

TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞMEDEKİ HAKSIZ ŞARTLAR

*Yrd. Doç. Dr. Hakan ACAR**

ÖZET

Sözleşmenin taraflarından birinin ekonomik ve kurumsal açıdan diğer tarafa nazaran üstün konumda olduğu durumlarda da, bu üstünlüğünü kullanarak diğer tarafın aleyhine olan bazı şartları önceden tek taraflı olarak hazırladığı bir takım şartnamelerle kabul ettirdiği görülmektedir. “Tip sözleşme”, “kitle sözleşme”, “katılmalı (iltihaki) sözleşme”, “formüler sözleşme” gibi isimlerle ifade edilen bu tip standart sözleşme türleri, bankalar, sigorta şirketleri, seyahat ve taşıma işletmeleri, dayanaklı tüketim malları üretimi ve pazarlama şirketleri tarafından bireysel sözleşmenin kurulmasından önce soyut ve tek yanlı olarak kaleme alınmaktadır. Görünüşte iki tarafın karşılıklı olarak imzaladığı bir sözleşme veya sözleşmenin eki niteliğinde olan bu standart şartlar, gerçekte zayıf olan tarafın herhangi bir müzakere imkanına sahip olmadığı ve dolayısıyla da gerçek iradesini yansıtmadığı, sözleşme özelliği taşımaktan uzak bir takım yazılı metinler niteliğindedir. Bu şekilde hazırlanan tip sözleşmeler karşısında diğer taraf ya kendisine dayatılan şartlarda sözleşmeyi kuracak veya bu mal veya hizmeti almaktan vazgeçmek zorunda kalacaktır. Bu makalede gerek bireysel sözleşme gerekse standart sözleşmelerde yer alan haksız şartlar, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve TBMM’ye sevk edilen Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki düzenlemeler dikkate alınarak, farklı hukuk sistemleri ile mukayeseli olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sözleşme, Tüketici Sözleşmeleri, Standart Sözleşme, Genel İşlem Şartları, Haksız Şartlar.

GİRİŞ

Taraflar arasında hukuki ilişki oluşturan sebeplerden birisi sözleşmedir. Klasik anlamda sözleşme denildiğinde Borçlar Kanunu (BK) m.1 vd anlamındaki

* Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

bireysel sözleşme akla gelir. Taraflar bireysel bir sözleşmede irade açıklamalarının uygunluğunu elde edene kadar bir müzakere aşamasından geçerler ve sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde uyuşana kadar tartışma ve pazarlıklarını devam ettirirler. Bir sözleşmenin bu şekilde geçirmiş oldukları müzakere aşamasından sonra “icap” ve “kabul” beyanlarının karşılıklı ve birbirine uygun olarak ifade edilmesiyle sözleşme kurulur. Kural olarak kişiler serbest iradeleriyle kanuna, ahlak ve adaba, kamu düzenine aykırı olmamak kaydıyla istedikleri tür, sayı ve içerikte sözleşme yapabilirler. Yapmış oldukları bu sözleşmenin tarafların serbest iradelerinin somutlaşmış, maddi varlık kazanmış (instrumentum) şekli olduğu kabul edilir. Dolayısıyla sözleşmenin bütün şartlarının taraflarca tek tek müzakere edildiği ve bu müzakerenin neticesinde üzerinde anlaşılarak sözleşmeye dahil edildiği varsayılır. Bu şekilde hazırlanan bir sözleşmenin gerçek anlamda borç doğuran bir etkiye sahip olması mümkün olabilecektir. Ancak bu şekilde sözleşme ile kayıt altına alınan iradelerinin bir takım yanlış düşüncelerden kaynaklanması (hata), bir tarafın kasten diğer tarafı aldatması (hile), tehdit etmesi (ikrah) yada içinde bulunduğu zor durumdan veya tecrübesizliğinden istifa etmesi (gabin) hallerinde ise sözleşmedeki hükümlerin gerçek anlamda taraf iradelerini yansıtmadığı, yani tarafların gerçekte istemedikleri veya istemeyecekleri gerçek iradelerini yansıtmayan bir durumun sözleşme ile düzenlendiği söylenebilecektir. İrade bozukluğu halleri olarak kabul edilen bu hallere maruz kalan taraf, belli bir süre içerisinde sözleşmeyi tek taraflı olarak ortadan kaldırma hakkına sahip olacak ve bu şekilde arzu etmediği borç veya borçlardan kurtulma imkanına sahip olacaktır. Benzer şekilde taraflardan birinin ekonomik ve kurumsal açıdan diğer tarafa nazaran üstün konumda olduğu durumlarda da, bu üstünlüğünü kullanarak diğer tarafın aleyhine olan bazı şartları önceden tek taraflı olarak hazırladığı bir takım şartnamelerle kabul ettirdiği görülmektedir. “Tip sözleşme”, “kitle sözleşme”, “katılmalı (iltihaki) sözleşme”, “formüler sözleşme” gibi isimlerle ifade edilen bu tip standart sözleşme türleri, bankalar, sigorta şirketleri, seyahat ve taşıma işletmeleri, dayanaklı tüketim malları üretimi ve pazarlama şirketleri tarafından bireysel sözleşmenin kurulmasından önce soyut ve tek yanlı olarak kaleme alınmaktadırlar. Görünüşte iki tarafın karşılıklı olarak imzaladığı bir sözleşme veya sözleşmenin eki niteliğinde olan bu standart şartlar, gerçekte zayıf olan tarafın herhangi bir müzakere imkanına sahip olmadığı ve dolayısıyla da gerçek iradesini yansıtmadığı, sözleşme özelliği taşımaktan uzak bir takım yazılı metinler niteliğindedir. Bu şekilde hazırlanan tip sözleşmeler karşısında diğer taraf ya kendisine dayatılan şartlarda sözleşmeyi kuracak

veya bu mal veya hizmeti almaktan vazgeçmek zorunda kalacaktır. Sözleşmenin diğer tarafının genellikle fiyat konusunu müzakere etme imkanı bile olmamakta, fiyatlar önceden hazırlanan tarifelerle belirlenerek pazarlık dışı bırakılmaktadır¹. Türk Hukukunda sözleşmenin diğer tarafına göre zayıf durumda olan sigortalananı ve tüketiciyi koruma düşüncesiyle bir takım düzenlemeler getirilmiştir. Ayrıca TBMM'ne sevk edilen Türk Borçlar Kanunu Tasarısı (BKT) ile sadece sigortalanan ve tüketici değil, diğer sözleşme türlerinde yer alan haksız şartların geçersizliğine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Bu şekliyle bir mal veya hizmeti tüketmek gayesi dışında ticari gayelerle alan kişilerin de korunması hedeflenmiştir.

Biz bu makale kapsamında öncelikle sözleşmedeki haksız şartlarla ilgili Türk Hukukunda var olan mevzuat hükümlerini ve mahkeme tatbikatını ortaya koyacak, daha sonra (BKT)'nda özel olarak düzenlenen haksız şartlara ilişkin hükümleri, farklı hukuk sistemlerindeki düzenlemeler ile mukayeseli olarak inceleyeceğiz.

I. KAVRAM ve UYGULAMA ALANI

Haksız şart ifadesi mevzuatımıza bir kavram olarak ilk defa 4077 Sayılı "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun"²da (TKHK) 2003 yılında yapılan bir değişiklikle girmiştir³. Haksız sözleşme şartı (*Unfair Contract Term*) sözleşmenin güçlü olan tarafınca önceden hazırlanan ve zayıf tarafı aleyhine önemli bir dengesizlik oluşturan sözleşme şartı olarak tanımlanabilir⁴. TKHK'nun "Sözleşmedeki Haksız Şartlar" başlıklı 6. maddesinde haksız şart; "*Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu,*

¹ YAVUZ, Cevdet, "Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Bu Yönden Değerlendirilmesi", Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu, Baku, 2005, s. 32.

² Kabul Tarihi; 23/2/1995, RG Tarihi; 8/3/1995 RG Sayı : 22221.

³ 4077 Sayılı Kanun'un ilk halinde genel işlem şartları düzenlenmemişti. Ancak bazı sözleşme türlerinde tüketici aleyhine olabilecek bazı şartlar ve yazım şekilleri ile alakalı sınırlamalar getirilmişti. Daha sonra 06.03.2003 Tarih ve 4822 Sayılı Kanun ile, Kanun'un ilk şeklindeki "Taksitli Satışlar"ı düzenleyen 6. madde, "Sözleşmedeki Haksız Şartlar" başlıklı madde ile değiştirilerek, genel işlem şartlarına ilişkin bu düzenleme yapılmıştır. Ayrıca bu madde 93/13 No'lu AB direktifinin 3. maddesinden aynen alınmıştır.

⁴ BAYKAN, Renan, Tüketici Hukuku, Mevzuata İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri, İTO yayınları, No: 2005-41, İstanbul, 2005, s. 225; KADIOĞLU, Kamil, Gerekçeli Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat, Ankara, 2005, s. 305.

tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları” olarak ifade edilmiştir. Haksız sözleşme şartları hem bireysel sözleşmelerde hem de genel işlem şartlarında yer alabilmektedir. Sözleşmedeki bir şartın haksız şart olarak nitelendirilebilmesi onun ne tür bir sözleşme içinde bulunduğuna bağlı değildir. Bir sözleşme şartını haksız şart haline getiren,

- Bu şartın önceden, sözleşmenin diğer tarafı ile müzakere edilmeden tek taraflı olarak hazırlanmış olması ve

- Bu şartın diğer taraf aleyhine dürüstlük kuralına aykırı şekilde bir dengesizlik oluşturmasıdır.

