

TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDEKİ HAKSIZ ŞARTLAR (TKHK m. 5)

*Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN**

ÖZET

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 5 ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik (Yönetmelik) tüketici sözleşmelerindeki haksız şartları düzenlemektedir. Bu düzenlemelerle, aynı zamanda Sözleşmelerdeki Haksız Şartlara İlişkin AB Yönergesi de iç hukuka aktarılmaktadır. TKHK m. 5 f. 1’de haksız şartın tanımı yer almaktadır. Buna göre, müzakere konusu yapılmamış bütün sözleşme koşulları denetime tâbi tutulmakta ve böylece tüketici korunmaktadır. TKHK m. 5 ve Yönetmelik yürürlük denetimine ilişkin TBK m. 21 gibi bir hüküm öngörmekle beraber, söz konusu TBK hükmü TKHK m. 5 ve Yönetmelik açısından icabı hâlinde tamamlayıcı bir hüküm olarak uygulanma kabiliyetini haizdir. TKHK m. 5 f. 4 c. 2’de tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartların yorum denetimine ilişkin olarak belirsizlik ilkesi öngörülmektedir. Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar açısından içerik denetimi de mümkündür. TKHK m. 5 f. 1’e göre, tarafların sözleşmeden doğan haklarında ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları haksız şarttır. Yönetmeliğin ekinde yer alan listede sayılan şartlar haksız şart olarak kabul edilir. Keza saydamlık kuralına aykırı şartlar da haksız şarttır. Böyle bir tespit yapılmasının yaptırımını da TKHK m. 5 f. 2’ye göre, söz konusu şartın kesin hükümsüzlüğüdür. Hemen ekleyelim ki böyle bir hükümsüzlük hâlinde sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Ancak, geri kalan sözleşme kesin hükümsüz sayılan hükümler olmadan ayakta kalabilecek durumda olmalıdır.

Anahtar Kelimeler: TKHK m. 5, Tüketici Sözleşmeleri, Haksız Şartlar, Haksız Şartların Denetimi.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Art. 5 des Verbraucherschutzgesetzes (VerbrSchG) und die Verwaltungsverordnung (VerwVO) treffen Regelungen zu missbrauechlichen Klauseln in Verbrauchervertraegen. Dadurch wird die Richtlinie über missbrauechliche Klauseln in Verbrauchervertraegen in das türkische Recht übertragen. In Art. 5 Abs. 1 VerbrSchG wird der Begriff “missbrauechliche Klausel” definiert. Danach werden alle missbrauechlichen Klauseln, die nicht zwischen den Vertragsparteien ausgehandelt

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

worden sind, kontrolliert. Somit ist der Schutz des Verbrauchergewährleistet. Art. 5 VerbrSchG und die VerwVO enthalten keine dem Art. 21 TOGB entsprechende Bestimmung zur Geltungsregelung. Dennoch kann Art. 21 TOGB insoweit gegebenenfalls ergaenzend herangezogen werden. Art. 5 Abs. 4 Satz 2 enthaelt eine Unklarheitenregel für die Auslegung von missbraeuchlichen Klauseln in Verbrauchervertraegen. Hinzu kommt noch, dass die Inhaltskontrolle von missbraeuchlichen Klauseln in Verbrauchervertraegen möglich ist. Vertragsbedingungen, die entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein Ungleichgewicht der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursachen, sind missbraeuchliche Klauseln (Art. 5 Abs. 1 VerbrSchG). Der Anhang der VerwVO enthaelt eine Liste derjenigen Klauseln, die für missbraeuchlich erklart werden. Klauseln, die gegen das Transparenzgebot verstossen, sind missbraeuchlich. Die Rechtsfolge ist dabei ihre Unwirksamkeit (Art. 5 Abs. 2 VerbrSchG). Bei Eintritt dieser Rechtsfolge behalten die übrigen Klauseln weiterhin ihre Geltung, wenn der Restvertrag auch ohne die missbraeuchlichen Klauseln bestehen bleiben kann.

Schlagwörter: Art. 5 Verbraucherschutzgesetz, Verbrauchervertraege, Missbraeuchliche Klauseln, Kontrolle von missbraeuchlichen Klauseln.

I. GİRİŞ

Genel işlem koşulları, endüstri devrimiyle birlikte, yani tarım toplumundan endüstri toplumuna geçiş süreciyle ortaya çıkmıştır¹. Standartlaştırılmış mal ve hizmetlerin kitlesel üretimi ve tüketimi, genel işlem koşullarının aynı biçimde düzenlenmesine ve uygulanmasına sebebiyet vermiştir². Bugün artık, başta bankacılık, sigorta ve ulaşım olmak üzere hemen hemen ekonominin her alanında genel işlem koşulları kullanılmaktadır. Dolayısıyla günümüzde, genel işlem koşulları modern ekonomik hayatın ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır³. Genel işlem koşullarıyla arzu edilen, sözleşmenin yapılması sürecinin yeknesaklaşmasının, tipikleşmesinin ve standartlaşmasının sağlanması ve aynı zamanda sözleşme risklerinin taraflar arasında uygun biçimde dağıtılmasıdır⁴. Ancak, uygulamada daha ziyade ölçsüz şekilde müşteri aleyhine gerçekleşen bir risk dağılımı göze çarpmaktadır⁵. Bu bağlamda genel işlem koşulları kullanan, sözleşme özgürlüğünü tek taraflı olarak karşı tarafın aleyhine kullanmaktadır. Böylece bir sözleşmede amaçlanan tarafların menfaatlerinin dengelenmesi hedefine ulaşılamamaktadır. Bu dengesizliğin giderilmesi ve sözleşmenin zayıf tarafının menfaatlerinin korunması için içerik denetimine gereksinim bulunmaktadır⁶. Bu yüzden, genel işlem koşullarına ilişkin normların koruma amacı, tek taraflı olarak yararlanılan sözleşme düzenleme özgürlüğünün kötüye kullanılmasını önlemektir⁷. Buna karşılık, Sözleşmelerdeki Haksız Şartlara İlişkin 93/13/AET Sayılı AB Yönergesi (Yönerge)⁸ normları özellikle tüketicinin korunmasını hedeflemektedir⁹. Avrupa Birliği Adalet Divanı'na (ABAD) göre, Yönergenin koruma sistemi, tüketicinin girişimciye oranla daha zayıf bir müzakere pozisyonunda bulunması ve daha az bir bilgiye sahip olması düşüncesine dayanmaktadır¹⁰. Ayrıca, söz konusu hükümler sosyal devlet ilkesinin de bir gereğidir¹¹.

¹ MüKoBGB/Basedow, Vor BGB § 305 knr. 1; *Aydın*, s. 25.

² Palandt/*Heinrichs*, Überbl. vor § 305 knr. 4; *Aydın*, s. 25.

³ MüKoBGB/Basedow, Vor BGB § 305 knr. 1; *Aydın*, s. 25.

⁴ MüKoBGB/Basedow, Vor BGB § 305 knr. 3.

⁵ MüKoBGB/Basedow, Vor BGB § 305 knr. 3; *Aydın*, s. 26.

⁶ *O. Werner*, s. 256; *Aydın*, s. 47. Genel işlem koşullarının denetlenmesinin esasları hakkında ayrıntılı olarak bakınız, *Aydın*, s. 43 vd.

⁷ BGH, NJW 1994, s. 2825, 2826; 1999, s. 3558, 3559; *Locher*, s. 18; *Ulmer*, EuZW 1993, 337, 341; *Stoffels*, s. 38 vd. Bu konuda ayrıntılı olarak bakınız *Aydın*, s. 51.

⁸ 5 Nisan 1993 Tarihli 93/13/AET Sayılı Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlara İlişkin Konsey Yönergesi, L 095, 21 Nisan 1993, 0029-0034.

⁹ *Heinrichs*, NJW 1993, s. 1817, 1818; *Hommelhof/Wiedenmann*, ZIP 1993, s. 562, 564; *Ulmer*, EuZW 1993, s. 337, 338.

¹⁰ ABAD, EuZW 2013, s. 464, 466; 2015, s. 327, 328.

¹¹ Bu konuda ayrıntılı olarak bakınız *Aydın*, s. 32 vd.

Genel işlem koşullarının içeriğinin denetiminde bizzatıhi rekabet de yetersiz kalmaktadır, zira fiyat/kalite karşılaştırması yapan tüketici, kendisi için daha elverişli genel işlem koşullarını araştırmaz¹². Dolayısıyla, genel işlem koşullarına ilişkin hükümler ekonomik açıdan piyasa mekanizmasının yetersiz kaldığı durumlarda dengeleyici bir fonksiyon icra eder¹³.

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)¹⁴ m. 5 hükmü ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik (Yönetmelik)¹⁵, haksız şartları düzenlemektedir. Bu düzenlemeler sayesinde Yönerge iç hukuka aktarılmıştır. Ancak hemen şunu vurgulamak gerekir ki, TKHK m. 5 ve Yönetmelik hükümleri sadece standart bir sözleşmede genel işlem koşulları hükmü bulunması durumunda devreye girmez¹⁶. Çünkü TBK düzenlemesine göre denetime tâbi kabul edilen her genel işlem koşulu, TKHK m. 5 ve Yönetmelik açısından da denetime tâbidir; ancak, TKHK m. 5 ve Yönetmelik anlamında denetlenebilen her hüküm, TBK çerçevesinde denetlenemez¹⁷.

Bu çalışmamızda, TKHK m. 5 ve Yönetmelik hükümleri, inceleme konusu yapılmaktadır. İnceleme esnasında Haksız Şartlar Yönergesi'ne ve genel işlem koşullarına ilişkin Alman Medenî Kanunu'ndaki düzenlemelere de değinilecektir. Bu bağlamda, Yönerge hükümlerinin nasıl anlaşılması gerektiği sorusunu cevaplarken, ABAD kararları özel önem arz etmektedir. Bu yüzden, çalışmamızda oldukça aktüel ABAD kararlarına da yer verilmiştir. Aşağıda öncelikle hukuksal ve ekonomik açıdan TKHK m. 5 hükmünün oluşum süreci ve amacı üzerinde durulacaktır. Takiben hükmün sübjektif ve objektif uygulama alanı incelenecektir. Daha sonra ise, genel işlem koşullarının yürürlük, yorum ve içerik denetimi merceğe altına alınacaktır. Varılan neticeler de sonuç kısmında özetlenecektir.

¹² Aydın, s. 48; ayrıca ayrıntılı olarak bakınız *Atamer*, s. 35 vd.

¹³ *Köndgen*, NJW 1989, s. 943, 946; Aydın, s. 48.

¹⁴ RG, 28.11.2013, Sayı: 28835.

¹⁵ RG, 17.6.2014, Sayı: 29033.

¹⁶ Zira Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararında yer alan ifade aksi yönde isabetli olmayan ve hükümlerin uygulama alanını daraltan bir intiba uyandırmaktadır: “*Şu halde hükmün uygulanması alanı, diğer bir ifadeyle haksız şartın tüketiciyi bağlamamasının koşulları, standart bir sözleşmede genel işlem şartının bulunması ve bunun tüketici aleyhine haksız şart içermediğidir*”, Yargıtay HGK, 4.3.2015, E. 2014/13-111, K. 2015/886 (www.kazanci.com) (13.5.2016); aynı şekilde HGK, 27.3.2015, E. 2013/13-1596, K. 2015/1104 (www.kazanci.com) (13.5.2016); HGK, 28.3.2012 E. 2012/13-23, K. 2012/255 (www.kazanci.com) (13.5.2016).

¹⁷ Haklı olarak *Atamer*, Sempozyum, s. 20.

II. NORMUN EKONOMİK VE HUKUKSAL AÇIDAN GELİŞME SÜRECİ

Klâsik liberalizmin herkesçe bilinen ve slogan hâlini almış “bırakınız yap-sınlar, bırakınız geçsinler” politikası hâkim gücün sınırsız kullanılmasına ve suiistimaline yol açmıştır¹⁸. Bu bağlamda tanınmış Alman hukukçusu v. *Gierke*, sözleşme özgürlüğünün güçlünün elinde korkunç bir silah, zayıfın elinde kör bir bıçak olduğunu ve birinin diğerini baskı altına almak için kullandığı bir araç olduğunu çok isabetli ve çarpıcı bir şekilde vurgulamıştır¹⁹. Alman İmparatorluk Mahkemesi, başlangıçta klâsik liberal sözleşme teorisini kabul edip²⁰, irade özerkliğine ve her yerde gerçekleşen serbest rekabete vurgu yaparak genel işlem koşullarının yargı denetimine tâbi tutulmasını reddetmiştir²¹. Buna mukabil neoliberalizm politikasında ise, klâsik liberalizmin “bırakınız yap-sınlar” ilkesi ve irade muhtariyetine dayanan sözleşme düzenleme özgürlüğü gerekli sınırlan-dırmalara tâbi tutulmalıdır²².

Hâkim gücün tek taraflı ve sınırsız olarak kötüye kullanılması hâlinde, rekabetin düzenleyici ve ayar verici fonksiyonu ile de başarı sağlanamamışsa, artık devlet idarî tedbirlerle, kanunî düzenleme ve yargı kararları yardımıyla buna karşı mücadele etmelidir²³. Almanya’da *Müller-Armack*’ın savunduğu sosyal piyasa ekonomisi konsepti ise, sosyo-politik hedefleri daha güçlü vurgu-laması sebebiyle neoliberalizmden ayrılmaktadır²⁴. Alman Federal Mahkemesi 1956 yılında verdiği bir kararla, genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına göre açık içerik denetimini kabul etmiştir²⁵. Mahkeme’nin amacı, rekabetin sağlama-dığı edim ile karşı edim arasındaki dengeyi genel olarak güvence altına al-maktır²⁶. Bu dönüşüm, klâsik liberalizmden neoliberalizme/sosyal piyasa eko-nomisine geçiş ile açıklanabilir²⁷. Çünkü, sosyal piyasa ekonomisi, piyasa eko-nomisine ile sosyal devletin gereklerini bağdaştıran pragmatik bir yaklaşımdır²⁸. Sosyal devletin görevi, sosyal adaletin gerçekleşmesini sağlamaktır²⁹. Alman

¹⁸ O. Werner, s. 163; Aydın, s. 29.

¹⁹ v. Gierke, s. 23.

²⁰ Baudenbacher, s. 255 vd.

²¹ Bunun için Hart, s. 13 vd.

²² O. Werner, s. 166; Aydın, s. 31.

²³ O. Werner, s. 166; Aydın, s. 31.

²⁴ Ayrıntılı olarak bakınız Aydın, s. 31 vd.

²⁵ BGH, NJW 1957, s. 17 vd.

²⁶ Baudenbacher, s. 257; Aydın, s. 34.

²⁷ Hart, s. 40 vd.; Aydın, 34.

²⁸ Tan, s. 166.

²⁹ Raiser, s. JZ 1958, s. 1, 3; Aydın, s. 32.

