasına da gerek kalmayacaktır. O halde öncelikle geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme olmalı ve sözleşmenin içeriğinin ne anlama geldiği hususunda bir ihtilaf bulunmalı, yani tarafların irade açıklamalarının farklı şekilde anlamlandırılmış olması gerekmektedir.<sup>411</sup>

Genel işlem koşullarının yorumlanmasında, somut olay tüm yönleriyle ele alınmalı ve sözleşmeler hukukunun temel prensibi olan güven teorisi çerçevesinde bir yorum yapılmalıdır.<sup>412</sup> Bu anlamda öncelikle tarafların sözleşmeyi kurdukları sırada kullandıkları kelimeler dikkate alınmalı, yani sözleşme hükümlerinin lafzına bakılmalı,

---

<sup>408</sup> ÇINAR, s. 107.

<sup>409</sup> SİRMEN, 2011, s. 118.

<sup>410</sup> EDİS, 1983, s. 173; ÇINAR, s. 107-108; SİRMEN, 2011, s. 119.

<sup>411</sup> SİRMEN, 2011, s. 118; HAVUTÇU, 2003, s. 148; BAĞRIAÇIK, Safiye Nur, “Genel İşlem Şartları ve Denetlenmesi”, İKÜHFD, C. 11, S. 2, Temmuz 2012, (s. 141-176), s. 159-160; ÇINAR, s. 108.

<sup>412</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 2010, s. 239; YENİOCAK, s. 90; SİRMEN, 2011, s. 119; ATAMER, 2011, s. 39.

ancak bunun yetersiz kalması yani lafzi yorum ile tarafların iradelerinin tespit edilememesi halinde, sözleşmenin yapılmasında tarafların hangi saikle hareket ettikleri, o sözleşmeyi yapmalarındaki ortak amaçlarının ne olduğu araştırılmalıdır.<sup>413</sup> Bu durumda, tarafların genel işlem koşullarını sözleşme içeriği haline getirmiş olmalarına rağmen aynı konu ile ilgili olarak bireysel anlaşma yapıp yapmadıkları önem taşıyabilir. Zira taraflar genel işlem koşulları ile aynı konuda bireysel anlaşma yapmışlar ise, iradelerinin genel işlem koşullarının uygulanmasına yönelik olmadığı sonucuna ulaşılabilir. O halde tarafların iradelerinin, güven kuramı çerçevesinde bireysel sözleşmeye göre yorumlanması yerinde olacaktır.<sup>414</sup>

## 2. Genel İşlem Koşullarında Yorumun Unsurları

TBK m. 23, *"Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır."* şeklinde bir düzenleme ile yorumun hangi durumlarda ve ne şekilde yapılacağını düzenlemiştir. Benzer yönde hükümler TKHK'da da yer almıştır. Zira TKHK m. 4/f.1'de *"Bu Kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir..."* şeklinde, TKHK m. 5/f.4'te *"Sözleşme şartlarının yazılı olması halinde; tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılabilir bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi halinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır."* şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Aynı hüküm Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik m.6/f.3'te de yer almıştır. O halde açık ve anlaşılır olmama ve birden fazla anlama gelme durumlarında sözleşmenin içersinde yer alan genel işlem koşulları yorumlanacaktır. Belirtmek gerekir ki, yorum denetimi, içerik

<sup>413</sup> SİRMEN, 2011, s. 119.

<sup>414</sup> ATAMER, 2011, s. 39; AYDIN, s. 101.

denetiminden önce yapılmalıdır. Zira genel işlem koşullarının içeriği yorum ile belirlendikten sonra yani ne anlama geldiği tespit edildikten sonra içeriğinin denetlenmesi suretiyle tüketicinin menfaatlerini ihlal edip etmediği ortaya konulmalıdır.<sup>415</sup> 4077 sayılı TKHK'da yorum denetimine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak Kanun'a dayanılarak çıkarılan Yönetmeliğin 6/f.1 ve f.4 maddelerinde yorum denetimine yer verilmişti.<sup>416</sup> Yeni TKHK'da yorum denetimine açıkça yer verilmesi Yönetmelik ile Kanun arasında çelişki yaratmaması bakımından isabetli olmuştur.

Genel işlem koşullarının yorumlanması bakımından hukukumuzda çeşitli ilkeler benimsenmiştir. Objektif yorum ilkesine göre, genel işlem koşulları, önceden tek yanlı olarak, ileride çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlandıklarından, yasal hükümler gibi somut olayın özelliklerinden bağımsız olarak tarafların iradelerinden soyutlanarak yorumlanmalıdır. Hakim, öncelikle tarafların birbirlerine yönlendirdikleri iradelerinin uyuşup uyuşmadığını araştırarak, bu iradelerin gerçekte ne anlama geldiğini saptayacak, tarafların o sözleşmenin kurulmasındaki gerçek iradelerini tespit edemediğinde ise, makul ve dürüst kişilerin o kavramdan ne anladıklarını ölçüt alarak sözleşmeyi yorumlayacaktır.<sup>417</sup> Sübjektif yorum ilkesine göre ise, genel işlem koşullarının yorumlanmasında, tarafların somut olayda gerçek iradelerinin ne olduğu araştırılmalıdır. Bu durumda dahi tarafların iradeleri belirlenemiyorsa güven teorisi esas alınarak yorum yapılmalıdır.<sup>418</sup> Her ne kadar hukukumuzda objektif yorum ilkesini benimseyen görüşler de savunulmuş ise de,<sup>419</sup> çalışmamızın önceki bölümlerinde, haksız şartların hukuki niteliğini, sözleşme nitelikli hükümler olarak açıklamıştık. Zira

---

<sup>415</sup> ÇINAR, s. 113; SİRMEN, 2011, s. 119.

<sup>416</sup> AKÇAAL/UYUMAZ, s. 254; AÇIKGÖZ, 2015, s. 826.

<sup>417</sup> ATAMER, 2001, s. 131; HAVUTÇU, 2003, s. 150-151; SOYER, s. 130-131; BAHTİYAR, s. 95; BAĞRIAÇIK, s. 160.

<sup>418</sup> Görüş ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. SOYER, s. 130; HAVUTÇU, 2003, s. 150; ATAMER, 2001, s. 130.

<sup>419</sup> BAĞRIAÇIK, s. 160; HAVUTÇU, 2003, s. 150; SOYER, s. 130-131; BAHTİYAR, s. 95.

TKHK ve buna dayanılarak çıkarılan Yönetmelikte de haksız şartların sözleşme hükmü olduğu açıkça vurgulanmış,<sup>420</sup> ayrıca bu hükümlerin haksızlığının tespitinde de, sözleşmenin yapıldığı (kurulduğu) andaki (TBK m.20/f.1) koşulların göz önüne alınmasına dikkat çekilmiştir.<sup>421</sup> Bu nedenle norm görüşünden hareketle genel işlem koşullarının sözleşmeden bağımsız olarak objektif yorum ilkesine göre yorumlanmasını doğru bulmuyoruz.

#### **a.Açık ve Anlaşılır Olmama**

TKHK m. 5/f.4'te bir sözleşmede yer alan hükmün açık ve anlaşılır olmaması halinde, hükmün tüketici lehine yorumlanacağı hüküm altına alınmış olup, bu hükmün TBK'nın 23. maddesi ile paralel mahiyette olduğu açıktır. Hükmün açık ve anlaşılır olması, onun okuyan herkesçe aynı şekilde anlamlandırılmasını, tartışmaya mahal vermeyecek bir şekilde düzenlenmiş olmasını, yani makul bir bakış açısı ile hükme muhatap olan farklı kişilerce değişik anlamlar yüklenmemesini ifade eder.<sup>422</sup>

Bir kaydın anlaşılabilir olması ise, onun dilinin anlaşılabilir olması demektir. Zira TKHK'da m. 5/f.4 tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması aranmaktadır. Dilin anlaşılabilir olması, hem kendi kullandığı dilde düzenlenmiş olmasına rağmen orta zekâlı bir tüketicinin anlayamayacağı, yalnızca konunun uzmanı tarafından anlaşılabilir şekilde teknik, hukuki ya da ekonomik kelimeler kullanılmamasını, yani anlamının okuyan kişilerce anlaşılabilmesini hem de tüketicinin, sözleşmenin düzenlendiği dili bilmesini ifade etmektedir.<sup>423</sup> O halde sözleşmenin açık ve anlaşılabilir olup olmadığının tespitinde,sözleşmenin taraflarından bağımsız olarak orta seviyedeki bir tüketici profilinin esas alınması gerekmekte olup, orta zekâlı tüketici

---

<sup>420</sup>TKHK'da haksız şart tanımı yapılırken, bu şartların tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen sözleşme şartları olduğu belirtilmiştir. (TKHK m. 5/ f. 1)

<sup>421</sup> ÇINAR, s. 112.

<sup>422</sup>YELMEN, s. 112; MÜLAZIMOĞLU, s. 93.

<sup>423</sup> KARADAĞ, s. 179-180.

kavramından da, genel işlem koşullarının düzenlendiği alanda işlem yapan makul seviyedeki bir tüketicinin anlaşılması gerekir. Bu durumda sözleşme hükmü, makul seviyedeki tüketicinin okuduğunda zahmetsizce anlayabileceği nitelikte ise, açık ve anlaşılabilir olduğundan bahsedilecektir.<sup>424</sup>

## **b. Birden Fazla Anlama Gelme**

Bilindiği gibi, genel işlem koşulları, sözleşmenin tarafları arasında müzakere edilerek değil de, kullanan tarafından daha önceden, çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere, tek yanlı hazırlanmış sözleşme hükümlerinin, karşı tarafa sunulması sonucu sözleşme içeriği haline gelmektedir. Bu durumda genel işlem koşullarının oluşturulması sırasında somut herhangi bir ilişki göz önüne alınmamakta, koşullar kanun hükmü gibi genel ve soyut olarak düzenlenmektedir. Bu durum beraberinde genel işlem koşullarının kullanıldığı somut olaylarda bazı hükümlerin birden çok anlam ifade etmesi sorununu getirmektedir.<sup>425</sup> Hem TBK hem de TKHK'da birden çok anlama gelen genel işlem koşullarının, düzenleyen ya da kullanan aleyhine, karşı taraf lehine yorumlanması hüküm altına alınmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, bir koşulun haksız olup olmadığı hususunda içerik denetimi ile daha olumlu yani daha adil sonuçlar elde edilebilecek iken, yorum denetiminin daha geniş bir şekilde yapılarak bununla tüketici lehine yorum yapılması yerinde olmayacaktır. Başka bir deyişle, tek başına değerlendirildiğinde haksız sayılabilecek bir hükmün, sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesi sonucunda haksız olmadığı ancak içerik denetimi sonucu belirlenebileceğinden, bu aşamada yorum denetiminin üzerinde fazla durmaksızın içerik denetimine geçilmesi yerinde olacaktır.<sup>426</sup>

---

<sup>424</sup> KARADAĞ, s. 180.

<sup>425</sup> YELMEN, s. 113.

<sup>426</sup> ATAMER, 2004, s. 301-302; ATAMER, 2001, s. 136; AYDIN, s. 103.

### 3. Genel İşlem Koşullarında Yorumun Sınırı

Genel işlem koşulları, sözleşmenin taraflarından bağımsız olarak, ileride benzer nitelikte çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere düzenlediklerinden, niteliği itibariyle genel ve soyut olmasından yola çıkılarak onun sözleşmeden, yani somut olaydan tamamen bağımsız olarak yorumlanması görüşü doktrinde savunulmuş ise de,<sup>427</sup> yorumun amacının, sözleşme hükümlerinin taraflar arasında ne anlama geldiğinin tespit edilmesi, onların bu sözleşmeyi yapmaktaki amaçlarının ortaya konulması olduğu açıktır.<sup>428</sup> Zira yorum, yeni bir sözleşme hükmü düzenlemekten ziyade daha önceden düzenlenmiş olan bir hükmün anlamlandırılması faaliyetinden ibaret olduğundan, yorumun somut sözleşmenin şartları dikkate alınmaksızın yapılması imkânsızdır.<sup>429</sup> Kaldı ki somut sözleşme şartlarının yorum yapıldığı sırada göz önünde bulundurulması gerektiği hususuna Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik m. 6/f.2'de yer alan *"Bir sözleşme şartının haksızlığı değerlendirilirken, sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin yapılmasını sağlayan şartlar ve/veya onun bağlı olduğu sözleşmelerin tüm şartları dikkate alınır."* şeklindeki düzenleme ile de atıf yapılmıştır. O halde birden çok anlama gelen ya da açık veya anlaşılır olmayan bir genel işlem koşulunun yorumunda, onun içerisinde yer aldığı sözleşmenin hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi ve tarafların iradelerinin buna göre tespiti gerekmektedir.<sup>430</sup>

### 4. Genel İşlem Koşullarının Kullanan Aleyhine ve Karşı Tarafın Lehine Yorumlanması

TBK'nın 23. maddesi ile 6502 sayılı TKHK'nın 5/f.4 maddesi uyarınca, genel işlem koşullarının açık veya anlaşılır olmaması ya da birden çok anlama gelmesi

<sup>427</sup>HAVUTÇU, 2003, s. 150-151; SOYER, s. 111-112; BAHTİYAR, s. 95-96; BAĞRIAÇIK, s. 160.

<sup>428</sup> YELMEN, s. 113.

<sup>429</sup> YELMEN, s. 115.

<sup>430</sup> ÇINAR, s. 112; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 2010, s. 238-239; SİRMEN, 2011, s. 119; YELMEN, s. 114.

durumunda bunların kullananın aleyhine, karşı tarafın lehine yorumlanması gerekecektir. O halde anlamın belirsiz olması durumunda genel işlem koşulu, kullanan aleyhine yorumlanmalı,<sup>431</sup> bunu kullanan tarafça karşı tarafa hükümleri müzakere etme olanağı tanınmadığı için, anlamının açık olmamasının sonucuna katlanması beklenilmelidir.<sup>432</sup> Doktrinde genel işlem koşulunun tereddüt halinde kullanan aleyhine yorumlanmasına belirsizlik ilkesi de denilmektedir.<sup>433</sup> Bu ilke esasen Roma Hukukundan beri uygulanan "sözleşmenin şüphe halinde düzenleyen aleyhine yorumlanması (in dubio contra stipulatorem)" ilkesinin yansımasıdır.<sup>434</sup> Bu ilke, genel işlem koşullarını kullananın, aslında karşı tarafa müzakere etme olanağı tanımayacağından, sözleşmeyi istediği gibi kaleme alma imkânı olduğu halde, anlamını belirsiz bırakarak yani tereddüde yer vererek bunu ileride meydana gelebilecek bir ihtilafta kendi lehine kullanmasını, ondan fayda sağlamasını önlemeye yöneliktir.<sup>435</sup> Zira bir kimse kendisinin meydana getirdiği kusura dayanarak kendi lehine bir sonuca ulaşamamalıdır.<sup>436</sup> Madde gerekçesinde de TBK'nın 23. maddesinde düzenlenen kuralın TBK'nın 2. maddesindeki dürüstlük kuralının, genel işlem koşulları bakımından öngörölmüş özel bir yansıması olduğu, düzenleyenin bu koşulları hazırladığı esnada gerekli özeni göstermesi, aksi halde onun aleyhine yorumlanacağı ihtimalini kabul etmesi gerektiği hususu belirtilmiştir.<sup>437</sup> Bu ilkenin uygulanması için, genel işlem koşulunu kullanan kişinin, koşulları bizzat kendisinin oluşturmuş olması da aranmayacak, bu koşulları kullanmış olması yeterli sayılacaktır.<sup>438</sup>

Belirsizlik ilkesi ikincil (tali) nitelikte bir ilkedir. Zira TBK'nın 23. maddesi, düzenleyen aleyhine yorum yapılması kuralını, tarafların iradelerini belirlemek ve

<sup>431</sup> ATAMER, 2001, s. 134-135; HAVUTÇU, 2003, s. 151-152; BAĞRIAÇIK, s. 161; ATAMER, 2011, s. 35-36.

<sup>432</sup> ATAMER, 2011, s. 36; YELMEN, s. 119-120; ATAMER, 2001, s. 135; HAVUTÇU, 2003, s. 152.

<sup>433</sup> ÇINAR, s. 114; ATAMER, 2011, s. 35; BAĞRIAÇIK, s. 161; AYDIN, s. 102.

<sup>434</sup> AKÇAAL, s. 59; KARADAĞ, s. 58. AYDIN, s. 102. Aynı yönde bkz. TBK m. 23 gerekçesi.

<sup>435</sup> KARADAĞ, s. 58.

<sup>436</sup> YELMEN, s. 120; AYDIN, s. 102.

<sup>437</sup> Bkz. TBK m. 23 gerekçesi.

<sup>438</sup> ATAMER, 2011, s. 37.

anlamlandırmaktan ziyade, sözleşme yorumlandıktan sonra bu yorumlardan hangisinin tercih edileceğini belirlemek amacıyla hüküm altına almıştır.<sup>439</sup> Yorum yapıldıktan sonra birden fazla sonuca ulaşılmışsa ve bu yorumlardan birine üstünlük tanınabiliyorsa o yorum sonucu uygulanmalı, ancak iki yorum sonucundan herhangi biri tercih edilemiyorsa bu durumda tüketicinin lehine olan yorum uygulanmalıdır.<sup>440</sup> Ayrıca bir hüküm hakkında yorum ile anlam belirlenemiyorsa doğrudan içerik denetimi yapılmalı, o koşulun haksız olup olmadığı değerlendirilmelidir. Çünkü yorum yoluyla tüketicinin lehine olduğu değerlendirilen anlam, içerik denetimi sonucu haksızlığına karar verilerek hükümsüz kalabilir.<sup>441</sup>

Yorum, dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılmalı,<sup>442</sup> sözleşmenin yapıldığı sıradaki koşullar göz önüne alınmalıdır.<sup>443</sup> Genel işlem koşulları ile sözleşmenin karşı tarafının bir haktan vazgeçmesi öngörülüyorsa<sup>444</sup> ya da düzenleyenin sorumluluğunu daraltan ya da tamamen ortadan kaldıran kayıtlar getiriliyorsa<sup>445</sup> o halde bu kayıtların da yorumlanması gerekecektir. Ayrıca yorum yapıldıktan sonra birden fazla sonuca ulaşılabiliyorsa sözleşmenin geçerliliğini devam ettirebilecek yani sözleşmeyi ayakta tutacak yorum sonucunun tercih edilmesi de zorunludur.<sup>446</sup>

## **D.Genel İşlem Koşullarının İçerik Denetimi**

### **1. Genel Olarak**

Genel işlem koşullarının varlığı hakkında düzenleyen tarafından sözleşmenin karşı tarafına açıkça bilgi verilip öğrenme imkânı tanındıktan sonra, kabul iradesinin açıklanması ile bağlayıcılık kazanan, açık ve anlaşılır olmayan ya da birden çok anlam

<sup>439</sup> ATAMER, 2011, s. 37; ATAMER, 2001, s. 136; ÇINAR, s. 115.

<sup>440</sup> ATAMER, 2011, s. 37.

<sup>441</sup> ÇINAR, s. 115.

<sup>442</sup> KAPLAN, İbrahim, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3. Baskı, Ankara, 2013, s. 65; EREN, s. 493.

<sup>443</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 195.

<sup>444</sup> KAPLAN, s. 71; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 2010, s. 336.