- Bilindiği gibi “bireysel sözleşme”, tarafların sözleşme şartlarını tek, tek görüşerek hazırladıkları, “sözleşme” denilince kastedilen, klasik sözleşme tipidir⁵. Önceden, tek taraflı olarak, aynı nitelikteki sözleşmelere uygulanmak üzere hazırlanan genel işlem şartlarının yer aldığı sözleşme tipine ise “standart sözleşme” denilmektedir⁶. Bu anlamda, standart sözleşmelerde yer alan genel işlem şartlarında şu özelliklerin bulunması gereklidir⁷:

- Tek taraflı olarak belirlenmesi
- Genel ve soyut nitelikte olması
- Çok sayıda sözleşme için önceden hazırlanması

Genel işlem şartları ile haksız şartlarının her ikisinde de önceden tek taraflı olarak hazırlanmış özelliğinin bulunduğunu görmekteyiz. Bu durum haksız şartların varlığı için, bu şartların genel işlem şartı özelliğine sahip olması gerektiği şeklinde bir anlayışın oluşmasına sebep olmuştur⁸. Fakat aşağıda detaylı bir şekilde inceleneceği gibi, haksız şartlarla TKHK hükümleri, sadece genel işlem şartı niteliğindeki sözleşme hükümlerine değil, bireysel sözleşmelere de uygulanabilir niteliktedir. BKT ise bireysel sözleşmelerdeki haksız şartlar değil, genel işlem şartları şeklinde ortaya çıkan sözleşme hükümleri özel düzenleme kapsa-

⁵ TEKİNAY, Selahattin Sulhi, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, c. 1, 1993, s. 203.

⁶ ZEVKLİLER Aydın, AYDOĞDU, Murat, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2004, s.158.

⁷ BAHTİYAR, Mehmet, “Genel İşlem Şartlarına Karşı Tüketicinin Korunması”, *Yargıtay Dergisi*, S,1-2, 1996, s.80.

⁸ ZEVKLİLER, s.158.

mına alınmıştır.

II. TÜRK HUKUKUNDA HAKSIZ ŞARTLAR

1. TKHK'un Kabulünden Önceki Durum

Her ne kadar 818 sayılı Borçlar Kanunu konu ile alakalı özel bir düzenleme getirmemiş olsa da tüketicinin taraf olduğu sözleşmelere uygulanmak üzere çıkarılan özel kanun mahiyetindeki TKHK bu konudaki boşluğu büyük oranda doldurmuştur. TKHK'un çıkmasından önceki dönemde de mevzuatımızda genel işlem şartları ile sınırlı olmak üzere haksız şartlar hakkında düzenleme bulunmaktaydı. Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nin taşımacılık sözleşmelerinde sorumluluğun kaldırılması veya hafifletilmesine ilişkin hükümlerin geçersizliğini öngören 766. maddesi⁹ ile yine aynı Kanun'un sigorta poliçesi ile alakalı olarak hazırlanan genel işlem şartlarından sigorta ettirenin aleyhine olanların geçersiz olacağı ve bunların yerine kanun hükümlerinin uygulanacağını ifade eden 1266. maddesi¹⁰ bu kapsamdaki düzenlemelerdir. Ayrıca özellikle sigorta poliçelerindeki haksız şartlarla alakalı uygulamada birçok Yargıtay kararı da mevcuttur¹¹.

⁹ TTK m. 766 "Taşıma akdinde kanunun taşıyıcıya ve hususiyle faaliyetleri devletin iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği mesuliyetlerin önceden hafifletilmesi veya kaldırılması neticesini doğuran bütün kayıt ve şartlar hükümsüzdür. Bu kayıt ve şartların işletme nizamnamelerine, umumi şartnamelere tarifelere veya bunlara benzer diğer vesikalara konulmuş olması halinde de hüküm aynıdır."

¹⁰ TTK m. 1266/II şu şekildedir: "Sigorta poliçesi birinci fıkrada yazılı hususlardan başka İktisat ve Ticaret Vekaletince tasdik edilmiş ve zahmetsizce okunabilecek bir tarzda basılmış olan sigorta umumi şartlarını; muvakkat sigorta ilmühaberi ise, zikri geçen umumi şartlara atfı ihtiva eder. Bu fıkradaki tasdika ve baskıya ait olan şartların yerine getirilmemiş olması halinde dahi umumi şartname hükümlerinden sigorta ettirenin zaranna olanlar yerine kanun hükümleri tatbik olunur."

¹¹ YHGK 15.9.1976 T; E. 1974/11-836; K. 1976/2510 "ÖZET: Sigorta poliçesi üzerine, lastik kaşe ile yazılan yazıda vasıtayı kullanacak şoförün ehliyetinin en az bir yıllık olacağını öngören bir şarta yer verilmesi, poliçe genel koşullarının sigortalı zararına değiştirilmesi niteliğindedir. Ticaret bakanlığının onayı olup olmadığı araştırılmalıdır."

Yargıtay'ın aynı konu ile verdiği bir başka karar ise şu şekildedir: "ÖZET: Dosyaya ibraz edilen (kasko sigorta tarifesine ek motorlu araçlarda taşınan emtianın, sigorta tarifesi)nde, araçta taşınan eşyanın kasko sigortası koşullarına tabi olacağı sonucunu doğuran bir kayıt var ise de, bu gibi kayıtlar TTK.nun 1266/2. maddesi uyarınca sigorta poliçesi genel şartlarına dahil edilmedikçe veya bir kloz olarak sigorta poliçesi düzenlenirken poliçeye eklenerek si-

Bu tip özel düzenlemelerin kapsamına girmeyen bir hukuki ilişkinin varlığı halinde ise genel hükümlerden istifade edilecektir.

Elbette ki bu hükümlerden en çok istifade edileni dürüstlük kuralıdır (MK m.2). Yargıtay'ın 1981 yılında vermiş olduğu, binek otosu alımına ilişkin bir kararda, genel satış şartlarınının 4. maddesindeki, satıcıya tek taraflı olarak aracın teslim tarihini uzatma ve teslim günündeki rayiç fiyatı talep etme hakkını veren düzenlemenin, dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹².

Yine genel işlem şartları ile, borçlunun hile ve ağır kusurundan sorumlu tutulamayacağına ilişkin bir düzenleme yapılması halinde BK. m.99/1'deki emredici düzenlemeye bir aykırılık oluşturacak ve geçersiz sayılacaktır¹³. Ayrıca m. 99/2 hükmüne göre, borçlunun hafif kusurundan dolayı sorumlu tutulamayacağına ilişkin bir şart da, alacaklının sözleşmenin yapıldığı dönemde borçlunun hizmetinde çalışıyor olması veya borcun, devlet tarafından imtiyaz şeklinde verilen bir hizmetin icrası nedeniyle ortaya çıkması hallerinde hakim kararıyla hükümsüz kılabilecektir¹⁴.

gorta ettirene verilmedikçe bu kayıtların sigorta ettireni bağlaması mümkün değildir. Yarg. 11.HD 4.10.1991 T; E. 1991/5153 K. 1991/5064. Bkz. www.kazanci.com.tr

12 Yarg 13. HD. 7.4.1981 T; E.1981/1045; K. 1981/2514 "... açıkça bu maddede satıcıya somut olarak teslim süresini uzatma yetkisi tanınmıştır... tanınan yetkinin sınırsız, davalının keyfince kullanılabilmesi de asla düşünülemez. Gerçekte de davalı doğruluk ve dürüstlük kurallarına eş deyişle güven ilkesine uymakla yükümlüdür (MK m.2). .. Davalının asıl yapımcının ürettiği araçların pazarmasını üstlenen bir yan kuruluş olduğunda ve eylemli 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 asla göz ardı edilemez... Yürdümüz genelinde uzun bir süreden beri egemen olan enflasyonun yol açtığı fiyat yükselmelerinin tüm etkilerini davacının omuzlarına yüklemeye de adaletli bir çözüm olamaz.. davalının teslim yetkisini saklı tutmayı içeren koşulu kötüye ve davacı tüketici alyhinde kullanıp kullanmadığı, MK. m. 2'deki dürüstlük ve doğruluk kuralına, eş deyişle güven ilkesine aykırı davranıp davranmadığı saptanmalı ve uyumsuzluk böylece çözüme bağlanmalıdır." Bkz. TEKİNAY, s. 215.

13 OĞUZMAN Kemal/ ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2005, s. 94-95.

14 BKT'da ise m.99'a karşılık gelen 114. maddede önceki metin büyük oranda muhafaza edilmekle birlikte bazı küçük değişiklikler yapılmıştır. İlk olarak, 99. maddede geçen "hile ve ağır kusur ibaresi", ağır kusurun kastı ve ağır ihmali kapsamı nedeniyle, hile ibaresi çıkartılarak "ağır kusur" olarak değiştirilmiştir. Ayrıca, 99.maddenin üçüncü fıkrası "Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, mes-

Genel işlem şartlarındaki haksız şartlara uygulanabilecek bir diğer hüküm ise BK m.19 ve 20’de düzenlenen, ahlaka aykırı sözleşme şartlarının geçersiz sayılmasıdır¹⁵. Özellikle müşterinin ekonomik açıdan muhtaç olduğu bazı mal ve hizmetlerin, tekel durumunda olanlar tarafından sağlanması halinde, bu durumun kötüye kullanılması ahlaka aykırılık olarak kabul edilmiştir. Benzer şekilde, sözleşmede yer alan aşırı cezai şartın ahlaka aykırı olduğu kabul edilerek batıl sayılması söz konusudur. Aynı prensipten hareketle banka kredi sözleşmelerindeki, bankalara tek taraflı olarak sözleşmede değişiklik yapma yetkisi veren şartların da batıl sayılacağı doktrinde savunulmaktadır¹⁶.