Federal Mahkemesi'nin genel işlem koşulları alanında açık içerik denetimini kabul etmesiyle birlikte, Alman kanun koyucusu da bu gelişme karşısında sessiz kalmamış ve harekete geçmiştir. Nitekim Almanya'da 1.4.1977 tarihinde yürürlüğe giren Genel İşlem Koşullarının Düzenlenmesine İlişkin Kanun (AGBG) kabul edilmiştir³⁰. Zira sosyal bir devlet düzeni genel işlem koşulları ihtiva eden sözleşmelerde de sözleşme adaletini güvence altına almak zorundadır³¹. Böylece, Alman kanun koyucu, koruma ödevinin gerçekleşmesini önce yargıya bırakmış, sonra Genel İşlem Koşullarının Düzenlenmesine İlişkin Kanunu'nun çıkarılması yoluyla haksız genel işlem koşullarına karşı gerekli önlemleri almıştır³². Alman hukukunda özellikle söz konusu kanunun kabulü, diğer ülkelerdeki genel işlem koşulları alanındaki gelişmeleri de derinden etkilemiştir³³. Bu bağlamda Türk hukuku da bu gelişmelerden etkilenmiş ve ilgili kanun Türk öğretisinde genel işlem koşulları probleminin çözülmesi gerektiği konusunda tartışmaların başlamasında etkin bir rol oynamıştır³⁴. 5 Nisan 1993 tarihinde ise, Sözleşmelerdeki Haksız Şartlara İlişkin 93/13/AET Sayılı AB Yönergesi kabul edilmiştir. Söz konusu Yönergeyi üye devletler iç hukuklarına aktararak genelde gerekli değişiklikleri gerçekleştirmiştir³⁵. Bu durum karşısında, Türk hukukundaki düzenlemelerin yetersizliği son derece dikkat çekmiştir³⁶. Nihayet 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da önemli değişiklikler yapan 4822 Sayılı Kanun'la haksız şartlar ilk defa 2003 yılında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda, madde gerekçelerinde Alman hukukundaki genel işlem koşulları düzenlemelerine dikkat çekilerek, genel işlem koşulları (TBK m. 20-25) düzenlenmiştir. Yine aynı tarihte yürürlüğe giren 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda İsviçre Rekabet Kanunu eski madde 8 hükmüne tekaül eden TTK m. 55 f. 1 bent (f) hükmü kabul edilmiştir. 28.5.2014 tarihinde ise çok daha büyük değişiklikler ve yeniliklerle yürürlüğe giren 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5 hükmü de haksız şartları düzenlemektedir. Madde gerekçesinde "...bu düzenleme ile birlikte 5/4/1993 tarihli Sözleş-

³⁰ Alman Genel İşlem Şartları Kanunu (AGBG), 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukuku Reformu Kanunu (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz=SMG) ile yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu kanunun maddî hukuk hükümleri Alman Medenî Kanunu'na (§§ 305-310 BGB), usûl hukuku hükümleri ise Önleme Davaları Kanunu'na (§§ 1 ve 3-11 UKlaG) aktarılmıştır. Bu konuda ayrıntılı olarak bakınız *Aydın*, s. 11 vd. (SMG öncesi hukukî durum), s. 16 vd. (SMG sonrası hukukî durum).

³¹ Palandt/*Heinrichs*, Überbl. vor BGB § 305 knr. 7.

³² Palandt/*Heinrichs*, Überbl. vor BGB § 305 knr. 7.

³³ v. *Hippel*, s. 121.

³⁴ Bakınız *Aydın*, s. 2 vd., 19 vd., özellikle s. 20 dn. 1.

³⁵ *Atamer*, s. 44 vd.

³⁶ *Atamer*, s. 47 vd.; *Aydın*, 2 vd., özellikle s. 19 vd.; *Havutçu*, s. 67 vd.; *Öz*, s. 134 vd.

melerdeki Haksız Şartlara İlişkin 93/13/AET sayılı AB Yönergesi de iç hukuka aktarılmaktadır” denilmektedir. TKHK m. 5 ve 84’e dayanılarak ise yine Yönergeyi esas alan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır. Haksız şartlar ile ilgili bu düzenlemeler, 1982 Anayasası’nın sosyal devlet ilkesini öngören 2. ve 5. maddelerinin ve özellikle “Tüketicinin korunması” başlığını taşıyan 172. maddenin³⁷ bir gereğidir³⁸.

III. NORMUN FONKSİYONU VE AMACI

TKHK m. 5 ve ilgili Yönetmelik düzenlemeleri ile birlikte Sözleşmelerdeki Haksız Şartlara İlişkin AB Yönergesi iç hukuka aktarılmıştır. Dolayısıyla Türk hukuku, söz konusu Yönerge açısından Avrupa Birliği hukukuna uyum sağlamaktadır. Genel işlem koşullarının kullanılması ile bir taraftan standardizasyon ve rasyonalizasyon sağlanmakta iken, diğer taraftan genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dâhil edilmesiyle kanunlardaki eksiklik ve boşluklar giderilmektedir³⁹. Genel işlem koşulları bu müspet fonksiyonlarının yanı sıra bir dezavantajı da beraberinde getirmektedir; zira genel işlem koşullarını kullananın hukuksal statüsü önemli ölçüde güçlendirilirken, buna karşılık, sözleşmenin diğer tarafı olan tüketicinin hukuksal statüsü ise zayıflatılmaktadır⁴⁰. Bu bağlamda tekrar vurgulayalım ki, genel işlem koşulları kullanan sözleşme özgürlüğünü tek taraflı olarak karşı tarafın aleyhine kullanmaktadır. Böylece bir sözleşmede amaçlanan tarafların menfaatlerinin dengelenmesi hedefine ulaşılamamaktadır. Bu dengesizliğin giderilmesi ve sözleşmenin zayıf tarafının menfaatlerinin korunması için içerik denetimine gereksinim bulunmaktadır⁴¹. Genel işlem koşullarına ilişkin normların koruma amacı, işte tek taraflı olarak kullanılan bu sözleşme düzenleme özgürlüğünün kötüye kullanılmasını önlemektir⁴². Bununla beraber, Yönerge açısından haksız şartlarla ilgili normlar ile özellikle tüketicinin korunması amaçlanmaktadır⁴³. ABAD’a göre, Yönergenin koruma sistemi, tüketicinin girişimciye oranla daha zayıf bir müzakere pozisyonunda bulunması ve daha az bir bilgiye sahip olması düşüncesine

³⁷ “Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder.”

³⁸ Bu konuda ayrıntılı olarak bakınız Aydın, s. 32 vd., özellikle s. 35 vd.

³⁹ Eren, s. 215 vd.; Aydın, s. 25 vd.; Açıkgöz, s. 211.

⁴⁰ Stoffel, s. 30; Aydın, s. 26.

⁴¹ O. Werner, s. 256; Aydın, s. 47. Ayrıca genel işlem koşullarının denetlenmesinin esasları hakkında ayrıntılı olarak bakınız Aydın, s. 43 vd.

⁴² BGH, NJW 1994, s. 2825, 2826; 1999, s. 3558, 3559; Locher, s. 18; Ulmer, EuZW 1993, 337, 341; Stoffels, s. 38 vd. Bu konuda ayrıntılı olarak bakınız Aydın, s. 51.

⁴³ Heinrichs, NJW 1993, s. 1817, 1818; Hommelhof/Wiedenmann, ZIP 1993, s. 562, 564; Ulmer, EuZW 1993, s. 337, 338.

dayanmaktadır⁴⁴. Alman hukukçu *Grunsky*'e göre de rekabet sadece bir malın kalite ve fiyatına değil, aynı zamanda genel işlem koşullarının içeriğine de yeterli derecede etki edebilecek durumdadır⁴⁵. Yazara göre, bu etki sadece tüketicilerin rekabet bilincine sahip olması durumunda gerçekleşebileceğinden, genel işlem koşullarının temel sorunu da bu bilincin uyandırılmasından ibarettir⁴⁶. Ancak tüketicinin gayreti fiyat/kalite karşılaştırması şeklinde gerçekleşir, tüketici genel işlem koşullarını karşılaştırmaz, zira o, kural olarak sorunsuz bir sözleşme akdettiği düşüncesinden hareket eder⁴⁷. Bu yüzden de genel işlem koşullarına ilişkin hükümler ekonomik açıdan piyasa mekanizmasının yetersiz kaldığı durumlarda dengeleyici bir fonksiyon icra eder⁴⁸. Her ne kadar tüketici müzakere edemiyorsa da, kendisi için daha elverişli genel işlem koşulları kullananın teklifini kabul etmekte özgürdür. Dolayısıyla burada rekabet vardır fakat işlemez, çünkü tüketici ne genel işlem koşullarını okur ne de onları karşılaştırır⁴⁹. Ayrıca haksız şartla ilgili düzenlemeler, 1982 Anayasası'nın sosyal devlet ilkesini öngören 2. ve 5. maddelerinin ve özellikle "Tüketicinin korunması" başlığını taşıyan 172. maddenin bir gereğidir⁵⁰.

IV. NORMUN SÜBJEKTİF VE OBJEKTİF UYGULAMA ALANI

TKHK m. 5'teki tüketici sözleşmelerinde haksız şartların denetimine geçmeden önce, normun sübjektif ve objektif uygulama alanı üzerinde durulması faydalı olacaktır.

1. Sübjektif Uygulama Alanı

Haksız şartlara ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için, taraflardan birini girişimci (satıcı/sağlayıcı), diğerini ise tüketicinin oluşturduğu bir tüketici sözleşmesinin varlığı aranır⁵¹. TKHK m. 3 bent (k) hükmüne göre tüketici, "*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi*" ifade eder. Buna göre özel amaçlarla, yani kişisel, özel, ailevî kullanım için işlemi yapan herkes, tüketici sıfatını taşır⁵². ABAD kararına göre de, avukatlık yapan

⁴⁴ ABAD, EuZW 2013, s. 464, 466; 2015, s. 327, 328.

⁴⁵ *Grunsky*, BB 1971, s. 1113, 1116 vd. Bu görüşün eleştirisi için bakınız *Atamer*, s. 37 vd.; *Aydın*, s. 48.

⁴⁶ *Grunsky*, BB 1972, 189, 190; aynı yazar BB 1971, s. 1113, 1117.

⁴⁷ *Aydın*, s. 48; ayrıca ayrıntılı olarak bakınız *Atamer*, s. 37 vd.

⁴⁸ *Köndgen*, NJW 1989, s. 943, 946; *Aydın*, s. 48.

⁴⁹ *Köndgen*, NJW 1989, s. 943, 946 vd.

⁵⁰ Bu konuda ayrıntılı olarak bakınız *Aydın*, s. 32 vd., özellikle s. 35 vd.

⁵¹ Ayrıntılı olarak *Aydın*, 57 vd.; *Çınar*, s. 35 vd.

⁵² BeckOK BGB/*Bamberger*, BGB §13 knr. 9; *Ozanoğlu*, s. 72.

bir gerçek kişinin bir banka ile yaptığı kredi sözleşmesinde, bu sözleşmenin avukatın meslekî faaliyetiyle bir bağlantısının olmaması kaydıyla, avukat Yönerge m. 2 bent (b) anlamında tüketici olarak kabul edilebilir⁵³.

Türk hukuku açısından tüketici vasfını taşıyabilecek tüzel kişilerin sınırlı sayıda olacağını (örneğin ticarî işletme işletmeyen dernekler, vakıflar) belirtmek icap eder⁵⁴. Zira TTK m. 3'e göre, "Bu kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir". Bu sebeple tacir niteliğindeki tüzel kişiler tüketici olarak kabul edilmemektedir⁵⁵. Gerçek kişi tacirler açısından ise şöyle bir ayırım yapmak gerekir: Eğer, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirmiş veya işin ticarî sayılmasına durum elverişli değilse borç, adı borç sayılır (TTK m. 19 f. 1 c. 2). Doğal olarak da bu gibi işlemlerde, tacirin tüketici vasfı taşıyacağı kabul edilmektedir⁵⁶.

Özellikle karma amaçlı işlemler açısından, tüketici vasfının mevcut olup olmadığı sorusu önem arz etmektedir. AMK §13'ün öngördüğü tüketici tanımına yeni bir düzenleme⁵⁷ ile "ağır basan" kelimesi eklenerek soru cevaplanmaya çalışılmıştır. Böylece karma amaçlı işlemlerde, baskın olan amaca göre tüketici vasfının kabul edilmesi yönündeki hâkim görüş⁵⁸, yani "dual use" açıkça kanunen kabul edilmiştir⁵⁹. Alman hukukunda böyle bir çözüm bulunmakla beraber, sorun tamamen ortadan kalkmamıştır⁶⁰. Türk hukukunda da karma amaçlı işlemlerde tüketici vasfının söz konusu olup olamayacağı sorusunun cevabını ararken, kriter olarak "ağır basan" amaca göre karar verilmesi yerinde olur⁶¹.

TKHK'da girişimci kavramı son değişiklikte de kullanılmamıştır. Bunun yerine satıcı, sağlayıcı kavramları kullanılmaya devam edilmektedir. TKHK m. 3 bent (1) hükmüne göre sağlayıcı, "Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi" ifade eder. TKHK m. 3 bent (i) hükmüne göre ise satıcı, "Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi" ifade eder. Her ne kadar

⁵³ ABAD, EuZW 2015, s. 767, 768.

⁵⁴ Gümüş, s. 30; bu konuda ayrıntılı olarak bakınız Aslan, s. 7 vd.

⁵⁵ Haklı olarak Aslan, s. 7.

⁵⁶ Haklı olarak Aydoğdu, s. 62; Aslan, s. 8.

⁵⁷ 13.6.2014 tarihinden itibaren geçerli olan AMK § 13.

⁵⁸ Örneğin OLG Celle, NJW-RR 2004, s. 1645; HK-BGB/Dörner, BGB § 14 knr. 2.

⁵⁹ Wendehorst, NJW 2014, s. 577.

⁶⁰ Bu konuda bakınız Wendehorst, NJW 2014, s. 577.

⁶¹ Ozanoğlu, s. 61; Aydın, s. 59.

kanun koyucu tarafından gerek satıcı gerekse sağlayıcı tanımlarında “ticari veya mesleki amaçlarla” ifadesi kullanılmış olsa da, bunu önceki 4077 Sayılı TKHK’da satıcı ve sağlayıcı tanımlarında kullanılan “ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında” [eski TKHK m. 3 bent (f) ve (g)] ifadesi şeklinde anlamak isabetli olur⁶². Zira bu ifade Yönerge m. 2 bent (c) hükmüne de uygundur.

2. Objektif Uygulama Alanı

TKHK m. 5 hükmü ve Yönetmelik hükümlerinin uygulanabilmesi için bir tüketici sözleşmesinin mevcudiyeti⁶³ ve bu tüketici sözleşmesinde müzakere konusu yapılmamış sözleşme koşullarının varlığı gerekmektedir.

TKHK m. 3 bent (1) hükmüne göre tüketici işlemi, “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil 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, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*” ifade eder. 6502 Sayılı TKHK’nın bu tanımlamasında bir taraftan her türlü sözleşme kavramı kullanılırken, diğer taraftan eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık sözleşmeleri zikredilmektedir. Tanımların düzenlendiği 6502 Sayılı TKHK madde 3’ün gerekçesinde, kanun koyucu tarafından tüketici işleminin yeniden tanımlandığı belirtilerek, böylece uygulamada ortaya çıkan ve tüketici sözleşmelerinin kapsamını daraltan yorumların da önüne geçilmiş olacağı haklı olarak ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu sözleşmelerin açıkça ismen sayılmasının sebebi sadece söz konusu tereddütleri gidermektedir⁶⁴. ABAD kararına göre, avukatın tüketici sayılabilen gerçek bir kişiyle yaptığı hukuksal hizmetlere ilişkin matbu sözleşmelere Yönerge uygulanabilir, zira bu durumda ortada bir tüketici sözleşmesi mevcuttur⁶⁵. Ayrıca, 6502 Sayılı TKHK’nın kapsamına ilişkin olarak, 4077 Sayılı TKHK hükümlerinden farklı şekilde, ikinci el satışlar için öngörülen düzenleme önemli bir yenilik niteliği taşımaktadır. TKHK m. 12 f. 2 hükmüne göre, “*Bu Kanunun 10’uncu maddesinin üçüncü fıkrası saklı olmak üzere ikinci el satışlarda satıcının ayıplı maldan sorumluluğu bir yıldan, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallarda ise üç yıldan*

⁶² Ayrıntılı olarak bakınız *Gümüş*, s. 14 vd.