<sup>445</sup> ÇINAR, s. 117.

<sup>446</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 196; KAPLAN, s. 73.

ifade eden hükümlerin yorumlanmasından sonra artık sözleşmenin içeriği haline gelen birtakım sözleşme hükümlerinin, dürüstlük kurallarına aykırı olarak sözleşmenin karşı tarafının aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olması mümkündür. Yürürlük denetimi sırasında genel işlem koşullarını düzenleyen tarafın, bu koşulların içeriğini öğrenme imkânını karşı tarafa sunmasını, onun sorumluluğunu kaldırmak için yeterli kabul edemeyiz. Zira aksinin kabulü durumunda, kabul iradesini açıklayan tarafın, gerçekten hükümlerin içeriğini bilerek ve isteyerek kabul ettiğini söylemek gerekecektir. Halbuki çalışmamızın önceki kısımlarında açıkladığımız üzere, tüketicinin kendisine imkan tanınmış olmasına rağmen sözleşmenin içeriğini anlamadan, hatta okumadan global bir kabul ile genel işlem koşullarını sözleşme içeriği haline getirmesi mümkündür. Hatta okumuş olsa dahi tüketicinin eğitim seviyesi, sosyo-ekonomik durumu gibi etkenler nedeniyle anlayamadığı ve lehine ya da aleyhine olduğunu değerlendiremediği sözleşme hükümleri ile bağlı hale gelmesi de söz konusu olabilecektir. Özellikle tekel niteliğinde sunulan hizmetler bakımından tüketici, alternatif bir sözleşme yapamayacağı, yani o sözleşmeyi o kişiyle yapmak durumunda olduğu için sözleşmeyi kendisine sunulduğu şekliyle kabul etmektedir.<sup>447</sup> Öte yandan, tüketici pek çok sözleşme ilişkisinde salt sözleşmenin güçsüz tarafını oluşturması nedeniyle de genel işlem koşullarını kabul ederek onunla bağlı hale gelebilmektedir. Tüketicinin bilinçli olarak, yani anlamını ve içeriğini bilerek sözleşmeyi kabul etmesi halinde dahi, genel işlem koşullarını kullanan taraf karşı tarafa müzakere etme ve sözleşmenin hükümlerini değiştirme olanağı sağlamadığından, sözleşme içeriğinin dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde kabul iradesini açıklayan aleyhine veya onun durumunu ağırlaştıran nitelikte olması mümkün hale gelmektedir. İşte bu nedenlerle, sözleşmenin içeriğinin denetlenmesi zorunluluk arz etmektedir. O halde içerik denetimini, sözleşmenin içeriğini her iki taraf için de adil sonuçlar doğuracak şekilde

---

<sup>447</sup> YENİOCAK, s. 93-94.

düzenlemek amacıyla, dürüstlük kurallarına aykırı olarak bir taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştıracak nitelikteki hükümlerin hakim tarafından hükümsüz kılınması olarak tanımlamak mümkündür.<sup>448</sup>

4077 sayılı TKHK'nun 6. maddesinde genel işlem koşullarının içerik denetiminin ne şekilde yapılacağına ilişkin bir düzenleme mevcuttu. Ancak 6098 sayılı TBK yürürlüğe girmeden önce taraflarından birinin tüketici olmadığı, bu itibarla tüketici sözleşmesi sayılmadığından 4077 sayılı kanunun uygulanamadığı hallerde, genel işlem koşullarının denetimini düzenleyen genel bir hüküm hukukumuzda bulunmamaktaydı. Bu itibarla 818 sayılı TBK'nın çeşitli hükümleri ile sözleşmelerin içeriği denetlenmekteydi. TBK'da genel işlem koşullarının içerik denetiminin yapılması için 25. maddede, "*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumuna ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*" şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Bu hükmün varlığından önce, içerik denetimi yapıldığı sırada, sözleşme hükmünün haksız olup olmadığının tespiti bakımından çeşitli hukuki olanaklar da mevcuttu.<sup>449</sup>Örneğin sözleşme özgürlüğünün sınırını oluşturan TBK'nın 27. maddesi sözleşmelerin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine aykırı olamayacağı hususunu düzenlemiş, (TBK m. 27, BK m. 19) yine aşırı yararlanma hükümleri çerçevesinde edimler arasında açık bir oransızlık halinin, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden faydalanılması sonucu meydana gelmesi halinde zarar görene sözleşme ile bağlı olmadığını bildirme veya oransızlığın giderilmesini isteme hakkı verilmiştir.<sup>450</sup> (TBK m.28; BK m. 21) Aynı şekilde sözleşme öncesi görüşmeler sırasında tarafların birbirlerine verdikleri zararları tazmin etmeleri gerektiği esasına dayanan "culpa in

<sup>448</sup> ATAMER, 2001, s. 143; HAVUTÇU, 2003, s. 154; ÇINAR, s. 119; AÇIKGÖZ, 2015, s. 827; AYDOĞDU, 2014, s. 196.

<sup>449</sup> ÇINAR, s. 125; TİFTİK, Mustafa/ÖZCAN, Zeynep, "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Standart Sözleşmelerde İçerik Denetimi", BATİDER, C. XXXI, S. 1, Mart 2015, (s. 23-58), s. 38.

<sup>450</sup> KILIÇOĞLU, s. 212-214.

contrahendo" ilkesi,<sup>451</sup> bu ilkenin esas kaynağı olan ve TMK'nın 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, çeşit borçlarında edimi belirleme yetkisi için getirilen sınırı düzenleyen TBK'nın 86 (BK m.70) maddesi hakimesözleşmenin içeriğine müdahale etme imkânı vermesinden dolayı içerik denetiminde haksızlığın saptanması bakımından yararlanılan hükümler olmuşlardır.<sup>452</sup> O halde ahlaka, kamu düzenine, emredici hukuk kurallarına, kişilik haklarına aykırılığın, imkansızlığın, aşırı yararlanmanın(gabinin) varlığı durumunda, hakimin bu hususları göz önüne alması gerekecek, genel işlem koşullarının bunlara aykırı olması durumunda, bu hükümlere dayanılarak geçersizlik değerlendirilecek, dürüstlük kuralı bakımından tartışma yapılmasına lüzum kalmayacaktır.<sup>453</sup> Ancak hakim yaptığı içerik denetimi sonucu, sözleşme hükmünün belirtilen hususlara aykırı olmadığını tespit etse, yani somut olayda aşırı yararlanmanın koşulları oluşmasa, ahlaka, kamu düzenine, emredici hukuk kurallarına veya kişilik haklarına aykırılık bulunmasa dahi, hüküm yine de dürüstlük kuralına aykırı olarak sözleşmenin bir tarafının durumunu ağırlaştırabilir.<sup>454</sup> Hakimin, dürüstlük kuralına aykırılık ve durumun ağırlaşması hallerinde, sözleşmeye yapacağı müdahalenin sınırını iyi tespit etmesi gerekir.<sup>455</sup> Aksi durumda hem Anayasanın 48. maddesinde düzenlenen sözleşme özgürlüğü hem de

<sup>451</sup> KILIÇOĞLU, s. 78-79; Bir hüküm olağandışı olması ya da genel işlem koşullarının varlığı hakkında karşı tarafa bilgi verilmemesi, içeriğini öğrenme imkanı sağlanmaması nedeniyle sözleşme içeriği haline gelmediğinde, satıcı, sağlayıcı ya da kredi verenin , karşı tarafın sırf bu koşullar yerine getirilmediği için sözleşmenin yapılacağına güvenerek yaptığı masrafları, uğradığı zararları sözleşme kurulmadığından culpa in contrahendo ilkesi gereğince gidermesi gerekecektir. (ÇINAR, s. 132.)

<sup>452</sup> ÇINAR, TBK'nın 86 (BK 70. Madde) maddesinin yalnızca çeşit borçları için öngörüldüğünü, bu nedenle tüm sözleşme içeriklerinde içerik denetiminde kullanılabilecek şekilde yorumlanamayacağını, zira bahse konu hükmün edimin belirlenmesinden ziyade edimin kalitesi ile ilgili düzenleme yaptığını, genel işlem koşulları sözleşmenin içeriğine dahil olduktan sonra, sözleşme bu şekilde kurulmuş olacağından edimin belirlenmesine de gerek kalmayacağını belirtmektedir. Bkz. ÇINAR, s. 130. Aksi görüşte olan OĞUZ ise, BK 70/f. 2 (TBK m. 86) hükmünün açıkça düzenlememesine rağmen hakime TMK'nın 4. Maddesi gereğince bir takdir yetkisi verdiğini, bu hükmün yorumu ile genel işlem koşullarının ne ölçüde geçerlilik kazandığının tespit edilebileceğini savunmaktadır. Bkz. OĞUZ, 1993, s. 108-109. Bahse konu hükmün çeşit borçlarında edimin niteliğini belirleyen genel işlem koşulları bakımından, dürüstlük kuralına aykırı olarak taraflardan birinin aleyhine olup olmadığının belirlenmesi hali ile sınırlı bir içerik denetimine izin verdiğini söyleyebiliriz.

<sup>453</sup> YELMEN, s. 125.

<sup>454</sup> ALTAY, s. 131.

<sup>455</sup> ATAMER, 2001, s. 26.

TBK'nın 26. maddesinde düzenlenen tarafların sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleyecekleri ilkesi ihlal edilmiş olacaktır.

Kanuni düzenlemeler yapılmadan önce Yargıtay da, çeşitli kararlarında içerik denetimini dürüstlük kuralına dayanarak yapmaktaydı. Öğretide, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 07/04/1981 tarihli, E. 1981/1045, K. 1981/2514 sayılı kararı genel işlem koşullarının denetimi bakımından önemli kabul edilmiştir.<sup>456</sup> Kararda, tekel olarak faaliyette bulunan bir girişimcinin, ürünü teslim süresini uzatma yetkisi kendisine verilmiş olmasına rağmen, bu yetkiyi zayıf konumda bulunan tüketicinin aleyhine kullanıp kullanmadığı hususunda dürüstlük kuralına göre değerlendirme yapılması gerektiği vurgulanmaktadır.<sup>457</sup> Doktrinde bazı yazarlar, bu kararda Yargıtay'ın, yalnızca tekel niteliğinde faaliyette bulunan bir girişimcinin, sözleşme hükümlerini karşı tarafın aleyhine olarak, onunla müzakere etmeden tek başına belirleme yetkisini kısıtladığını, dürüstlük kuralına dayanarak içerik denetimi yapma amacı olmadığını savunmaktadırlar.<sup>458</sup> Ancak Yargıtay her ne kadar bu kararda açıkça içerik denetimi yaptığını belirtmemiş ise de, aslında tekel niteliğinde olduğu kabul edilebilecek bir girişimcinin, karşısındaki güçsüz konumda olan tüketiciye karşı aracın teslim tarihini uzatma yetkisini saklı tutması durumunun dürüstlük kuralları da dikkate alındığında sonuçları itibarıyla haksız olduğunu tespit etmekle ve bunun geçersiz kılınması gerektiğini belirtmekle içerik denetimi yapmaya çalışmıştır.<sup>459</sup>

<sup>456</sup> AKİPEK, 1999, s. 233; ÇINAR, s. 135; ATAMER, 2001, s. 174.

<sup>457</sup> Kararda "Satıcıya bu maddede teslim süresini uzatma yetkisi tanınmıştır. Tanınan yetkinin sınırsız, davalının keyfince kullanılabileceği düşünülemez. Gerçekte davalı, doğruluk ve dürüstlük kurallarına, eş deyişle, güven ilkesine uymakla yükümlüdür. (MK m.2) Davalının, asıl yapımının ürettiği araçları pazarlamasını üstlenen bir yan kuruluş olduğunda ve eylem olarak tekel oluşturan belli ve sınırlı sayıdaki kuruluşlar arasında bulunduğu duraksama söz konusu değildir. Somut olayda, davacının tüketici niteliği ile davalı karşısında ekonomik yönden güçsüz olduğu da göz ardı edilemez. Davalının, teslim yetkisini saklı tutmayı içeren koşulu kötüye ve davacı tüketici aleyhinde kullanıp kullanmadığı, MK m.2'deki dürüstlük ve doğruluk kuralına eş deyişle, güven ilkesine dayanıp dayanmadığı saptamalı ve uyumsuzluğu böylece çözüme bağlamalıdır." şeklinde bir açıklama yapılmıştır (ÇINAR, s. 135, dn. 42'den naklen)

<sup>458</sup> ATAMER, 2001, s. 174; HAVUTÇU, 2003, s. 215.

<sup>459</sup> ÇINAR, s. 136.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, 4077 sayılı TKHK'nın 6. maddesinde haksız şartlara ilişkin bir düzenleme yapılmış, burada satıcı ve sağlayıcının, tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu hükümlerin, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kurallarına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması durumunda, bu hükümlerin haksız şart kabul edileceği belirtilmiştir. 6502 sayılı TKHK'nın 5. maddesi de bazı terim farklılıkları yaparak eski hükmü tekrar etmiştir. Buna 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 şartlarıdır.*" 818 sayılı BK'da genel işlem koşullarının denetimine ilişkin özel bir düzenleme yer almazken, 6098 sayılı TBK'nın 25. maddesinde "içerik denetimi" başlığı altında TKHK'da yer alan düzenleme ile benzer nitelikte bir hükme yer verilmiştir. Ancak TBK'da yer alan hüküm incelendiğinde, dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine düzenlenen sözleşme hükümleri yanında, karşı tarafın durumunu ağırlaştıran genel işlem koşullarının da sözleşmeye konulamayacağı düzenlenmiştir. Hükümde yer alan "veya onun durumunu ağırlaştırıcı hükümler" ibaresi esasen subjektif değerlendirmelere yol açabilecektir. Zira her sözleşmede, düzenlenen tüm hükümlerin, sözleşmenin iki tarafını da aynı oranda koruması veya taraflara aynı oranda yükümlülük yüklemesi beklenemez. Elbette ki, sözleşme hükümleri taraflardan birinin durumunu diğerine nazaran ağırlaştırabilir. Bir tarafın durumunun ağırlaştığı her durumda sözleşmeye müdahale edilmesi, sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırılık teşkil edecektir.<sup>460</sup> Öte yandan madde metninde "dürüstlük kuralı" hakime yol gösterici bir kriter olarak seçilmiş ise de, dürüstlük kuralının ne şekilde yorumlanacağı, anlamlandırılacağı hususunda herhangi bir hüküm getirilmemiştir. Oysaki madde gerekçesinde Alman Medeni Kanunun 307. maddesinden

---

<sup>460</sup> YAVUZ, s. 71.

esinlenildiği belirtilmesine rağmen,<sup>461</sup> Alman Medeni Kanununda düzenlenen dürüstlük kuralına hangi durumlarda aykırı davranılmış sayılacağı hükmüne benzer nitelikte ayrıntılı bir düzenlemeye TBK'da yer verilmemiştir.<sup>462</sup> Dürüstlük kuralının hukukumuzda temel prensiplerden olması, ayrıntılı şekilde düzenlenmemesi ve tanımına da hükümde yer verilmemiş olması göz önüne alındığında, çok geniş bir anlam ifade etmesi karşısında hakime yol gösterme bakımından oldukça yetersiz ve yoruma açık bir kriter olduğu kuşkusuzdur.<sup>463</sup> Halbuki TKHK'nın 5. maddesine dayanılarak çıkarılan Tüketici Sözleşmesindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in ekinde haksız şartlar örnek olarak sayılmıştır. Yine Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Kayıtlar Hakkında Avrupa Konseyi Yönergesi'nin 3 ve 4. maddelerinde de dürüstlük kuralı kriterinden ne anlaşılması gerektiği açıklanmaya çalışılmıştır.<sup>464</sup> Yönergenin ekinde de, haksız şart örnekleri sayılmıştır. TBK'da içerik denetimine ilişkin hükümde yer alan "dürüstlük kuralı" kriteri bakımından bir hüküm içi boşluğun olduğunun kabulü ve bunun içeriğinin somutlaştırılması gerekmektedir. TKHK'da ve Yönetmelikte yer alan hükümler taraflardan birinin tüketici olması halinde doğrudan uygulanacağından hakimin somutlaştırmayı bu hükümleri dikkate alarak yapması gerekmektedir. Ancak TKHK'nın her iki tarafın tacir olduğu işlemlerde uygulanması mümkün değildir.<sup>465</sup> Her ne kadar TBK m. 25'in tacirler arasındaki sözleşmelerdeki genel işlem koşullarına uygulanacağı göz önüne alındığında, TKHK'da "dürüstlük kuralının" somutlaştırılmasına yarayan hükümlerin hakim tarafından TBK m. 25'in somutlaştırılmasında

<sup>461</sup> Bkz. 6098 sayılı TBK'nın 25. Madde gerekçesi.

<sup>462</sup> ATAMER, 2011, s. 41.

<sup>463</sup> ATAMER, 2011, s. 41; HAVUTÇU, 2003, s. 217; SİRMEN, 2011, s. 122; YELMEN, s. 89; DEMİR, 2008, s. 224; AKÇAAL, s. 62-63.

<sup>464</sup> Yönergenin 3. Maddesi ile TKHK'nın 5. Maddesinin benzer düzenlemeler içerdikleri görülmektedir. Ayrıca Yönerge'nin 4. Maddesi şu şekildedir:

“(1) Bir sözleşme kaydının kötüye kullanılabilirliği, 7. madde hükmü saklı olmak üzere, sözleşmenin konusu olan mal veya hizmet ediminin türü, sözleşmenin kuruluşundaki durum ve koşulların bütünü ve ilgili sözleşmenin veya kaydın bağlı olduğu bir başka sözleşmenin bütün hükümleri dikkate alınarak, sözleşmenin kurulduğu ana göre belirlenir.

(2) Sözleşme kaydının kötüye kullanılabilirliğinin değerlendirilmesine sözleşmenin asli konusuna ne de mal ve hizmet edimi ile bu edimin karşılığı olan bedel arasındaki dengeye ilişkin olamaz. Ancak değerlendirme dışı olan bu kayıtların açık ve anlaşılabilir şekilde belirlenmiş olması gerekir.”

<sup>465</sup> ÇINAR, s. 145.

kullanılmayacağı düşünülebilse de, TKHK'da ayrıntılı olarak düzenlenmiş haksız şartların hakime tacirler arasındaki genel işlem koşullarının denetiminde de yardımcı olacağı açıktır. Zira hakim hüküm için boşluğu doldururken halihazırda Borçlar Kanunun yedek hukuk kurallarına başvuracak, bu hususta da tüketiciler ya da tacirler arasında bir fark gözetilmeyecektir.<sup>466</sup> Ancak belirtmek gerekir ki, TKHK'ya dayanılarak çıkarılan Yönetmelikte yer alan haksız şartlar, taraflar arasındaki genel işlem koşullarının "dürüstlük kuralı" çerçevesinde somutlaştırılması aşamasında, doğrudan "dürüstlük kuralına aykırı" olarak nitelendirilmemeli, hakim somut olaya göre bir değerlendirme yapmalıdır.<sup>467</sup> O hale TKHK'da ve Yönetmelikte yer alan haksız şartlar ile ilgili hükümlerin TBK'nın 25. maddesi bakımından da "dürüstlük kuralı" kriterinin sınırlarını belirlemek bakımından kullanılabileceğini söyleyebiliriz. Doktrinde her ne kadar bazı yazarlar, TTK'nın özel düzenlemeleri nedeniyle TBK'nın 20-25. maddelerinin tacirler arasındaki ilişkilerde uygulanamayacağını savunsa da,<sup>468</sup> TTK m. 55/f.1-f maddesinde düzenlenen hükmün de TBK m. 25'te yer alan hüküm içi boşluğu doldurma işlevi olduğunun kabulü gerekir.<sup>469</sup> Zira TTK m.55 hükmü haksız rekabet olgusunu düzenlemiş olup, şu şekilde bir ifadeye yer vermiştir.