Bunların dışında gabine ilişkin hükümlerin de genel işlem şartlarına tatbik edilmesi mümkün olabilecektir¹⁷. BK m.21’e göre sözleşmede edimler arasında aşırı bir dengesizlik varsa ve bu durum zarar görenin zor durumundan, düşünce-sizliğinden, tecrübesizliğinden diğer tarafın istifade etmesinden dolayı ortaya çıkmışsa gabin söz konusu olacaktır¹⁸. Gabin hükümlerinin uygulanabilmesi için edimler arasında bir dengesizlik (objektif unsur) olmasının yanında, tarafların kişilikleri arasındaki bir dengesizlikten (subjektif unsur) yararlanması halinde sözleşme yapma serbestisinin ortadan kalkacağı ifade edilmektedir¹⁹. Bu

lek veya san’at ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa” şeklinde değiştirilerek, intiyaz suretiyle icra edilen her türlü faaliyet değil, sadece uzmanlığı gerektiren hizmetlerle sınırlı tutulmuştur. Son olarak, hafif kusurdan sorumsuzluğu ilişkin şartların hükümsüzlüğü, hakimın takdirine bırakılmıyış, doğrudan doğruya kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanmıştır.

- 15 OĞUZMAN/ÖZ, s. 74, KÜÇÜKYALÇIN, Arzu, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması”, AÜHFD, C.53, S.4, Yıl, 2004, s. 112.
- 16 ATAMER, Yeşim, **Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları**, İTO Yayınları, Yayın No: 2001-08, İstanbul, 2001, s. 28.
BAYKAN, s. 222; TEKİNAY, s. 213.
- 17 ATAMER, M Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001, s.166.
- 18 Roma hukukunda *laesio enormis* olarak bilinen gabin kavramının değişik hukuk sistemlerindeki yansımaları için bkz. KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan; EMİROĞLU Haluk, “Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Gabin)”, AUHFD, C.53, S. 01, Yıl 2004, s. 77-87.
- 19 EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2008, s. 377; OĞUZMAN / ÖZ, s.114, BAYKAN, s.223; KÜÇÜKGÜNGÖR/EMİROĞLU, s. 87.

duruma düşen tarafın bir yıl içinde sözleşmeyi fesih etme yetkisi ile verdiklerini geri alma hakkı doğacaktır²⁰. Genel işlem şartlarında da taraflardan birisinin üstün durumunu kötüye kullanarak kendisine borcun ifası ve hukuksal sonuçları açısından kendisi lehine ve diğer tarafın aleyhine bir dengesizlik oluşturmaktadır. Bir tarafın büyük bir dikkatle hazırlamış olduğu şartlar konusunda diğer tarafın yeterince bilgi edinmesi çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla diğer tarafın içinde bulunduğu durum “tecrübesizlik” olarak nitelendirilmeye elverişlidir²¹. Ancak gabinin temel edimler arasındaki bir uygunsuzluk olması, genel işlem şartlarında ise borcun ihlali ve bunun hukuksal sonuçları gibi diğer şartlar arasında dengesizlik oluşturabilecek bir takım haksız şartları içermesi, genel işlem şartlarına gabin hükümlerinin uygulanabilmesi imkanını çok daraltmaktadır. Diğer taraftan tarafların tacir olması halinde de “basiretli bir tacir” olarak “tecrübesizlik” nedeniyle gabin hükümlerinden istifade edemeyeceği de doktrinde ifade edilmektedir²². Bu da gabinin haksız şartlara uygulanmasını zorlaştırıcı diğer bir etken olarak kabul edilebilecektir.

2. TKHK ile Getirilen Düzenleme

Yukarıda izah edilen genel nitelikteki düzenlemelerin ancak hakimin içinde bulunulan zamanın ekonomik şartlarına göre yorum yoluyla değerlendirilmesi neticesinde uygulanabilir olma niteliği, özellikle, sözleşmenin zayıf tarafını teşkil eden tüketiciler için hakkaniyete uygun bir koruma imkanı temin edememiştir. Bu nedenle tüketiciyi bu tip haksız şartlardan koruyucu nitelikte bir düzenleme ihtiyacı hissedilerek, tüketicinin genel işlem şartlarından korunmasına ilişkin özel hükümler TKHK kapsamına dahil edilmiştir.

Genel işlem şartlarına ilişkin olarak mevzuatımızdaki en kapsamlı ve detaylı düzenleme TKHK’nda 2003 yılında yapılan değişiklikle getirilmiştir. Bu düzenleme ile tüketicilerin, satıcıların ve sağlayıcıların önceden tek taraflı olarak hazırlamış oldukları dürüstlük kuralına aykırı bir takım şartlar içeren sözleşme hükümlerinden korunması hedeflenmiştir. TKHK m. 6’da “Sözleşmedeki Haksız Şartlar” başlığı ile yapılan bu düzenlemede, öncelikle hangi unsurları taşıyan şartların geçersiz olduğu tanımlanmış (m.6/1), daha sonra ise bu şartların tüketici-

²⁰ ATAMER, s. 29; EREN, s. 381.

²¹ TEKİNAY, s. 217.

²² ARKAN, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, 5. baskı, Ankara, 1999, s. 132.

ciye karşı ileri sürülemeyeceği ifade edilmiştir (m.6/2)²³. Yapılan tanımda yukarıda da ifade edildiği gibi iki unsur göze çarpmaktadır. Birincisi, bu şartların tek taraflı olarak, tüketiciyle müzakere edilmeksizin sözleşmeye konulmuş olması, ikincisi ise, bu şartların, taraf dengesi açısından dürüstlük kuralına aykırı şekilde tüketici aleyhine dengesizlik oluşturmasıdır²⁴. Doğal olarak herhangi bir sözleşme hükmünün geçersizliğinin söz konusu olabilmesi için bu iki unsur bir arada bulunmalıdır.

Bu düzenleme dikkatle incelendiğinde tüketicilerin sadece standart sözleşmelerde yer alan haksız şartlardan korunmasının amaçlanmadığı dolayısıyla, bu hükümlerin uygulanabilmesi için mutlaka bir standart sözleşmenin olmasının gerekli olmadığı görülecektir²⁵. 6. madde metninde sözleşmeye, satıcı veya sağ-

23 Madde metni şu şekildedir:

“Sözleşmedeki Haksız Şartlar

Madde 6- (Değişik: 6/3/2003-4822/7 md.) Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir. Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez. Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir. 6/A, 6/B, 6/C, 7, 9, 9/A, 10, 10/A ve 11/A maddelerinde yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen tüketici sözleşmeleri en az oniki punto ve koyu siyah harflerle düzenlenir ve sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik satıcı veya sağlayıcı tarafından derhal giderilir. Bakanlık standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların tespit edilmesine ve bunların sözleşme metninden çıkartılmasının sağlanmasına ilişkin usul ve esasları belirler”.

24 Yargıtay’ın tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulan şartların geçersizliği ile alakalı bir karar için bkz. Yarg. 13 HD., T. 15.2.2007E. 2007/510, K. 2007/1989 www.kazanci.com.tr.

25 BAYKAN, s. 230. 6. maddenin bir standart sözleşmenin varlığı halinde uygulanabileceği hakkındaki görüş için bkz. ZEVKLİLER, s. 158-159. Yazar 6. madde hükmünün uygulanabilmesi için “Ortada Standart Bir Sözleşme Olması” gerektiğini, ifade etmektedir.

layıcı tarafından tek taraflı olarak, yani tüketiciyle müzakere edilmeksizin konulan her türlü sözleşme hükmünün (dürüstlük kuralına aykırı olmak kaydıyla) “haksız şart” olarak nitelendirilebileceği belirtilmiştir. Maddenin bu açık hükmüne rağmen, bu düzenlemenin sadece önceden, çok sayıda sözleşmeye uygulanmak üzere hazırlanan standart sözleşmelere tatbik edilebileceğinin ifade edilmesi, tüketicilerin aleyhine olarak hükmün uygulama alanını daraltıcı bir etki oluşturacaktır. Ortada herhangi bir standart sözleşme olmaksızın bireysel sözleşme ile kurulan bir hukuki ilişkiye dahi, şartları gerçekleşmişse 6. madde hükümleri uygulanabilmelidir. Elbette, tüketicilerin taraf olduğu bir hukuki ilişki, standart sözleşme yapılmak suretiyle kurulmuşsa, bu tip bir sözleşmedeki haksız şartlara da madde hükmünün uygulanması evleviyetle mümkün olacaktır. Ama 6. madde hükmünü sadece standart sözleşmeler ile sınırlandırmak doğru değildir. Madde başlığının “Sözleşmedeki Haksız Şartlar” olarak belirlenmesi de bu düşünceyi teyit eder niteliktedir. Madde başlığının bu şekilde seçilmesi, kanun koyucunun sadece standart şartları değil, sözleşmeye tüketicinin aleyhine tek taraflı olarak konulan şartları da geçersiz kılmak istediğini göstermektedir. Yine m.6/3’de, “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.” denilerek, maddenin bireysel sözleşmeleri de içerecek şekilde düzenlendiği, ancak bir standart sözleşmenin varlığı halinde, tüketicinin bu sözleşmenin içeriğine müdahale edemediğine, dolayısıyla da bu şartların tek taraflı olarak sözleşmeye dâhil edildiğine ilişkin bir karine ortaya koyduğu da açıkça görülmektedir²⁶.