⁶³ “...[E]sasen davalı sigorta şirketi ile davacı arasında akdedilmiş her hangi bir sigorta sözleşmesi bulunmamaktadır...[T]alebin trafik kazası sebebiyle maruz kalınan maddi tazminatının sigorta şirketinden tahsili istemine dair olduğu, davanın, *Türk Ticaret Kanununun 1483 vd. maddelerinde sayılan hususlardan olduğu anlaşılmaktadır*”, Yargıtay 20. HD., 25.1.2016, E. 2015/10692, K. 2016/851 (www.kazanci.com) (13.5.2016). Aynı şekilde, 17. HD., 25.12.2014, E. 2014/19811, K. 2014/19498 (www.kazanci.com) (13.5.2016).

⁶⁴ Haklı olarak *Aslan*, 10.

⁶⁵ ABAD, EuZW 2015, s. 327, 328.

az olamaz”. Ancak burada söz konusu olan ikinci el satış, ticarî bir satışır⁶⁶. Zira ikinci el satışlarda da TKHK anlamında bir tüketici sözleşmesinin varlığı aranacaktır.

Yönerge m. 3 f. 1’i iç hukuka aktaran TKHK m. 5 f. 1’e göre, “*Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır*”⁶⁷. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, sadece müzakere edilmemiş sözleşme şartları denetlenir⁶⁸. Girişimcinin kanunî düzenlemeden sapan sözleşme şartlarında yer alan içeriği ciddi şekilde tartışmaya açmış olması ve tüketicinin de fiilî olarak içeriğe etki etme imkânına sahip olması durumunda, müzakerenin varlığı kabul edilebilir⁶⁹. Bunun için bir taraftan girişimcinin ciddi ve kuşku içermeyecek bir şekilde sözleşme koşullarını müzakereye ve onları değiştirmeye hazır olması gerekir⁷⁰. Diğer taraftan ise, tüketicinin, sözleşme şartlarını anlayabilecek ve değişiklik teklifinde bulunabilecek ölçüde bilgi birikimine sahip olması ya da profesyonel destek alması icap eder⁷¹. Yönerge m. 3 f. 2 c. 1’e paralel olarak TKHK m. 5 f. 3 c. 1’e göre, “*Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir*”. Buradaki standart sözleşme kavramı genel işlem koşulları kullanılarak içeriği belirlenen sözleşmeyi ifade etmektedir⁷². Zira sözleşme şartlarının sözleşme tarafları arasında münferiden müzakere edildiği durumlarda, genel işlem koşullarının varlığı kabul edilmez (AMK §305 f. 1 c. 3). Bu yüzden, Yönerge m. 3 f. 2 c. 3’e uygun olarak TKHK m. 5 f. 3 c. 2’ye göre, “*Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden*

⁶⁶ “İkinci el ticari satımlar AB Yönergesi kapsamındadır. Üye ülkelerin sadece açık artırma ile satılan ikinci el nesnelere kapsam dışı bırakma (1999/44/AT Sayılı Yönerge m. 1/(3)) ve ayıptan sorumluluğa ilişkin zamanaşımı süresini 1 yıla indirme konusunda bir serbestisi vardır (1999/44/AT Sayılı Yönerge m. 7/(1)). Onun dışında Yönergedeki bütün hakların ikinci el ticari satıma taraf olan tüketiciye de tanınması gerekir. Nitekim 6502 sayılı kanun da m. 12, f. 2’de açıkça ikinci el satımdan bahsetmekte ve bu tür satımlarda zamanaşımı süresinin 1 yıl olduğunu saptamaktadır”, *Atamer/Baş*, s. 28 dn. 21.

⁶⁷ İsviçre hukukunda da artık benzer bir hüküm yer almaktadır. Haksız İşlem Koşulları başlıklı İsviçre Haksız Rekabet Kanunu yeni m. 8 hükmüne göre, “*Özellikle dürüstlük kuralını ihlâl edecek şekilde tüketicilerin aleyhine sözleşmesel haklar ve yükümlükler arasında önemli ve haksız bir orantısızlık öngören genel işlem koşulları kullanan kimsenin davranışı haksız davranış sayılır*”.

⁶⁸ Bu konuda bakınız *Atamer*, Armağan, s. 295 vd.; *Aydın*, s. 62 vd.; *Açıkgöz*, s. 327 vd.

⁶⁹ BGH NJW 1998, s. 2600, 2601; *Stoffels*. 66; *AnwKomm/Heinrichs*, BGB § 305 knr. 5; *Aydın*, s. 62.

⁷⁰ BGH NJW 1983, 1603; *Erman/S. Roloff*, BGB § 305 knr. 18.

⁷¹ *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 243; *Atamer*, Armağan, s. 297; *Açıkgöz*, s. 329.

⁷² *Atamer*, Armağan, s. 299 dn. 32; *Wolf/Horn/Lindacher*, Art. 3 RiLi knr. 17.

*müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür*⁷³. Ayrıca, Yönerge m. 3 f. 2 c. 2'ye paralel olarak TKHK m. 5 f. 3 c. 3'e göre, "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". Yönerge doğrultusunda, TKHK m. 5 ve Yönetmelik müzakere konusu yapılmamış bütün sözleşme koşullarını, genel işlem koşulları içinde yer alsın almasın, denetime tabî tutmakta ve tüketiciyi korumaktadır⁷⁴. Çünkü özellikle vurgulamak gerekir ki, içerik denetimi ve sonuçları bir defa kullanılmak üzere önceden formüle edilmiş sözleşme şartları için de geçerlidir⁷⁵. Böylelikle, Yönerge, Alman Kanunu'nun genel işlem koşullarının kitlesel kullanılmasına yönelmiş uygulama alanı ile 1978 tarihli Fransa Kanunu'nun münferit olarak müzakere edilmiş bireysel sözleşmelerin haksız şart denetimini öngörmesi arasında uzlaşmacı bir çözüm benimsemiştir⁷⁶. Zira bir taraftan bireysel sözleşmede önceden formüle edilen hükümlerin genel işlem koşulları denetimi yapılması açısından Fransa hukuku takip edilirken, diğer taraftan bireysel olarak müzakere edilmiş sözleşmelerin haksızlık denetimi dışında kalması açısından da Alman hukuku takip edilerek bir orta yol bulunmuştur⁷⁷. Oysa Türk Borçlar Kanunu'na göre sadece genel işlem koşulları denetlenebilir. Zira TBK m. 20'ye göre, "Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir". Bu durumda bu madde anlamında denetime tâbi kabul edilen her genel işlem koşulu, TKHK m. 5 ve Yönetmelik açısından da denetime tâbidir; ancak, TKHK m. 5 ve Yönetmelik anlamında denetlenebilen her hüküm, TBK m. 20 çerçevesinde denetlenemez⁷⁸. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında⁷⁹, "...4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4822 Sayılı Kanunla değişik 6. maddesi ile, Avrupa Konseyi'nin 05.04.1993 tarihli, 1993/13/AET Yönergesinde ve bu yönergeyi iç

⁷³ "...[D]avalı bankanın söz konusu hükmün müzakere edildiğini ispat da edememesi...", Yargıtay HGK, 28.1.2015, E. 2014/13-596, K. 2015/792 (www.kazanci.com) (13.5.2016).

⁷⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 240 vd.; WolffHorn/Lindacher, Art. 1 RiLi knr. 30; Atamer, Armağan, s. 296, 328; Havuççu, İzBD 2011/2, s. 36; Aydın, s. 62; Çınar, s. 46 vd.; Uluşan, s. 37; Akçaal, s. 51 vd.; Açıköz, s. 246, 332; Başalp, s. 30; aksi görüş burada sadece haksız genel işlem koşullarının denetlenmesinin söz konusu olduğu yönünde Aydoğdu, Genel İşlem Koşulları, s. 174 vd.

⁷⁵ MüKoBGB/Basedow, BGB § 310 knr. 67.

⁷⁶ MüKoBGB/Basedow, BGB § 310 knr. 67.

⁷⁷ MüKoBGB/Basedow, BGB § 310 knr. 67.

⁷⁸ Haklı olarak Atamer, Sempozyum, s. 20.

⁷⁹ Yargıtay HGK, 4.3.2015, E. 2014/13-111, K. 2015/886 (www.kazanci.com) (13.5.2016); aynı şekilde HGK, 27.3.2015, E. 2013/13-1596, K. 2015/1104 (www.kazanci.com) (13.5.2016).

hukuklarına aktaran Avrupa Birliği ülkelerinde, standart sözleşmelerde yer alan hükümlerin ve özellikle bu sözleşmelerin içeriğini oluşturan genel işlem koşullarının, haksız şart olduğuna ilişkin bir karine öngörülmüştür” şeklinde bir ifade söz konusudur. Bu isabetli ifade tarzından sonra, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun aynı kararında⁸⁰ TKHK’nın haksız şart hükmünün uygulanmasına ilişkin olarak, “*Şu halde hükmün uygulanması alanı, diğer bir ifadeyle haksız şartın tüketiciyi bağlamamasının koşulları, standart bir sözleşmede genel işlem şartının bulunması ve bunun tüketici aleyhine haksız şart içermesidir*” şeklindeki ifadesi ise yanlış anlaşılmaya sebebiyet verebilecek niteliktedir. Zira buradan TKHK m. 5 ve Yönetmelik hükümlerinin sadece standart bir sözleşmede genel işlem koşulları hükmü bulunması durumunda devreye girmesi gerektiği gibi bir sonuç çıkarılabilir. Hâlbuki Yönerge, dolayısıyla TKHK m. 5 ve Yönetmelik, genel işlem koşulları niteliği taşımayan ancak müzakere konusu yapılmamış olan bütün sözleşme koşullarının denetimi için uygulanır⁸¹. Dolayısıyla Yönerge, TKHK m. 5 ve Yönetmelik hükümlerinin uygulanabilmesi için sözleşme şartının müzakere edilmemiş olması gerekli iken, söz konusu sözleşme şartının birden fazla defa kullanımı ise gerekli değildir⁸².

V. HAKSIZ ŞARTLARIN DENETİMİ

Genel işlem koşullarının denetiminde yürürlük, yorum ve içerik olmak üzere üç aşama söz konusudur. Aşağıda bu aşamalara değinilecektir.

1. Yürürlük Denetimi

Yürürlük denetimi kapsamında öncelikle genel işlem koşullarının, sözleşmenin içeriğine dâhil olup olmadığı sorusuna cevap bulunmaya çalışılır.

a) Genel İşlem Koşullarının Hukukî Niteliği

Haksız şartların yürürlük denetimine geçmeden önce, genel işlem koşullarının hukukî niteliği üzerinde kısaca durmak uygun olur. Azınlıkta kalan bir görüşe göre, genel işlem koşulları norm olarak nitelendirilmektedir (norm görüşü)⁸³. Bizim de katıldığımız çoğunluk görüşüne göre ise, genel işlem koşulları hukuk normları değildir; bilâkis genel işlem koşullarının geçerliliği hukukî işlem temeline dayanmaktadır. Genel işlem koşullarının sözleşmenin bir parçası

⁸⁰ Yargıtay HGK, 4.3.2015, E. 2014/13-111, K. 2015/886 (www.kazanci.com) (13.05.2016); aynı şekilde HGK, 27.3.2015, E. 2013/13-1596, K. 2015/1104 (www.kazanci.com) (13.5.2016); HGK, 28.3.2012, E. 2012/13-23, K. 2012/255 (www.kazanci.com) (13.5.2016).

⁸¹ *Atamer*, Armağan, s. 296, 328.

⁸² *Wolf/Horn/Lindacher*, Art. 1 RiLi knr. 30; *Aydın*, s. 62.

⁸³ Norm teorisi ve bu teoriyi savunan yazarlar hakkında bakınız, *Atamer*, s. 77 vd.; *Aydın*, 66 vd.; *Çınar*, s. 59 vd.; *Havutçu*, s. 93 vd.

olması için, bunların sözleşme içeriği olacağı hususunda tarafların irade beyanlarının uyuşması gerekir (sözleşme teorisi)⁸⁴. Bu durumda genel işlem koşullarının sözleşmenin bir parçası olması için sözleşmeye ilişkin TBK genel hükümleri ve genel hükümleri tamamlayıcı yürürlük hükümleri uygulanır.

b) Genel İşlem Koşullarının Sözleşmenin İçeriğine Dâhil Olması

TKHK ve Yönetmelik, yürürlük denetimi açısından TBK m. 21, AMK §§ 305 f. 2, 305c f. 1'in aksine, genel hükümleri tamamlayıcı yürürlük hükümleri öngörmemektedir. Ancak her ne kadar TKHK m. 5 ve Yönetmelik yürürlük denetimine ilişkin TBK m. 21 gibi bir hüküm öngörmese de, söz konusu TBK m. 21 hükmünün yürürlük denetimi açısından genel işlem koşulları içeren tüketici sözleşmeleri için de tamamlayıcı olarak devreye girmesi mümkündür⁸⁵. Çünkü TKHK m. 83'e göre, "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler uygulanır." Eren'in haklı olarak ifade ettiği şekilde, "Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan genel işlem koşulları ile ilgili hükümler caiz ve uygun olduğu ölçüde tüketici sözleşmelerine de uygulanabilir"⁸⁶. TBK m. 21'e göre ise, "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 (f. 1). Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır (f. 2)". Genel işlem koşullarının tüketici sözleşmesinin bir parçası olabilmesi için, girişimcinin tüketiciyi genel işlem koşulları kullanıldığı hususunda açıkça uyarması, tüketiciye bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlaması ve tüketicinin de bu koşulları kabul etmesi icap eder⁸⁷. Kullananın, tüketiciye genel işlem koşullarının içeriği hakkında bir bilgi verme zorunluluğu yoktur; uyarı ve metni

⁸⁴ Eren, s. 218; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 157; Atamer, s. 78 vd.; Aydın, s. 68; Çınar, s. 60 vd.; Havuççu, s. 102 vd.; Topuz, s. 1141 vd.; Açıkgöz, s. 216 vd. Alman Medenî Kanunu genel işlem koşulları normları gerek lâfzen gerek sistematik olarak sözleşme teorisini açıkça benimsemektedir, Aydın, 69. Nitekim, Alman kanun koyucu AMK § 305 f. 2 ile genel işlem koşullarının sözleşme içeriği olması konusunda AMK temelinde yatan hukukî işlemin ölçü alındığı sözleşme iradesini tekrar hâkim kılmak istemiştir, Aydın, s. 69; Atamer, s. 79. Hattâ, genel işlem koşulları hukukunun sözleşme hukuku içinde yer alması, Borçlar Hukuku Reformu Kanunu (SMG) yoluyla Alman Genel İşlem Koşullarının Düzenlenmesine İlişkin Kanun'un (AGBG) maddî hükümlerinin Alman Medenî Kanunu'nun (BGB) ikinci kitabına (Borç İlişkileri Hukuku) aktarılmasında önemli bir neden teşkil etmektedir, Stoffels, s. 47; Aydın, s. 69.

⁸⁵ Atamer, Armağan, s. 328 vd.; Çınar, s. 69; Aydoğdu, Genel İşlem Koşulları, s. 173; Açıkgöz, s. 255.

⁸⁶ Eren, s. 217.

⁸⁷ Genel işlem koşullarının yürürlük denetimi hakkında ayrıntılı olarak bakınız, Atamer, s. 81 vd.; Aydın, s. 69 vd.; Çınar, s. 67 vd.; Topuz, s. 1138 vd.; Yelmen, s. 81 vd.