*"f) Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine*

*1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya*

---

<sup>466</sup> ATAMER, 2011, s. 42.

<sup>467</sup> ATAMER, 2011, s. 43.

<sup>468</sup> ANTALYA, TTK'da yer alan özel düzenlemeler nedeniyle TTK m. 1/f.2 gereğince TBK'nın 20-25 hükümlerinin ticari standart sözleşmelerde uygulanamayacağını, zira bu tür standart sözleşmeler bakımından TTK'da genel işlem koşullarında olduğu gibi geçersizlik yaptırımı öngörülmediğini, bunun yerine özel hukuk davaları ve ceza yaptırımları öngörüldüğünü belirtmektedir. (ANTALYA, s. 296.)

<sup>469</sup> ATAMER, 2011, s. 43.

2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur." Burada dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek durumlar örnek olarak sayılmış olup, hakim dürüstlük kuralının çerçevesini belirlerken yani TBK'nın 25 maddesini uygularken bu hükmü de göz önüne almalıdır.

## 2. İçerik Denetiminin Kapsamı

Genel işlem koşulunu kullanan taraf karşı tarafa bunların varlığı hakkında bilgi verip içeriğini öğrenme imkânı sağladıktan sonra, tüketicinin kabul iradesini açıklayarak sözleşme içeriği haline getirdiği hükümler bakımından, taraflar arasında bir ihtilaf çıktığında yorum denetimi yapıldıktan sonra, hükümlerin girişimci aleyhine de yorumlanamaması halinde içerik denetimi gündeme gelecektir.<sup>470</sup> Zira her ne kadar taraflar birbirlerine uygun irade açıklamaları ile genel işlem koşullarını sözleşme içeriği haline getirseler de, bu koşulların her iki tarafın da menfaatini adil bir şekilde koruduğu söylenemez. Çünkü genel işlem koşulları, bunları kullanan tarafından karşı tarafın müzakere etme imkânını ortadan kaldıracak şekilde ona sunulur. Güçsüz konumda bulunan tüketici de, çeşitli saiklerle bu genel işlem koşullarını kabul etmek durumunda kalabilir. Bu açıdan sözleşme içeriği haline gelen hükümlerin, içeriklerinin de denetlenmesi zorunluluk arz etmektedir.

Genel işlem koşullarında içerik denetimini düzenleyen TBK'nın 25. maddesine göre dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler, genel işlem koşulları içerisinde yer alamayacaktır. O halde içerik denetiminde, karşı tarafın aleyhine olan veya onun durumunu ağırlaştıran

---

<sup>470</sup> YAVUZ, s. 76.

hükümler tespit edilmeye çalışılacak, bu tespit sırasında da ölçüt olarak dürüstlük kuralı esas alınacaktır.<sup>471</sup>

İçerik denetimi yapılırken sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut olan şartlar dikkate alınmalıdır.<sup>472</sup> Bu husus 1993 tarihli Avrupa Konseyi Yönergenin 4. maddesinde de belirtilmiş olup, taraflar arasındaki güç dengesinin içerik denetiminde göz önünde bulundurulması gerekmektedir.<sup>473</sup> İçerik denetiminin amacı, genel işlem koşullarını kullanan tarafın tek yanlı olarak genel işlem koşullarını hazırlamış olması ve karşı tarafın da bunu müzakere etme olanağı bulunmadan kabul etmek durumunda kalması nedeniyle taraflar arasındaki bozulan dengeyi hakim müdahalesi ile yeniden tesis etmektir.<sup>474</sup> Bunun sonucunda, taraf menfaatleri adil bir şekilde dengelenerek haksız olan sözleşme şartları sözleşme dışına çıkarılır.<sup>475</sup>

#### **a. Muhatabın Durumunu Dürüstlük Kurallarına Aykırı Olarak Ağırлаştıran Hükümlerin Denetlenmesi**

Tarafların sözleşme içeriği haline getirdikleri her türlü hüküm değil, yalnızca hak ve yükümlülüklerde dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde dengesizliğe neden olan hükümler içerik denetimine tabi tutulmaktadır. Zira içerik denetiminin amacı, tüketici sözleşmelerinde sözleşmenin güçsüz tarafı olması nedeniyle müzakere etme olanağına sahip olmadan kabul iradesini açıklayan tüketicinin, gerçek iradesinin bu olmadığı hususu göz önüne alınarak sözleşmede girişimci lehine tüketici aleyhine bozulan dengeyi yeniden tesis etmektir. Kriter olarak dürüstlük kuralı

<sup>471</sup> AÇIKGÖZ, 2015, s. 828; HAVUTÇU, 2003, s. 172; UZUNALLI, s. 403-404; ÇINAR, s. 31; BAŞ, s. 291.

<sup>472</sup> GÜNGÖR, s. 52; ASLAN, s. 323; TİFTİK/ÖZCAN, s. 42.

<sup>473</sup> DEUTSCH, h. c. Ervin, “Avrupa Ortak Pazarında Tüketicinin Korunması- Avrupa Direktifi e Alman Genel İşlem Şartları Hakkında Kanun (Çeviren: Ayşe HAVUTÇU), Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan, İzmir, 1997, (s. 259-269), s. 266.

<sup>474</sup> KOCAMAN, s. 1103.

<sup>475</sup> BAŞALP, Nilgün, “Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hakimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul, 2011, (s. 221-238), s. 233.

benimsendiğinden ve bu kriterin içeriği TBK m. 25'te belirlenmediğinden çalışmamızın ileriki bölümlerinde ayrıntılı olarak dürüstlük kuralına değinilecektir.

## **b. Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümlerinin Denetlenmesi**

### **aa. Müzakere Edilmiş Olmanın Önemi**

Sözleşmenin içeriğine dahil olan hükümler, tarafların karşılıklı olarak bu hükümleri müzakere etmesinin sonucu olabileceği gibi, bazı durumlarda yalnızca bir tarafça hazırlanan veya başkası tarafından oluşturulan hükümlerin sözleşme taraflarından birince kullanılması ancak karşı tarafa bu hükümleri müzakere etme imkanı tanınmaması sonucunda da olabilir. Hem 4077 sayılı TKHK'da hem de 6502 TKHK'da müzakere edilmemiş hükümlerin denetime tabi olacağı düzenlenmiştir. O halde taraflarca müzakere edilmiş, tartışılmış olan hükümler, haksız şart olarak nitelendirilecek şekilde dürüstlük kuralına aykırı olarak tarafların menfaatleri arasında dengesizliğe neden olsa dahi denetim kapsamında olmayacaktır.<sup>476</sup> Bu durumda bir sözleşme hükmünün "haksız" olarak nitelendirilmesi için, öncelikle onun taraflar arasında tartışılmamış olması gereklidir.<sup>477</sup>

Sözleşme hükmü tek taraflı olarak hazırlandığında veya özellikle genel işlem koşulları içerisinde yer alması nedeniyle tüketici bunun içeriğine müdahale edemediğinde hükmün müzakere edilmediği karine olarak kabul edilir. Müzakere edilmiş olma, ancak karşı tarafa sözleşmenin tamamlayıcı hükümlerinden ayrılan kısmı hakkında yeterince bilgi verilmesi ve bunların müzakere edileceğine hazır olunduğunun ciddi bir şekilde sağlanması ile ya da muhataba, bunların içeriğine müdahale etme

---

<sup>476</sup> ATAMER, 2004, s. 295; AYDOĞDU, 2014, s. 190; BÜYÜKSAGİS, Erdem, "İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlanması Üzerine: Mostaza Claro'nun Düşündürdükleri", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, 2013, (s. 675-711), s. 680; AÇIKGÖZ, 2015, s. 827.

<sup>477</sup> AÇIKGÖZ, 2015, s. 827; ASLAN, s. 318-319.

imkânı sağlanması halinde söz konusu olur.<sup>478</sup> Müzakere sonucu kabul edilen hükümlerde, tarafların kendileri için en adil olanı seçecekleri ve menfaatlerini kendileri için en elverişli şekilde koruyacakları kabulünden hareketle taraf iradelerine saygı duyularak sözleşme özgürlüğü ilkesine müdahale edilmemekte, ancak müzakere edilmiş olma halinde dahi ahlaka, kamu düzenine aykırılık, gabin gibi bazı durumlarda hakime müdahale yetkisi verilmektedir.<sup>479</sup> Oysa günümüz piyasalarında güçlü konumda bulunan girişimcinin karşısında yer alan tüketici menfaatlerini pazarlık yoluyla koruyamadığından, girişimci bu durumu kendi lehine kullanmakta, bu şekilde gücünü daha da artırmakta, rekabet ortamı da bu durumdan olumsuz yönde etkilenmektedir.<sup>480</sup> O halde müzakere edilmeyen sözleşme hükümleri bakımından tüketiciler, aleyhlerine olan durumdan hakimin sözleşmeye müdahalesi ile kurtulmaktadırlar.<sup>481</sup> Bu bakımdan karşı tarafa müzakere etme olanağı sunmadan, sayısız tüketici ile akdedilecek sözleşmelerde kullanılmak üzere oluşturulan, önceden kaleme alınmış ve asli edim yükümlülükleri dışındaki tüm sözleşme ilişkilerini kapsayan genel işlem koşullarının denetlenmesi önem arz etmektedir.<sup>482</sup>

Belirtmek gerekir ki, müzakere edilmemiş tüm sözleşme hükümlerini denetime tabi tutmak mümkün değildir. Zira müzakere edilmemiş sözleşme hükümlerinin denetlenmesinin amacı, sözleşme tarafları arasındaki dengeyi sağlamak olduğundan, sözleşmenin güçsüz tarafının lehine düzenlenmiş bir hükmün denetlenmesi gerekmeyecektir.<sup>483</sup> Bu gibi hallerde sırf müzakere edilmediği için sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesi sözleşme özgürlüğü ilkesine ve tarafların iradesine zarar verecektir. 1993 tarihli Avrupa Konseyi Yönergesinin 3. maddesi incelendiğinde,

<sup>478</sup> ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 161.

<sup>479</sup> ATAMER, 2004, s. 295.

<sup>480</sup> ATAMER, 2004, s. 295.

<sup>481</sup> BÜYÜKSAGIS, s. 679.

<sup>482</sup> ÖZEL, Çağlar, “Haksız Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması Sorununa Bir Bakış ve Almanya Örneği”, BATİDER, C. XX, S. 2, 1999, (s. 53-69), s. 58.

<sup>483</sup> YAVUZ, s. 79; ATAMER, 2004, s. 297.

müzakere edilmemiş olma unsurunun yalnızca genel işlem koşulları bakımından ele alınmadığı, bu kavramın daha geniş bir anlamı ifade ettiği görülecektir. Zira Yönerge tek kişi tarafından hazırlanmış olan ve karşı tarafa müzakere olanağı verilmeyen, ancak genel işlem koşullarında olduğu gibi pek çok benzer sözleşmede kullanılmak üzere düzenlenmeyen hükümler bakımından da bir denetim öngörmüştür. Hem 4077 sayılı eski TKHK'da hem de 6502 sayılı halen yürürlükte bulunan TKHK'da Yönerge ile paralel bir düzenleme yapılarak "müzakere edilmemiş olma" kriteri esas alınmıştır. Çünkü 6502 sayılı TKHK'nın 5/f.1 maddesinde haksız şart tanımlanırken, "müzakere edilmemiş sözleşme hükümlerinden" bahsedilmiş, 5/f.3'te de standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketicinin içeriğine müdahale edemediği sözleşme hükümleri bakımından o sözleşme şartlarının müzakere edilmemiş sayılacağı hususunda bir karine öngörülmüştür.

#### **bb. Hükmün Müzakere Edilmiş Olup Olmadığının Tespiti**

Kanun koyucu müzakere edilmiş hükümler bakımından içerik denetimi yapılmayacağını öngörmesine ve denetim bakımından "müzakere edilmemiş olma" kriterini benimsemesine rağmen, hangi hallerde bir sözleşme hükmünün müzakere edilmiş sayılacağına dair bir düzenleme yapmamış, bunun tespitini hakime bırakmıştır.<sup>484</sup> Bir sözleşme hükmünün müzakere edilip edilmediği hususu, aslında bir ispat meselesi olup, genel işlem koşulları içerisinde yer alan hükümlerin karine olarak müzakere edilmediği kabul edilmektedir.<sup>485</sup> O halde bir sözleşme hükmünün müzakere edildiğini iddia eden sözleşmeyi düzenleyen taraf bunu ispat etmekle yükümlüdür. (TKHK m. 5/f.3,1 ve 2.cümle)

Bir sözleşme hükmünün müzakere edildiğinin kabul edilebilmesi için, öncelikle sözleşmenin karşı tarafının bu hükmün içeriğine etki etme, onun değişikliği hususunda

<sup>484</sup> BÜYÜKSAGİS, s. 680.

<sup>485</sup> YAVUZ, s. 80; ACAR, s. 274-275.

ciddiye alınabilir bir teklifte bulunma olanağına sahip olup olmadığı hususu değerlendirilmelidir.<sup>486</sup> Yargıtay bir kararında,<sup>487</sup> tüketicinin içeriğine etki edemediği hükümlerin müzakere edilmemiş sayılacağını belirtmiş, ancak içeriğine etki etme unsurunu açıklamamıştır. Bir hükmün müzakere edildiğinin, yani sözleşmenin karşı tarafının sözleşme hükümlerinin içeriğine etki edebildiğinin kabul edilebilmesi için, girişimcinin karşı tarafa önceden hazırlamış olduğu sözleşme içeriğini değiştirme konusunda ciddi bir imkân sağlamış olması, tüketiciye genel işlem koşullarının içeriğini tartışma imkânını vermesi gerekir.<sup>488</sup> Bir sözleşme içeriğine etki eden taraf bunun değiştirilmesini ya da sözleşmeye alınmamasını istese, ancak düzenleyen tarafından bu husus yerine getirilmese sözleşmenin içeriğine etki etme imkânının sağlanmadığı kabul edilmeli ve içerik denetimi yapılmalıdır. Bu yaklaşım TBK'da öngörülen denetim mekanizmasının amacına daha uygundur.<sup>489</sup>

Öte yandan sözleşmedeki bazı hükümlerin müzakere edilmiş olması, TKHK m.5/f.3 gereğince diğer hükümlerin de müzakere edildiği anlamına gelmeyecektir. Zira TKHK m.5/f.3,3.cümlesinde *"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."* şeklinde açık bir hükme yer vermiştir. Bu hüküm 1993 tarihli Avrupa Birliği Yönergesinin 3/f.2 hükmü ile de paralel bir düzenleme

---

<sup>486</sup> ATEMER, 2004, s. 295; HAVUTÇU, 2003, s. 88-89. Nitekim TKHK'nın 5/f.3 maddesinde de tüketicinin içeriğine etki edemediği sözleşme şartlarının müzakere edilmemiş sayılacağı belirtilmiştir.

<sup>487</sup> "...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. 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 kullanım 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." Yargıtay 13. HD., 26.09.2007 Tarih, E. 2008/4345, K. 2008/6088 sayılı ilamı. ([www.portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamalari](http://www.portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamalari)) (Erişim Tarihi: 14.10.2018)

<sup>488</sup> ATAMER, 2004, s. 297.

<sup>489</sup> BÜYÜKSAGIS, s. 691.

getirmiştir. Ayrıca sözleşme içeriğine dahil edilmiş olup sözleşmedeki tüm hükümlerin müzakere edildiğini düzenleyen bir hüküm hiç bir anlam ifade etmemektedir. Zira TBK'nın 20/f.3 hükmü bu tür bir sözleşme hükmünün tek başına genel işlem koşullarının tartışılarak kabul edildiği sonucunu doğurmayacağını açıkça düzenlemiştir.

Son olarak girişimci, standart bir sözleşmede yer alan hükmü, karşı tarafın müzakere etmesine imkân tanıdığını, ancak karşı tarafın bu imkânı kullanmadığını ispat ettiği takdirde artık bu hükümlerin müzakere edilmiş olduğunu kabul etmek gerekecektir. Zira girişimci, sözleşmede yer alan ve tek taraflı olarak hazırlanmış hükümlere, karşı âkidin dikkatini çekmiş, ona sözleşmeyi değiştirme olanağı da tanıdıysa, ancak sözleşmenin diğer tarafı değişiklik yapma konusunda herhangi bir girişimde bulunmamışsa artık sözleşmeyi bu şekilde bilinçli olarak kabul ettiğinin varsayılması gerekecektir. Aksi halde girişimcinin tüm çabasına rağmen tüketicinin pasif davranışı nedeniyle sözleşme içeriğinin geçersiz sayılması, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir.

### **3. Denetim Dışı Kalan Sözleşme Hükümleri**

#### **a. Uygulanması Gereken Hukuk Kuralını Aynen Tekrarlayan Sözleşme Hükümleri**

Tüketici sözleşmelerinde yer alan ve taraflarca müzakere edilmemiş tüm hükümlerin içerik denetimine tabi olacağını söylemek doğru değildir. Zira her ne kadar TBK'da veya TKHK'da içerik denetiminin sınırını belirleyen açık bir düzenleme olmasa da, uygulanması gereken hukuk kuralını aynen tekrarlayan sözleşme hükümlerinin içerik denetimine tabi olmadığını söylemek yerinde olacaktır. 1993 tarihli Avrupa Konseyi Yönergesinin m. 1/f.2 düzenlemesinde yer alan *"Üye devletlerin veya Topluluğun -özellikle taşıma alanında- taraf olduğu uluslararası anlaşmaların*

*bağlayıcı hükümlerine veya kural ya da ilkelerine dayanan sözleşme koşullarına, bu yönerge hükümleri uygulanmaz."* hükmü de bu hususu açıkça belirtmiştir. Genel işlem koşullarının çeşitli yöntemlerle denetiminin sıkı şekilde yapılmaya çalışılmasının temelinde yatan düşünce, taraflardan birinin karşı âkit ile müzakere etmeden sözleşme hükümlerini hazırlamış olması nedeniyle müzakere etme olanağı bulunmayan tarafın kendi menfaatlerini yeterince koruyamamış olmasıdır.<sup>490</sup> Kanun koyucu, taraflar arasındaki sözleşmenin sınırlarını emredici hukuk kuralları ile belirlemiş olabilir ve bu hükümlere aykırı yapılacak sözleşme kuralları geçersizdir.<sup>491</sup> Ancak taraflar sözleşmeyi yaptıkları sırada bütün koşulları tamamlamak ve eksiksiz bir sözleşme yapmak durumunda değildirler. Kaldı ki, taraflar bu iradeye sahip olup, aralarındaki hukuki ilişkiyi tüm ayrıntıları ile düzenlediklerini düşünseler dahi, sözleşme hükümleri bazı durumlarda yetersiz kalabilir. Bir sözleşmenin kurulması için aranan asgari şartlar sağlandıktan sonra ikinci derecedeki hususların üzerinde durulmamış olması sözleşmenin varlığına etki etmeyecektir. (TBK m.2/f.1) İşte bu durumda taraflar sözleşmede düzenlememiş olsalar dahi, onların iradesine bağlı olmadan doğrudan uygulanacak yedek hukuk kurallarının, sözleşme hükmü haline getirilmiş olması halinde bu hükümler içerik denetimi dışında kalacaktır.<sup>492</sup> Aksinin kabulü halinde hâkime, içerik denetimi yoluyla kanun hükümlerini denetleme yolu açılacaktır.<sup>493</sup>

Belirtmek gerekir ki, bir yasa hükmünün sözleşme içeriğine aynen alındığı her durumda, bu hükümlerin denetlenemeyeceğinin kabulü de doğru bir yaklaşım değildir. Eğer bir sözleşme içeriğine, yapılan sözleşmenin tipi ile ilgili bir kanuni hüküm değil de, sözleşmeden tamamen farklı bir sözleşmeye ait kanuni düzenleme alınmışsa, yine bu hükmün denetlenmesi mümkün olacaktır.<sup>494</sup> Örneğin bir eser sözleşmesine ilişkin

---

<sup>490</sup> ATAMER, 2011, s. 54.