Sözleşmedeki şartların, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olma unsuru, bu şartların içeriğinin denetlenmesi ihtiyacını da beraberinde getirmektedir. Bu denetimin idari veya yargısal yolla yapılması mümkündür. İdari denetimle alakalı olarak sadece sigorta sözleşmelerine ilişkin genel işlem şartlarının Bakanlık tarafından denetlenmesi zorunluluğu getirilmiştir (TTK m.1266). Ancak bu düzenleme sadece sigorta sözleşmelerine ilişkin özel bir düzenlemedir. Mevzuatımızda da bu anlamda genel işlem şartlarının önceden denetlenmesini öngören zorunlu izin sistemi veya tescil sistemlerinden birisinin

²⁶ ULUSAN, İlhan, “Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi”, İKU Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1-2, 2004, s.36.

düzenlenmesinin en uygun çözüm olduğu söylenebilir²⁷. Bu şekilde henüz genel işlem şartları geçerlik kazanmadan yapılacak bir denetim mekanizması mahkemelerin iş yükünü azaltacaktır. 6. maddenin son fıkrasında, Bakanlığın tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların tespit edilmesine ilişkin bir yönetmelik çıkarmasını düzenlemektedir. Bakanlığın bu amaçla çıkardığı Yönetmelik'te²⁸ de önceden izin veya tescil sistemini öngören bir düzenleme getirilmemiştir²⁹. Yönetmelik haksız şartların değerlendirilmesinde mahkemelerin dikkate alması gereken ve bir yönüyle de yol gösteren esasları belirlemiştir. Yönetmeliğin 6. maddesinde değerlendirmede dikkate alınması gereken genel esaslar belirlenmiştir. Buna göre öncelikle sözleşme metninin açık ve anlaşılır bir dille yazılıp yazılmadığına bakılacaktır³⁰. Sözleşmenin tüketici tarafından rahatlıkla okunup

27 ZEVKLİLER, s. 162.

28 "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik", RG, 13.06.2003, S. 25137.

29 Bununla beraber TKHK'nun 26. maddesinde, haksız şartlara hakkındaki yönetmeliğe bir aykırılık tespit edilmesi durumunda, ortaya çıkan idari para cezasının Bakanlık tarafından uygulanacağı ifade edilmiştir (m.26/1). Bu yönüyle Bakanlığın da bir idari denetim yetkisinin olduğu söylenebilir. Ancak bu denetim genel işlem şartlarının uygulanması sırasında fark edilen bir uygunsuzluk halinde olabilecektir. Yani genel işlem şartlarının uygulanabilmesi için önceden Bakanlığın izin vermesi gibi bir durum söz konusu değildir. Ayrıca bu Bakanlığın sözleşmede tespit ettiği haksız şartı iptal etme gibi bir yetkisi yoktur. Sadece haksız şarttan dolayı bir idari para cezası tahakkuk ettirme imkanı söz konusudur. Verilen bu idari para cezasına karşı da en geç yedi gün içinde idare mahkemesinde itiraz edilebilecektir (m.26/3).

30 Yargıtay'ın son zamanlarda, kredi kartı üyelik ücretlerine ilişkin vermiş olduğu kararda da genel işlem şartları ile ilgili şekli şartlara vurgu yapılmıştır. Dava konusu olayda, Zonguldak Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'nin bir banka tarafından haksız yere kredi kartı üyelik ücreti alındığına ilişkin yapılan bir başvurunun kabulüne ve hesabından kesilen yıllık kredi kartı üyelik ücretinin iadesine dair kararının itirazın incelendiği Zonguldak 1. Asliye Hukuk Mahkemesi (Tüketici Mahkemesi sıfatıyla)'nin anılan hakem heyetinin kararını iptal eden kesin nitelikteki kararının Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca kanun yararına temyiz edildiği anlaşılmaktadır. "...Taraflar arasındaki uyumsuzluk yasal düzenlemelere ve aralarındaki sözleşme hükümlerine göre bankanın kredi kartı kullanıcılarından kullanım karşılığı yıllık ücret isteyip, isteyemeyeceği hususunda toplanmaktadır ...", "...sözleşmenin davacı banka tarafından matbu, standart olarak hazırlanıp boş olan kısımların rakam, isim ve adresler yazılarak doldurulduğu, sözleşmenin on iki punto koyu siyah harflerle düzenlenmediği görülmektedir. Davacı, tüketici aleyhine olan ve tüketiciyi kart kullanımı ücreti adı altında bir külfete sokan

anlaşılabilmesi için 12 punto koyu siyah harfle yazılması gereklidir (TKHK m. 6/6). Ancak bu eksiklik sözleşmenin geçerliğine tesir etmeyecektir. Fakat satıcı ve sağlayıcının bu eksikliği derhal gidermesi gereklidir. Görüldüğü gibi sözleşmenin yazımında öngörülen şekil emredici nitelikte değildir. Buna göre, sözleşmenin bu şekle uyulmadan yapılmaması, basit yazım hatası olarak kabul edilecek ve derhal düzeltilecektir. Bunun düzeltilmemesi halinde idari para cezası uygulanacaktır (TKHK m. 25/2).

Sözleşmenin değerlendirilmesi sırasında mal ve hizmetin niteliği ile beraber sözleşmenin yapılmasını sağlayan şartlar ve varsa onun bağlı olduğu sözleşme şartları da dikkate alınacaktır. Ancak mal ve hizmetin gerçek değeri ile fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamayacaktır. Eğer sözleşmede yer alan bir şartın ne anlama geldiği yapılacak yorumla anlaşılamiyorsa tüketici lehine olan yorum tercih edilecektir (*contra preferentum rule*)³¹.

Yukarıda da ifade edildiği gibi bir standart sözleşmenin varlığı halinde, bu sözleşmede yer alan şartların tüketici ile müzakere edildiğini ispat yükü satıcı veya sağlayıcı da olacaktır (TKHK m. 6/5 Yön. m. 5/3). Dolayısıyla bir standart sözleşmenin varlığı halinde kural olarak buradaki şartların tüketici ile müzakere edilmediği kabul edilmiştir. TKHK m.6/3'te bu husus "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." şeklinde ifade edilmiştir. Ancak bu ifade yukarıda belirttiğimiz manayı tam olarak vermemektedir. Bunun yerine düzenlemenin amacına uygun olarak "Eğer bir sözleşme şartı standart sözleşme içerisinde yer almışsa, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir" şeklindeki bir ifade tarzının daha doğru olacağını düşünmekteyiz. Burada standart bir sözleşmenin varlığı haline ilişkin olarak bir karine ortaya konulmak istenmiştir. Her ne kadar AB direktifinde aynı ifade geçiyor olsa da³² (Direktif m.3/2), bize

sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırıldığını iddia ve ispat edememiştir. Böyle olunca sözleşmedeki kredi kartı üyelik ücreti alınacağına dair hükmün açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla davacı bankanın bu sözleşme hükmüne dayalı olarak kredi kartı kullanıcısı davalıdan ücret istemesi olanaklı değildir." Bkz. www.kazanci.com.tr

31 Aynı prensip UP m.4.6 ve BGB §305c'de de ifade edilmiş, ayrıca BKT'nın 23. maddesinde de bu prensibe yer verilmiştir.

32 Direktif'te geçen İngilizce orjinal ifade şu şekildedir:

göre, eğer bir standart sözleşme varsa buradaki şartlar tüketici ile müzakere edilmemiş sayılacaktır. Satıcı veya sağlayıcı bunun aksini yani sözleşmedeki standart bir şartın münferiden tartışıldığını iddia ediyorsa bunu ispat etmek zorundadır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi 6. madde hükmü sadece standart sözleşmelerdeki haksız şartlara ilişkin bir düzenleme getirmemektedir. Aksine standart sözleşmeleri de içine alan ve bu tip şartlara ilişkin tüketiciyi koruyucu ilave hükümler getirmekle beraber, esas itibarıyla sözleşmedeki tüketiciyle önceden müzakere edilmemiş bütün haksız şartları geçersiz kılan bir düzenlemedir. Maddede ayrıca, standart sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olmasının sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemeyeceği belirtilmiştir (m. 6/4). Yani standart sözleşmenin sadece bir bölümünün tüketiciyle müzakere edilmiş olması sözleşmeyi tümünden bireysel sözleşme haline getirmeyecek ve dolayısıyla da tüketici standart sözleşmelere ilişkin müzakere edilmemiş olma hakkındaki karineden sözleşmenin kalan kısmı için istifade edebilecektir.

Yönetmeliğin 8. maddesinde menfaati olan gerçek veya tüzel kişilerin standart şartlardaki haksız şartların kullanılmasının önlenmesi için dava açabilecekleri belirtilmiştir³³. Bu yönüyle idari denetim değil yargısal denetimin mevzuat

“A term shall always be regarded as not individually negotiated where it has been drafted in advance and the consumer has therefore not been able to influence the substance of the term, particularly in the context of a pre-formulated standard contract.” Bu ifadenin tarafımızca yapılan Türkçe’ye çevirisi şu şekildedir: “Bir sözleşme şartı, önceden hazırlanmış, özellikle önceden hazırlanmış standart sözleşme içerisinde yer alması nedeniyle tüketici bu şartın içeriğine etki edememişse, tüketiciyle müzakere edilmemiş sayılacaktır.”

³³ Ancak sözleşme özgürlüğüne sınırlandırma getiren bir düzenlemenin yönetmelikle yapılması, kanun yapma tekniği açısından doğru olmamıştır. Bkz. ZEVKLİLER, s. 162. TKHK’da kapsamlı bir değişiklik yapılması planlanmaktadır. Bu değişiklikte standart sözleşmelerdeki haksız şartların sözleşme metinlerinden çıkarılması ve değiştirilmesi için, Bakanlık ve tüketici örgütlerine de dava açma yetkisi verilmektedir. Taslakta TKHK m.6’ya ilave edilmesi teklif edilen metin şu şekildedir: “Bakanlık ve tüketici örgütleri genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların, bu standart sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının tavsiye edilmesinin önlenmesi için dava açabilir. Bu hallerde mahkeme, durdurma için gerekli tedbirlere hükmeder. Bu davalarda, müteşebbis sözleşme şartının tüketici lehine olduğunu ileri sürse bile tüketici lehine yorum yöntemi uygulanmaz”bkz. www.tobb.org.tr

tımızda düzenlendiğini söyleyebiliriz³⁴. Ayrıca Yönetmelik Ek'inde haksız şart olarak kabul edilecek sözleşme şartları örnek olarak sayılmıştır. Denetimin hangi esaslara göre yapılacağını ve hangi şartların haksız sayılacağını açık bir şekilde belirlenmesi isabetli olmuştur. Gerçekten bu denetimin, sadece genel bir hukuk prensibi olan “dürüstlük kuralı” çerçevesinde yapılması özel düzenlemenin amacına uygun değildir. Çünkü herhangi bir esas olmadan sözleşmelerin mahkemelerce, genel hüküm niteliğindeki dürüstlük kuralına göre yorumlanması bir geriye gidiş niteliğinde olacak ve özel düzenlemenin amacına aykırı düşecektir. O yüzden mevzuatımızda, Alman hukukunda (§308-309 BGB) ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlara İlişkin Direktif ekinde olduğu gibi, hangi hallerin haksız şart olduğunun örnek olarak sayılması faydalı olmuştur³⁵. Haksız şart

34 HAVUTÇU, Ayşe, İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir, 2003, s.153vd.

35 HAVUTÇU, s. 64vd; ÖZ, s. 133; ZEVKLİLER, s. 165. Yönetmeliğin 5. maddesine ek olarak belirlenen örnek haksız şartlar şunlardır:

“a) Aşağıda yer alan sonuçları hedefleyen veya bu sonuçları doğuran şartlar haksız şarttır.