öğrenme/okuma imkânı vermesi yeterlidir⁸⁸. Bu hüküm, AMK § 305 f. 2'ye benzemekle beraber, hükmün onunla tamamen örtüştüğünü söylemek güçtür⁸⁹. Nitekim AMK § 305 f. 2'ye göre, “Eğer kullanan, sözleşmenin yapılması esnasında karşı tarafı açıkça ya da açıkça uyarı sözleşmenin kurulması şeklinden dolayı ancak ölçüsüz güçlükler altında imkân dâhilinde ise, sözleşmenin kurulduğu yerde bunların açıkça görülebilir ilânı vasıtasıyla uyarıyorsa ve kullanan, karşı tarafın fark edilebilir bedensel engellerine uygun bir şekilde riayet ederek, kendisinden beklenebilir şekilde karşı tarafa bunların içeriği hakkında bilgi edinme imkânı sağlarsa ve eğer karşı taraf da genel işlem koşullarının uygulanmasını kabul ederse, genel işlem koşulları sözleşme kapsamına dâhil olur.” AMK, istisnâ olarak sözleşmenin yapıldığı yerde açık bir şekilde görülebilir uyarıyı kabul etmektedir; ilânın, merkezi, yani her taraftan görülebilir bir yerde olması yeterlidir⁹⁰. TBK açısından da, metni müşteriye vermenin ticarî hayatın gerekliliğine tamamen yabancı olduğu durumlarda kanunun ifadesi geniş yorumlanarak, açık uyarının ilânla gerçekleştiği kabul edilebilir⁹¹. Yine AMK genel işlem koşulları kullananın müşterinin fark edilebilir bedensel engellerine riayet etmesi gerektiğini öngörmektedir. Bu hüküm korunma gereksinimi olan, özellikle engelli müşterilerin korunmasına katkı sağlamaktadır⁹². Bu katkı sayesinde, özellikle görme engelli müşterilerin, örneğin “Braille alfabesi” ile genel işlem koşullarının içeriğine kolayca ulaşması imkân dâhilinde olacaktır⁹³. Genel işlem koşulları okunabilir ve anlaşılabilir olmalıdır⁹⁴. Okunabilirlikten kasıt, zahmetsizce yani yazı büyüklüğü ve baskı kalitesi bakımından bir merceğe ihtiyaç olmaksızın çıplak gözle okunabilirliktir⁹⁵. Anlaşılabilirlikten kasıt ise, hukuk bilgisi olmayan ortalama bir müşterinin anlayabileceği bir biçimde genel işlem koşullarının kaleme alınmasıdır⁹⁶. Bu açıklamalar doğrultusunda, TKHK, yazılı tüketici sözleşmeleri açısından okunabilirlik ve anlaşılabilirlik hususunda temel bir ilke öngörmektedir: “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 nüs-

⁸⁸ Atamer, Sempozyum, s. 28 vd.

⁸⁹ Bu konuda bakınız, Atamer, Armağan, s. 324 vd.; aynı yazar, Sempozyum, s. 28 vd.; Aydın, s. 146 vd.

⁹⁰ Aydın, s. 70 vd.

⁹¹ Atamer, Sempozyum, s. 29; Havutçu, İzBD 2011/2, s. 39.

⁹² AnwKomm/Heinrichs, BGB § 305 knr. 8; Aydın, s. 71.

⁹³ Aydın, s. 71.

⁹⁴ Bu konuda ayrıntılı olarak bakınız Aydın, s. 71 vd., 76.

⁹⁵ Aydın, s. 71. Nitekim “Almanya’da ... halk dilinde “Kleingedrucktes” (küçük harfle basılmış) deyimini doğmuştur (Bizdeki karşılığıyla “karınca duası gibi”); Hatemi/ Gökyayla, s. 61.

⁹⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 234; Atamer, s. 209; Aydın, 71 vd.

hası kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilir” (TKHK m. 4 f. 1). Bu temel ilke, tüketici sözleşmelerinde yer alacak genel işlem koşulları açısından da geçerli olacaktır.

TBK m. 21 f. 1’in öngördüğü şartlar gerçekleşse bile, şaşırtıcı hükümler sözleşmenin bir parçası olamaz. Zira tüketicinin kabul beyanı, şaşırtıcı hükümleri kapsamaz⁹⁷. “Global kabul”⁹⁸ durumunda şaşırtıcı hükümler söz konusu olabilir. Böyle hükümlerde, objektif açıdan bir olağandışılık ve sübjektif açıdan ise bir şaşırma söz konusu olmalıdır⁹⁹. Olağandışı hüküm işleme yabancı hükmüdür¹⁰⁰. Sözleşmenin tümü dikkate alındığında işlem hayatı açısından normal sayılandan farklı bir hükmün varlığı icap eder¹⁰¹. Tüketicinin beklentilerinden açık bir sapma olağandışı olarak görülebilir¹⁰². Burada ölçü, ortalama müşteri çevresinin böyle bir hükmü hesaba katmak zorunda olup olmadığıdır¹⁰³. Şaşırtıcı olma ise, tüketicinin böyle bir hükmü hesaba katmak zorunda olmamasıdır¹⁰⁴. Tüketicinin beklentisi ile hükmün içeriği arasında önemli bir uyumsuzluk vardır; söz konusu hüküm, gafil avlama ya da kandırma etkisine sahip olmalıdır¹⁰⁵. Burada hükmün şaşırtıcı olup olmadığı, kural olarak tipik ortalama müşteriden beklenen idrak kabiliyetine göre değerlendirilir¹⁰⁶. Konuyla ilgili olarak TBK m. 21 f. 2 şu hükmü öngörmektedir: “Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.” Kanun koyucu madde gerekçesinde, bu fıkranın gerekçesini “...Alman Medenî Kanunu’nun (BGB) 305c maddesinde olduğu gibi, şaşırtıcı kuralların sözleşmenin içeriğinden sayılmaması ilkesi benimsenmiştir” şeklinde ifade etmektedir. Bu yüzden, TBK m. 21 f. 2’ye ilişkin olarak sözleşmenin niteliğine yabancı her hükmün otomatik olarak sözleşmeden çıkarılması, deyim yerindeyse dışlanması doğru

⁹⁷ AnwKomm/Heinrichs, BGB § 305c knr. 1.

⁹⁸ Tüketiciler genellikle genel işlem koşullarını okumadan ve anlamadan bunların sözleşme içeriği olmasına onay vermektedir. İşte bu durum doktrinde “global kabul” olarak adlandırılmaktadır. Kocayusufoşaoğlu, s. 236; Atamer, s. 102; Havutçu, s. 112; Antalya, s. 307; Aydın, s. 77; Topuz, s. 1147; Açıkgöz, s. 268 dn. 346; Yelmen, s. 90 vd.; Başalp, s. 34 dn. 114. Buna mukabil, tüketicinin genel işlem koşullarının bütünü okuyup anlayarak bunların sözleşme içeriği olmasına onay vermesi ise “tam kabul” olarak isimlendirilmektedir, Atamer, s. 102; Havutçu, s. 111; Antalya, s. 307; Topuz, s. 1147; Açıkgöz, s. 267 dn. 345.

⁹⁹ Palandt/Heinrichs, BGB § 305c knr. 3, 4; Locher, s. 57; Aydın, s. 74, 77 vd.

¹⁰⁰ Kocayusufoşaoğlu, s. 238; Atamer, s. 111; Havutçu, s. 136 vd.; Aydın, s. 77; Topuz, s. 1151.

¹⁰¹ Atamer, s. 111; aynı yazar, Sempozyum, s. 30.

¹⁰² BGH NJW 1990, s. 576, 577; Erman/S. Roloff, BGB § 305c knr. 9.

¹⁰³ Erman/S. Roloff, BGB § 305c knr. 9.

¹⁰⁴ Palandt/Heinrichs, BGB § 305c knr. 4.

¹⁰⁵ Locher, s. 58; Palandt/Heinrichs, BGB § 305c knr. 4; Aydın, s. 74.

¹⁰⁶ BGH, NJW 1995, s. 2637, 2638; Palandt/Heinrichs, BGB § 305c knr. 4.

değildir¹⁰⁷. Zira şaşırtıcı hükümler tüketicinin bunların kullanılmasını hesaba katamayacağı hâllerde sözleşme içeriği olamaz¹⁰⁸. Dolayısıyla TBK m. 21 f. 2'deki düzenlemenin sübjektif unsur açısından eksik kaldığı ifade edilebilir¹⁰⁹.

c) Genel İşlem Koşullarının Sözleşmenin İçeriğine Dâhil Olamamasının Sonuçları

TBK m. 21 f. 1 ve 2'de öngörülen koşullara uyulmazsa, ilgili hükümlerde genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağı düzenlenmektedir. Ayrıca TBK m. 22, "Yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi" başlığı altında şu hükmü öngörmektedir: "Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süreremez." Öncelikle TBK m. 21 f. 1 ve 2'de kullanılan yazılmamış sayılma terimi isabetli değildir; zira burada kastedilen genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması değil, bunların sözleşmenin içeriği olamayacağıdır¹¹⁰. Bu nedenle *Atamer*'in haklı olarak ifade ettiği üzere, burada söz konusu olan problem sözleşmenin baştan eksik ve tamamlanmaya muhtaç şekilde kurulmuş olmasıdır; yoksa bir butlan/geçersizlik sorunu değildir¹¹¹. TBK m. 27 f. 2'nin uygulanması

¹⁰⁷ *Atamer*, Armağan, s. 325; *Aydın*, s. 146.

¹⁰⁸ *Atamer*, Armağan, s. 325.

¹⁰⁹ *Atamer*, Armağan, s. 325; *Aydın*, s. 74, 77 vd., 146; *Topuz*, s. 1151. Aksi görüş: "Kaydın yabancı olması sebebiyle olağandışı sayılmasının ilkenin objektif yönünü, şaşırtıcı olmasının ise sübjektif yönünü oluşturduğu görüşünü kabul etmemekteyiz", *Antalya*, s. 309.

¹¹⁰ *Atamer*, Armağan, s. 325; *Havutçu*, İzBD 2011/2, s. 38; *Aydın*, 146.

¹¹¹ *Atamer*, Sempozyum, s. 32; *Başalp*, s. 35; aynı yönde *Havutçu*, İzBD 2011/2, s. 42. Aksi görüşler: "Bu maddede kullanılan "yazılmamış sayılma" kavramı, Alman Medenî Kanununun 306. maddesinde kullanılan "bağlayıcı olmama ya da sözleşmenin içeriğine dâhil olmama" anlamını daha sert vurgulamak için kullanılmıştır. Bundan dolayı, tarafların irade beyanlarının sözleşmenin içeriği hâline gelmediğini ifade eden bu kavram, kesin hükümsüzlük olarak kabul edilebilecektir", *Çınar*, s. 101. "Yazılmamış sayılmadan maksat, "yokluk"tur. Ancak, TBK m. 22'ye göre, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri, geçerliliğini korur. Dolayısıyla burada, "kısmi yokluk" yaptırımı söz konusudur", *Eren*, s. 221. "Burada bu tür hükümlerin kendiliğinden geçersiz sayılmasına benzer yeni "yokluk" türünde bir yaptırım söz konusudur", *Kılıçoğlu*, s. 114. "Yazılmamış sayılan genel işlem şartları dışındaki sözleşme hükümlerinin geçerli kalacağından söz eden TBK m. 22 hükmünün sözünün zıt anlamından, burada bir kesin hükümsüzlük (butlan) durumunun düzenlendiği anlamı çıkmaktadır. Fakat kanımca burada daha da ileri bir hükümsüzlük durumunun varlığı savunulabilir", *Oğuzman/Öz*, s. 173. "Geçersizliğin kesin geçersizlik olduğu görüşü gerekçeden hareketle ve TBK. m.25 hükmünde yer alan içerik denetiminin yaptırımı ile paralellik kurularak savunulabilir. Hatta yokluk halinin pozitif düzenlemesi olduğu ileri sürülebilir. Ancak...GİK. 'u TBK. m.21 hükmüne uygun olarak sözleşme kapsamına dahil edilmemişse, o hüküm geçersizdir; bu geçersizlik esnek geçersizlik yaklaşımına [yaklaşımımıza] uygun olarak kesin hükümsüzlükten [hükümsüzlükten] daha ağır bir geçersizliktir", *Antalya*, s. 310. "Kanaatimizce TBK'nın yazılmamış sayılmadan kastettiği müeyyide yokluktur. Çünkü taraflar arasında ilgili aleyhe hükümler bakımından bir consensus yani bir irade uyuşması mevcut de-

sorunu dışında, baştan var olan sözleşme boşluğu ile sonradan kısmî hükümsüzlük nedeniyle doğan sözleşme boşluğu arasında bir fark yoktur¹¹². Dolayısıyla kısmî hükümsüzlüğün (TBK m. 27 f. 2) uygulanmasını engelleme gereksinimi sözleşmenin içeriğinin denetlenmesi aşamasında önem arz ettiği hâlde, TBK m. 22 kısmî hükümsüzlüğün zaten hiç doğmadığı bir aşama için düzenleme öngörmektedir¹¹³.

2. Yorum Denetimi

İlk aşamada genel işlem koşullarının sözleşmeye dâhil olduğu tespit edilmişse, ikinci aşamada artık genel işlem koşullarının yorumu sorunu gündeme gelecektir. Genel işlem koşulları hükümlerinin yorumu içerik denetiminden önce gelmek zorundadır¹¹⁴.

a) Genel Olarak

Genel işlem koşullarının yorumu kural olarak hukukî işlemler için de ölçü olan genel yorum kurallarına göre yapılmaktadır¹¹⁵. Bununla beraber, genel işlem koşulları gelecekte yapılacak çok sayıdaki sözleşme için hazırlandığından bu koşulların yorumlanmasına yönelik olarak özel kurallar geliştirilmiştir¹¹⁶. Bunlar; “objektif yorum kuralı”, “bireysel anlaşmanın önceliği kuralı” ve “belirsizlik kuralı” gibi özel yorum kurallarıdır. Söz konusu kurallardan sadece belirsizlik kuralı TKHK m. 5 f. 4 c. 2’de düzenlenmiştir. Ancak, bu durum diğer yorum kurallarının hiç uygulanmayacağı anlamına gelmemelidir¹¹⁷.

Bireysel anlaşmanın önceliği kuralı, AMK § 305b’de düzenlenmektedir. Buna göre, bireysel anlaşmalar genel işlem koşullarına göre öncelikle uygulanır. Yönerge böyle bir norm öngörmese de, bu normun Avrupa özel hukuku temel

ğildir...Kanaatimizce yazılmamış sayılma aynı zamanda bir kanuni faraziyedir”, Topuz, s. 1165 vd. “...Biz, ...yazılmamış sayılmanın hukuki niteliğinin yokluk daha doğrusu BK m. 22’den dolayı kısmi yokluk olduğunu kabul ediyoruz...Yani bize göre yokluk, kanuni bir faraziye sonucunda genel işlem koşullarını düzenleyen/kullanan tarafın, irade beyanının varlığının kabul edilmemesi ile meydana gelmekte olup, yokluğun, karşı tarafın kabul beyanının ilgili genel işlem koşullarını içermemesi ile bir ilgisi bulunmamaktadır”, Şeker, s. 172. Türk hukukunda yazılmamış sayılma kavramı hakkında öğretilde savunulan diğer farklı görüşler için bakınız Şeker, s. 137 vd.; Topuz, s. 1155 vd.; Yelmen, s. 94 vd.

¹¹² Atamer, s. 120.

¹¹³ Atamer, Sempozyum, s. 32 vd.

¹¹⁴ AGB-Klauselwerke/Thüsing, Auslegung, knr. 2.

¹¹⁵ MüKoBGB/Basedow, BGB § 305c knr. 18; Stoffels, s. 160; Aydın, s. 80, 86.

¹¹⁶ MüKoBGB/Basedow, BGB § 305c knr. 18; Raiser, s. 251 vd.; Schmidt-Salzer, s. 118 vd.; Aydın, s. 81.

¹¹⁷ MüKoBGB/Basedow, BGB § 305c knr. 18; Aydın, s. 81.

ilkesinin bir ifadesi olduğu belirtilmektedir¹¹⁸. Bu kural, bireysel anlaşma ve genel işlem koşulu hükmü arasında bir kural çatışması mevcutsa devreye girer¹¹⁹. Bireysel anlaşmaların genel işlem koşulları karşısında önceliği Türk hukukunda da kabul edilmektedir¹²⁰.