<sup>491</sup> İNAL, 2014, s. 51.

<sup>492</sup> BAŞ, s. 299; ÇINAR, s. 178; ATAMER, 2011, s. 54; KARADAĞ, s. 182.

<sup>493</sup> KARADAĞ, s. 182-183; ÇINAR, s. 178; ATAMER, 2001, s. 217.

<sup>494</sup> ATAMER, 2011, s. 54-55; ÇINAR, s. 179

hüküm, taraflar arasındaki bir satım sözleşmesinin içeriği haline getirilmiş olması halinde, bu hüküm denetime tabi olacaktır. Ayrıca sözleşmede yer alan hüküm, kanuni düzenlemenin tekrarı niteliğinde olsa dahi, eğer bu hüküm tüketici aleyhine dengesizliğe neden oluyorsa, yine denetim mümkün olacaktır.<sup>495</sup> Öte yandan sözleşme içeriğine alınmış olmakla birlikte, taraflar bu hükmü sözleşmeye almamış olsalardı kendiliğinden uygulanmayacak olan kanuni düzenlemeler de denetime tabidir.<sup>496</sup> Örneğin cezai şart kanunda düzenlenmesine rağmen taraflar müzakere etmeden sözleşme içeriği haline gelmişse denetim dışı kalmayacaktır.

Kanuni düzenlemeden sapma imkanı kanunda öngörülmüş ise ya da var olan bir kanuni düzenleme ile benzer nitelikte bir hüküm sözleşmeye dahil edilmişse yine denetim söz konusu olacaktır. Şöyle ki TBK m.114'e göre, borçlu genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. Ancak TBK m.115 sorumsuzluk anlaşması yapılabileceğini düzenlemiş olup borçlunun ağır kusurdan sorumlu olmayacağına ilişkin kayıtları geçersiz saymıştır. O halde hafif kusurdan sorumlu olunmayacağına dair bir sözleşme hükmü, denetime tabi olacaktır. Zira bu hüküm sözleşmede öngörülmemiş olsaydı uygulanacak hüküm TBK m.114 olacaktı ve borçlu hem hafif hem de ağır kusurundan sorumlu tutulacaktı. Bu durumda sözleşmede yer almamasına rağmen zaten uygulanacak olan kuraldan sapan kanuni düzenleme aynen tekrar edilmiş olsa dahi içerik denetiminden muaf olmayacaktır.<sup>497</sup>

#### **b. Edim ve Karşı Edimi Belirleyen Sözleşme Hükümleri**

1993 tarihli Avrupa Konseyi Yönergesinin 4/f.2 hükmüne göre *"Sözleşme kaydının kötüye kullanılabilirliğinin değerlendirilmesi, ne sözleşmenin asli konusuna ne de mal veya hizmet edimi ile bu edimin karşılığı olan bedel arasındaki dengeye ilişkin*

---

<sup>495</sup> ÇINAR, s. 179.

<sup>496</sup> ATAMER, 2011, s. 55-56.

<sup>497</sup> ATAMER, 2011, s. 55.

olamaz. Ancak, değerlendirme dışı olan bu kayıtların, açık ve anlaşılabilir şekilde belirlenmiş olması gerekir."Benzer bir düzenlemeye Yönetmeliğin 6/f.2 maddesinde de yer verilmiştir. Bu hükümde, "Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartların açık ve anlaşılır bir dilde yazılmış olması kaydıyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyatı arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz." şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Bu hüküm eski TKHK'da yer almamakla birlikte yeni TKHK'nun 5/f.7 maddesinin tekrarından ibarettir. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, sözleşmede yer alan edim ve karşı edime ilişkin hükümlerin haksız olup olmadığının denetlenemeyeceğini söylemek mümkündür. Zira serbest piyasa ekonomisinin uygulandığı bir sistemde, edim ve karşı edimin taraf iradelerine göre bir değerlendirmeye tabi tutulması yerine, bunların belirlenmesinin piyasa adaletine bırakılması doğru olacaktır.<sup>498</sup> Ancak edim-karşı edim dengesiyle ilgili hükümler aracılığıyla, borcun muacceliyeti, takas, fiyatın tek taraflı olarak öngörülemez şekilde değiştirilmesi hususları denetime tabi olacaktır.<sup>499</sup> Sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, tarafların edim ve karşı edimi serbestçe belirlemeleri ve bunların denetim dışı bırakılması için sözleşmenin "ana konusunun" iyi tespit edilmesi gerekmekte, ancak sözleşmedeki diğer tüm hükümler, aslında doğrudan veya dolaylı olarak "anakonu"ya hizmet ettiğinden edim-karşı edim unsurunun geniş yorumlanmaması gerekmektedir.<sup>500</sup> Bu anlamda kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelerin edim ve karşı edimini belirlemek bakımından herhangi bir duraksama olmamasına rağmen günümüzde sıkça kullanılan isimsiz sözleşmelerde edim ve karşı edimin somut olaya göre belirlenmesi gerekmektedir. Hakimin bu durumda denetime tabi olan hükümleri belirlerken

---

<sup>498</sup> BAŞ, s. 299; ÇINAR, s. 181; ATAMER, 2011, s. 56; KARADAĞ, s. 181.

<sup>499</sup> BAŞ, s. 299.

<sup>500</sup> ÇINAR, s. 182.

doğrudan ve dolaylı olarak edim yükümünü belirleyen sözleşme hükümleri arasında bir ayırım yapması yerinde olacaktır.<sup>501</sup>

Edim - karşı edim dengesine ilişkin her türlü hüküm kural olarak denetim dışında bırakılmış olsa da, bu edimler açık ve anlaşılır bir şekilde yani saydamlık ilkesine uygun olduğu ölçüde denetim dışında kalacaklardır.<sup>502</sup> Zira bedel karşılığı sunulan mal veya hizmetin kapsamı, bunların hangi durumlarda daha fazla bedele tabi olacağı gibi hususlar belirlenebilir nitelikte değilse, örneğin bir mal veya hizmetin bedelinin belirlenmesi için birden çok hükmün birlikte değerlendirilmesi gerekiyorsa, bu durumda bedelin açık ve anlaşılır olduğu söylenemez ve bu da içerik denetimi yapılmasını gerektirir. Ancak belirtmek gerekir ki bu denetim mal veya hizmetin niteliği veya bedelin ne olacağı ile ilgili olmayıp yalnızca bu hükümlerin açık ve anlaşılır olup olmaması ile ilgilidir.<sup>503</sup>

---

<sup>501</sup> ATAMER, 2011, s. 58.

<sup>502</sup> BAŞ, s. 299; ATAMER, 2011, s. 58-59.

<sup>503</sup> ATAMER, 2011, s. 59.

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### HAKSIZ ŞARTLARIN TESPİTİ VE HAKSIZ ŞART İÇEREN SÖZLEŞMENİN DURUMU

#### §6-TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN HAKSIZ ŞARTLARIN TESPİTİNDE KULLANILACAK ÖLÇÜTLER

##### I. İçerik Denetiminin Ölçütü Olarak Dürüstlük Kuralı

###### A. Genel Olarak

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ve buna dayanılarak çıkarılan Yönetmelikte, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları haksız şart olarak tanımlanmıştır. O halde bir sözleşme şartının haksız olup olmadığı, yani hak ve borçlarda tüketici aleyhine dengesizliğin oluşup oluşmadığı hususun dürüstlük kuralı kriter alınmak suretiyle belirlenmesi gerekecektir.<sup>504</sup>TBK'nın 25. maddesinde de içerik denetimi bakımından dürüstlük kuralının esas alınacağı belirtilmiş ancak dürüstlük kuralının ne şekilde somutlaştırılacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.<sup>505</sup>Halbuki Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin ekinde haksız şartlar örnek olarak sayılmış, yine Tüketici Sözleşmelerindeki Kötüye Kullanılabilir Kayıtlar Hakkında 1993 tarihli Avrupa Konseyi Yönergesinin 3 ve 4. maddesinde de,dürüstlük kuralının somutlaştırılması bakımından dikkat edilmesi gereken hususlara yer verilerek ekinde haksız şartlar örneklendirilmiştir. Bu durumda içerik denetimi yapılırken tüm bu hükümler birlikte

<sup>504</sup> AÇIKGÖZ, 2015, s. 828; HAVUTÇU, 2003, s. 172; UZUNALLI, s. 403-404; ÇINAR, s. 31, 145; BAŞ, s. 291; SİRMEN, 2011, s. 122; ATAMER, 2011, s. 49.

<sup>505</sup> ATAMER, 2011, s. 41-42.

değerlendirilerek dürüstlük kuralının içeriği tayin edilecektir.<sup>506</sup> Dürüstlük kuralının tespiti ve buna göre sözleşme şartlarının haksızlığı, sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri de dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenecektir. (Yönetmelik m.6/f.1)

## **B. Dürüstlük Kuralının Tanımı, Özellikleri ve Sınırlandırılması**

6502 sayılı TKHK m. 5/f.1'de *"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."* hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm, 4077 sayılı Kanun'da yer alan haksız şart düzenlemesindeki tanım ile içerik açısından benzerlik göstermekle birlikte, daha yerinde bir düzenleme yapmıştır. Zira 4077 sayılı Kanun'da satıcı, sağlayıcı ibareleri kullanılmış ancak kredi veren kavramına tanımda yer verilmemişti. Ancak 4077 sayılı Kanunun 3. maddesinde "kredi veren" kavramı ayrı olarak tanımlanmıştı. Bu durumda haksız şartı düzenleyen 6. maddede kredi verenin kanun koyucu tarafından bilinçli olarak mı yoksa ihmal nedeniyle mi kapsam dışında bırakıldığı hususunda bir tereddüt yaşanmaktaydı.<sup>507</sup> Bu Kanun yürürlükte bulunduğu sırada da açık bir düzenleme olmamasına rağmen, uygulamada tüketicilerin kredi verenle yaptığı sözleşmelerde de haksız şart denetimin yapılacağı kabul edilmekteydi.<sup>508</sup> Kaldı ki 4077 Sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan haksız şartlarla ilgili Yönetmelikte de "kredi veren" kavramı haksız şartın tanımında yer almaktaydı. Ancak Kanun ile Yönetmelik arasındaki bu çelişki 6502 sayılı Kanun ile giderilmiştir. Çünkü yeni TKHK satıcı sağlayıcı veya kredi veren kavramları yerine "taraflar" ibaresini tercih etmiştir. Öte yandan 4077 sayılı Kanunda "iyiniyet kuralına aykırı olma" unsurundan

<sup>506</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. 3. Bölüm, §5, II, D, a.

<sup>507</sup> ATAMER, 2004, s. 294; AKÇAAL/UYUMAZ, s. 252; ŞAHİN/KİZİR, s. 71-72.

<sup>508</sup> ÇINAR, s. 23; ATAMER, 2004, s. 294.

bahsedilmişken, 6502 sayılı Kanun ile bu terim yerinde olarak "dürüstlük kuralı" terimi ile değiştirilmiştir.<sup>509</sup> Aslında 4077 sayılı Kanunda yer alan "iyiniyet kuralı" ibaresinin de doktrinde TMK m.3 anlamında sübjektif iyiniyet kuralını değil de, TMK'nın 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralını ifade ettiği savunulmaktaydı.<sup>510</sup> Bu kavram karmaşası 6502 sayılı Kanunda "dürüstlük kuralı" ibaresinin açıkça kullanılması sonucu giderilmiştir.

TMK m. 3'te düzenlenen iyiniyet kuralı, bir hakkın kazanılması veya bir hukuki sonucun doğması konusunda, var olan bir engelin veya eksikliğin varlığı hususunda, kişideki mazur görülebilir bilgisizliği veya yanlış bilgiyi ifade eder.<sup>511</sup> TMK m. 2'de yer alan ve haksız şartın belirlenmesinde kriter olan dürüstlük kuralı ise, "orta zekalı, normal, makul kimselerin toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlaka ve dürüstlüğü dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçlarıyla iş hayatının gereklerine cevap veren, bu sebeple de herkesçe benimsenen kurallar bütünü" ifade eder.<sup>512</sup> TMK m. 2 gereğince sözleşmenin tarafları arasındaki ilişkilerin, güven düşüncesi çerçevesinde kurulduğunu, bu hususun borçlar hukukunun ve özellikle de sözleşmeler hukukunun temelini oluşturduğunu söyleyebiliriz.<sup>513</sup> Zira sözleşmeler hukukunda taraflar karşılıklı olarak verdikleri söze bağlı kalacakları inancına dayanarak hukuksal işlem yaparlar. O halde karşılıklı güven ilişkisi içerisinde hukuki ilişkiye giren tarafların, sözleşme ilişkisi içerisinde birbirlerinden makul beklentileri hususlarında yanıltılmamaları gerekmektedir.<sup>514</sup> TMK m. 2/1, *"Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça*

<sup>509</sup> ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 165; ASLAN, s. 317; ATAMER, 2004, s. 303; AKÇAAL/UYUMAZ, s. 252.

<sup>510</sup> AYDOĞDU, 2014, s. 184; ÇINAR, s. 143; ŞAHİN/KİZİR, s. 71; AKÇAAL/UYUMAZ, s. 252; ATAMER, 2004, s. 303; AKİPEK ÖCAL, Sempozyum, 2013, s. 56.

<sup>511</sup> EDİS, 1983, s. 295; DURAL/SARI, s. 190; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 149.

<sup>512</sup> EDİS, 1983, s. 287; EDİS, Seyfullah, "Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği", Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'na 7. Yaş Armağanı, Ankara, 1975, (s. 447-460), s. 449; DURAL/SARI, s. 198; ATEŞ, s. 82; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 167.

<sup>513</sup> AKYOL, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, İstanbul, 2006, s. 290; EDİS, 1983, s. 285; EDİS, 1975, s. 447.

<sup>514</sup> EDİS, 1983, s. 285

*kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz."* diyerek dürüstlük kuralını hukukun temel prensibi haline getirmiştir. Doktrinde dürüstlük kuralının emredici hüküm niteliğinde olmadığını savunan görüşler olmakla birlikte,<sup>515</sup> bu kuralın genel ahlak ve kamu yararı ön planda tutularak oluşturulmuş emredici bir kural olduğunu savunan görüşler de mevcuttur.<sup>516</sup> Dürüstlük kuralı, hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesi sırasında uyulması zorunlu olan bir kuraldır. Bu husus maddenin lafzından da anlaşılmaktadır. O halde dürüstlük kuralının, tarafların ne şekilde davranmaları gerektiğini tespit ettiğini ve davranışlarının sınırını belirlediğini kabul etmek gerekir.<sup>517</sup> Ayrıca bu kural objektif nitelikte yani somut bir hukuki ilişkinin taraflarından bağımsız olarak hukuken kabul edilen makul, orta zekâlı, dürüst kişilerin uyması gereken, kişilerin kendi ahlak anlayışlarından bağımsız, toplum tarafından uyulması zorunlu kabul edilen, herkes tarafından uyulması zorunlu kurallardır.<sup>518</sup> Kaldı ki yalnızca çalışma konumuz açısından değerlendirildiğinde, dürüstlük kuralının tüketici sözleşmesinin güçsüz tarafını korumak amacıyla, özellikle onun global kabul sonucu sözleşme içeriği haline getirdiği koşulların haksızlığını tespit etmek amacıyla kriter olarak benimsendiği, aksinin kabulü halinde, yani tarafların dürüstlük kurallarına aykırı bir düzenleme yapılabileceğini kabul etmeleri halinde, ekonomik açıdan güçlü bulunan girişimci karşısında tüketicinin korunması imkanının ortadan kalkacağı göz gönünde bulundurulursa dürüstlük kuralının emredici mahiyette olduğu ve aksinin kararlaştırılmayacağı görüşünün amaca uygun olduğunu düşünüyoruz.

---

<sup>515</sup> EDİS, 1983, s. 291 vd. Yazara göre her ne kadar hakim dürüstlük kuralını doğrudan doğruya uygulamakla yükümlü olsa da bu durum kuralı emredici hale getirmez. Zira hakim yedek hukuk kurallarını da kendiliğinden uygulamaktadır. Ancak bu kurallar emredici nitelikte değildir. Ayrıca dürüstlük kuralına aykırı olmasına rağmen yerine getirilen edimlerden sonra bu kurala aykırı davranıldığını ileri süren taraf, sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince ifa etmiş olduğu edimi geri isteyebilecektir. Bu durum da hukuki güveni sarsacaktır. O halde bu kuralın emredici olduğu kabul edilemez ve taraflarca aksi kararlaştırılabilir. Zira dürüstlük kuralı kamu düzenine ilişkin olmayıp sözleşme serbestisini sınırlama amacı gütmaz. Aksine dürüstlük kuralı tarafların hak ve yükümlülüklerinin kapsamını belirleme amacına yönelmiştir.

<sup>516</sup> AKYOL, s. 10; ÇINAR, s. 132; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 156; YELMEN, s. 128.

<sup>517</sup> YELMEN, s. 127; ÇINAR, s. 132; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 167; AKYOL, s. 6.

<sup>518</sup> AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 167

Herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uyması zorunludur. Bu nedenle hakim somut uyuşmazlıkta dürüstlük kuralına uyulup uyulmadığını resen denetleyecektir.<sup>519</sup> Dürüstlük kuralı niteliği itibariyle soyut bir kuraldır. Bu nedenle somutlaştırılmaya ihtiyacı vardır. O halde her somut olayda hakkın koruduğu menfaatler tespit edilerek bu menfaatin niteliğine göre uygulama alanı bulması gerekmektedir.<sup>520</sup>

Dürüstlük kuralının somut olaya göre değerlendirilmesi sırasında, tarafların o hukuki işlemi gerçekleştirdikleri andaki duygu ve düşünceleri değil,<sup>521</sup> aksine bahse konu hukuki işlemi orta zekâlı, makul bir kişinin yapması durumunda ne şekilde davranacağı dikkate alınmalıdır. Bu nedenle aslında dürüstlük kuralı hukuki ilişkinin taraflarından bağımsız olarak düşünülmelidir.