1) Tüketicinin, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yapma veya yapmama şeklinde bir fiili sonucu hayatını kaybetmesi veya maddi zarara uğraması halinde, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar,

2) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden birisini kısmen veya tamamen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin satıcı, sağlayıcı veya kredi verene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği taleplerini, herhangi bir alacağı satıcı, sağlayıcı veya kredi verene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil, bertaraf eden ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar,

3) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin, sadece kendisi tarafından belirlenen koşullarda edimini ifa edeceği, buna karşılık tüketicinin her halde ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar,

4) Tüketicinin sözleşmeyi kurmaktan veya ifa etmekten vazgeçmesi hallerinde satıcı, sağlayıcı veya kredi verene, tüketicinin kendisine ödediği bedeli muhafaza etme hakkı tanıyan, ancak satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin aynı türden davranışları için tüketiciye benzer bir tazminat hakkı tanımayan şartlar,

5)Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketiciyi, ölçüsüz derecede yüksek bir tazminatla mükellef kılan şartlar,

6) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verene sözleşmeyi özgürce fesh etme hakkı tanıyan, ancak tüketiciye aynı hakkı vermeyen şartlar ile, satıcı, sağlayıcı veya kredi verene fesih hakkını

kullanmasına rağmen, henüz ifa etmediği edimler karşılığı almış olduklarını muhafaza etme hakkı veren şartlar,

7) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verene haklı sebeplerin varlığı dışında süresiz bir sözleşmeyi her hangi bir uyarıda bulunmaksızın fesh etme hakkı tanıyan şartlar,

8) Süreli bir sözleşmenin, tüketicinin aksine bir beyanı olmaması halinde kendiliğinden uzatılmış sayılacağını öngören ve tüketicinin sözleşmeyi uzatmama yönündeki iradesini beyan etmesi için sözleşmenin sona ereceği tarihten aşırı derecede uzak bir tarih saptayan şartlar,

9) Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, aksi ispat edilemeyecek şekilde kabul ettiğini gösteren şartlar,

10) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşme şartlarını tek taraflı olarak ve sözleşmede belirlenmiş olan önemli sebeplerden bir olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar,

11) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin, teslim edilecek olan malın veya ifa edilecek olan hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar,

12) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin, semeni, ifa anında tespit edeceğini veya yükseltebileceğini öngören ve tüketiciye nihai fiyatın, sözleşmenin kurulması anında tespit edilen fiyata nazaran çok yüksek olması halinde sözleşmeden dönme hakkı tanımayan şartlar,

13) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verene, teslim edilen malın veya ifa edilen hizmetin sözleşme koşullarına uygun olup olmadığını tespit etme hakkı veya bir sözleşme şartının nasıl yorumlanacağı konusunda münhasır yetki veren şartlar,

14) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin temsilcileri tarafından üstlenilen sorumlulukları yerine getirme yükümlülüğünü sınırlandıran veya bu yükümlülüğü belli bir şekil şartına uyulmuş olmasına bağlayan şartlar,

15) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olduğuna ilişkin şartlar,

16) Satıcı, sağlayıcı veya kredi verene, tüketici açısından teminatların azalması sonucunu doğuracak olmasına rağmen, tüketicinin onayını almadan, sözleşme ilişkisini devretme hakkı veren şartlar,

17) Tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran, özellikle onun hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngören, gösterebileceği delilleri ölçsüz derecede sınırlandıran veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini ona yükleyen şartlar.

b) (7), (10) ve (12 nci) alt bentlerin uygulama alanı

sayılan bu haller sınırlayıcı değil, yol gösterici mahiyettedir (Yön. m. 5/son). Dolayısıyla hakim önüne gelen sözleşmedeki hükümlerin, öncelikle Yönetmelik Ek'inde belirtilen haksız şartlar arasında sayılıp sayılmadığına bakacak; eğer burada düzenlenmeyen bir şart söz konusu ise bunu yine dürüstlük kuralı prensibi çerçevesinde değerlendirerek haksız şart olup olmadığına karar verecektir.

TKHK m.6/2'de, haksız şartların tüketici için bağlayıcı olmayacağı belirtilmiştir. Buradaki ifadenin lafzi yorumundan, sözleşmedeki haksız şartlara tek taraflı bağlamazlık yaptırımının uygulanacağı şeklinde bir anlam çıkmaktadır. Maddenin bu hükmünün de yine Direktif'in 6. maddesinden yola çıkılarak yazıldığı anlaşılmaktadır. Direktif'in bu maddesinde, üye ülkelere, milli hukuk mevzuatlarında, tüketicilerle müzakere edilmeden sözleşmeye konulan haksız şartların, tüketicileri bağlamayacağı ile alakalı düzenleme yapma mecburiyeti getirilmiş ayrıca, haksız şartların olmaması halinde sözleşmenin kalan kısmı geçerliliğini sürdürebilecekse, sözleşme diğer hükümleri ile tarafları bağlayacağı düzenlenmiştir³⁶. Buna göre Direktif'in asıl gayesinin üye ülkelerin kendi iç

1) (7 nci alt bent,) finans hizmetleri ifa edenlere süresiz bir sözleşmeyi tek taraflı ve önemli bir sebebin varlığı halinde süre vermeksizin feshetme hakkını tanıyan şartlara engel değildir, yeter ki sağlayıcının, bu durumdan tüketiciyi derhal haberdar etme yükümlülüğü bulunsun.

2) (10 uncu alt bent,) finans hizmeti ifa edenlere, tüketici tarafından ödenecek veya tüketiciye ödenecek faiz oranlarını veya finans hizmetlerinin diğer bütün masraflarının bedelini haklı sebeplerin varlığı halinde önceden bildirmeksizin değiştirme hakkı veren şartlara engel değildir, yeter ki sağlayıcının, bu durumdan tüketiciyi derhal haberdar etme yükümlülüğü ve tüketicinin sözleşmeyi derhal feshetme hakkı bulunsun.

(10 uncu alt bent ayrıca, meslek sahibine, süresiz bir sözleşmenin hükümlerini tek taraflı olarak değiştirme hakkı tanıyan şartlara engel değildir, yeter ki sağlayıcının bu durumdan tüketiciyi vaktinde haberdar etme yükümlülüğü ve tüketicinin sözleşmeyi feshetme hakkı bulunsun.

3) (7), (10) ve (12nci alt bentler) aşağıdaki işlemlere uygulanmazlar:

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

-Yabancı paranın alımına veya satımına, yabancı para değeri üzerinden seyahat çekleri veya milletlerarası posta havalelerine.

4) (12 nci alt bent,) hukuka uygun olmaları ve fiyat değişikliği yönteminin içinde açıkça tanımlanmış olması koşuluyla fiyat endeksi şartlarına engel değildir.”

³⁶ Maddenin İngilizce orijinal metni için bkz. www.eur-lex.europa.eu

hukuk mevzuatlarında tüketicileri koruyucu şekilde bir geçersizlik yaptırımını uygulamasını emretmek olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü bu hükümler olmadan sözleşmenin diğer kısımlarının geçerliğini sürdürebilme imkanının varlığı halinde sözleşme kalan hükümleri ile varlığını devam ettirecektir. Bu husus muhteva itibariyle Direktif'in amacına uygun ve yerinde bir düzenlemedir. Ancak bu düzenlemenin yönetmelikle yapılması kanun yapma tekniği açısından yanlıştır. Yönetmeliğin 7. maddesinde haksız şartların batıl olduğu ve bu hükümler olmadan sözleşme ayakta tutulabiliyorsa sözleşmenin kalan hükümleriyle geçerliğini sürdürdüğü ifade edilmiştir. Yönetmeliğin bu maddesinin, yapılacak bir değişiklikte TKHK 6/2 yerini alması kanun tekniği açısından ve Direktif hükmünün amacına uygunluk açısından daha doğru olacaktır³⁷.

Burada sözleşmedeki (standart veya bireysel sözleşme), tüketici aleyhine bir takım sonuçlar doğurabilecek şartların tüketici ile müzakere edilerek sözleşmeye konulması halinde bunların haksız olduğunun iddia edilip edilemeyeceği sorunu ortaya çıkacaktır. Özellikle Yönetmelik Ek'inde haksız şart olarak sayılan durumlardan birisini tarafların müzakere ederek sözleşmeye koydukları ispatlanırsa, bu sözleşme şartları haksız şart olarak kabul edilerek butlan yaptırımının sonuçlarına tabi olacak mıdır? Yani Yönetmelik Ek'inde sayılan bu şartlar mutlak emredici hükümler olarak kabul edilerek taraflarca sözleşme şartı olarak kabul edilemeyecek midir? Hakim sözleşmede bu şartları gördüğünde, taraflarca müzakere edilip edilmediğine bakmaksızın kendiliğinden bu şartları geçersiz kılabilir mi?