Özellikle Alman hukukunda savunulmakla beraber, bizim de katıldığımız görüşe göre genel işlem koşulları objektif yorumlanmalıdır (objektif yorum yöntemi)¹²¹; yani burada münferit olayın görünüşünden ve ilgili somut sözleşme taraflarının irade ve menfaatlerinden bağımsız olarak, sadece genel işlem koşullarının tipik anlamına göre yorum yapılır¹²². Buna mukabil Türk-İsviçre hukukunda hâkim görüşe göre, klâsik sözleşmelerde olduğu gibi, genel işlem koşulları çerçevesinde akdedilen sözleşmelerde de somut sözleşmenin özelliklerini dikkate alan bir yorum yöntemi uygulanmalıdır (sübjektif yorum yöntemi)¹²³. Ancak, hemen belirtelim ki, eğer taraflar bir genel işlem koşulları hükmünün belirli bir anlamı üzerinde uyuşmuşlarsa artık objektif yorum kuralı uygulanmaz¹²⁴. Bu yüzden, istenmiş olan, yani taraflarca sözleşmede belirlenen bireysel anlaşmanın konusu olmaktadır ki, bireysel anlaşmanın da genel işlem koşullarına göre öncelikle uygulanması söz konusudur¹²⁵. Yine özellikle bir defa kullanılan tüketici sözleşmeleri, yani bireysel sözleşmeler için objektif yorum kuralı geçerli değildir¹²⁶. Zira burada artık kullanılan genel işlem koşulları hükümlerinin kitlesel olma özelliği mevcut değildir ve taraflar arasındaki bireysel ilişki tekrar ön plâna çıkmaktadır¹²⁷. Neticede *Atamer*'in haklı olarak belirttiği üzere, objektif yorum ile sübjektif yorum metodlarının ulaştığı sonuçlar arasında aslında pek bir farklılık olmadığı dikkat çekmektedir; zira sübjektif yorum metodu hiçbir zaman sadece müşterinin somut olayda genel işlem koşulunu nasıl anladığından yola çıkmamakta, objektif yorum yöntemi ise getirdiği istisnalarla somut olayın özellikleri mevcut olduğunda bunları göz önünde bulundurmaktadır¹²⁸.

¹¹⁸ MüKoBGB/*Basedow*, BGB § 305b knr. 3.

¹¹⁹ Erman/*S. Roloff*, BGB § 305b knr 5; *Aydın*, s. 87.

¹²⁰ *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 236; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 158; *Antalya*, s. 311; *Atamer*, s. 124 vd.; aynı yazar, *Sempozyum*, s. 38 vd.; *Aydın*, s. 87; *Açıkgöz*, s. 282.

¹²¹ Erman/*S. Roloff*, BGB § 305c knr. 20; MüKoBGB/*Basedow*, BGB § 305c knr. 22; *Roth*, WM 1991, Teil 2, s. 2125 vd.; *Aydın*, s. 81, 87; *Havutçu*, s. 150 vd.

¹²² BGH, NJW 1981, s. 816, 817.

¹²³ *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 238 vd.; *Atamer*, 130 vd.; *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, s. 266.

¹²⁴ AGB-Klauselwerke/*Thüsing*, Auslegung, knr. 16; MüKoBGB/*Basedow*, BGB § 305c knr. 26.

¹²⁵ MüKoBGB/*Basedow*, BGB § 305c knr. 26.

¹²⁶ AGB-Klauselwerke/*Thüsing*, Auslegung, knr. 17.

¹²⁷ AGB-Klauselwerke/*Thüsing*, Auslegung, knr. 17.

¹²⁸ *Atamer*, s. 132 vd.

b) Belirsizlik Kuralı

Tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartların yorum denetimine ilişkin olarak, Yönerge m. 5 c. 2 doğrultusunda TKHK m. f. 4 c. 2’de belirsizlik ilkesi¹²⁹ öngörülmektedir: “Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır.” Ayrıca belirsizlik ilkesi TBK m. 23’te, genel işlem koşullarının yorum denetimi açısından düzenlenmektedir: “Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.” “Nitekim, Roma hukukundan gelen “in dubio contra stipulatorem” (Sözleşme, şüphe hâlinde düzenleyen aleyhine yorumlanır) genel ilkesinden de aynı sonuç çıkmaktadır. Bu genel ilke ve buna uygun olan madde, sözleşmeyi veya sözleşmedeki bir hükmü ya da bir sözcüğü kaleme alanın, onu istediği gibi ifade etme olanağına sahip bulunması sebebiyle, kaleme aldığı metnin kendi aleyhine yorumlanmasına katlanması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Aynı şekilde, bir hükmü düşündüğü gibi yazmamış olan kişinin, “bu hüküm şöyle anlaşılmalıdır.” şeklinde, sonradan yapacağı yorum haklı sayılmaz. Alman Medenî Kanununun (BGB) 305c maddesinin ikinci fıkrasında benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir”, (TBK m. 23 gerekçesinden). Genel işlem koşullarının yorumlanması açısından zaten Türk öğretisinde belirsizlik ilkesi genel kabul görmekteydi¹³⁰. Belirsizlik ilkesinin kanunî olarak düzenlenmesindeki amaç, objektif bakımdan birden fazla anlama gelebilecek hükümlerdeki tereddütte kalma durumlarında kullanılacak bir yorum kuralı öngörmektir¹³¹. Zira madalyonun bir yüzünde girişimcinin sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünden tek başına faydalanma durumu söz konusu olmakta iken, diğer yüzünde belirsizlik ilkesinin gereği olarak girişimcinin özel bir sorumluluğu yer almaktadır¹³². Bu ilkenin temelinde şu düşünce yatmaktadır: Açık ve anlaşılır olanı ifade etmek girişimcinin işidir¹³³. Belirsizlik ilkesindeki belirsizlik kavramı, birden çok anlama gelmek demektir¹³⁴. Tüm yorum imkânları kullanılmasına rağmen, hâlâ tereddüt ortadan kalkmamışsa ve hâlâ hükmün tatbiki mümkün iki ya da daha fazla anlamı gündeme gelebilmekteyse, belirsizlik ilkesi uygulanır¹³⁵. Zira önceki Yönetme-

¹²⁹ Belirsizlik ilkesinin tarihi gelişimi ve uygulanma sebebi için bakınız, *Honsell*, JA 1985, s. 260 vd.

¹³⁰ Bakınız *Atamer*, Armağan, s. 300 dn. 37’de anılan yazarlar; *Aydın*, s. 88 dn. 6’da zikredilen yazarlar.

¹³¹ BeckOK ArbR/*Jacobs*, BGB § 305c knr. 23.

¹³² Spindler/Schuster/*Schuster*, BGB § 305c knr. 12; BeckOK BGB/H. *Schmidt*, BGB § 305c knr. 39.

¹³³ OLG Schleswig, NJOZ 2010, s. 2415; Spindler/Schuster/*Schuster*, BGB § 305c knr. 12.

¹³⁴ Spindler/Schuster/*Schuster*, BGB § 305c knr. 12.

¹³⁵ BGH, 20.1.2016, VIII ZR 152/15, BeckRS 2016, 03245; NJW-RR 2015, s. 264, 265; MünchKomm/*Basedow*, 305c BGB knr. 29; Erman/*S. Roloff*, BGB § 305c knr. 27; *Stoffels*, s. 168.

lik¹³⁶ m. 6 f. 4'te belirsizlik ilkesi şu şekilde düzenlenmişti: “Sözleşmede yer alan bir şartın ne anlama geldiği hukukun yorum yöntemleriyle belirlenemiyorsa, tüketici lehine olan yorum tercih edilir.” Bu yüzden, bu ilke sadece talî bir ilke olarak geçerlidir¹³⁷. Hâkimin karar vermesine yardımcı olan bir ilkedir¹³⁸. Burada asgarî iki hukukî yorum olasılığı hukuksal açıdan kullanılabilir olmalıdır¹³⁹.

Belirsizlik ilkesi uygulanırken, içerik denetimi ile ulaşılabilen daha olumlu sonuçları engellemeyen bir yorum uygun olabilir¹⁴⁰. Bu bağlamda, çeşitli yorum olasılıklarının hepsi içerik denetimini aşabilecekse, bu olasılıklardan tüketici lehine olan tercih edilir¹⁴¹. Buna karşılık, olasılıkların tümü içerik denetimini aşamayacak gibiyse, doğrudan içerik denetimine geçilebilir¹⁴². Çünkü içerik denetimini aşamayan hükmün geçersizliği sebebiyle genellikle onun yerine geçen yedek hukuk kuralı, yorum sonucu sözleşme içeriği olarak muhafaza edilen hükümden tüketici için daha elverişlidir ve bu durum tüketici lehinedir¹⁴³. Alman hukukunda önceleri önleme davası için savunulan, ancak bireysel davalar için tartışmalı olan bu görüş, günümüzde artık bireysel davalar için de baskın şekilde savunulmaktadır¹⁴⁴. Nitekim Yönerge m. 8 anlamında tüketici daha ileri bir seviyede korunacağından böyle bir yaklaşımın Yönergeye de uygun olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁵.

3. İçerik Denetimi

Genel işlem koşullarının üçüncü denetim aşaması içerik denetimidir.

a) Genel Olarak

Yönerge doğrultusunda, TKHK m. 5 ve Yönetmelik müzakere konusu yapılmamış bütün sözleşme koşullarını, genel işlem koşulları içinde yer alsın al-

¹³⁶ Eski Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Yönetmelik, RG, 13.6.2003, Sayı: 25137.

¹³⁷ *Raiser*, s. 262; *Stoffels*, s. 168; *Honsell*, JA 1985, s. 261; *Sambuc*, NJW 1981, s. 314; *Atamer*, Sempozyum, s. 37.

¹³⁸ *Roth*, WM, Teil 1, s. 2086; *Stoffels*, s. 168; *Atamer*, Sempozyum, s. 37.

¹³⁹ BGH, 20.1.2016, VIII ZR 152/15, BeckRS 2016, 03245; NJW-RR 1996, 857, 858; BeckOK ArbR/*Jacobs*, BGB § 305c knr. 25; Erman/*S. Roloff*, § 305c BGB knr. 27; *Aydın*, s. 84.

¹⁴⁰ *Atamer*, Sempozyum, s. 37.

¹⁴¹ MüKoBGB/*Basedow*, BGB § 305c knr. 34.

¹⁴² *Atamer*, Sempozyum, s. 37.

¹⁴³ BeckOK BGB/*H. Schmidt*, BGB § 305c knr. 56.

¹⁴⁴ MüKoBGB/*Basedow*, BGB § 305c knr. 34, özellikle knr. 35; BeckOK BGB/*H. Schmidt*, BGB § 305c knr. 56; HK-BGB/*Schulte-Nölke*, BGB § 305c knr. 5. Bu görüş doğrultusunda BGH, 21.9.2011, VIII ZR 47/11, BeckRS 2011, 24125; NJW 2008, s. 2173.

¹⁴⁵ MüKoBGB/*Basedow*, BGB § 305c knr. 20; *Atamer*, s. 136 dn. 74.

masın, denetime tâbi tutmakta ve tüketiciyi korumaktadır¹⁴⁶. Bu durum, Yönerge açısından Fransız hukuku (bireysel sözleşmede önceden formüle edilen hükümlere genel işlem koşulları denetimi yapılması) ile Alman hukuku (bireysel olarak müzakere edilmiş sözleşmelerin haksızlık denetimi dışında kalması) arasında uzlaşmacı çözüm yoludur¹⁴⁷. Oysa Türk Borçlar Kanunu'na göre sadece genel işlem koşulları denetlenebilir. Bu durumda bu madde anlamında denetime tâbi kabul edilen her genel işlem koşulu, TKHK m. 5 ve Yönetmelik açısından da denetime tâbidir; ancak, TKHK m. 5 ve Yönetmelik anlamında denetlenebilen her hüküm, TBK m. 20 çerçevesinde denetlenemez¹⁴⁸. Ne var ki, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararından¹⁴⁹, TKHK haksız şart hükmünün sadece standart bir sözleşmede genel işlem koşulları hükmü bulunması durumunda devreye girmesi gerektiği şeklinde, hükmün uygulama alanını daraltabilecek, isabetli olmayan bir sonuç çıkarılabilir. Fakat Yönerge, dolayısıyla TKHK ve Yönetmelik, müzakere konusu yapılmayan bütün haksız sözleşme koşullarının denetimini kapsar¹⁵⁰. Dolayısıyla Yönerge, TKHK m. 5 ve Yönetmelik hükümlerinin uygulanabilmesi için sözleşme şartının müzakere edilmemiş olması gerekli iken, söz konusu sözleşme şartının birden fazla kullanımı ise gerekli değildir¹⁵¹.

Müzakere edilmemiş bir şartın haksız olup olmadığı hususunda, Yönerge m. 3 f. 1'e tekabül eden TKHK m. 5 f. 1 önem arz etmektedir. Buna göre, tarafların sözleşmeden doğan haklarında ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları haksız şarttır. İsviçre Haksız Rekabet Kanunu yeni m. 8 normu da benzer bir düzenleme öngörmektedir¹⁵².

b) Haklar ve Yükümlükler Arasındaki Dengesizliğin Tespiti

Birinci adımda, ilgili şartın haklar ve yükümlükler açısından tüketicinin aleyhine bir dengesizliğe sebebiyet verip vermediği araştırılacaktır¹⁵³. Edim ve

¹⁴⁶ Kocayusufoşpaşaoğlu, s. 240 vd.; Wolff/Horn/Lindacher, Art. 1 RiLi knr. 30; Atamer, Armağan, s. 296, 328; Havutçu, İzBD 2011/2, s. 36; Aydın, s. 62; Çınar, s. 46 vd.; Uluşan, s. 37; Akçaal, s. 51 vd.; Açıkgöz, s. 246, 332; Başalp, s. 30; aksi görüş burada sadece haksız genel işlem koşullarının denetlenmesinin söz konusu olduğu yönünde Aydoğdu, Genel İşlem Koşulları, s. 174 vd.

¹⁴⁷ MüKoBGB/Basedow, BGB § 310 Rn. 67.

¹⁴⁸ Atamer, Sempozyum, s. 20.

¹⁴⁹ Yargıtay HGK, 4.3.2015, E. 2014/13-111, K. 2015/886 (www.kazanci.com) (13.5.2016); aynı şekilde HGK, 27.3.2015, E. 2013/13-1596, K. 2015/1104 (www.kazanci.com) (13.5.2016); HGK, 28.3.2012 E. 2012/13-23, K. 2012/255 (www.kazanci.com) (13.5.2016).

¹⁵⁰ Atamer, Armağan, s. 296, 328.

¹⁵¹ Wolff/Horn/Lindacher, Art. 1 RiLi knr. 30; Aydın, s. 62.

¹⁵² Bu yeni düzenleme ile İsviçre hukukuna açık içerik denetimi dâhil olmuştur, Stöckli, BR 1/2011, s. 185; Ehle/Brunschweiler, RIW 2012, s. 263.