Dürüstlük kuralı, hukukumuzda genel nitelikli bir hüküm niteliğinde olup, karşılaşılabilecek her tür hukuki ilişkiyi düzenleme niteliğini haiz olmayan soyut nitelikteki kanunların, somut olaya uygulanması aşamasında tamamlayıcı ve açıklayıcı bir işleve sahiptir.<sup>522</sup> Zira kanun koyucunun meydana gelebilecek tüm hukuki ilişkileri öngörerek bunları ayrıntılı olarak düzenlemesi mümkün değildir. Bu nedenle soyut nitelikte olan kuralın, somut olaya uyarlanması sırasında dürüstlük kuralı dikkate alınarak tarafların menfaatleri belirlenecektir. Ayrıca dürüstlük kuralı genel hükümler içerisinde yer aldığından özel bir düzenlemenin mevcut olmadığı durumlarda uygulanması gerektir.

Hakim, haksız şartların denetiminde sözleşmeye müzakere edilmeden dahil edilmiş olan ve sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde tüketici aleyhine

<sup>519</sup>EDİS, 1975, s. 449; AKYOL, s. 10; YELMEN, s. 128; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 157; EDİS, 1983, s. 287-288.

<sup>520</sup> ATEŞ, s. 89.

<sup>521</sup> EDİS, 1975, s. 449; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 156.

<sup>522</sup> EDİS, 1983, s. 288-289.

dengeşizliğe neden olan hükümleri tespit ederken dürüstlük kuralını denetim ölçütü olarak kullanacak olmasına rağmen, dürüstlük kuralını düzenleyen temel hüküm olan TMK m.2'de dahi kuralın tanımına yer verilmemiş olması dürüstlük kuralının sınırının tespitini zorunlu kılmıştır. Bu sınır belirlenirken uluslararası hukuk kaynakları ile iç hukukta yer alan düzenlemelerden yararlanılabilir. İç hukukta yer alan TTK m. 55/f.1.(f) bendinde düzenlenen ve esasen haksız rekabeti önlemeye yönelik olan hüküm,<sup>523</sup> TKHK m.5'in uygulanmasını göstermek amacıyla çıkarılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ve ekinde yer alan örnek olarak sayılmış haksız şart durumları, TBK'nın kaynağını oluşturan ancak kanunun yapımı sırasında tamamı kanuni düzenleme içine alınmayan Alman Medeni Kanunun 307,<sup>524</sup>308 ve 309. maddeleri, Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Kayıtlar Hakkında 5 Nisan 1993 tarihli Avrupa Konseyi Yönergesi ve ekinde yer alan haksız şart örnekleri, Yargıtay'ın milletlerarası mevzuatın uygulanabileceğini gösterdiği kararlar<sup>525</sup> dürüstlük kuralının sınırının belirlenmesinde başvurulabilecek kaynaklardır.<sup>526</sup>

<sup>523</sup> TTK m. 55/f.1 (f) bendi; “(f) Dürüstlük kuralına aykırı işlem koşulları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine,

1.Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya,  
2.Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar doğmasını öngören, önceden yazılmış genel işlem koşullarını kullananlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur.” Bahse konu hükümde hangi hallerde bir genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına aykırı olacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm TTK’da haksız rekabet düzenlemesi içinde yer almaktadır. Aslında tüketici genel işlem koşullarını “iyi veya kötü” olduğu için tercih etmemektedir. Yani kendisi için yalnızca fiyat/kalite parametresini dikkate almaktadır. O halde girişimciler bakımından iyi veya kötü genel işlem koşulu kullanılması, onların daha fazla müşteri çekmesi ya da müşterilerini kaybetmesi bakımından önemli olmayacak ve rekabet bu durumdan etkilenmeyecektir. Ancak iyi genel işlem koşulu kullanmak, maliyetleri artırdığından kötü genel işlem koşulu kullanan girişimci yalnızca bu açıdan avantaj sağlayacaktır. İşte bu durumda haksız rekabet hükümleri uygulanacak ve TTK m. 56’da yer alan davalar açılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER, 2011, s. 67-70.

<sup>524</sup> Alman Medeni Kanunu m. 307: “(1)Kullananın genel işlem şartlarına dahil ettiği dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek nitelikte karşı tarafın mağdur olmasına sebebiyet veren hükümler geçersizdir. Açık ve anlaşılabilir olan şartlar da aşırı mağduriyet sonucunu doğurabilir.

(2) Şüphe halinde bir genel işlem şartı, a) kanuni düzenlemenin temel düşüncesinden farklılaşmış, bununla uyumuyor ise, b) sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve yükümlülükleri, onun amacına ulaşmasını tehlikeye sokacak derecede sınırlıyorsa; söz konusu hükmün, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde karşı tarafın mağduriyetine sebebiyet verdiği kabul edilir.” (Çeviri için bkz. YELMEN, 2014, s. 129.)

<sup>525</sup> Yargıtay İBK, 28.11.1945 Tarih, E. 1945/13, K. 1945/15 sayılı ilamı ile Yargıtay HGK 01.12.2010 Tarih, E. 2010/13-593, K. 2010/623 sayılı ilamı. (YELMEN, s. 131, dipnot 28-29’dan naklen)

<sup>526</sup> BAŞ, s. 291-294.

Dürüstlük kuralına göre yapılacak denetimin amacı, tarafların menfaatlerinin dengeli olup olmadığının tespitidir. Yargıtay bir kararında,<sup>527</sup> fiyatı belirleme yetkisi kendisine verilen bir girişimcinin, aşağı ve yukarı sınırı belirlenmiş olan bir fiyat aralığı tespit edilmiş olmasına rağmen, doğalgaz abonman sözleşmesinde, bu sınırın dışında fiyat belirlemesinden kaynaklanan uyuşmazlıkta, onun menfaat dengesini kendi lehine değiştirmesi durumunu, dürüstlük kuralına aykırı davranış olarak kabul etmiştir.

Hakim, dürüstlük kuralını esas alarak sözleşmeye konulan müzakere edilmemiş hükümleri denetleyecektir. Taraflar serbest iradeleri ile sözleşme hükümlerini tartışmışlar ise, bu aşamada artık sözleşme hükümlerinin haksızlığının değerlendirilmesi gerekmeyecek, tarafların iradelerine üstünlük tanınacaktır.<sup>528</sup> Çalışmamızın daha önceki bölümlerinde de açıkladığımız üzere, müzakere edilmemiş tüm hükümler değil yalnızca sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan hükümler denetlenecek, bu dengesizlik tespit edilirken de dürüstlük kuralı denetim ölçütü olarak kullanılacaktır. Tüm bu koşullar bir arada bulunduğu sözleşme hükmünün haksız olduğundan bahsedilecek ve TKHK m. 5 gereğince bu hüküm geçersiz olacaktır.

5 Nisan 1993 tarihli Avrupa Konseyi Yönergesinin 3. maddesinde müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen bir hükmün, dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde, tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması durumunda, dengesizliğin önemli ve haksız olması halinde haksız şart olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Oysaki TKHK m.5 sözleşmeden bu yönüyle ayrılmaktadır. Zira bu maddeye göre taraf menfaatleri arasındaki dengesizliğin önemli ve haksız olması aranmamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, tek tek müzakere

---

<sup>527</sup> "...iltihaki sözleşme niteliği taşıyan akitlerde, davalının hak ve menfaatler dengesini gözetmeksizin kendi lehine sözleşmeye hükümler koyması MK 2. maddesine de aykırılık teşkil eder." Yargıtay 13. HD., 05.07.2001 Tarih, E. 2001/5771, K. 2001/7408 sayılı ilamı.

<sup>528</sup> ÇABRİ, s. 123; ATAMER, 2013, s. 104; TOPAK, s. 287-288.

edilerek, taraflar arasında tartışılarak sözleşme içeriği haline getirilen hükümlerde dahi mutlak bir dengenin sağlanması imkânı yoktur. Yani müzakere sonucu kabul edilen sözleşme hükümleri dahi taraflar arasında makul de olsa bir dengesizlik yaratmaktadır. O halde, dürüstlük kuralına aykırı olarak hak ve yükümlülüklerde meydana gelen her türlü dengesizliğin değil, kabul edilemez, önemli nitelikte bir dengesizliğin varlığı halinde bir hükmün haksız şart olarak kabul edilmesi gerekir. Nitekim kanuni düzenlemenin amacına bakıldığında, içerik denetiminin taraflar arasındaki önemli olsun veya olmasın her türlü dengesizliği ortadan kaldırmaya özgülendiği söylenemez.<sup>529</sup> Bir noktaya kadar irade serbestisi ilkesi çerçevesinde tarafların düzenlemiş oldukları hükümlere saygı duymak gerekecektir. Ancak dengesizlik belirgin hale gelip, tüketiciyi normal olandan daha fazla zarara uğratacak dereceye geldiğinde haksız şart olarak nitelemek yerinde olacaktır.<sup>530</sup> Hükmün ne zaman dürüstlük kuralına önemli ölçüde aykırılık teşkil ettiğini belirleyebilmek içinhakimin, genel işlem koşulları ile hüküm altına alınan konuda, kanun koyucunun yaptığı benzer mahiyetteki kanuni düzenlemenin hangi asli amaca yöneldiğini belirlemesi ve genel işlem koşulunun bu amaçla bağdaştırılamayacak nitelikte olup olmadığını tespit etmesi ya da yapılan sözleşmenin doğası gereğince taraflara yüklenecek temel hak ve borçları sınırlandıran genel işlem koşulları kullanıp kullanılmadığını belirlemesi, sözleşmenin güçsüz tarafını oluşturması nedeniyle girişimcinin önerisini kabul etmek durumunda kalan tüketici üzerine rizikoların kaydırılarak onun normalden daha fazla yükümlülük üstlenmesine sebep olup olmadığını gözetmesi, sözleşmenin bütününe dikkate alarak bir hüküm ile yaratılan dengesizliğin başka bir hüküm ile ortadan kaldırılıp kaldırılmadığını dikkate alması gerekecektir.<sup>531</sup>

---

<sup>529</sup> ATAMER, 2004, s. 309.

<sup>530</sup> BAYKAN, s. 186; DEUTSCH (Çeviren: HAVUTÇU), s. 265. ÇINAR da sözleşme adaletinin sağlanması bakımından haksız şartların tanımı yapılırken tüketici aleyhine olan dengesizliğin “açık” ve “haksız” olması koşuluna yer verilmesi gerektiğini savunmaktadır. ÇINAR, s. 24.

<sup>531</sup> ATAMER, 2004, s. 309-312.

## II. Mevcut Yasal Düzenlemeler

Bir sözleşme hükmü, TBK'nın 27. maddesi uyarınca, emredici hukuk kurallarına aykırı olamaz. Ancak taraflar emredici hukuk kuralları dışında kalan yedek hukuk kurallarını, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile bertaraf edebilirler. O halde bir sözleşme hükmünün haksız olup olmadığının belirlenmesinde, genel işlem koşulları olmasaydı taraflar arasında uygulanacak hukuk kuralının tespiti ve onun koruduğu hukuki yarar dikkate alınabilir.<sup>532</sup> Yani hakim, tarafların anlaşarak bertaraf ettikleri ve onun yerine koydukları<sup>533</sup> sözleşme hükümlerinin haksızlığını değerlendirirken, bertaraf edilen yedek hukuk kuralını ve onun yerine konulan sözleşme hükmünü karşılaştıracak, herhangi bir sapma olup olmadığına karar verecektir.<sup>534</sup> Ancak taraflar bu yedek hukuk kuralını bertaraf ederken özgür iradeleri ile karar vermişler, müzakere sırasında kendi çıkarlarının bilincinde olarak yedek hukuk kuralı yerine sözleşme hükmünü koymuşlar ise, o sözleşme hükmünün muhatap aleyhine dengesizliğe neden olması halinde dahi hükmün adil ve haklı olduğu söylenebilir.<sup>535</sup>

Yasal düzenlemelerin, daha özel olarak da yedek hukuk kurallarının amacı, taraflar arasında adil bir denge sağlamak olduğuna göre, bu kurallardan ayrı bir düzenleme yapılmış olması halinde, karine olarak sözleşme dengesinin bozulduğundan bahsedilebilir.<sup>536</sup> Ancak bu kurallardan ayrı bir düzenleme yapılmış olan her durumda hakime sözleşmeye müdahale yetkisi vermek de doğru değildir.<sup>537</sup> Zira bazı durumlarda sözleşme hükmü ile tüketicinin aleyhinde düzenlemeler yapılabilir. Bu durumda bir sözleşme hükmünün haksız olup olmadığının değerlendirilmesi aşamasında, taraflar arasındaki sözleşmenin kanunda düzenlenmiş sözleşmelerden olup olmadığı

<sup>532</sup> BAŞ, s. 294. ATAMER, 2011, s. 44; ATAMER, 2004, s. 305.

<sup>533</sup> ATAMER, 2011, s. 44.

<sup>534</sup> KAPLAN, s. 29 vd.

<sup>535</sup> HAVUTÇU, 2003, s. 35.

<sup>536</sup> ATAMER, 2004, s. 305.

<sup>537</sup> OĞUZ, 2000, s. 517.

araştırılmalı, kanunda düzenlenmiş bir sözleşme ise genel işlem koşulu olmasaydı, hangi hükmün uygulanacağı tespit edilmeli ve bu kanun maddesi ile sözleşmeye konulan madde karşılaştırılarak sözleşme dengesinin bozulup bozulmadığı değerlendirilmeli; sözleşme kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden herhangi biri ile uyumlu değilse, benzer sözleşmenin tespit edilerek kıyasen uygulanacağı göz önüne alınıp, kanuni düzenleme ve yerine konulan sözleşme hükmü karşılaştırılmalıdır.<sup>538</sup>

### III. Sözleşmenin Doğası

Tarafların yaptıkları sözleşme kanunda düzenlenen bir sözleşme değilse, ya da kanunda düzenlenen sözleşmelere ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanamıyorsa, bu durumda hakimin, sözleşmenin doğasından yola çıkarak sözleşmeden doğan rizikoları taraflar arasında dengeli bir şekilde paylaştıran, bunun karşılığında da paylaştırılan rizikolarla orantılı olarak haklardan faydalanma imkanı sağlayan dengeyi kurması gerekecektir.<sup>539</sup> Sözleşmenin doğasından hareketle dengenin sağlanmaya çalışılması, aslında genellikle atipik sözleşmelerde mümkün olacaktır.<sup>540</sup> O halde doğrudan veya kıyasen uygulanacak herhangi bir hüküm bulunmadığında hakimin, TMK m. 1/f.2 gereğince kanun koyucu gibi kural koyması gerekecektir.<sup>541</sup> Bu aşamada hakim Yargıtay içtihatları ile sınırları belirlenmeye çalışılan atipik sözleşmeler hakkında belirlenen kıstaslardan, doktrinden, mukayeseli hukuktan faydalanabilir.<sup>542</sup> Bunlarda dahi hüküm bulunmaması halinde, benzer sözleşmelerde kanun koyucunun korumaya çalıştığı değer yargılarını, her iki tarafın bu sözleşmeyi hangi amaçla yaptıklarını, sözleşmenin konusunu, türünü, sözleşmeye muhatap olan müşteri çevresinin o

<sup>538</sup> ATAMER, 2004, s. 305; ATAMER, 2011, s. 44-45; BAŞ, s. 294-295.

<sup>539</sup> ATAMER, 2004, s. 306.

<sup>540</sup> HAVUTÇU, 2003, s. 175; BAŞ, s. 295.

<sup>541</sup> BAŞ, s. 295.

<sup>542</sup> HAVUTÇU, 2003, s. 175; BAŞ, s. 295.

sözleşmeden bekledikleri sonucu dikkate alarak hak ve borçların dengeli dağılıp dağılmadığını tespit edecektir.<sup>543</sup>

Belirtmek gerekir ki sözleşmenin doğası kriterinin, hak ve menfaatlerin dengeli dağılıp dağılmadığının tespiti aşamasında yalnızca atipik sözleşmelerde uygulanacağı söylenemez. Dengeyi belirleyen unsurların birlikte uygulanmasının mümkün olduğu hallerde, her ikisinin de aynı anda uygulanmasına engel bir durum yoktur,<sup>544</sup> zira bu denetim ölçütleri birlikte uygulanabilir. Aksinin kabulü halinde haksız şart denetimi sınırlanmış olacaktır.<sup>545</sup>

#### IV. Sözleşmenin Kaleme Alınış Tarzı (Niteliği)

Sözleşmede yer alan bazı kurallar, sözleşmenin karşı tarafı aleyhine olmasa da bazı durumlarda sözleşmenin dengesini bozabilir. Bu durum sözleşmenin kaleme alınış tarzının bir sonucudur.<sup>546</sup> Sözleşmede yer alan hükümlerin anlamlarının ihtilaflı olmaması, açık ve anlaşılır olması şeffaflık (saydamlık) kuralı olarak adlandırılır.<sup>547</sup> Şeffaflık ilkesi, 6502 sayılı Kanunda çeşitli maddelerde düzenlenmiştir. Kanunun 5/f.4 maddesinde, "*Sözleşme şartlarının yazılı olması halinde tüketicinin anlayabileceği, açık ve anlaşılabilir bir dilin kullanılması gerekir.*" hükmüne yer verilirken, 4/f.1 maddesinde de biçimsel (şekli) bir şeffaflık ilkesine yer verilerek<sup>548</sup> "*Bu kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir.*" şeklinde bir hüküm yer almıştır. Benzer bir hüküm Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik m. 6/f.3 maddesinde de tekrar edilmiştir. TKHK m. 4/f.1

<sup>543</sup> ATAMER, 2004, s. 307; ATAMER, 2011, s. 46.

<sup>544</sup> HAVUTÇU, 2003, s. 175.

<sup>545</sup> BAŞ, s. 295.

<sup>546</sup> HAVUTÇU, 2003, s. 176; BAŞ, 2013, s. 296; ULUSAN, İlhan, "Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi", İKÜHFD, C. 3, S. 1-2, Aralık 2004, (s. 27-46), s. 41.

<sup>547</sup> KARADAĞ, s. 175; ÇINAR, s. 163.

<sup>548</sup> ÇINAR, s. 173.

hükümünü biçimsel (şekli) bir şeffaflık ilkesi kabul ederek içerik denetiminde dikkate almak daha doğru olacaktır. Bu hükmün yürürlük denetiminde bir kriter olduğunu kabul etmek, on iki punto ve koyu renkte yazılmayan sözleşme hükümlerinin sözleşme içeriği haline gelememesi sonucunu doğurur. Halbuki genel işlem koşulunu kullanan taraf bunun hakkında tüketiciye bilgi vermiş ve içeriğini öğrenme imkanını sağlamışsa, artık on iki punto ve koyu renkli düzenlenmeyen hükmün sözleşmenin geçerliliğini etkilememesi gerekir. Aksi halde kanunun 4/f.1 maddesinin devamında düzenlenen sözleşmede meydana gelecek bir eksikliğin onun geçerliliğine etki etmeyeceği ve bu eksikliğin sonradan sözleşmeyi düzenleyen tarafça giderileceği hükmünün bir anlamı kalmayacaktır.<sup>549</sup>

Öte yandan sözleşmede yer alan hak ve borçlardan bahseden hükümlerin birbirleriyle alakasız yerlerde ve bağlantı kurulmasını önleyecek, anlaşılmaz, tüketicinin yasal haklarını kullanmasını engelleyecek, yalnızca uzman bir kişi tarafından anlaşılabilir şekilde kaleme alınmış olması, sözleşmeyi düzenleyen tarafın bunları kendi lehine kullanmasına yol açabileceği için bu hükümlerin içerik denetimine tabi tutulması gerekir.<sup>550</sup> Bu kapsamda sözleşme içerisinde alakasız hükümler arasına sıkıştırılmış, gizlenmeye çalışılmış hükümlerin şeffaflık kuralına aykırılık teşkil edeceği açıktır.<sup>551</sup> Her ne kadar şeffaflık kuralına TBK'nın 25. maddesinde yer verilmemiş ise de, bu kuralın kıyasen TBK m. 25'te düzenlenen içerik denetimi bakımından uygulanmasında da herhangi bir sakınca yoktur. Hakim, şeffaf olmayan bir hükmün varlığı halinde, sözleşme hükümlerinin, uygulanması gereken yedek hukuk kurallarından ayrılıp ayrılmadığı değerlendirmesini yapmadan, doğrudan şeffaf olmayan hükmün geçersizliğine karar verebilecektir.<sup>552</sup>

---

<sup>549</sup> ÇINAR, s. 174-175.