Bilindiği gibi eğer bir hukuki işlem butlan sebebiyle geçersiz ise, taraflar kendi iradeleri ile dahi bu işlemi geçerli hale getiremeyeceklerdir. İşlem baştan itibaren geçersiz sayılacak ve tarafların itirazına gerek kalmaksızın, hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınacaktır. Buna göre eğer sözleşmedeki şartlar haksız şart olarak kabul edilirse tarafların bu şartları kendi iradeleri ile geçerli hale getirebilme imkanları olmayacaktır. Bu şartlar sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren sözleşmeye hiç konulmamış sayılacaktır. Ancak burada öncelikle bir şartın haksız şart olarak kabul edilebilmesi için gerekli olan unsurların bir arada bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi haksız şartın birinci unsuru önceden, tek taraflı olarak satıcı veya sağlayıcı tarafından tüketiciyle müzakere etmeksizin sözleşmeye konulması, ikinci unsuru ise taraf-

³⁷ TKHK m.6'da getirilen yaptırımın butlan olarak kabul edilmesi gerektiği hakkında bkz. ULUSAN, s. 36

ların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinin, sözleşmede yer alan bu şartlarla dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde tüketici aleyhine dengesizlik oluşturmasıdır. Buna göre eğer bir şartın tüketici ile müzakere edilerek sözleşmeye konulduğu satıcı veya sağlayıcı tarafından ispatlanabilirse haksız şartın iki unsurundan birisi gerçekleşmemiş olacak ve dolayısıyla bu şart dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde tüketici aleyhine dengesizlik oluştursa dahi haksız şart olarak kabul edilemeyecektir. Çünkü bizzat dürüstlük kuralına aykırı olmak haksız şartın varlığı için yeterli değildir. Burada dürüstlük kuralının özel bir düzenlemesi söz konusu olduğu için, bize göre, MK. m.2’de düzenlenen genel anlamdaki dürüstlük kuralının uygulanarak tüketici aleyhine dengesizlik oluşturan bir şartın geçersizliği ileri sürülemeyecektir (*lex specialis*). Ayrıca Yönetmelik Ek’inde sayılan şartların örnek olarak yol gösterici mahiyette olduğunun ifade edilmesi de bunların emredici olmadığı şeklinde yorumlanmasına da müsaittir.

III. TÜRK BORÇLAR KANUNU TASARISINDAKİ DÜZENLEME

Görüldüğü gibi mevcut Türk Hukuk mevzuatında, genel işlem şartlarındaki haksız şartlara ilişkin bütün sözleşmelere uygulanabilecek genel bir düzenleme söz konusu değildir. Bu konudaki hükümler sigortalanan, taşınan veya tüketici gibi, sözleşmenin zayıf tarafını koruma düşüncesiyle mevzuatımıza dahil edilmiş özel düzenlemelerdir. Halbuki günümüz ticari hayatında, karşı tarafın tüketici, sigortalanan veya taşınan gibi zayıf durumda olmadığı birçok sözleşmede de genel işlem şartları sözleşmenin bizzat kendisi veya bir kısmı olarak kullanılmaktadır. Bir mal veya hizmeti ticari gayelerle satın alan bir kişinin de önceden tek taraflı olarak hazırlanmış genel işlem şartları ile karşılaşması ve böyle bir sözleşmeyi yapmak zorunda kalması söz konusu olabilecektir. Özellikle tekel durumunda olan bazı işletmelerin sunmuş olduğu bir takım mal ve hizmetlerin (elektrik, su, gaz gibi imtiyaz şeklinde icra edilen bir takım hizmetlerde olduğu gibi) tacirler tarafından, üretim yapabilmeleri için elde edilme ve bir üretim girdisi olarak kullanılma mecburiyeti ortaya çıkabilmektedir³⁸. Bu tip mal ve hizmetleri sunan kişiler de karşı tarafın kendilerine duydukları ihtiyacı bir yönüyle kötüye kullanarak önceden standart sözleşmeler hazırlamakta ve bu sözleşmelere kendilerini dürüstlük kuralına aykırı şekilde üstün duruma getirecek bir takım şartlar koymaktadırlar. Ticari ahlak, teamül ve dürüstlük kuralları ile bağdaşmayan bu tip şartların da hukuk düzeni tarafından geçersiz sayılması ticari hayatın

³⁸ ATAMER, s. 11

devam ve istikrarı için gereklidir. Bu tip şartlar yukarıda gördüğümüz gibi dürüstlük kuralı, gabin, ahlaka aykırılık gibi bir takım genel hükümlerle geçersiz kılınabilecek olsa da, mahkemelerin bu hükümleri, sözleşme özgürlüğü prensibini sınırlayacak şekilde uygulaması çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Çünkü ortada taraflarca imzalanmış bir sözleşme vardır ve hakimlerin sözleşme özgürlüğünü yorum yöntemiyle sınırlamaları söz konusu olacaktır. Mal ve hizmeti talep eden kişinin tacir sıfatına sahip olması halinde ise, sözleşmenin taraf menfaatleri açısından (*equilibrium of contract*) değerlendirilmesinde dürüstlük kuralının tatbiki çok sınırlı olacak veya gabin gibi bir takım hükümlerin uygulanması imkansız hale gelecektir³⁹. Dolayısıyla genel işlem şartlarının söz konusu olduğu her türlü sözleşmeye uygulanabilecek özel bir düzenlemenin yapılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu ihtiyaçtan yola çıkılarak BKT 20-25. maddelerinde genel işlem şartları düzenlenmiştir. Bu maddeler “Sözleşmelerin Yorumu, Muvazaalı İşlemler” başlıklı 19.maddesinden sonra yer almıştır. Bunun yerine kanunun sistematiği açısından “Sözleşmenin İçeriği” başlıklı 26-29. maddelerden sonra düzenlenmesi daha uygun olacaktır⁴⁰. BKT m. 20’de, Alman hukukundaki tanıma çok benzer bir şekilde⁴¹, genel işlem şartlarının (*Allgemeine Geschäftsbedingungen §305*), “bir sözleşme yapılırken düzenleyenin ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlaya-

39 Türk Hukuk doktrininde tacirin basiretli davranma yükümlülüğünün bir gereği olarak, tecrübesizlik nedeniyle gabine maruz kalması mümkün görülmemektedir. Fakat uluslar arası ticari sözleşmelere uygulanmak üzere hazırlanan UP’nde ise bu düşünceye zıt bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Gerçekten UP m. 3.10(b)’de gabin sebepleri arasında tedbirsizlik (*improvidence*), bilgisizlik (*ignorance*), tecrübesizlik (*inexperience*), pazarlık kabiliyetinin olmaması (*lack of bargaining skills*) gibi sebepler de sayılmış ve bu sebeplerin varlığı halinde de sözleşmenin gabin sebebiyle iptal edilebileceği düzenlenmiştir. Bkz. **UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004**, Rome, 2004, s. 106.

40 ALTOP, Atilla, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi”, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı, İstanbul, 2007, s.149.

41 Genel işlem şartları hakkındaki farklı ülkelerin hukuki düzenlemeleri için bkz. ÖZ, Turgut, “Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları”, İKU Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S1, 2004, s. 131-132.

rak karşı tarafta sunduğu sözleşme hükümleri” olduğu ifade edilmiştir⁴².

1. Uygulama Şartları

a. Genel İşlem Şartının Varlığı

Burada öncelikle dikkat çeken husus, TKHK’ndan farklı olarak, bireysel sözleşmeleri de içerecek şekilde sözleşmeye taraflardan birisi tarafından tek taraflı olarak konulan her türlü haksız şartın değil, madde başlığında da anlaşılacağı gibi, genel işlem şartı şeklinde önceden, çok sayıdaki benzer sözleşmeye uygulanmak üzere hazırlanan sözleşme hükümlerinin geçersiz kılınmasının hedeflenmiş olmasıdır. Bize göre tüketici sözleşmelerinin dışındaki, her türlü sözleşmeye uygulanmak üzere düzenlenen hükümlerin bu şekilde olması isabetlidir. Gerçekten, tüketici kendisine nazaran daha üstün durumda olan satıcı ve sağlayıcıyla bireysel sözleşme de yapabilecek ve bu tip bir sözleşmede de tüketici aleyhine haksız şartlar olabilecektir. Bu nitelikteki bir bireysel sözleşmede de taraf dengesi açısından tüketicinin kanunla korunması kamu düzeninin gereğidir⁴³. Ancak tüketici sözleşmelerinin dışında kalan sözleşmelerde, sözleşmenin taraflarından birisi tüketici kadar zayıf ve dolayısıyla da taraf dengesi açısından tüketici kadar korunmaya değer değildir. Hatta çoğu zaman tacirler arasında yapılan ticari nitelikteki sözleşmelerdir. Dolayısıyla tüketicilerin taraf olduğu sözleşmelerin dışında kalan bireysel nitelikteki bir sözleşmede taraf dengesi açısından genel hükümlerin uygulanması daha uygun olacaktır. Ancak, önceden tek taraflı olarak, emsal sözleşmelere uygulanmak üzere hazırlanan genel işlem şartlarının varlığı halinde ise her ne kadar taraflardan birisi tüketici kadar zayıf durumda olmasa da bir tarafın diğer taraf aleyhine dürüstlük kuralına aykırı bir üstünlük oluşturması mümkündür ve özel bir düzenleme yapılması hukuki güvenlik açısından gereklidir.

Görüldüğü gibi BKT düzenlemesine göre, bir sözleşme şartının haksız şart olarak kabul edilebilmesi için öncelikle bunun genel işlem şartı niteliğinde olması gereklidir. Bireysel sözleşmelere ise bu hükümler uygulanamayacaktır. Alman Medeni Kanunu ve UP’de de, BKT’nda olduğu gibi genel işlem şartları tanımlanarak, bu kapsamda haksız şartların tespitine yönelik bir düzenleme geti-

⁴² Benzer bir tanım için BGB §305, bkz. HAVUTÇU, s.55vd; Uluslararası ticari sözleşmelere uygulanmak için hazırlanan UNIDROIT Prensipleri’nin 2.1.19(2). maddesinde de aynı manayı içeren bir tanıma yer verilmiştir. UNIDROIT, s.66.