¹⁵³ Aydın, s. 117 vd.; Kapnopoulou, s. 127 vd.

karşı edim arasındaki eşdeğersizlikten bir dengesizlik oluşmaz (TKHK m. 5 f. 7). Dolayısıyla burada dengesizlik esas olarak normatif açıdan tespit edilmelidir.¹⁵⁴ Çünkü ilgili hukukî işlemin tutarı ölçü alındığında, sözleşme hükmü ile tüketiciye yüklenen masrafların önemli ekonomik etkilerinin olması önemli bir haksızlığın varlığı için zorunlu bir koşul değildir; bilâkis önemli haksızlık uygulanan millî hukuk kurallarına göre sadece tüketicinin hukukî durumunun yeteri kadar ağır şekilde ihlâl edilmesinden kaynaklanabilir.¹⁵⁵

Yönerge m. 3. f. 3'ün işaret ettiği, Yönerge ekinde bulunan listede haksız kabul edilebilen hükümler sadece yol gösterici mahiyette ve sınırlayıcı olmayacak şekilde yer almaktadır.¹⁵⁶ ABAD kararına göre, her ne kadar mahkeme, denetime konu olan şartın haksızlığını ek araştırma yapmaksızın sadece Yönerge ekinde yer alan listeye göre tespit edemese de, bu listeye göre söz konusu şartın haksızlığına hükmedebilir.¹⁵⁷ AMK §§ 308 ve 309 hükümlerinde de yasak hükümler listesi yer almaktadır.¹⁵⁸ Yönetmelik m. 5 f. 4'e göre "Bu Yönetmeliğin ekinde yer alan listede sayılan şartlar haksız şart olarak kabul edilir. Bu listedeki şartlar sınırlayıcı olmayıp örnek niteliğindedir". Eski Yönetmelik m. 5 f. 4'e göre ise, "İşbu Yönetmeliğin ekinde, yol gösterici mahiyette ve sınırlayıcı olmamak üzere haksız olarak kabul edilebilecek şartlar listesi yer almaktadır". Hükümler karşılaştırıldığında, Yönergede olduğu gibi, eski Yönetmelikte yer alan "yol gösterici mahiyette" ibaresinin yeni Yönetmelikte artık yer almadığı dikkat çekmektedir. Yine eski Yönetmelikte kullanılan "kabul edilebilecek" ibaresinin yeni Yönetmelikte "kabul edilir" şeklinde değiştirildiği göze çarpmaktadır. Dolayısıyla yeni Yönetmelik ekinde artık hâkimi bağlayıcı olan bir "kara" haksız şartlar listesinin yer aldığı ifade edilebilir.¹⁵⁹ Bu durumda, hâkim ek bir araştırmaya gitmeksizin, haksızlığa hükmedebilir.¹⁶⁰

¹⁵⁴ Wolf/Horn/Lindacher, Art. 3 RiLi knr. 3; *Stoffels*, s. 220; *Aydın*, 117.

¹⁵⁵ ABAD, 16.1.2014, C-226/12, BeckRS 2014, 80035.

¹⁵⁶ ABAD, EuZW 2013, s. 464, 468; 2012, s. 786, 787. Yönerge ekinde "kara" bir listenin bilinçli olarak tercih edilmediği ifade edilmektedir, *Stoffels*, s. 297. Zira Komisyon teklifinde bir "kara" liste yer almıştı, *Kapnopoulou*, s. 139 dn. 92. Yönerge ekinde "gri" bir liste yer aldığı hakkında bakınız, *Wolf/Horn/Lindacher*, Art. 3 RiLi knr. 31 vd.; *Aydın*, s. 128 vd. Ayrıca Yönerge ekinde yer alan listenin anlamı hakkında ayrıntılı olarak bakınız *Kapnopoulou*, s. 139 vd.

¹⁵⁷ ABAD, EuZW 2012, s. 786, 787.

¹⁵⁸ AMK § 308'de yer alan yasak hükümler açısından hâkime bir takdir hakkı verilirken, AMK m. 309'da yer alan yasak hükümler bakımından hâkime takdir hakkı verilmemektedir. AMK §§ 308 ve 309 hakkında bakınız *Aydın*, s. 95 vd.

¹⁵⁹ "Sadece yol gösterici nitelik taşıyan örnekler bağlayıcı olamaz", *Kocayusufoğlu*, s. 250. Önceki Yönetmelik ekinde Yönerge doğrultusunda yol gösterici mahiyette "gri" haksız şartlar listesi yer almakta idi. Bu konuda bakınız *Aydın*, s. 128 vd. Ayrıca haksız şartlar listesi hakkında ayrıntılı olarak bakınız *Çınar*, s. 201 vd.

¹⁶⁰ *Atamer*, Armağan, s. 304; *Açıkgöz*, s. 335.

Yönetmeliğin ekindeki listede yer almayan şartlar açısından bir dengesizliğin oluşup oluşmadığının tespiti daha zordur. Dengesizliğin tespiti farklı hakların ve yükümlülüklerin karşılaştırılmasını gerektirir¹⁶¹. Bu bağlamda mevcut hukuksal düzenlemeler denetim ölçütü olabilir¹⁶². TTK m. 55 f. 1 bent (f) hükmü¹⁶³ de bu denetim ölçütünü düzenlemektedir. Dolayısıyla uygulanacak kanunî düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan önceden yazılmış genel işlem koşullarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış sayılır. Zira söz konusu kriter, genel işlem koşullarının içerik denetiminin standart kriterlerindedir¹⁶⁴. Burada hukuksal düzenlemeler kavramına, bütün normlar, özellikle yedek hukuk kuralları, Avrupa hukuku ve yabancı hukuk da dâhildir¹⁶⁵.

Karşılaştırma yapılabilecek herhangi bir norm söz konusu değilse, doğru bir menfaat değerlendirmesi yapabilmek için sözleşmenin amacına bakılır¹⁶⁶. Yani sözleşmenin doğasından kaynaklanan en uygun hak ve borç dağılımı paritesi, denetim ölçütü olarak kullanılabilir¹⁶⁷. Yine TTK m. 55 f. 1 bent (f) hükmü bu denetim ölçütünü düzenlemektedir. Çünkü bu kriter de genel işlem koşullarının içerik denetiminin standart kriterlerindedir¹⁶⁸. Her ne kadar, Yönerge ve AMK hükümlerinin aksine, TKHK m. 5 f. 1’de aranmıyorsa da, dengesizliğin önemli olması icap eder¹⁶⁹. Dengesizliği önemsiz sayılan hükümler ise zaten, dürüstlük kuralının denetim ölçütü olarak uygulanması esnasında denetim dışı kalacaktır¹⁷⁰.

Bir diğer denetim ölçütü ise saydamlık kuralıdır¹⁷¹. Zira TKHK m. 5 f. 4 c. 1’de saydamlık kuralı öngörülmektedir. Buna göre, “Sözleşme şartlarının yazılı olması hâlinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış

¹⁶¹ Wolff/Horn/Lindacher, Art. 3 RiLi knr. 4; Kapnopoulou, s. 126; Aydın, s. 117.

¹⁶² Bu hususta ayrıntılı bilgi için Atamer, s. 204 vd.; Açıkgöz, s. 339 vd.

¹⁶³ “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 2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.” TTK m. 55 f. 1 bent (f) hükmü, İsviçre Haksız Rekabet Kanunu eski m. 8’e tekabül etmektedir. Aynı zamanda AMK § 307 f. 2 Nr. 1 ve 2’ye benzemektedir. AMK § 307 f. 2 Nr. 1 ve 2 için bakınız Aydın, s. 99 vd. TTK m. 55 f. 1 bent (f)’nin uygulama alanı konusunda bakınız, Atamer, Sempozyum, s. 67 vd.

¹⁶⁴ Atamer, Sempozyum, s. 43; Havutçu, İzBD 2011/2, s. 44.

¹⁶⁵ Atamer, s. 204 vd.; Aydın, s. 100, 115, 118.

¹⁶⁶ Wolff/Horn/Lindacher, Art. 3 RiLi knr. 6; Aydın, s. 118.

¹⁶⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız Atamer, s. 207 vd.; Açıkgöz, s. 342 vd.

¹⁶⁸ Atamer, Sempozyum, s. 43; Havutçu, İzBD 2011/2, s. 44.

¹⁶⁹ Ayrıntılı olarak bakınız Aydın, s. 119.

¹⁷⁰ Aydın, s. 119.

¹⁷¹ Saydamlık kuralı hakkında ayrıntılı olarak bakınız Aydın, s. 101 vd., 122 vd.; Atamer, 209 vd.

olması gerekir". Yönerge m 5 c. 1 ve AMK § 307 f. 1 c. 2'de de bu ilke yer almaktadır. Söz konusu saydamlık kuralı genel işlem koşullarının temel bir ilkesidir¹⁷². ABAD kararına göre, normal bilgiye sahip, dikkatli ve makul ortalama bir tüketici ölçü olarak alınacaktır¹⁷³. ABAD kararıyla, müzakere edilmiş hükümlerin saydamlığının değerlendirilmesinde, Yönergenin kendine özgü bir ölçü ihtiva ettiği açıklığa kavuşturulmaktadır¹⁷⁴. Tüketicinin dikkatli ve makul olmasının ölçü alınması yerindedir; ancak bu karara göre tüketiciden özel bir hukuk bilgisine sahip olması beklenemez¹⁷⁵. Alman hukukunda ise hukuk bilgisi olmayan ortalama müşteri ölçü alınmaktadır¹⁷⁶. Bu yüzden genel işlem koşulları kullanan, sözleşme taraflarının haklarını ve yükümlülüklerini mümkün olduğunca açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlemelidir¹⁷⁷. Bu durum aynı zamanda genel işlem koşullarının şekli düzenlemesi açısından da geçerlidir. Bu yüzden, önemli bölümler, önemsiz hükümler arasına gizlenmemelidir¹⁷⁸. Ancak bu yükümlülük açısından da, kullanandan yapabileceğinden fazlası istenmemelidir; yani hükmün içeriğinin açık ve anlaşılır formüle edilmesi yükümlülüğü sadece imkân dâhilinde olan kadar mevcuttur¹⁷⁹. Saydamlık gereği, tüketicinin sadece gramer olarak bir hükmü anlaması her zaman yeterli olmayabilir; tüketici, söz konusu hükmün ekonomik etkilerini de ölçebilmelidir¹⁸⁰. Aksi takdirde tüketicinin sadece gramer olarak anlaması yeterli kabul edilecek olursa, saydamlık gereğinin amacı birçok olayda fiili olarak gerçekleşmeyecektir¹⁸¹. Saydam olmayan bir sözleşme şartı TKHK m. 5 f. 4 c. 1'e göre saydamlık kuralına aykırı olduğundan TKHK m. 5 f. 1 anlamında haksız şart kabul edilebilir¹⁸². Zira saydam olmayan bir sözleşme şartı, haklar ve yükümlülükler açısından tüketici aleyhine bir dengesizliğe sebebiyet veriyorsa, kural olarak bu şartın dürüstlük kuralına aykırı olduğundan hareket edilebilir¹⁸³. Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararlarına¹⁸⁴ göre de "...genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır olmaması du-

¹⁷² Köndgen, NJW 1989, s. 943, 946 vd.; Stoffels, s. 284 vd.; Aydın, s. 101 vd., 122 vd.

¹⁷³ ABAD, EuZW 2014, s. 506, 509.

¹⁷⁴ Pfeiffer, NJW 2014, s. 3071.

¹⁷⁵ Pfeiffer, NJW 2014, s. 3071.

¹⁷⁶ Pfeiffer, NJW 2014, s. 3071.

¹⁷⁷ AnwKomm/Heinrichs, BGB § 307 knr. 8; HK-BGB/Schulte-Nölke, BGB § 307 knr. 21.

¹⁷⁸ HK-BGB/Schulte-Nölke, BGB § 307 knr. 21.

¹⁷⁹ BGH, NJW 1998, s. 3114, 3116; HK-BGB/Schulte-Nölke, BGB § 307 knr. 21.

¹⁸⁰ ABAD, EuZW 2014, s. 506; Fervers, EuZW 2014, s. 511.

¹⁸¹ Fervers, EuZW 2014, s. 511.

¹⁸² Aydın, s. 124.

¹⁸³ Aydın, s. 125; Kapnopoulou, s. 145.

¹⁸⁴ Yargıtay HGK, 27.3.2015, E. 2013/13-1596, K. 2015/1104 (www.kazanci.com) (13.5.2016); HGK, 28.3.2012, E. 2012/13-23, K. 2012/255 (www.kazanci.com) (13.5.2016).

rumunda, ilke olarak tüketici aleyhine haksız şart olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır. Tüketici aleyhine haksız şart içeren böyle bir genel işlem şartının da, tüketiciyi bağlamayacağı her türlü duraksamadan uzaktır”.

c) Haklar ve Yükümlükler Arasındaki Dengesizliğin Dürüstlük Kuralına Aykırılık Teşkil Etmesi

İkinci adımda, tüketici aleyhine dengesizliğin değerlendirilmesi dürüstlük kuralı ölçütüne göre yapılacaktır¹⁸⁵. Dürüstlük kuralı münferit sözleşme şartlarının bir bütün olarak değerlendirilmesinde temel bir ölçüt teşkil eder¹⁸⁶. Girişimci, tüketicinin haklı menfaatlerini hesaba katarak dürüst ve hakkaniyete uygun davranmak suretiyle dürüstlük kuralının gereğini yerine getirebilir (Yönerge gerekçesi Nr. 16). İşte söz konusu Yönerge gerekçesine göre de millî mahkeme, dürüstlük kuralına aykırı bir dengesizliğin oluşup oluşmadığını, dürüst ve hakkaniyete uygun davranan girişimcinin bireysel müzakereler olsaydı, tüketiciden ilgili hükmü kabul etmesini makul olarak bekleyip bekleyemeyeceğini denetleyerek tespit eder¹⁸⁷.

Dürüstlük kuralına aykırılık önemsiz nitelikte olmamalıdır¹⁸⁸. Zira *Kocayusufpaşaoğlu*'nun haklı olarak belirttiği üzere, “...dürüstlük kuralına aykırı sayılacak düzeye ulaşmış bir dengesizliğin önemsiz bir dengesizlik olması düşünülemez”¹⁸⁹. Nitekim Yönerge m. 3 f. 1 önemli ve haksız bir orantısızlıktan söz etmektedir. Yine İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun yeniden düzenlenen m. 8 hükmü de Yönerge gibi önemli ve haksız bir orantısızlık öngörmektedir. AMK § 307'de ise ölçüsüz mağduriyet ibaresi kullanılmakta ve böylece müşterinin önemli ağırlıktaki mağduriyetinin varlığının aranacağını açıklığa kavuşturulduğu belirtilmektedir¹⁹⁰. İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun eski m. 8 hükmüne tekabül eden TTK m. 55 f. 1 bent (f)'de de dürüstlük kuralına aykırılığın önemli olması aranmaktadır. Buna göre, uygulanacak kanunî düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan ya da sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı hak ve borçlar dağılımını öngören genel işlem koşulları kullananlar dürüstlük kuralına aykırı davranmış olur. Söz konusu TTK m. 55 f. 1 bent (f)'in öngördüğü kanunî düzenleme ve sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımı, İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun yeni hükmü m. 8'de artık yer almamaktadır. Ancak buna rağmen, İsviçre hukukunda bu ölçütlerin kullanılmaya devam edilmesi ge-

¹⁸⁵ *Aydın*, s. 119 vd; *Kapnopoulou*, s. 130 vd.

¹⁸⁶ *Wolf/Horn/Lindacher*, Art. 3 RiLi knr. 12; *Aydın*, s. 120 vd.

¹⁸⁷ ABAD, EuZW 2013, s. 464, 468.

¹⁸⁸ *Erman/S. Roloff*, BGB§ 307 knr. 8; *Locher*, s. 141; *Aydın*, s. 121; *Atamer*, Armağan, s. 309; *Baş*, s. 297; *Açıkgöz*, s. 308.

¹⁸⁹ *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 247.

¹⁹⁰ *MüKoBGB/Wurmnest*, BGB § 307 knr. 31.

rektiği isabetli olarak ifade edilmektedir¹⁹¹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararına¹⁹² göre de "...sözleşmenin bir hükmü, tüketicinin bir menfaatini ihlâl etmekle birlikte, ona önemli avantajlar da sağlıyorsa, bu kaydın tüketicinin zararına olduğunu söylemek olanaklı değildir...[S]özleşme hükmünün haksız şart olarak kabulü için gerekli bulunan açık oransızlık ve haksızlık unsurunun somut olayda gerçekleşmediği anlaşılmaktadır".

Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanunî düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan genel işlem koşulları dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur¹⁹³. Yedek hukuk kuralının kılavuz model olma fonksiyonuna sahip olduğu ifade edilmektedir¹⁹⁴. Genel işlem koşulları, seçilen sözleşme tipi için yedek hukuk kurallarında yazılı kılavuz modeli değiştirirse, geçersizdir¹⁹⁵. Yedek hukuk kuralının adalet gereğini ifade edip etmediğine göre bir ayırım yapılmaktadır¹⁹⁶. Yedek hukuk kuralında adalet gereği ne kadar yoğunsa, genel işlem koşullarındaki sapmaların dürüstlük kuralına uygunluğu için de o derece katı bir ölçüt koyulması gerektiği belirtilmektedir¹⁹⁷. Dolayısıyla adalet prensibi muhteva eden yedek hukuk kurallarının sadece ilgili sözleşmeden doğan önemli nedenlerden dolayı değiştirilebileceği ifade edilmektedir¹⁹⁸. Başka bir sınırlamada ise, yerine geçilen yedek hukuk kuralının, müşterinin esaslı korunma gereksinimine katkı sağlayıp sağlamadığının belirleyici olacağı ifade edilmektedir.¹⁹⁹ Ancak, yedek hukuk kuralı müşterinin menfaatlerini koruyorsa, söz konusu bu menfaatlerin genel işlem koşulları kullananın menfaatlerinden üstün olması gerektiği belirtilmektedir²⁰⁰. ABAD kararlarına göre de, bir hükmün tarafların sözleşmesel haklarının ve yükümlülüklerinin tüketici aleyhine önemli ve haksız bir orantısızlığa sebebiyet verip vermediği sorusu için, eğer taraflar bu hususta anlaşmamışlarsa, özellikle millî hukuka göre uygulanabilen normlara riayet edilebileceği öngörülmektedir²⁰¹. Millî mahkeme, sözleşmenin tüketici için geçerli olan millî hukukun öngördüğünden daha az elverişli bir hukuksal durum oluşturup oluşturmadığını, şayet oluşturuyorsa hangi

¹⁹¹ *Thouvenin*, Jusletter 29.10.2012, knr. 44; aksi görüş, *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, s. 268.

¹⁹² Yargıtay HGK, 4.3.2015, E. 2014/13-111, K. 2015/886 (www.kazanci.com) (13.5.2016).

¹⁹³ Bu konuda bakınız *Atamer*, Sempozyum, 44 vd.; *Aydın*, s. 99 vd.

¹⁹⁴ BGH, NZM 2014, s. 749; NJW 1973, s. 1194; BeckOK ArbR/*Jacobs*, BGB § 307 knr. 45.

¹⁹⁵ MüKoBGB/*Wurmnest*, BGB § 307 knr. 65.

¹⁹⁶ BGH, NJW-RR 1996, s. 1009; NJW 1964, s. 1123.

¹⁹⁷ BGH, NJW 1964, s. 1123.

¹⁹⁸ HK-BGB/*Schulte-Nölke*, BGB § 307 knr. 16.

¹⁹⁹ BeckOK BGB/*H. Schmidt*, BGB § 307 kn. 55; BeckOK ArbR/*Jacobs*, BGB § 307 knr. 50.

²⁰⁰ BeckOK BGB/*H. Schmidt*, BGB § 307 kn. 55; BeckOK ArbR/*Jacobs*, BGB § 307 knr. 50.

²⁰¹ ABAD, 16.1.2014, C-226/12, BeckRS 2014, 80035 knr. 21; EuZW 2013, s. 464, 468.

dereceye kadar oluşturduğunu değerlendirebilir²⁰². ABAD da millî hukukun münferit olayda uygulanabilen yedek hukuk kurallarını içerik denetimi için bir kılavuz model olarak kabul etmektedir²⁰³.

Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı hak ve borçlar dağılımını öngören genel işlem koşulları dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder, TTK m. 55 f. 1 bent (f). Burada denetim ölçütü olarak, sözleşmenin doğasından kaynaklanan en uygun hak ve borç dağılımı öngörülmektedir²⁰⁴. Sözleşmenin doğasından kasıt, öncelikle sözleşme tipi, sözleşmenin ekonomik amacı ve diğer sözleşme tipi amaçlarıdır²⁰⁵. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı hak ve borçlar, sözleşmenin ifası için koşulları oluşturan ve sözleşmenin amacına erişilmesi için gerekli olan hak ve borçlardır²⁰⁶. Bu hüküm özellikle bir yedek hukuk kuralının kılavuz model olarak eksik olduğu sözleşme düzenlemelerinde devreye girer²⁰⁷. Bu bağlamda, hâkim ilgili sözleşme için âdil sayılacak kuralları kanun koyucunun yerine geçerek koymalıdır; ilgili çözümü ararken de sürekli olarak sözleşmenin amacını göz önünde bulundurmalıdır²⁰⁸. Ancak, bu hükmün kanunda düzenlenen sözleşmelerin denetimi için de uygulanması mümkündür²⁰⁹. Çünkü her ne kadar bu hüküm isimsiz sözleşmeler için öngörülmüşse de, kanunda düzenlenmesine rağmen bazı konulara ilişkin boşluk bulunan sözleşmeler için de uygulanabilir²¹⁰. Ayrıca, Alman hukukunda bu hükümden (AMK § 307 f. 2 Nr. 2) şu ilke de çıkarılmaktadır: Aslî edim yükümlülüklerinin ihlâlinde sorumluluk genel işlem koşullarıyla kaldırılamaz (hattâ hafif kusur için bile)²¹¹. Bununla beraber, AMK § 307 f. 2 Nr. 2’de kullanılan “temel hak ve borçlar ifadesi”, genel işlem koşullarının kanunla düzenlenmesinden önce uygulamada kullanılan “aslî edim yükümlükleri” kavramından daha geniştir ve müşteri için esaslı anlamı olan yan yükümlülükleri ve koruma yükümlülüklerini de kapsamaktadır²¹².

Sadece belirli hükümler içerik denetimine tâbi olmakla beraber, bu denetimde tüm sözleşme içeriğine riayet edilmelidir; nitekim, Yönerge m. 4 f. 1’den

²⁰² ABAD, 16.1.2014, C-226/12, BeckRS 2014, 80035 knr. 21; EuZW 2013, s. 464, 468.

²⁰³ MüKoBGB/Basedow, Vor BGB § 305 knr. 48.

²⁰⁴ Bu konuda ayrıntılı *Atamer*, Sempozyum, s. 45 vd.; *Aydın*, 100 vd.

²⁰⁵ Erman/S. Roloff, BGB § 307 knr. 32.

²⁰⁶ Erman/S. Roloff, BGB § 307 knr. 33.

²⁰⁷ BeckOK ArbR/Jacobs BGB § 307 knr. 53; Erman/S. Roloff, BGB § 307 knr. 31; *Aydın*, s. 100.

²⁰⁸ *Atamer*, Sempozyum, s. 46 vd.

²⁰⁹ Erman/S. Roloff, BGB § 307 knr. 31; *Aydın*, s. 101; *Atamer*, s. 207.

²¹⁰ *Atamer*, s. 192.

²¹¹ BGH NJW-RR 1993, s. 560, 561; AnwKomm/Heinrichs, BGB § 307 knr. 15; Palandt/Heinrichs, BGB § 307 knr. 35; *Aydın*, s. 101.

²¹² AnwKomm/Heinrichs, BGB § 307 knr. 15.

(buna tekabül eden TKHK m. 5 f. 6'dan) bu neticeye ulaşılabilir²¹³. Öyleyse, özellikle burada diğer genel işlem koşullarının içerikleri de hesaba katılmalıdır²¹⁴. TKHK m. 5 f. 6'ya göre “Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir”. Bir hükmün haksızlığının tespitinde, sözleşmenin yapılmasına refakat eden tüm şartlara, sözleşmenin diğer bütün hükümlerine riayet edilmelidir²¹⁵. ABAD kararına göre, tüketicinin iptal talebi sadece ödünç sözleşmesinin bir hükmünün geçerliliğine yönelik olmasına rağmen, tespit bakımından diğer hükümlerin de, iptali istenen hükme etkileri olabilir²¹⁶.

Ayrıca burada bütün sözleşme içeriğine riayet edilmesi bireysel anlaşmalar için de geçerlidir; bunların diğer sözleşme hükümleriyle etkileşimi değerlendirilmelidir²¹⁷. Tüm sözleşmenin içeriğine riayet edilmesi gereğine göre, yalnız başına değerlendirildiğinde geçerli olan bir genel işlem koşulları hükmü, başka hükümlerle ya da bireysel anlaşmalarla etkileşimi durumunda tüketici aleyhine bir dengesizliğe sebebiyet verebilir ve bunun sonucunda geçersiz sayılır²¹⁸. Bunun aksi de imkân dâhilindedir; yani tüketicinin zararına olan bir hüküm sözleşmenin diğer hükümlerinin ya da bireysel anlaşmanın faydaları ile dengelenebilir; bu durumda yalnız başına geçersiz olan bu hüküm artık geçersiz değil, geçerli kabul edilir²¹⁹. Ancak, tüketicinin korunması açısından böyle bir etki “kötü” şartların “iyi” şartlarla dengelenmesini sınırsız şekilde kabule sebebiyet vermemelidir²²⁰. Bu telâfi etkisi, ancak ilgili hükümler objektif olarak birbirleriyle ilişkili ise ve yararları ile zararları açısından birbirleriyle bir değişim ilişkisi içinde iseler söz konusu olabilir²²¹.

d) İçerik Denetiminin Sınırları

Yönerge m. 4 f. 2'yi iç hukuka aktaran TKHK m. 5 f. 7'ye göre, “Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki

²¹³ MüKoBGB/Wurmnest, BGB § 307 knr. 34.

²¹⁴ MüKoBGB/Wurmnest, BGB § 307 knr. 34.

²¹⁵ ABAD, 16.1.14, C-226/12, BeckRS 2014, 80035.

²¹⁶ ABAD, EuZW 2013, s. 464, 466.

²¹⁷ BGH NJW 2006, s. 2116, 2117; MüKoBGB/Wurmnest, BGB § 307 knr. 34; Stoffels, s. 232.

²¹⁸ BGH NJW 2006, s. 2116, 2117; MüKoBGB/Wurmnest, BGB § 307 knr. 35; Stoffels, s. 232.

²¹⁹ MüKoBGB/Wurmnest, BGB § 307 knr. 36.

²²⁰ Damm, JZ 1994, s. 161, 172; Frey, ZIP 1993, s. 572, 575; Aydın, s. 121.

²²¹ AnwKomm/Heinrichs, BGB § 307 knr. 5; Erman/S. Roloff, BGB § 307 knr. 11; Aydın, s. 122.

hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz". Buna göre, saydamlık gereğine uygun olmak koşuluyla, edim veya karşı edimi belirleyen genel işlem koşulları denetlenmez²²². Zira herkes sözleşme hürriyetine sahiptir (1982 Anayasası m. 48 f. 1). "Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler" (TBK m. 26). Tarafların, edim ile karşı edim arasındaki değer ilişkisini serbestçe belirleyebilmeleri sözleşme özgürlüğünün sonucudur²²³. Dolayısıyla taraflar fiyatı serbestçe belirleyebilir²²⁴. Bununla beraber, sözleşme özgürlüğü ilkesinin karşısında da âdil olma ilkesi yer almaktadır²²⁵. Diğer yandan piyasa ekonomisi kurallarının hâkim olduğu bir ortamda edimler arası dengede objektif adaletin yerini piyasa adaleti almaktadır²²⁶. Zira "[r]ekabetin var olduğu, uyumlu eylemlerin denetlendiği, hakim durumun kötüye kullanılmadığı bir piyasada fiyatlar kendiliğinden olması gereken düzeyde seyreder"²²⁷. Ancak piyasanın etkin işleyebilmesi ve doğru fiyatın oluşması için iki belirleyici etken söz konusudur: Arz tarafında rekabet ve talep tarafında bilgilendirilmiş müşteriler²²⁸. Serbest piyasa ekonomisiyle şekillenen toplumlarda edim ile karşı edim arasındaki eşdeğerlilik ilişkisi kurallarla belirlenmez; bilâkis piyasa ve rekabet aracılığıyla oluşur²²⁹. Bu açıklananlar ışığında, hukuk düzeninin de sadece istisnâî durumlarda ("aşırı yararlanma"²³⁰, "sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması") edim ile karşı edim arasındaki sözleşme ile kararlaştırılan eşdeğerliliğe müdahale ettiği ifade edilebilir²³¹. Bunların haricinde fiyat/edim eşdeğerliliği mahkeme denetimine tâbi değildir; bu durum genel işlem koşullarının içerik denetimi için de geçerlidir²³². Ancak, edim ve karşı edimi belirleyen genel işlem koşullarının içerik denetiminden muaf olması için, saydamlık gereğine uygun olmaları gereklidir (TKHK m. 5 f. 7). Aslî edime ilişkin hükümlerin içerik denetimine tâbi olmaması diğer müzakere edilmemiş hükümlerin içerik denetiminin bir istisnası olmakla beraber, aynı zamanda karar verme özgürlüğünün, rekabetin ve piyasa ekonomisinin de temel prensiplerinin

²²² Bu konuda bakınız *Atamer*, Sempozyum, s. 56 vd.; *Aydın*, s. 129 vd.; *Baş*, s. 299 vd.; *Açıkgöz*, s. 360 vd.

²²³ *Bucher*, s. 228; *Aydın*, Aşırı Yararlanma, s. 89.

²²⁴ *Atamer*, Fiyat Denetimi, s. 9.

²²⁵ *Gauch*, recht 1989, s. 93; *Aydın*, Aşırı Yararlanma, s. 89.

²²⁶ *Atamer*, Sempozyum, s. 56; *Açıkgöz*, s. 360; *Aydoğdu*, Tüketici Kılavuzu, s. 39.

²²⁷ *Atamer*, Fiyat denetimi, s. 10.

²²⁸ *Atamer*, Fiyat denetimi, s. 10, 11.

²²⁹ Haklı olarak *Pfeiffer*, NJW 2014, s. 3071.

²³⁰ Aşırı yararlanma hakkında, ayrıntılı bakınız *Aydın*, 87 vd.

²³¹ *Thouvenin*, Jusletter 29.10.2012, knr.11.

²³² *Thouvenin*, Jusletter 29.10.2012, knr.11.

bir ifadesidir²³³. Fiyat/edim ilişkisinin ölçülülüğü denetime tâbi olmamakla beraber, sözleşme sürerken ilk defa bedelin hesaplanmasından kaynaklanan bir mekanizma fiyat/edim ilişkisinin tespitinden öteye gidiyor ve bu hesaplama mekanizması tüketici için gizli bir fiyat artışına götürüyorsa, bu hükmün içerik denetimi söz konusu olur²³⁴. Edimin nasıl, ne zaman, nerede ifa edileceği gibi hususlar ya da edimin tek taraflı olarak fiyatını, miktarını, niteliklerini veya konusunu değiştirme yetkileri denetlenir²³⁵. Yine fiyatın öngörülemez şekilde her an değişmesi sonucuna götüren hükümler, borcun muaccel olmasına ve ödeme koşullarına ilişkin düzenlemeler, önceden ifa kayıtları, dövizle ödeme kayıtları denetlenir²³⁶.

Uygulanması gereken hukuksal düzenlemeyi tekrarlayan genel işlem koşulları denetlenmez; ancak burada söz konusu kural bu hukukî ilişkiye hiç uygulanmayacak bir kurala denetlenir²³⁷.

e) İçerik Denetiminin Sonuçları

Yönerge m. 6 f. 1'e tekabül eden TKHK m. 5 f. 2'ye göre, "Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez"²³⁸. Yani tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların içerik denetiminin sonucu kesin hükümsüzlüktür²³⁹. Kesin hükümsüzlük mahkeme tarafından re'sen göz önünde bulundurulmalıdır²⁴⁰. ABAD kararına göre, hukuksal ve fiilî gerekçeler mevcutsa, Yönergenin uygulama alanına giren tüm sözleşme hükümleri mahkeme tarafından re'sen denetlenmek zorundadır²⁴¹. Kesin hükümsüz olan haksız şartlar dışındaki hükümler geçerliliğini korur. Ancak geri kalan sözleşme diğer kesin hükümsüz sayılan hükümler olmadan ayakta kalabilecek durumda olmalıdır. Zira Yönerge

²³³ Pfeiffer, NJW 2014, s. 3071.