<sup>550</sup> ATAMER, 2004, s. 308; BAŞ, s. 296; ATAMER, 2011, s. 48.

<sup>551</sup> HAVUTÇU, 2003, s. 176; BAĞRIAÇIK, s. 72.

<sup>552</sup> BAŞ, s. 296; ATAMER, 2011, s. 49.

## **§ 7- GENEL İŞLEM ŞARTLARI İÇEREN SÖZLEŞMELERDE HAKSIZ ŞARTLARIN KULLANILMASINI ÖNLEMeye YÖNELİK DAVA TÜRLEİ**

Genel işlem koşulu içeren bir sözleşmede yer alan haksız şart, dürüstlük kuralına aykırı olduğundan bahisle mahkemece tespit edilmiş olsa bile mahkeme kararının yalnızca taraflar bakımından bağlayıcı olması nedeniyle aynı genel işlem koşulunun benzer başka sözleşmelerde kullanılmasının önüne geçilememektedir. Bu durumda dava açan bilinçli tüketici haksız şarta karşı kendisini korurken, bilinçsiz tüketici aynı şart ile bağlı kalmaktadır. Yani dava açmayan hakkını aramayan bir kişiye etki edebilecek bir dava türü öngörülmemiştir. Avrupa Konseyi Yönergesi 7. maddesinde üye ülkelerin, girişimcilerin tüketici ile kurduğu sözleşmelerde kötüye kullanılabilir kayıtlar kullanmasına son vermesi için uygun ve etkin yöntemlerin varlığını sağlaması, bunun için de, tüketicinin korunmasında haklı bir menfaati olan kişi veya kuruluşların mahkemeler veya yetkili idari makamlara başvurarak genel bir kullanım amacıyla hazırlanmış sözleşme koşullarının kötüye kullanılabilir olup olmadığının belirlenmesi ve gerektiğinde bu koşulların uygun ve etkili yöntemlerle kullanımına son verilmesini isteyebilmesi amacına yönelik hukuki düzenlemeleri yapması gerektiğini vurgulamıştır. Bu hükümle paralel bir düzenleme 4077 sayılı Kanuna dayanılarak çıkartılan Yönetmelikte de 8. maddede düzenlenmişti. Nihayet 6502 sayılı Kanunun 73. maddesinde tüketici mahkemelerinde dava açabilecek kişiler açıkça gösterilmiştir. Buna göre satıcı, sağlayıcı, kredi veren,<sup>553</sup> tüketici, tüketici örgütleri, ilgili kurum ve kuruluşlar ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tüketici mahkemelerinde dava açabilecektir.<sup>554</sup>

---

<sup>553</sup> ÇABRİ, s. 1046.

<sup>554</sup> ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 498; ÇABRİ, s. 1047.

Satıcı, sağlayıcı, kredi veren ve tüketicinin, taraf oldukları sözleşmelerde yer alan bir hüküm bakımından, yargı yoluna başvurabileceklerinde herhangi bir tereddüt yoktur. Avrupa Konseyi Yönergesi'nin 7/f.2 maddesinde üye devletlerin, iç hukuka göre tüketicinin korunmasında haklı bir menfaati bulunan kişi ya da kuruluşların, mahkemeler veya yetkili idari makamlara başvurarak genel bir kullanım amacıyla hazırlanmış sözleşme koşullarının kötüye kullanılabilir olup olmadığının belirlenmesi ve gerektiğinde bu tür koşulların, uygun ve etkili yöntemlerle kullanımına son verilmesini isteyebilmesine ilişkin hukuki düzenlemeleri yapması gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle TKHK'nın 73. maddesi ile tüketici örgütlerinin, haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlara ilişkin hükümler dışında, genel olarak tüketicileri ilgilendiren ve 6502 sayılı Kanuna aykırı bir durumun doğması tehlikesi olan hallerde bunun önlenmesine veya durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınması veya hukuka aykırı durumun tespiti, önlenmesi veya durdurulması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilecekleri düzenlenmiştir. Doktrinde bir görüş, önleme davasının iki halde açılabileceğini, bunlardan ilkinin, henüz sözleşme içeriği olmamış ama sözleşme içeriği haline gelme ihtimali bulunan genel işlem koşulları olduğunu, diğerinin ise, sözleşmenin içeriği haline gelmiş olmakla birlikte, hali hazırda taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmamış genel işlem koşulları olduğunu savunmaktadır.<sup>555</sup> Bizim de katıldığımız görüşe göre, genel işlem koşulları, tarafların anlaşması sonucu sözleşmenin içeriği haline geldikten sonra sözleşmenin bütün halinde ele alınması suretiyle değerlendirildiğinde, bu koşulların haksız olup olmadığına karar verilebileceğinden, yalnızca henüz bir sözleşmenin içeriği haline gelmemiş genel işlem koşulları hakkında önleme davası açılabilmelidir. Zira genel işlem koşulu tek başına ele alındığında haksız şart kabul edilebilecek iken, sözleşmenin tamamı ile birlikte değerlendirildiğinde tüketici lehine bir sonuç doğabilir. Bu nedenle sözleşme içeriği

---

<sup>555</sup> ATAMER, 2004, s. 320; ATAMER, 2011, s. 64.

haline gelen bir genel işlem koşulunun, henüz uygulama alanı bulmamış olması halinde dahi önleme davası değil olumsuz bir tespit davası ile durum tespit edilmelidir.<sup>556</sup>

Tüketici örgütlerinin, bir genel işlem koşulunun haksız olduğunu ileri sürerek açacakları topluluk davalarında kendi meşru menfaatlerini değil, o koşullardan etkilenen bir topluluğun menfaatlerini koruma amacını gütmesi gerekmektedir. Ayrıca açılacak davalarda, münhasıran tek bir tüketiciyi ilgilendiren sorunların değil genel olarak o haksız şarttan etkilenecek tüm tüketicileri ilgilendiren bir sorunun ileri sürülmesi gerekir.<sup>557</sup> Örneğin tehlikeli olduğu tespit edilen malların piyasadan kaldırılması,<sup>558</sup> köprü ve otoyol geçiş ücretlerine yapılan zamların iptali<sup>559</sup> için açılacak davalar tüketicileri ilgilendiren genel nitelikli meselelerdir. Tüketici örgütleri tarafından açılan bu tür davalar, tüketici örgütünün dava neticesinde elde edilen sonuçtan yararlanmayacağından bahisle hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddedilemeyecek, hakim henüz somut bir ilişkide kullanılmamış olan bu genel işlem koşullarını soyut ve objektif esaslara göre, yani herhangi bir somut tüketici sözleşmesini dikkate almaksızın değerlendirerek koşulların dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığını tespit edecektir.<sup>560</sup> İşte tüketici örgütleri tarafından açılan dava sonucunda haksızlığına karar verilen bu hükümler yönünden tüketicilerin ayrı ayrı dava açmalarına gerek kalmayacak, tazminat talebi gibi bireysel istemler yönünden ise, topluluk davasında elde edilen sonuçlardan tüketicilerin yararlanmaları mümkün olacaktır.<sup>561</sup>

Hukukumuzda TKHK m. 73/f.6 (4077 sayılı TKHK m. 23/f.2)'da yer alan dava imkânı ile TTK m. 56 (6762 sayılı TTK m. 58)'da yer alan ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar gibi mesleki ve ekonomik birliklere verilen haksız rekabetin

<sup>556</sup> SİRMEN, 2011, s. 132-133.

<sup>557</sup> ZEVLİLİLER/ÖZEL, s. 498; AYDOĞDU, 2015, s. 360.

<sup>558</sup> AYDOĞDU, 2015, s. 360.

<sup>559</sup> ZEVLİLİLER/ÖZEL, s. 499.

<sup>560</sup> ATAMER, 2004, s. 321.

<sup>561</sup> ZEVLİLİLER/ÖZEL, s. 498.

önlemesi ve durdurulmasına yönelik dava imkânı topluluk davasının en önemli iki örneği idi. Ancak bahse konu topluluk davaları konu ve taraf bakımından sınırlı uygulama alanına sahip olduğundan her türlü hukuki meselede kullanılması mümkün değildi. Bu nedenle 6100 sayılı HMK'nın 113. maddesinde, "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." şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Bu hüküm genel nitelikte olduğundan yalnızca tüketicilere karşı kullanılan genel işlem koşulları bakımından değil, tacirlere karşı kullanılan genel işlem koşulları bakımından da topluluk davası açılabilir ve bir hükmün dürüstlük kuralına aykırı olduğu tespit edilebilecektir.<sup>562</sup>

## **§8- GEÇERSİZ SAYILAN SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNDEN SONRA SÖZLEŞMENİN DURUMU**

Tüketici, güçlü konumda bulunan girişimci karşısında mal ve hizmeti daha kolay edinmek amacıyla, onun teklif ettiği genel işlem koşullarını, çoğu zaman hukuki sonuçlarını bilmeden kabul etmektedir. Sözleşme kurulduktan sonra bir kısım hükmün taraflar arasında sonuç doğurmaması, yani yazılmamış sayılması halinde dahi güven ilkesi ve hukuki belirlilik ilkesi çerçevesinde sözleşmenin ayakta tutulması gerekmektedir. Zira aksinin kabulü halinde girişimcinin kendi kusurlu hareketinden menfaat sağlaması mümkün olur. TBK 22. maddesinde "Yazılmamış Sayılmanın Sözleşmeye Etkisi" başlığı ile sözleşmede yer alan yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışında kalan hükümlerin geçerliğini koruyacağı düzenlenmiştir.<sup>563</sup> Genel

---

<sup>562</sup> ATAMER, 2011, s. 66.

<sup>563</sup> ATAMER, sözleşme hükümlerinin yazılmamış satılmasından kastedilenin aslında sözleşmenin hiç içeriği haline gelmeme olduğunu, bu nedenle geriye kalan hükümlerin geçersizliğinden zaten bahsedilemeyeceğini kabul etmektedir. (ATAMER, 2004, s. 325). Aynı yönde bkz. YENİOCAK, s. 89.

işlem koşullarını kullanan taraf, yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı sözleşmeyi akdetmeyeceğini ileri süremez. (TBK m.22) Alman Medeni Kanunun 306. maddesinde de benzer bir düzenleme yapılarak yazılmamış sayılmanın, sözleşmeye etkisi hususunda geçerlilik ilkesi benimsenmiş ve yazılmamış sayılan hükümlerden sonra sözleşmede meydana gelen boşlukların kanun hükümleriyle doldurulacağı ifade edilmiştir. TBK m.22'nin gerekçesinde maddenin, sözleşmeyi düzenleyen TBK m.27'de yer alan geçersiz sayılan hükümler olmasıydı, sözleşmeyi akdetmeyeceğini ileri sürmesini engellemek amacıyla getirildiği belirtilmiştir.<sup>564</sup> Ancak çalışmamızın daha önceki bölümlerinde de açıkladığımız üzere yazılmamış sayılan hükümlerden sonra bir sözleşmenin varlığından söz edebilmek için gerekli asgari düzeyde hükmün var olması gerekir. Zira asli kurucu unsurları yazılmamış sayılan bir sözleşmenin de varlığından bahsedilemez.<sup>565</sup>

Öte yandan TBK'nın 22. maddesinin gerekçesinde 6762 sayılı TTK'nın 1466. Maddesine atıf yapılmış (6102 sayılı TTK m. 1530), kanun veya yetkili makamlarca belirlenen en yüksek bedeli aşan sözleşmelerin bu bedel üzerinden yapılmış sayılacağı, bu bedelden fazla olarak yerine getirilmiş edimlerin iadesinin gerekeceği, 818 sayılı BK m. 20/2 son cümle (TBK m.27/2) hükmünün uygulanmayacağı belirtilmiştir. TBK m. 27/f.2'de geçersiz sayılan hükümler olmasaydı sözleşmenin yapılmayacağının anlaşılması halinde sözleşmenin tamamının geçersiz sayılacağı hükmü düzenlenmiştir. Esasen TBK m. 21'de yer alan yazılmamış sayılma, yürürlük denetiminin bir yaptırımıdır. Yürürlük denetimi de, bir genel işlem koşulunun sözleşmenin içeriği haline gelip gelmemesi ile ilgili olduğundan, yazılmamış sayılma halinde aslında bir butlan/geçersizlik gündeme gelmemekte, koşullarını taşımadığı için sözleşme içeriği haline gelmeyen hükümler nedeniyle baştan itibaren eksik olarak kurulan bir

<sup>564</sup> Bkz. TBK m. 22 gerekçesi. (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>).

<sup>565</sup> YENİOCAK, s. 90.

sözleşmenin tamamlanması gerekliliği ön plana çıkmaktadır.<sup>566</sup> Yani burada tarafların iradelerinin hangi noktalarda uyuşacağı henüz belirlenmektedir. TBK m.27'de sözleşme özgürlüğünün sınırları çizilmekle, bunlara aykırı davranılması halinde kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanacağı, sözleşmenin bir kısmının kesin hükümsüz olmasının diğer kısmının geçerliğini etkilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Her ne kadar TBK m. 22'nin gerekçesinde, TBK m. 27'ye (BK m. 20) atıf yapılmış ise de, aslında burada TBK m. 27'nin uygulama alanı bulmayacağı açıktır. Kanun koyucu kısmi hükümsüzlüğün hiç doğmadığı yürürlük aşaması bakımından TBK'nın 22. madde gerekçesiyle TBK m.27'ye (BK m. 20) atıf yapmışken, kısmi hükümsüzlüğün gerçekten var olduğu (içerik) haller için yeterli bir düzenleme yapmamıştır.<sup>567</sup> Çünkü TBK m. 27/2'nin uygulanması ihtiyacı, sözleşmenin kuruluşu (yürürlük) aşamasında değil içerik denetimi aşamasında büyük önem arz etmektedir. Halbuki TBK'nın 25. maddesinde genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği durumlarda, genel işlem koşulunu kullanan tarafın TBK m. 27/f.2'de yer alan, bu koşullar olmasaydı sözleşmeyi akdetmeyeceğini ileri sürüp süremeyeceği hususunda bir düzenleme yapılmamıştır.<sup>568</sup> Oysaki 4077 sayılı TKHK'ya dayanılarak çıkarılan Haksız Şart Yönetmeliğinin 7. maddesinde haksız şartların batıl olacağı, bu şartlar olmadan sözleşme ayakta tutulabiliyorsa, sözleşmenin geri kalanının varlığını koruyacağı belirtilmişti. 6502 sayılı Kanunun kabulünden sonra çıkarılan Haksız Şart Yönetmeliğinin 7. maddesi de benzer bir düzenleme yapmış, ayrıca sözleşmeyi düzenleyen haksız şart olmasaydı sözleşmeyi diğer hükümlerle yapmayacak olduğunu ileri süremeyeceğini düzenlemiştir. Bu hüküm 6502 sayılı Kanunun 5/f.2 maddesinin tekrarı niteliğindedir. Zira bahse konu hükümde yapılacak içerik denetimi sonucunda haksızlığa karar verilen hükümlerin kesin hükümsüz olduğu belirtilmiş, TBK m.25'te

---

<sup>566</sup> ATAMER, 2011, s. 32.

<sup>567</sup> ATAMER, 2011, s. 33.

<sup>568</sup> ULUSAN, 2013, s. 1228.

yer alan içerik denetiminden farklı olarak yaptırımın niteliğini açıkça düzenlenmiştir. TBK m. 25'in gerekçesinde TBK m.27/f.2'nin uygulanmayacağı belirtilmiş olsa da, kanun yapma tekniği açısından son derece yanlış bir uygulama tercih edilmiştir.<sup>569</sup> TKHK'da haksız sayılan hükümler olmasaydı sözleşmenin geri kalanının varlığını koruyacağı belirtilmiştir. Bu anlamda, tüketici sözleşmelerinde, TBK m.27/2'ye dayanılarak sözleşmenin hükümler kalan kısımları olmasaydı akdedilmeyeceği hususuna dayanılamayacaktır. O halde hem haksız şartlar bakımından hem de TBK kapsamında kalan genel nitelikteki genel işlem koşulları bakımından dürüstlük kuralına aykırı olan hükümler hiçbir sonuç doğurmayacaktır.<sup>570</sup>

Sözleşmede boşluk, bir sözleşmenin kurulması aşamasında tarafların bir konuyu hiç ele almamış, gündeme getirmemiş olmaları ya da yetersiz derecede ele alarak tüm yönleriyle düzenlenmemiş olmaları sonucu meydana gelebilir.<sup>571</sup> Öte yandan, haksızlığı tespit edildikten sonra kesin hükümsüz sayılan sözleşme maddelerinden sonra da sözleşmede boşluk oluşabilir. Ancak bu durumda dahi sözleşmenin kalan hükümlerinin uygulanması ile taraflar amaçlarına ulaşabiliyorlar ise, sözleşmenin tamamlanması gerekmeyecektir.<sup>572</sup> Geçerliliğini koruyan hükümler taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi düzenlemekte yetersiz kalıyorsa, bu durumda geçersiz sayılan hükümlerin yerinin doldurulması gerekecektir. Haksız sayılması nedeniyle geçersizliğine karar verilen sözleşme hükümleri sonucu meydana gelen boşluğun ne şekilde doldurulacağına ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle kanundaki bu boşluk haklı olarak eleştirilmiştir.<sup>573</sup> Alman Medeni Kanunu § 306/2'de sözleşmede meydana gelen boşluğun kanuni düzenlemeler ile doldurulacağı açıkça belirtilmiştir.<sup>574</sup> Hukukumuzda

---

<sup>569</sup> ATAMER, 2011, s. 63.

<sup>570</sup> ALTAY, s. 167.

<sup>571</sup> ATAMER, Yeşim M., “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Gerektiği Sorununa İlişkin Düşünceler”, İÜHFM, C. LXIII, S. 1-2, 2005, (s. 171-191), s. 174.

<sup>572</sup> TOPAK, s. 309.

<sup>573</sup> ULUSAN, 2013, s. 1225.