⁴³ OĞUZMAN/ÖZ, s.73, ATAMER, Sözleşme, s. 184-185.

rilmiştir. Bu düzenlemelere göre genel işlem şartlarının önceden tek yanlı olarak, karşı tarafla müzakere edilmeden belirlenmesi ve çok sayıda sözleşme için önceden hazırlanması gereklidir.

Avrupa Borçlar Hukuku Prensipleri (ABHP)'nde, yukarıdaki düzenlemelerden farklı olarak genel işlem şartları kavramı çerçevesinde bir düzenleme getirilmemiştir⁴⁴. ABHP'nde getirilen düzenlemede, bu şartların daha sonra yapılması planlanan çok sayıda sözleşmeye uygulanmak üzere hazırlanmış standart şartlar olma şartını aramamakta, bunun yerine bu şartların önceden müzakere edilip edilmediğine ve dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığına bakılmaktadır. Yani bu şartlar tek bir sözleşmede uygulanmış olsa hatta sadece tek bir sözleşme için hazırlanmış olsa da sonuç değişmeyecektir. Bu düzenlemeye göre, önemli olan bu şartların benzer nitelikli ilişkilere uygulanmak üzere önceden hazırlanmış olup olmaması değil, bu şartların müzakere edilmeksizin tek taraflı olarak sözleşmeye konulması ve dürüstlük kuralına göre bir taraf için aşırı bir dengesizlik oluşturmasıdır. Yapılması gereken bu nitelikteki şartların dürüstlük kuralı çerçevesinde yorumlanmasıdır. Yorum yapılırken o iş çevresindeki anlayış dikkate alınarak şartların dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı tespit edilmelidir. Taraflardan birisinin tüketici veya tacir olmasının bu konuda bir önemi yoktur. Sözleşmenin diğer tarafının bu şartları öğrenmesi için gerekli olan her şeyi yaptığını ispat yükü, bu şartları tek taraflı olarak hazırlayan tarafa ait olmalıdır. Bu açıdan ABHP hükümlerinin TKHK'a yakın bir anlayışla hazırlandığı söylenebilir.

Tasarıda, sözleşmeyi önceden tek taraflı olarak hazırlayan tarafın, kanunun

⁴⁴ ABHP'nde, sözleşmenin diğer tarafı ile görüşülmeden sözleşmeye konulan şartları (Terms not Individually Negotiated) sözleşmenin kurulması ile alakalı ikinci bölüm (formation m.2:104) ile sözleşmenin geçerliliği ile alakalı dördüncü bölümde birer madde olarak düzenlemiştir (Unfair Terms not Individually Negotiated m. 4:110).

Bu maddelere göre, tarafların müzakere etmedikleri bir sözleşme şartı, bu şartı sözleşmeye koyan tarafça diğer tarafın bu şartları öğrenmesi için gerekli olan adımları atmış olmaması halinde, sözleşme taraflarca imzalanmış olsa bile geçerli olarak kabul edilmeyecektir (m. 2:104). Tarafların önceden hazırlanmış bu şartlara sözleşmeyle atfı yapılmış olması da sonucu değiştirmeyecektir. Bu şartların geçersiz sayılması için ayrıca, iyiniyet ve dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde taraflardan birisi aleyhine önemli bir dengesizlik oluşturması şartı da aranmaktadır. Dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde tarafların hak ve borçlarındaki dengesizliğin tespitinde, sözleşmeyle kararlaştırılan borcun ifasının niteliği, sözleşmenin diğer hükümleri ve sözleşmenin imzalandığı sıradaki durumun dikkate alınması gerektiği de belirtilmiştir (m. 4:104(1)).

emredici nitelikteki hükümlerinin uygulanmasını önlemek amacıyla baş vurabileceği bir takım sözleşme yazım tekniklerinin de, genel işlem şartı olma özelliğine etki etmeyeceği de ifade edilmiştir. Buna göre, genel işlem şartlarının sözleşme metninde yer alması veya sözleşme eki olarak hazırlanmış olması, ya da kapsamı, yazı türü ve şekil farklılığı, bu şartların niteliğini değiştirmeyecektir (m.20). Dolayısıyla genel işlem şartlarının karşı tarafa sunulmuş şeklinin önemli olmadığı ifade edilmiş olmaktadır⁴⁵. Yine genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın, aynı sözleşme konusu için farklı metinler hazırlaması ve bu şekilde mevcut metnin tip sözleşme olma özelliğini kaldırmaya çalışmasının da, genel işlem şartlarının bu niteliğini değiştirmeyeceği aynı maddenin ikinci fıkrasında ifade edilmiştir. Mesela, delil sözleşmelerine ilişkin bir genel işlem şartının bu sözleşmenin bir türünde asıl metne alınması, bir başka sözleşmede sözleşmenin ekinde yer alması veya yerlerinin değiştirilmiş olması, genel işlem şartlarına ilişkin emredici hükümlerin uygulanmasını değiştirmeyecektir⁴⁶. Uygulamada, tip sözleşme niteliğindeki sözleşmelerde, bunları bireysel sözleşme olarak yapılmış gibi göstermek gayesiyle, sözleşme şartlarının tek, tek müzakere edilip, okunarak imzalandığına ilişkin kayıtlara veya tutanaklara da rastlanmaktadır. Maddenin üçüncü fıkrası, sözleşmeyi düzenleyen tarafın, sözleşme hükümlerinin diğer taraf ile müzakere edildiğini ispatlama amacıyla kullanabileceği bu şekildeki kayıt ve tutanakların emredici hükümlerin tatbikini ortadan kaldırmayacağını düzenlenmiştir. Bu şekliyle kanuna karşı hile yolu, özel bir hükümle kapatılmış olmaktadır. Hazırlayan tarafın, genel işlem şartlarının müzakere edilmiş olduğunu ispat etmesini zorlaştıran bir diğer hüküm ise, şartlı şartların yazılmamış sayılacağına ilişkin m.21/2 hükmüdür. 21. maddenin birinci fıkrasında, karşı tarafın menfaatine aykırı olan genel işlem şartlarının sözleşmenin kapsamına girme şartı olarak, düzenleyenin sözleşmenin yapılması sırasında bu şartların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesini ve karşı tarafın da bu şartları kabul etmesi gerektiğini belirtmiştir. BGB §305c'ye paralel bir düzenleme olan m.21/1 hükmü sözleşmeyi hazırlayan tarafa, şartların müzakere edildiğini ispat imkanı tanımış olmaktadır. Ancak m.21/2 hükmü ile düzenleyen tarafın bu imkanı kötüye kullanması ihtimali de ortadan kaldırılmıştır. Mesela, uygulamada kredi sözleşmelerinde çok sıklıkla yer verilen, kredi kurumunun dilediği anda hiçbir gerekçe gös-

45 Madde gerekçesi için bkz. YAVUZ Cevdet, Borçlar Kanunu (Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, Karşılaştırmalı Liste ile Birlikte), İstanbul, 2006, s.17.

46 YAVUZ, "Türk Hukukunda...", s. 33.

termeksizin kredi ilişkisini sona erdirebileceğine ilişkin hükümler, sözleşmenin niteliğine yabancı şartıcı hüküm olduklarından hiç yazılmamış sayılacaktır⁴⁷.

Maddenin son fıkrasında ise sözleşmeyi düzenleyen tarafın, sunmuş oldukları hizmeti kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen bir izinle yürütmekte olmasının da, genel işlem şartlarına ilişkin hükümlere tabi olma mecburiyetini ortadan kaldırmayacağı ifade edilmiştir. Böylece, sözleşmeyi hazırlayan tarafın kamu tüzel kişisi olması, imtiyaz suretinde verilen bir hizmeti ifa etmesi bir farklılık oluşturmayacaktır.

b. Dürüstlük Kuralına Aykırılık

BKT 20-25. maddelerinin uygulanabilmesi için gerekli olan bir diğer şart ise, genel işlem şartı olarak düzenlenen sözleşme hükümlerinin, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olmasıdır (m.25). Bu düzenleme ile ahlaka aykırılık düzeyinde olmasa bile, doktrinde dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen davranışların önlenmesi amaçlanmıştır⁴⁸. Genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı mahkemelerce yapılacak olan içerik denetimi yoluyla tespit edilecektir⁴⁹. TKHK'da olduğu gibi kanun koyucu burada da önceden idari merciler tarafından yapılacak bir denetim sistemi getirmemiştir. Denetim ancak yargı mercilerince yapılabilecektir. BKT'da ayrıca haksız şartlar ile ilgili olarak çıkarılan Yönetmelik'ten ve BGB §§308-309'dan farklı olarak detaylı bir şekilde dürüstlük kuralına aykırı olarak kabul edilebilecek halleri saymamıştır. Dürüstlük kuralına aykırı olarak sadece genel işlem şartlarını düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtların geçersiz olması hali örnek olarak verilmiştir (m.24). Burada düzenleme yasağı getirilen sözleşme şartlarının karşı taraf aleyhine olması halinde geçersizlikleri söz konusu olacaktır. Karşı tarafın lehine düzenleme yetkisi veren şartların geçersizliği söz konusu değildir. BKT m.20'nin gerekçesinde, hangi konudaki hükümlerin genel işlem şartı sayılacağı yönünde bir liste vermek yerine, her türden sözleşme hükmünün genel işlem şartlarının kapsamına girmesi halinde, genel işlem şartı sayılacağı belirtil-

47 ALTOP, s. 153.

48 YAVUZ, "Türk Hukukunda...", s. 39.

49 ATAMER, Sözleşme, s. 146.

miştir⁵⁰. Her ne kadar, hazırlayanın, karşı taraf aleyhine kullanabileceği kanuna karşı hile halleri dikkate alınarak bir düzenleme getirilmiş olması genel işlem şartı olarak kabul edilebilecek sözleşme hükümlerinin içerik denetimine tabi tutulmasına imkan verse de, gerek şaşırtıcı şartların belirlenmesinde ve gerekse dürüstlük kuralına aykırı olan şartların tespitinde, hakimlere yol gösterecek örnek olayların kanunla düzenlenmesinin çok faydalı olacağı açıktır. Aksi halde, özel düzenleme getirilmesinin bir manası kalmamış ve şartların geçersizliğinin tespiti hakimnin takdirine bırakılmış olacaktır⁵¹. Burada ifade edilmesi gereken bir diğer husus da “Tek Yanlı Değiştirme Yasası” başlıklı 24. maddenin, m. 25’teki içerik denetiminin somut bir örneği olması nedeniyle, bu maddede yer almasının daha doğru olduğudur⁵².