<sup>574</sup> YELMEN, s. 108; ULUSAN, 2013, s. 1225.

da, benzer bir uygulama ile sözleşme boşluğunun doldurulacağı kabul edilmektedir. Taraflar sözleşmede, bir boşluk olması halinde uyarılama yapılacak kurallar ile ilgili bir düzenleme yapmışlar ise, bu kurallar sözleşmenin tamamlanmasında uygulanabilecektir. Ancak tarafların bu yönde herhangi bir iradeleri mevcut değilse, o halde hakim, emredici hukuk kuralları ve yedek hukuk kuralları ile sözleşmeyi tamamlamaya çalışacaktır.<sup>575</sup> Ancak meydana gelen boşluk bakımından uygulanacak herhangi bir kanun hükmü yoksa, o halde hakim tarafların farazi iradelerini dikkate alarak geçersiz sayılan hüküm yerine başka bir hüküm koyacak olsalardı ne tür bir düzenleme yapacaklarını dikkate alarak boşluğu dolduracaktır.<sup>576</sup> Bu durumda da hakim TMK m. 1/f.2 uyarınca hukuk yaratma yoluna gidecektir.<sup>577</sup>

---

<sup>575</sup> EREN, s. 505; TOPAK, s. 309-310; BAŞ, s. 302.

<sup>576</sup> TOPAK, s. 310.

<sup>577</sup> ATAMER, 2011, s. 63; TOPAK, s. 310; BAŞ, s. 302; AYDOĞDU, 2014, s. 197.

## SONUÇ

Borçlar hukukumuzda hakim olan "sözleşme özgürlüğü prensibi" gereğince taraflar, kural olarak, diledikleri tip ve içerikte, kendi özgür iradeleri doğrultusunda seçtikleri kişilerle sözleşme yapıp yapmamakta serbesttirler. Ancak TBK'nın 26. maddesi sözleşmelerin, kanunun belirlediği sınırlar çerçevesinde yapılabileceğini öngörmüştür. Yani sözleşme özgürlüğü prensibi taraflara sınırsız bir serbesti tanımamaktadır. Bu özgürlüğün sınırı, TBK m.27 ile belirlenmiştir. Buna göre taraflar, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkânsız olan sözleşmeler yapamazlar. Aksi halde yapılacak bu tür sözleşmeler, kesin hükümsüz olacaktır.

Sanayi devrimi ile birlikte ortaya çıkan kitle ve seri halde üretim, üreticilerin, satıcı ve sağlayıcıların daha hızlı şekilde sözleşme yapmalarını gerektirmiş, bu nedenle satıcılar, sağlayıcılar ile üreticiler, sözleşme serbestisi ilkesinin de bir getirisi olarak ileride, çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere genel işlem koşullarını oluşturmaya başlamışlardır. Ancak genel işlem koşulunu kullanan taraf, bunu sözleşmenin karşı tarafına sunduktan sonra, ona bu koşulları müzakere etme, değiştirme imkânı tanımadığından sözleşme dengesi genel işlem koşulunu kullanan taraf lehine ve karşı taraf aleyhine bozulmuştur. Zira bu koşulları kullanan taraf daha önceden ayrıntılı ve kendi lehine sonuç doğuracak düzenlemeleri, konunun uzmanlarından da yardım almak suretiyle bir araya getirmekte ve bu şekliyle karşı tarafa sunmaktadır.

Özellikle tüketiciler, gün içerisinde girdikleri pek çok hukuki ilişkide, bahse konu genel işlem koşullarına muhatap olmaktadır. Bu durumda, yaptıkları her sözleşmede genel işlem koşullarını tartışmaları, bireysel müzakere sonucu sözleşmesel ilişkiye taraf olmaları da imkânsızlaşmaktadır. Bu nedenle gerek karşı tarafın müzakere imkanı vermemesi gerekse karşı taraf genel işlem koşullarının içeriği hakkında açıkça

bilgi vermiş ve içeriğini öğrenme imkanı tanımış olmasına rağmen tüketicinin bu koşulları global bir kabul ile sözleşme içeriği haline getirmesi tüketici karşısında güçlü konumda bulunun satıcı, sağlayıcı ve kredi verene karşı tüketicinin korunmasını zorunlu hale getirmiştir. Bu kapsamda hukukumuzda, tüketicileri korumaya yönelik ilk kanun 23.02.1995 yılında yürürlüğe girmiş, 2003 yılında 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra Kanunun 6. maddesine eklenen bir hüküm ile tüketicinin haksız ve adil olmayan koşullara karşı korunması amaçlanmıştır. Bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Tüketici Hukukundaki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelikte haksız şart örnekleri sayılarak tüketicilerin, bu haksız koşullara karşı korunması sağlanmıştır. Nihayet 07.11.2013 tarihinde, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiş, bu Kanunun 5. maddesinde de özü itibarıyla eski kanuni düzenleme ile benzer nitelikte olan ancak terim farklılıkları yapan bir haksız şart düzenlemesine yer verilmiştir.

Tüketici sözleşmesi klasik borçlar hukuku sözleşmeleri ile aynı nitelikte olup yalnızca bir tarafını tüketici diğer tarafını da satıcı, sağlayıcı ve kredi verenin oluşturması bakımından özellikle arz etmektedir. Kanun ve Yönetmelik hükmü birlikte değerlendirildiğinde, tüketici sözleşmesini, mal veya hizmet piyasalarında ticari veya mesleki amaçla hareket eden satıcı, sağlayıcı veya kredi veren ile bu amaçla hareket etmeyen tüketici arasında yapılan sözleşmeler olarak tanımlamak mümkündür. Bu sözleşmenin, satış, kira, vekâlet, eser, taşıma, bankacılık gibi isimli veya bunların dışında kalan isimli sözleşmelerden olması mümkündür. Zira TKHK m.3/f.1 (I) bendinde bu tür sözleşmeler örnek vermek suretiyle sayılmıştır.

Tüketici, 6502 sayılı Kanun'un 3/f.1 (k) maddesinde, mesleki veya ticari olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Kanun koyucu "hareket eden" demek suretiyle tüketici için, sözleşmenin kuruluşundan önce ve

sonra gerekleŖen iŖlemler bakımından koruma saėlamıŖtır. Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren karŖısında eŖitli ihtiyaçlarını kısıtlı zaman diliminde karŖılamak zorunda olan tüketiciler, onların daha önceden ayrıntılı ve üzerinde dŖnerek hazırladıkları szleŖme metnini, kendisine sunulduğu Ŗekliyle kabul etmek zorunda bırakılmakta, çoğu zaman hazırlanan szleŖme hükümlerini kendisine nazaran gl konumda bulunan tarafça kendisine sunulduğunda "evet ama" deme imkânı bulunmadan, yani müzakere etmeden kabul etmektedir. Bu anlamda, mali açıdan, piyasa tecrübeleri ve zaman açısından gsz konumda bulunan tüketicilerin korunması gerekmektedir. Hukukumuzda 4822 sayılı Kanun ile deėiŖiklik yapılmadan önce haksız Ŗartlar ya da genel iŖlem koŖulları ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. İlk kez 4077 sayılı Kanun'da 4822 sayılı Kanun ile yapılan deėiŖiklik ile tüketiciler, szleŖmelerde yer alan haksız Ŗartlara karŖı koruma altına alınmıŖtır. Hüküm eŖitli yönlerden eksik veya hatalı olsa da düzenlediği alan bakımından önem taŖıtmaktaydı. Ardından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 20-25 maddeleri arasında genel iŖlem koŖulları hüküm altına alınarak genel nitelikli bir hüküm, yasal zemine oturtulmuŖtur. TBK'da yer alan genel iŖlem koŖullarına iliŖkin hükümler, tüm szleŖmeler bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Bundan sonra yürürlüğe giren 6502 sayılı Kanunda da haksız Ŗartlar zel olarak dzenlenmiŖtir.

Genel iŖlem koŖulları, szleŖme taraflarından birinin, ileride yapacağı benzer nitelikli pek çok szleŖmede kullanılmak üzere, önceden tek taraflı olarak hazırlayıp karŖı tarafa sunduğu szleŖme koŖullarıdır. Genel iŖlem koŖulları, bunları kullanan bakımından zaman ve emek tasarrufu sağlasa ve bu nedenle fiyatlara etki etse, kanundaki boŖlukları doldurarak uzmanlaŖmayı sağlasa da, szleŖmenin karŖı tarafına bunları müzakere etme olanağı tanınmadığından ve zamanla kullananlar tarafından, kendi lehlerine sonuç doğuracak hükümler tercih edildiğinden, tüketicilerin bu koŖullara karŖı korunmaları bir mecburiyet haline gelmiŖtir.

Haksız şart ise, 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 şartlar, genel işlem koşullarından daha kapsamlı bir kavramdır. Zira burada genel işlem koşullarında olduğu gibi önceden hazırlanma ve çok sayıda sözleşmede kullanılma kriterleri aranmamıştır. O halde önceden hazırlanmamış olsa veya yalnızca tek bir sözleşmede kullanılacak olsa da kanunda yer alan koşulları taşıyan hükümler haksız şart olarak kabul edilecektir. Yani ferdi sözleşmelerde de bir sözleşme hükmü, haksız şart niteliğinde olabilir. Yalnızca standart sözleşmede yer alan bir hükmün, karine olarak, müzakere edilmediği kabul edilmektedir.

Hem ferdi hem de standart sözleşmelerde yer alan, haksız şart olarak nitelendirilebilecek hükümler, sözleşme nitelikli hükümlerdir. Bu husus, TKHK m.5 ile TBK m. 20'de açıkça düzenlenmiştir. O halde bunların tarafları bağlaması için, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile sözleşmeye dahil edilmeleri gerekir. Yani genel işlem koşullarının da hüküm doğurabilmesi için kabul iradesinin açıklanması gerekir. Sözleşme içeriği haline getirilen genel işlem koşulları, diğer tüm sözleşme hükümleri gibi yargısal denetime tabi olup denetim sonucunda haksızlığına karar verilen hükümler, hakim kararı ile geçersiz sayılmaktadır.

Tüketicinin, haksız şartlara karşı etkin olarak korunabilmesi için hem idari denetimin hem de yargısal denetimin yapılması gerekmektedir. İdari denetimde, genel işlem koşulları henüz bir sözleşme içeriği haline gelmeden, onun haksız olup olmadığı değerlendirilmektedir. Bu anlamda idari denetim, önleyici bir işleve sahiptir. Yargısal denetimde ise, haksız şartların sözleşme içeriği haline gelip gelmediği, sözleşme içeriği haline gelmişse anlamının açık ve anlaşılır olup olmadığı, dürüstlük kuralına aykırı olarak taraf menfaatleri arasında dengesizliğe yol açıp açmadığı denetlenmektedir. Bu

aşama da, haksızlığın tespiti halinde, giderici bir fonksiyona sahiptir. Haksız şartların sözleşme nitelikli hükümler oldukları göz önüne alındığında, bunların öncelikle sözleşme içeriğinde yer alıyor olmaları gerekmektedir. Haksız şartların büyük bir çoğunluğunu oluşturan genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil olmaları, tarafların bu hususta anlaşmaları ile mümkün olur. Bunun içinde, genel işlem koşullarını kullanan tarafın, bunların varlığı hakkında karşı tarafa açıkça bilgi vermesi ve içeriğini öğrenme imkânı sağlaması ve genel işlem koşulları kendisine sunulan tarafın da kabul iradesini açıklaması gerekir. Sözleşmenin kuruluşundan sonra koşulların varlığı hakkında bilgi verilmesi, bunların sözleşme içeriği haline gelmesini sağlamaz. Ayrıca sözleşme özgürlüğünün sınırını aşan, bireysel anlaşmaya aykırı hükümler ile şaşırtıcı, alışılmamış, okunaklı ve anlaşılır yazılmamış hükümler de taraflar üzerinde anlaşmış olsalar dahi sözleşme içeriği haline gelmezler.

Sözleşme içeriği haline gelen genel işlem koşulları, açık veya anlaşılır değilse ya da birden çok anlama geliyorsa, bu durumda "tüketici lehine yorum" yapılmalı ve sözleşme ilişkisi olabildiğince ayakta tutulmaya çalışılmalıdır.

Yürürlük denetimi sonucu bir hükmün sözleşme içeriği haline geldiği tespit edildikten sonra, haksızlığı ileri sürülen hüküm yönünden tüketici lehine yorum yapılmak suretiyle de sonuca ulaşamıyorsa, artık içerik denetimi yapılması gerekecektir. İçerik denetimi yapılırken haksızlığı iddia olunan hükümlerin dürüstlük kuralına aykırı olarak tarafların hak ve borçlarında dengesizliğe neden olup olmadığı araştırılacaktır. Ancak edim - karşı edim dengesini belirleyen hükümler ile uygulanacak hukuk kuralını tekrarlayan hükümler içerik denetimine tabi olmayacaktır. O halde TBK'nın 27. maddesinde sözleşme özgürlüğünün sınırı gösteren hüküm dışında, dürüstlük kuralı kriter alınarak denetim yapılacaktır, bunun yanında mevcut yasal düzenlemeler, hakime haksızlığın tespitinde yol gösterici olacaktır.

Tarafların müzakeresi sonucu sözleşme içeriği haline gelmiş hükümler bakımından dahi mutlak bir dengenin sağlanması mümkün değildir. Bu nedenle müzakere edilmeden sözleşme içeriği haline gelmiş hükümler bakımından bunların haksız olup olmadığının değerlendirilmesinde, dengesizliğin belirli bir düzeyde olması aranmalı, tüketicinin durumunu olması gerektiğinden daha ağır bir hale sokan sözleşme hükümleri, haksız olarak kabul edilmelidir.

TKHK'da haksız şartların hükümsüz olacağı, bunun dışında kalan sözleşme hükümlerinin ise, geçerliliklerini koruyacağı hususu düzenlenmiştir. Buna rağmen TBK'da yer alan içerik denetiminin, ne tür bir yaptırımla karşılaşacağı hususunda açık bir düzenleme yapılmamıştır. TKHK'da ve TBK m. 25'in gerekçesinde, içerik denetimi sonucu bir sözleşme maddesinin geçersizliğine karar verildiğinde, bunun kesin olarak hükümsüz olacağı belirtilmiştir. Öte yandan, TKHK'da yürürlük denetimi düzenlenmediğinden, bu hususta TBK'nın 21 ve 22. maddeleri uygulanmaktadır.

Bu denetimler sonucunda geçersiz olduğuna karar verilen hükümler dışında kalan hükümler, bir sözleşmenin varlığı için yeterli ise, sözleşmenin bu şekliyle uygulanmaya devam edilmesi gerekmektedir. Zira satıcı, sağlayıcı veya kredi verinin, kendi kusurlu hareketi sonucu geçersizliğine karar verilen hükümler olmasaydı sözleşmeyi akdetmeyeceğini ileri süremeyeceği kanunda düzenlenmiştir. Bu durumun, satıcı, sağlayıcı veya kredi verinin kendi kusurundan yarar sağlamaması amacına yönelik olarak getirilmiş bir kural olduğu söylenebilir. Elbette geçersiz sayılan hükümlerden sonra, sözleşmede meydana gelen boşluğun da doldurulması gerektirir. Bu durumda hakim emredici ve yedek hukuk kurallarını da dikkate alarak tarafların farazi iradelerine göre boşluğu dolduracaktır. Kanuni bir düzenleme ile boşluğun doldurulamadığı durumlarda da hakim, TMK m. 1/f.2 gereğince hukuk yaratma yoluna gidecektir.

Haksız şartların kullanılmasının engellemesi amacıyla, sözleşmenin tarafları yanında, haksız şartların iptalinde meşru menfaati bulunan tüketici örgütlerine de dava açma imkânı tanınmıştır. Tüketici örgütlerinin, bu dava imkânını kullandıkları sırada kendi meşru menfaatlerinin değil, üyelerinin menfaatlerinin varlığını ispat etmeleri gerekir. Bu anlamda tüketici hukuku bakımından açılacak topluluk davası ile tüketicilerin, daha etkili şekilde korunmaları amaçlanmaktadır.



## ÖZET

Sanayi devrimi ile birlikte üretim ve pazarlama tekniklerinin gelişmesi sonucu seri ve kitle halinde üretim yapılması satıcı ve sağlayıcılar ile kredi verenlerin, tüketicilerle her defasında ayrı ayrı müzakere yaparak sözleşme kurmasını güçleştirmiştir. Bu nedenle satıcı ve sağlayıcılar ile kredi verenler genel işlem koşulları kullanmaya başlamışlardır. Ancak zamanla genel işlem koşullarını kullanan taraf, karşı tarafın müzakere imkânı da bulunmadığından bunları kendi lehine olacak şekilde oluşturmaya başlamıştır. Bu da sözleşmenin güçsüz tarafını oluşturan tüketicilerin korunması gerekliliğini beraberinde getirmiştir. Bu koruma idari denetim ve yargısal denetim ile sağlanmaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20-25 maddeleri arasında genel işlem koşulları, tüm sözleşme ilişkilerinde uygulanmak üzere hüküm altına alınmıştır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda ise haksız şartlar düzenlemesi, tüketici sözleşmelerinde uygulanmak üzere özel olarak düzenlenmiştir. Genel işlem koşulları, sözleşmenin taraflarından birinin, ileride çok sayıda yapacağı sözleşmelerde kullanılmak üzere önceden tek yanlı olarak hazırladığı ve karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Haksız şart ise, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır. Haksız şartlar genel işlem koşullarından daha geniş bir kavramı ifade etmektedir.

Genel işlem koşulları idari ve yargısal denetime tabi olmaktadır. Yargısal denetim de yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi olarak ayrılmaktadır. Yürürlük denetiminde, genel işlem koşullarını kullanan tarafın, bunların varlığı hakkında sözleşmenin karşı tarafına açıkça bilgi verip içeriğini öğrenme imkanı sağlayıp sağlamadığı, karşı tarafın da kabul iradesini açıklayıp açıklamadığı araştırılır. Yorum

denetiminde, açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen genel işlem koşullarının tüketici lehine yorumlanması amaçlanır. İçerik denetiminde ise, sözleşme koşullarının, dürüstlük kuralına aykırı olarak sözleşmenin taraflarının hak ve borçlarında dengesizlik yaratıp yaratmadığı incelenir. Tüm bu işlemler sonucunda haksızlığına karar verilen hükümler geçersiz hale gelir. Ancak geçersiz olan hükümlerden sonra da sözleşme diğer hükümleriyle varlığını devam ettirir.



## **ABSTRACT**

It has become more difficult for sellers and suppliers and creditors to negotiate and draw up a contract with consumers individually anytime since production was carried out in batch and mass productions as a result of development in manufacturing and marketing techniques thanks to industrial revolution. For that reason, sellers and suppliers and creditors have started to use standardized terms. However, the party that used standard terms has started to create them in his favor over the time as the opposite party has no opportunity to negotiate. It thus brought along the requirement to protect consumers who constitute weak party of the contract. This protection is provided by administrative audit and judicial review. Between Articles 20 to 25 of Turkish Code of Obligations no 6098, Standard Terms have been ensured to be implemented in all contractual relations. As for Law on the Protection of the Consumer, regulation on unfair terms has been regulated specifically in order to implement in consumer contracts. Standard terms are provisions of a contract which one of the contracting parties has prepared unilaterally and submitted to the other party in advance so that they would be used in many further contracts. As for unfair terms, they are provisions of the contract which are involved in the contract without negotiating with the consumer and which result in an instability against the consumers in a way that they would be against the rule of good faith in contractual rights and obligations of the parties. Unfair terms represent a broader concept than standard terms.

General terms are subject to administrative and judicial review. Judicial review is divided into validity review, interpretation review and content review. In validity review, it is investigated if the party using standard terms has informed the other party of the contract on these terms clearly and enabled that party to learn the content and also if the other party has explained his own approval will. In interpretation review, the

purpose is to interpret standard terms in favor of the consumer which are not clear and comprehensible or have more than one meaning. As for content review, it is analyzed if provisions of the contract cause instability for rights and obligations of the contracting parties in a way to be against the good faith. Provisions decided to be unfair as a result of all these processes would be invalid. However, the contract continues to exist with the other provisions after any provision becomes invalid.



## KAYNAKÇA

**ACAR, Hakan**, "Türk Hukukunda Sözleşmedeki Haksız Şartlar", *EÜHFD*, Cilt III, Sayı 2, 2008. (s. 263-289)

**AÇIKGÖZ, Osman**, Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulları, İstanbul, 2013. (AÇIKGÖZ, 2013)

**AÇIKGÖZ, Osman**, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun Haksız Şartlarla İlgili Getirdiği Yenilikler", Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan, *MÜHFHAD*, Özel Sayı, Cilt 21, Sayı 2, 2015. (s. 805-838) (AÇIKGÖZ, 2015)

**AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya**, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Cilt 1, 7.Baskı, İstanbul, 2009.

**AKİPEK, Şebnem**, "Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi", *AÜHFD*, Cilt 44, Sayı 1-4, 1995. (s. 269-292) (AKİPEK, 1995)

**AKİPEK, Şebnem**, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara, 1999.(AKİPEK, 1999)

**AKİPEK, Şebnem**, "Tüketicinin Koruması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları", *AÜHFD*, Cilt 52, Sayı 3, 2003. (s. 103-119) (AKİPEK, 2003)

**AKİPEK ÖCAL, Şebnem**, "Bankacılık Sektöründe Tüketici Hukuku ve Uygulamaları", 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013. (s. 53-62) (AKİPEK ÖCAL, Sempozyum, 2013)

**AKÇAAL, Mehmet/UYUMAZ, Alper**, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m.1-16) İlişkin Bir İnceleme", *İÜHFD*, Cilt 4, Sayı 2, 2013. (s. 241-276)

**AKÇAAL, Mehmet**, "Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme", *GÜHFD*, Cilt XVIII, Sayı 1, 2014. (s. 49-69)

**AKMAN, Galip Sermet**, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul, 1976. (AKMAN, 1976)

**AKMAN, G. Sermet**, "Genel İşlem Şartları", *GYD*, Sayı 35, Mart 1979. (s.13-18)  
(AKMAN, 1979)

**AKYOL, Şener**, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Baskı, İstanbul, 2006.

**ALTAY, Yusuf**, Tüketicinin Korunması Bakımından Haksız Şartlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014.

**ALTOP, Atilla**, "Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı", *İKÜHFD*, Cilt 3, Sayı 1-2, (Türk-Avusturya Hukuk Haftası Özel Sayısı, Avrupa Hukuku ve Ulusal Hukuklar Bağlamında Tüketicinin Korunması Hukuku), İstanbul, 03-06 Nisan 2014. (s. 3-14)

**ALTUNKAYA, Mehmet**, "Sözleşmenin Kuruluşundan Önce Tüketicinin Korunması", *GÜHFD*, Cilt VIII, Sayı 1-2, Haziran - Aralık 2004. (s. 95-119)

**ANTALYA, O. Gökhan**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 2012.

**ARIKAN, Mustafa**, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması Kavramı ve Bunun Sözleşmeye Etkisi", *ERÜHFD*, Cilt VII, Sayı 3-4 2012. (s. 19-28)

**ARKAN, Sabih**, Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı, Ankara, 2012.

**ASLAN, İsmail Yılmaz**, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4. Baskı, Bursa, 2014.

**ATAMER, Yeşim M.**, "Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması", *İÜHFM*, Cilt LV, Sayı 1-2, İstanbul 1996. (s. 421-446) (ATAMER, 1996)

**ATAMER, Yeşim M.**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2.Baskı, İstanbul, 2001. (ATAMER, 2001)

**ATAMER, Yeşim M.**, "Genel İşlem Koşullarının Denetiminde Yeni Açılımlar", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, Ankara, 2004. (s. 291-331) (ATAMER, 2004)

**ATAMER, Yeşim M.**, "Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler", *İÜHFM*, Cilt LXIII, S.1-2, 2005 (s. 171-191) (ATAMER, 2005)

**ATAMER, Yeşim M.**, "Tüketici Hukukunun Gelişimi; Dünü, Bugünü ve Yarını", Tüketicinin Korunması Semineri (Editör: Ebru Ceylan), Ankara, 2006, (s.21-32). (ATAMER, 2006)

**ATAMER, Yeşim M.**, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK M.6 ve TTK M.55, F.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu - Bildiriler - Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2011. (s. 7-73) (ATAMER, 2011)

**ATAMER, Yeşim M.**, "Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi?", Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu - Makaleler - Tebliğler, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2013. (s. 103-137) (ATAMER, 2013)

**ATEŞ, Derya**, "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları", *TBBD*, Sayı 72, 2007. (s. 75-93)

**AYDIN, Ramazan**, "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK m.5)", *ERÜHFD*, Cilt 11, Sayı 1 Haziran 2016. (s. 83-123)

**AYDOĞDU, Murat**, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı", *DEÜHFD*, Cilt 13, Sayı 2, İzmir, 2011. (s. 1-50) (AYDOĞDU, 2011)

**AYDOĞDU, Murat**, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, İzmir, 2013. (s. 571-621) (AYDOĞDU, 2013)

**AYDOĞDU, Murat**, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz", *DEÜHFD*, Cilt 15, Sayı 2, 2013.(s. 1-62) (AYDOĞDU, 2013a)

**AYDOĞDU, Murat**, Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi, Ankara, 2014. (AYDOĞDU, 2014)

**AYDOĞDU, Murat**, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara, 2015. (AYDOĞDU, 2015)

**AYRANCI, Hasan**, "Sözleşme Kurma Zorunluluğu", *AÜHFD*, Cilt 52, Sayı3, 2003. (s. 229-252)

**BAĞRIAÇIK, Safiye Nur**, "Genel İşlem Şartları ve Denetlenmesi", *İKÜHFD*, Cilt 11, Sayı 2, Temmuz 2012. (s. 141-176)

**BAHTİYAR, Mehmet**, "Genel İşlem Şartlarına Karşı Tüketicinin Korunması", *YKD*, Sayı 1-2, Ocak - Nisan 1996. (s. 76-98)

**BAHTİYAR, Mehmet/BİÇER, Levent**, "Adi iş/ Ticari İş/ Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, I. Cilt, *MÜHFHAD*, Özel Sayı, İstanbul, 2016. (s. 395-436)

**BAŞ, Ece**, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013.(s. 276-306)

**BAŞALP, Nilgün**, "Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hakimin Müdahalesi Yoluyla Korunması; İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul, 2011. (s.221-238)

**BATTAL, Ahmet**, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara, 1998. (s. 313-332)

**BAYKAN, Renan**, Tüketici Hukuku, Mevzuata İlişkin Yorum - Eleştiri - Öneri, İTO Yayınları, No: 2005-41, İstanbul, 2005.

**BİGAT, Şevket Güney/LOKMANOĞLU, Ensar**, "Genel İşlem Şartları Açısından Şaşırtıcı, Sürpriz, Beklenemeyen, Haksız, Adil Olmayan ve Çok Anlamalı Koşullar", *İBD*, Cilt 83, Sayı 6, 2009. (s. 3147-3157)

**BUDAK, Ali Cem**, "Mukayeseli Hukukta Tüketicinin Gayriadil Sözleşme Hükümlerine ve Özellikle Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması", *YHD*, Cilt XIV, Sayı 05, Mayıs 1991. (s. 765-777)

**BÜYÜKSAGİS, Erdem,** "İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlanması Üzerine: Mostaza Claro'nun Düşündürdükleri", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, *YÜED*, Cilt 8, Özel Sayı, 2013. (s.675-711)

**CEYLAN, Ebru,** "Avrupa Birliği Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketici Kredileri", *TBBD*, Sayı 79, 2008. (s.35-60)

**ÇABRİ, Sezer,** 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketicinin Koruması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, 2016.

**ÇINAR, Ömer,** Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul, 2009.

**DEMİR, Mehmet,** "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Tüketim Sözleşmeleri ile İlgili Hükümlerinin Eleştirisi ve Çözüm Önerileri", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006.(s. 397-419) (DEMİR, 2006)

**DEMİR, Mehmet,** "2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına İlişkin Maddelerinin (m.20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri", *TBBD*, Sayı 76, 2008.(s. 217-230) (DEMİR, 2008)

**DERYAL, Yahya,** "6098 Sayılı TBK'nın 20-25. Maddede Yer Alan "Genel İşlem Şartları" ile 6502 Sayılı TKHK'nın 5. Maddesinde Yer Alan "Haksız Şartların" Karşılaştırılması", *THD*, Cilt 9, Sayı 99, Kasım 2014. (s.58-67)

**DERYAL, Yahya/KORKMAZ, Yakup,** Tüketici Hukuku, Ankara, 2015.

**DEUTSCH, h.c. Errvin,** "Avrupa Ortak Pazarında Tüketicinin Korunması Avrupa Direktifi ve Alman Genel İşlem Şartları Hakkında Kanun (Çeviren: Ayşe Havutçu), Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, İzmir 1997. (s.259-269)

**DİZDAR, Ali Murat,** "Genel İşlem Şartları", *BD*, Sayı 72, İstanbul, 2010, (s. 85-93)

**DOĞAN, Gül**, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013. (s. 459-473)

**DURAL, Mustafa/SARI, Suat**, Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Cilt I, İstanbul, 2010.

**EDİS, Seyfullah**, "Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği", Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'na 70. Yaş Armağanı, Ankara, 1975. (s.447-460) (EDİS, 1975)

**EDİS, Seyfullah**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, 1983. (EDİS, 1983)

**ENGİN, Baki İlkay**, "Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması", Türk - İsviçre Hukuk Günleri, Banka ve Ticaret Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul, 2010, (s. 75-100)

**ERÇOŞKUN ŞENOL, Kübra**, "Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK M. 27", *İÜHFM*, Cilt LXXIV, Sayı 2, 2016. (s. 709-738)

**EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara, 2018.

**ERİŞİR, Evrim**, "Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi", *DEÜHFD*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Cilt 16, Özel Sayı, 2014. (s. 1141-1213)

**GÖRGEÇ, Başak**, "Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi", *MÜHFHAD*, Cilt 19, Sayı 1, 2013.(s.403-440)

**GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt I (Madde: 1-46), İstanbul, 2014.

**GÜNGÖR, Gülin**, Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara, 2000.

**HAVUTÇU, Ayşe,** Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir, 2003. (HAVUTÇU, 2003)

**HAVUTÇU, Ayşe,** Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Düzenleyenler: Legal Yayıncılık- Marmara Üniversitesi, *LHD*, Cilt 3, Sayı 34, 2005. (s. 3613-3628) (HAVUTÇU, 2005)

**HAVUTÇU, Ayşe,** "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle Tüketici İşlemleri Bakımından Kanunun Kapsamı", *THD*, Seçkin Yayınları, Cilt 9, Sayı 99, Kasım 2014.(s.8-19) (HAVUTÇU, 2014)

**HATEMİ, Hüseyin,** Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları Özellikle BK m. 65 Kuralı, İstanbul, 1976.

**İNAL, Tamer,** Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul, 2013. (İNAL, 2013)

**İNAL, Tamer,** "Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar", *THD*, Seçkin Yayınları, Cilt 9, Sayı 89, 2014. (s. 32-57)(İNAL, 2014)

**KAPLAN, İbrahim,** Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3. Baskı, Ankara, 2013.

**KARA, Hacı,** "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeni Düzenlemeler" *TBBD*, Sayı 107, 2013. (s. 353-388)

**KARABAĞ BULUT, Nil,** Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, 1. Baskı, İstanbul, 2014.

**KARADAĞ, Özgür,** Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Ankara, 2015.

**KARAHAN, Sami,** Ticari İşletme Hukuku, Konya, 2006.

**KARTAL, Doğan,** Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008.

**KAŞAK, Esra,** "Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Aykırı Genel İşlem Koşulları (6098 Sayılı TBK m. 21/2)", *İÜHFD*, Cilt 3, Sayı 1, 2012.(s. 415-429) (KAŞAK, 2012)

**KAŞAK, Fahri Erdem,** Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2018. (KAŞAK, 2018)

**KILIÇOĞLU, Ahmet M.,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 2011.

**KOCAMAN, Arif B.,** "Bankaların Tacir ve Sanayiciler ile Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri ", Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt I Ticaret Hukuku, İstanbul 2003. (s. 1085-1127)

**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip,** Borçlar Hukuku, 1. Cilt, 4.Bakı, İstanbul 2008. (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 2008)

**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip,** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukunda Giriş - Hukuki İşlem - Sözleşme, 5. Baskı, İstanbul, 2010. (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 2010)

**KOÇ, Nevzat,** "Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hükümlere İlişkin Olarak Sapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler", *İTÜSBD*, Cilt 2, Sayı 12, 2007. (s. 71-147)

**KUNTALP, Erden,** "Finansal Kiralama Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Tüketim ve Yatırım Malı Ayrımı", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998. (s.287-311) (KUNTALP, 1998)

**KUNTALP, Erden/BARLAS, Nami/ AYANOĞLU MORALI, Ahu/ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN Pelin/İPEK, Mehtap/YAŞAR, Mert/ KOÇ, Sedef**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul, 2005.

**KUNTALP, Erden**, "Bankalar ve Genel İşlem Koşulları", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu Bildiriler - Tartışmalar, Ankara, 8 Nisan 2011. (s. 79-102) (KUNTALP, 2011)

**KÜÇÜKYALÇIN, Arzu**, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, *AÜHFD*, Cilt 53, Sayı 4, Ankara, 2004. (s. 101-124)

**MÜLAZIMOĞLU, Mehmet**, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar ve Genel İşlem Koşullarının Denetimi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2014.

**OĞUZ, Cemal**, Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları, Doktora Tezi, Ankara, 1993. (OĞUZ, 1993)

**OĞUZ, Cemal**, Tüketicinin Korunması Açısından Genel İşlem Şartları, Hukuk Kurultayı, Ankara, 2000. (s. 509-526) (OĞUZ, 2000)

**OĞUZMAN, M. Kemal /BARLAS, Nami**, Medeni Hukuk - Giriş - Kaynaklar - Temel Kavramlar, 14. Baskı, 2007.

**OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 10. Baskı, İstanbul, 2012.

**ORAL, Tuğçe**, "Tüketici Sözleşmelerinin Uygulama Alanı ve Ticari ve Adi Sözleşmelerden Ayrılması", *TAAD*, Sayı 13, Ankara, 2013. (s. 545-573)

**OZANOĞLU, Hasan Seçkin**, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara, 1999. (OZANOĞLU, 1999)

**OZANOĞLU, Hasan Seçkin**, "Mukayesesi Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı", Prof. Dr. M.Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul 2000. (s. 663-691) (OZANOĞLU, 2000)

**OZANOĞLU, Hasan Seçkin**, "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Maddi Anlamda Uygulama Alanı)", *AÜHFD*, Cilt 50, Sayı 1, 2001. (s. 55-90) (OZANOĞLU, 2001)

**ÖRS, Mehmet Nuri**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Emredici Hükümlere Aykırılık, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2004.

**ÖZ, Turgut**, "Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Koşulları", *İKÜHFD*, Cilt 3, Sayı 1-2, 2004. (s. 128-151)

**ÖZEL, Çağlar**, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1998. (ÖZEL, 1998)

**ÖZEL, Çağlar**, "Haksız Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması Sorununa Bir Bakış ve Almanya Örneği", *BATİDER*, Cilt XX, Sayı 2, 1999. (s.53-69) (ÖZEL, 1999)

**ÖZEL, Çağlar**, Tüketicinin Korunması Hukuku, 2.Baskı, Ankara, 2014. (ÖZEL, 2014)

**ÖZUYSAL, Neslihan**, Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011.

**POROY, Reha**, "Tüketicinin Korunmasına Yönelik Bazı Özel Hukuk Sorunları", Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978. (s. 513-550)

**REHBİNDER, Manfred**, "Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması", (Çeviren: Ömer Teoman), Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, *İÜHFM*, Cilt XLII, Sayı 1-4, 1976. (s. 641-653)

**REİSOĞLU, Seza**, "Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanunun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi ", *BD*, Sayı 77, Haziran 2011. (s.108-117)

**SEROZAN, Rona**, "Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri", *İÜHFM*, Cilt LXI, Sayı 1-2, İstanbul, 2003. (s. 339-356)

**SİRMEN, Lale**, "Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku", H.Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972. (s. 441-472) (SİRMEN, 1972)

**SİRMEN, Lale**, "Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu Bildiriler - Tartışmalar, Ankara, 8 Nisan 2011. (s. 107-135) (SİRMEN, 2011)

**SOYER, M. Polat**, Genel İş Koşulları, İzmir, 1987.

**ŞAHİN, İrfan**, Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.

**ŞAHİN, Turan/KİZİR, Mahmut**, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Esaslar, Haksız Şartlar ile Ayıplı Mal ve Hizmetler Konusunda Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler", *THD*, Cilt 9, Sayı 89, Ocak 2014. (s. 68-78)

**ŞEKER Muzaffer**, Yazılmamış Sayılma - (BK m.21/1, 21/2, 24) Yokluk ve Kesin Hükümsüzlük Kıskaçında 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması, 1. Baskı, İstanbul, 2015.

**TANDOĞAN, Haluk**, Tüketicinin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması, Ankara, 1977.

**TAŞDELEN, Nihat**, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Tüketici Sıfatı", *İKÜHFD*, Cilt 16, Sayı 2, 2017. (s. 705-719)

**TAŞKIN, Mustafa**, "Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketicilik Vasfı", *ABD*, Sayı I, 1997. (s. 30-37)

**TEKİNALP, Ünal**, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul, 2009.

**TİFTİK, Mustafa/ÖZCAN, Zeynep**, "Türk Borçlar Kanuna Göre Standart Sözleşmelerde İçerik Denetimi", *BATİDER*, Cilt XXXI, Sayı 1, Mart 2015. (s. 23-58)

**TOPAK, Süleyman**, "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları", *TBBD*, Sayı 122, 2016. (s. 281-314)

**TOPUZ, Murat**, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013. (s. 1138-1174)

**ULUSAN, İlhan**, "Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi", *İKÜHFD*, Cilt3, Sayı 1-2, Aralık 2004. (s. 27-46) (ULUSAN, 2004)

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

**UZUNALLI, Sevilay**, "Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi", *İÜHFM*, Cilt LXXI, Sayı 2, 2013. (s. 383-420)

**ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan /NOMER ERTAN, Füsün,** Ticari İşletme Hukuku, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Güncellenmiş Dördüncü Baskı, İstanbul, 2015.

**YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak,** Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 11.Baskı, İstanbul, 2012.

**YAVUZ, Selçuk,** Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Şartlar, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.

**YELMEN, Adem,** Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları, Ankara, 2014.

**YENİOCAK, Umut,** "Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi", *TBBD*, Sayı 107, 2013. (s. 75-96)

**YILDIRIM, Abdülkerim,** "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler", *GÜHFD*, Cilt XVII, Sayı 1-2, 2013. (s. 1015-1047)

**YÜCE, Aydın Alber,** "Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları", *TADD*, Nazım Kaynak'a Armağan, Cilt 1, Sayı 10, Temmuz 2012. (s. 183-204)

**ZEVLİLİLER, Aydın/ÖZEL, Çağlar,** Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara, 2016.