İçerik denetimi sırasında genel işlem şartlarında yer alan bir hükmün anlamı net bir şekilde anlaşılamiyorsa veya birden fazla anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine olan yorum tercih edilecektir (m.23). BGB §305c/2 hükmünü de uygun olan düzenleme Roma Hukuku’ndan gelen “*in dubio contra stipulatorem*” (sözleşme şüphe halinde düzenleyen aleyhine yorumlanır) ilkesine dayanmaktadır⁵³.

2.BKT Kapsamındaki Haksız Şartların Geçersizliği

Yukarıda belirtildiği gibi, BKT anlamında bir haksız şartın varlığından söz edebilmek için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan birincisi, haksız şartın bir genel işlem şartı olarak ortaya çıkması, diğeri ise, bu tip sözleşme hükümlerinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek şekilde sözleşmenin diğeri tarafının aleyhine olmasıdır. BKT m.21/2’ye göre bu unsurlara sahip bir haksız şart, yazılmamış sayılacaktır. Buradaki “yazılmamış sayılma” kavramını butlan şeklinde ortaya çıkan bir geçersizlik olarak anlamak makul olacaktır. Çünkü genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeler emredici niteliktedir ve bu nitelikteki hukuk kurallarına aykırı düzenlemeler butlanla geçersiz sayılacaktır (BK m.19/2; BKT m.27/1). Sözleşmenin bu şekilde geçersiz sayılan genel işlem şartları dışındaki hükümleri geçerliklerini devam ettireceklerdir (BKT m.22/1). BGB §306’da da aynı prensip benimsenmiş, geçersiz sayılan genel işlem şartları

50 YAVUZ, Borçlar Kanunu...,s. 18.

51 ALTOP, s. 155.

52 ALTOP, s. 155.

53 ATAMER, s.24.

nedeniyle sözleşmede oluşan boşluğun ise kanun hükümleriyle doldurulacağı belirtilmiştir. TTK m.1266/son'da da sigorta poliçelerindeki okunamayan genel işlem şartları yerine kanun hükümlerinin uygulanmasına ilişkin olarak aynı prensip benimsenmiştir. BKT m.22/2'de ise, düzenleyen tarafından yazılmamış sayılan genel işlem şartları olmasaydı asıl sözleşmenin yapılmayacağı ve bu sözleşmeyle bağlı olunmayacağı ileri sürülemeyeceği öngörülmüştür. Bu düzenlemeyle, BGB §306/3 hükmünden ayrılmıştır⁵⁴. Bu şekilde BKT m.27/2 hükmünün kıyasen uygulanması önlenmiş bulunmaktadır⁵⁵. Ancak sözleşmenin diğer tarafının m.27/2 hükmünden yararlandırılarak, sözleşmenin geçersiz sayılan hükümlerinin olmaması halinde sözleşmeyi devam ettirmesinin kendisinden beklene-memesi halinde sözleşme tamamen geçersiz sayılabilmesi mümkün olacaktır⁵⁶.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Görüldüğü gibi bu makalede, TKHK ve BKT'ndaki, haksız şartlara ilişkin düzenlemeler inceleme konusu yapıldı. Bu inceleme neticesinde elde edilen sonuçlar şunlardır:

1. TKHK'daki haksız şartlara ilişkin düzenlemeler tüketicinin taraf olduğu, bireysel veya standart sözleşme şeklinde olsun her türlü sözleşmeye uygulanacaktır. BKT'nda getirilen genel düzenleme ise tüketici sözleşmeleri dışında kalan her türlü sözleşmeye uygulanabilecektir. Ancak bu düzenleme hükümleri, bireysel sözleşmelere değil, genel işlem şartlarının kullanıldığı standart sözleşmelere tatbik edilebilecektir. Haksız şartların varlığına ilişkin içerik denetimi sadece genel işlem şartlarına yapılabilecektir.

2. Haksız şartların varlığının tespitine yönelik olarak TKHK'da sadece yargısal denetimin getirilmesi bize göre bir eksikliktir. Bu sistemin yanında önceden genel işlem şartlarının idari mercilerce incelenmesini temin eden bir izin sisteminin getirilmesinin tüketicilerin standart sözleşmelere karşı daha etkin bir

⁵⁴ BGB §306/3'de sözleşmenin bir kısım hükümlerinin geçersiz olması halinde (ortaya çıkan boşluk kanun hükümleriyle doldurulsa dahi), sözleşmeyi hazırlayan tarafın sözleşmeyi bu şekilde devam ettirmesinin kendisinden beklenemeyecek olması halinde sözleşmenin geçersiz sayılacağı düzenlenmiştir.

⁵⁵ Tasarının "Kesin Hükümsüzlük" başlıklı bu maddesinde, sözleşmenin bazı hükümlerinin geçersiz kılınması halinde, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılıyorsa sözleşmenin tamamının geçersiz olacağı düzenlenmiştir.

⁵⁶ YAVUZ, *Borçlar Kanunu...*,s. 20.

şekilde korunmasını temin edeceğini düşünmekteyiz. Tüketicilerin henüz sahip oldukları hakları çok iyi bilmedikleri ve yeterince aydınlatılmadıkları günümüzde idari bir denetim mekanizmasının oluşturulması sözleşmeyi tek taraflı olarak hazırlayanları daha adil sözleşme şartları hazırlamaya sevk edecektir. TKHK'da bir takım değişiklikler yapılmasını öngören kanun tasarısı taslağında, Bakanlığın ve tüketici örgütlerinin de haksız şartların standart sözleşmelerden çıkartılması için dava açma yetkisi verilmesi önemli bir gelişme olsa da, mahkemelerin iş yoğunluğu ve henüz tüketici mahkemelerinin her yerde kurulamamış olması dikkate alındığında çok da etkin bir koruma getiremeyeceği açıktır.

3. TKHK m.6/3'te "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." İfadesinin, düzenlemenin amacına uygun olarak "Eğer bir sözleşme şartı standart sözleşme içerisinde yer almışsa, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir" olarak değiştirilmesinin daha doğru olacağını düşünmekteyiz.

4. Haksız şartlara ilişkin hazırlanan Yönetmelik Ek'inde haksız şartlara örnek olarak sayılan hususların, TKHK kapsamına alınmasının kanun yazım tekniğine daha uygun olacağını düşünmekteyiz. Ayrıca Yönetmeliğin 7. maddesinde haksız şartların batıl olduğu ve bu hükümler olmadan sözleşme ayakta tutulabiliyorsa sözleşmenin kalan hükümleriyle geçerliğini sürdürdüğü ifade edilmiştir. Yönetmeliğin bu maddesinin, yapılacak bir değişiklikle TKHK 6/2 yerini alması kanun tekniği açısından ve Direktif hükmünün amacına uygunluk açısından daha doğru olacaktır.

5. BKT m.20-25 ile haksız şartlara ilişkin düzenleme çok yerinde olmuştur. İçerik olarak genel anlamda yeterli olmakla beraber, BGB §§ 308-309 ve Yönetmelik Ek'indeki gibi sözleşmedeki haksız şartların örnek olarak sayılmasında, hakimlerin dürüstlük kuralına aykırı durumları ve şaşırtıcı şartları tespit edebilmesi açısından büyük fayda olacağını düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

ARKAN, **Sabih**, **Ticari İşletme Hukuku**, 5. baskı, Ankara, 1999.

ATAMER, Yeşim, **Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları**, İTO Yayınları, Yayın No: 2001-08, İstanbul, 2001.

ATAMER, M Yeşim, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, İstanbul 2001.

- BAHTİYAR, Mehmet, “Genel İşlem Şartlarına Karşı Tüketicinin Korunması”, Yargıtay Dergisi, S,1-2, 1996.
- BAYKAN, Renan, **Tüketici Hukuku, Mevzuata İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri**, İTO yayımları, No: 2005-41, İstanbul, 2005.
- KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan; EMİROĞLU Haluk, “Roma Hukukunda Ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Gabin)”, AUHFD, C.53, S. 01, Yıl 2004.
- EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2008.
- HAVUTÇU, Ayşe, İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir, 2003.
- KADIOĞLU, Kamil, Gerekçeli Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat, Ankara, 2005.
- KÜÇÜKYALÇIN, Arzu, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, AUHFD, C.53, S.4, Yıl, 2004.
- OĞUZMAN Kemal/ ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2005
- ÖZ, Turgut, “Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları”, İKU Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S1, 2004.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1985.
- ULUSAN, İlhan, “Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi”, İKU Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1-2, 2004.
- UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, Rome, 2004
- YAVUZ Cevdet, Borçlar Kanunu (Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, Karşılaştırmalı Liste ile Birlikte), İstanbul, 2006.
- YAVUZ, Cevdet, “Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Bu Yönden Değerlendirilmesi”, Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu, Baku, 2005.
- ZEVKLİLER Aydın, AYDOĞDU, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2004.

www.eur-lex.europa.eu

www.kazanci.com.tr

www.tobb.org.tr