²³⁴ Pfeiffer, NJW 2014, s. 3070, bu hususta ayrıca bakınız ABAD, EuZW 2012, 786.

²³⁵ Atamer, Sempozyum, s. 57.

²³⁶ Atamer, Sempozyum, s. 58.

²³⁷ Ayrıntılı Atamer, Sempozyum, s. 54 vd.; Açıkgoz, s. 364 vd.

²³⁸ Önceki 4077 Sayılı TKHK m. 6 f. 2'ye göre "Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir." "Madde metninde de belirtildiği üzere haksız şart olduğu kabul edilen hükümler, diğer bir ifadeyle standart sözleşmelerde yer alan genel işlem şartlarından haksız olanlar, tüketici için bağlayıcı değildir", Yargıtay HGK, 28.1.2015, E. 2014/13-596, K. 2015/792 (www.kazanci.com) (13.5.2016).

²³⁹ Bu konuda bakınız Atamer, Armağan, s. 317 vd.; Aydın, 140 vd.

²⁴⁰ Wolf/Horn/Lindacher, Art. 6 RiLi knr. 4; Kapnopoulou, s. 151; Aydın, s. 141.

²⁴¹ ABAD, EuZW 2013, s. 464, 466.

m. 6 f. 1'e göre, sözleşme haksız şartlar olmadan ayakta kalabiliyorsa, sözleşme her iki taraf için aynı esasa bağlı olarak bağlayıcıdır.

Yönerge açık bir şekilde boşluk doldurma hükmü öngörmediğinden, millî hukuklar, boşluğu doldurup doldurmama ve doldurmanın nasıl yapılacağı hususlarında serbest bırakılmıştır²⁴². Millî hukuklar, sözleşmenin boşluk doldurmadan ayakta kalacağını öngörebilir²⁴³. ABAD kararına göre, Yönerge m. 6 f. 1 uyarınca sözleşmede haksız şartın geçerliliğini yitirmesinden sonra geri kalan sözleşme artık ayakta kalamıyorsa, hükümsüzlüğü tespit edilen haksız şart millî hukuka ait bir yedek hukuk kuralı ile ikame edilebilir²⁴⁴. Kısaca millî mahkeme kesin hükümsüzlüğü tespit edilen bir hüküm nedeniyle oluşan boşluğu yedek hukuk kuralı ile doldurabilir²⁴⁵. Ancak ABAD'ın söz konusu boşluğun tamamlayıcı yorum ile doldurulup doldurulamayacağına ilişkin soruyu kesin olarak cevaplandırmadığı ifade edilmektedir²⁴⁶. Bu bağlamda, tamamlayıcı yorumun geçerli olması için haklı sebeplerin olduğu da belirtilmektedir²⁴⁷. AMK § 306 f. 2'ye göre, sözleşme hükümleri geçersiz sayıldığı ölçüde sözleşme içeriği kanunî düzenlemelere göre belirlenir²⁴⁸. Ancak uygun bir yedek hukuk kuralı mevcut değilse ve geçersiz sayılan hükmün ikame edilmemesi tarafların menfaatine uygun bir çözüm sağlamıyorsa, tamamlayıcı yorumun geçerli olacağı kabul edilmektedir²⁴⁹. TKHK m. 5 f. 2 c. 2'ye göre, “Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur”. Dolayısıyla sözleşme, kesin hükümsüz sayılan şartlar olmadan ayakta tutulabiliyorsa, geri kalan sözleşme varlığını koruyacaktır²⁵⁰. Aksi takdirde, kesin hükümsüz kabul edilen haksız şart nedeniyle oluşan sözleşme boşluğu, mevcutsa yedek hukuk kuralıyla, mevcut değilse hâkimin bulacağı kural ile doldurulur²⁵¹. Bir genel işlem koşulları hükmünün kanunen geçerli olan ölçüyü aşması durumunda ise, söz konusu hüküm yasal had üzerinden geçerli kabul edilmeyip, tüm içeriğiyle geçersiz sayılmalıdır

²⁴² *WolffHorn/Lindacher*, Art. 6 RiLi knr. 7; *MüKoBGB/Basedow*, BGB § 306 knr. 4.

²⁴³ *WolffHorn/Lindacher*, Art. 6 RiLi knr. 7; *Kapnopoulou*, s. 152.

²⁴⁴ ABAD, EuZW 2014, s. 506.

²⁴⁵ *Fervers*, EuZW 2014, s. 511; *MüKoBGB/Basedow*, BGB § 306 knr. 4.

²⁴⁶ *Pfeiffer*, NJW 2014, s. 3072.

²⁴⁷ *Pfeiffer*, NJW 2014, s. 3072. Ayrıca bakınız *WolffHorn/Lindacher*, Art. 6 RiLi knr. 7.

²⁴⁸ Bu konuda bakınız *Aydın*, s. 133 vd.

²⁴⁹ BGH, NJW 1984, s. 1177; 1989, s. 3010, 3011; 1998 450 451; Erman/S. *Roloff*, BGB 306 knr. 13; Paland/*Heinrichs*, BGB § 306 knr. 7; *Ulmer*, NJW 1981, s. 2031; *Stoffels*, s. 317 vd. Bu konuda bakınız *Aydın*, s. 137 vd.

²⁵⁰ *Atamer*, Sempozyum, s. 62 vd.; *Aydın*, s. 141 vd.; *Çınar*, s. 196.

²⁵¹ *Atamer*, s. 228 vd.; aynı yazar, Sempozyum, s. 63; *Aydın*, 142 vd.; *Çınar*, s. 196 vd.; *Aydoğdu*, Tüketici Kılavuzu, s. 37.

(“kanunî geçerli olana indirimin yasak olması”)²⁵². Böyle bir yasak, kanun koyucu tarafından genel işlem koşulları normlarının konuluş amacına uygundur²⁵³. Aynı zamanda saydamlık gereğiyle de uyusmaktadır²⁵⁴. Ayrıca, mahkemelerin görevi hem mümkün olduğunca elverişli hem de hukuken geçerli genel işlem koşulları metinleri bulmak da değildir²⁵⁵. ABAD kararına göre de, eğer girişimci ile tüketici arasındaki sözleşme cezasına ilişkin bir hükmün haksızlığı belli ise, tüketici aleyhine yüklenen bu sözleşme şartını indirimine giderek uygulamak yasaktır²⁵⁶. Dolayısıyla ABAD kanunî olana indirimi yasaklayarak, tüketicinin yüksek bir standartta korunmasına yönelik hukukî güvenlik sağlamaktadır; bu kararı olumlu olarak değerlendiriyoruz²⁵⁷.

Tüketicinin korunmasının sözleşmenin tümüyle geçersiz sayılmasıyla daha iyi sağlanması Yönergeye aykırılık teşkil etmez²⁵⁸. Yine AMK § 306 f. 3 istisnâî olarak sözleşmenin tümüyle geçersiz olacağını öngörmektedir. Bu sonuca Türk hukukunda işlem temelinin çökmesi kurumu yoluyla ulaşılabilir²⁵⁹.

VI. SONUÇ

TKHK m. 5 ve Yönetmelik tüketici sözleşmelerindeki haksız şartları düzenlemektedir. Bu düzenlemelerle, aynı zamanda Yönerge de iç hukuka aktarılmaktadır. Ayrıca haksız şartlar ile ilgili bu düzenlemeler, 1982 Anayasası sosyal devlet ilkesini öngören 2. ve 5. maddelerin ve özellikle tüketicinin korunması başlığını taşıyan 172. maddenin bir gereğidir. Genel işlem koşullarına ilişkin normların koruma amacı, tek taraflı olarak kullanılan sözleşme düzenleme özgürlüğünün kötüye kullanılmasını önlemektir. Yönerge açısından haksız şartlarla ilgili normlar ile özellikle tüketicinin korunması amaçlanmaktadır. ABAD’a göre, Yönergenin koruma sistemi, tüketicinin girişimciye oranla daha zayıf bir müzakere pozisyonunda bulunması ve daha az bir bilgiye sahip olması

²⁵² Haklı olarak ABAD, NJW 2013, s. 2582; BGH, NJW 1982, s. 2309, 2310; 1986, s. 1610, 1612; 2006, 1059; *Ulmer*, NJW 1981, 2027 vd.; *Wendenburg*, EuZW 2012, 760; *Wolf/Horn/Lindacher*, Art. 6 RiLi knr. 5; *AnwKomm/Heinrichs*, BGB § 306 knr. 3; *Stoffels*, s. 306 vd.; *Atamer*, s. 231 vd.; *Aydın*, s. 135 vd., 141. Aksi görüş için bakınız *MüKoBGB/Basedow*, BGB § 306 knr. 12 vd.; *Uffmann*, NJW 2012, s. 2229 vd.; *Schmidt-Salzer*, s. 198; *Roth*, JZ 1989, s. 411, 416 vd.

²⁵³ *AnwKomm/Heinrichs*, BGB § 306 knr. 3; *Erman/S. Roloff*, BGB 306 knr. 8; *Stoffels*, s. 307 vd.; *Aydın*, s. 136.

²⁵⁴ *Stoffels*, s. 308; *Aydın*, s. 136.

²⁵⁵ BGH NJW 2006, s. 1059, 1060; BAG, 23.9.2010, AZR 897/08, BeckRS 2010, 75925 knr. 37.

²⁵⁶ ABAD, NJW 2013, s. 2582.

²⁵⁷ *Wendenburg*, EuZW 2012, 760; aksi görüş için bakınız *Uffmann*, NJW 2012, s. 2229 vd.

²⁵⁸ ABAD, NJW 2012, s. 1781, 1782; *HK-BGB/Schulte-Nölke*, BGB § 306 knr. 8.

²⁵⁹ *Atamer*, s. 234; *Aydın*, s. 134 vd., 142.

düşüncesine dayanmaktadır. Nihayet, rekabetin yetersiz kalmasından dolayı, genel işlem koşullarına ilişkin hükümler ekonomik açıdan piyasa yetersizliğini dengeleyici bir amaca hizmet eder.

Haksız şartlara ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için, taraflardan birini girişimci (satıcı/sağlayıcı) diğerini ise tüketicinin oluşturduğu bir tüketici sözleşmesinin varlığı aranır. TKHK m. 3 bent (k) hükmünde tüketici tanımlanmaktadır. Buna göre kim özel amaçlarla, yani kişisel, özel, ailevî kullanım için, işlem yaparsa tüketici sıfatını taşır. Karma amaçlı işlemlerde, tüketici vasfının söz konusu olup olamayacağı açısından, Alman hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da ağır basan amaca göre karar verilmesi isabetli olur. Tüketicinin karşısındaki taraf için satıcı/sağlayıcı kavramları yerine üst kavram olarak girişimci kavramı kullanılması yerinde olacaktır. TKHK anlamında satıcı ya da sağlayıcı vasfının söz konusu olabilmesi bakımından, ticarî ya da meslekî amaçlarla ifadesinden, ticarî ya da meslekî faaliyetleri kapsamında ifadesi anlaşılmalıdır. Haksız şart hükümlerinin uygulanabilmesi için bir tüketici sözleşmesinin varlığı ikinci el satışlar açısından da icap eder. TKHK m. 3 bent (l)'de bir taraftan her türlü sözleşme kavramı kullanılırken, diğer taraftan bazı sözleşmeler (eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık) ismen zikredilmektedir. Bu sayma tahdidî değil, önceki kanun zamanında yaşanan tereddütleri gidermek içindir. TKHK m. 5 f. 1'de haksız şartın tanımı yer almaktadır. Buna göre, müzakere konusu yapılmamış bütün sözleşme koşulları, genel işlem koşulları içinde yer alsın veya almasın, denetime tâbi tutulmakta ve böylece tüketici korunmaktadır. Dolayısıyla TKHK m. 5 ve Yönetmelik hükümlerinin uygulama alanlarını sadece standart bir sözleşmede bulunan genel işlem koşullarının bulunmasına bağlamak, Yönergeyi iç hukuka aktaran hükümlerin amacına uygun olmaz. Ayrıca, böyle bir durum hükmün uygulama alanının tüketici aleyhine daraltılmasına sebebiyet vereceğinden tüketicinin korunması düşüncesiyle bağdaşmaz.

Genel işlem koşullarının denetiminde yürürlük, yorum ve içerik olmak üzere üç aşama söz konusudur.

Yürürlük denetiminde öncelikle genel işlem koşullarının hukukî niteliğinin ne olduğu sorusunun cevaplanması yerinde olur. Bize göre, genel işlem koşullarının sözleşmenin bir parçası olabilmesi için, bunların sözleşme içeriği olacağı hususunda tarafların irade beyanlarının uyuşması gerekir (sözleşme teorisi). TKHK m. 5 ve Yönetmelik yürürlük denetimine ilişkin TBK m. 21 gibi bir hüküm öngörmemekle beraber, söz konusu TBK hükmü TKHK m. 5 ve Yönetmelik açısından icabı hâlinde tamamlayıcı bir hüküm olarak uygulanma kabiliyetini haizdir (TKHK m. 83). Dolayısıyla TBK m. 21 f. 1 açısından, genel işlem koşullarının tüketici sözleşmesinin bir parçası olabilmesi için, girişimcinin tüketiciyi genel işlem koşulları kullandığı hususunda açıkça uyarması, tüketiciye bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlaması ve tüketicinin de bu

koşulları kabul etmesi gerekir. TBK açısından da, metni müşteriye vermenin işlem hayatının gereklerine tamamen yabancı olduğu durumlarda kanunun ifadesi geniş yorumlanarak, açık uyarının ilânla gerçekleştiği kabul edilebilir. Yine AMK gibi genel işlem koşulları kullananın müşterinin fark edilebilir bedensel engellerine riayet etmesi gerektiği öngörülebilir. Özellikle görme engelli müşterilerin örneğin Braille alfabesi ile genel işlem koşullarının içeriğine kolayca ulaşması sağlanabilir. Genel işlem koşulları okunabilir ve anlaşılabilir olmalıdır. Bu bağlamda, TKHK m. 4 f. 1’de öngörülen saydamlık kuralı tüm yazılı tüketici sözleşmelerinde yer alacak genel işlem koşulları açısından da geçerli olacaktır. Bununla beraber, TBK m. 21 f. 1’in öngördüğü bu şartlar gerçekleşse bile, şaşırtıcı hükümler sözleşmenin içeriği olamaz (TBK m. 21 f. 2). Global kabul durumunda şaşırtıcı hükümler söz konusu olabilir. Böyle hükümlerde, objektif açıdan bir olağandışılık ve sübjektif açıdan ise bir şaşırma söz konusu olmalıdır. Yürürlük denetimi sonucu için TBK m. 22’de öngörülen yazılmamış sayılma terimi ise isabetli değildir. Zira yürürlük denetiminin sonucu, genel işlem koşullarının tamamen ya da kısmen sözleşmenin içeriği olamamasıdır.

Genel işlem koşullarının yorumlanması açısından, bireysel sözleşmelerden farklı olarak, somut bir hukukî ilişki için değil de, gelecekte yapılacak çok sayıda sözleşmeler için hazırlanması özel durumu hesaba katılarak özel kurallar geliştirilmiştir. Haksız şartların yorum denetimi açısından öncelikle bu genel yorum yöntemlerine başvurulmalıdır. Bu yorum yöntemleriyle bir sonuca ulaşamadığı durum içinse TKHK m. 5 f. 4 c. 2’de tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartların yorum denetimine ilişkin olarak belirsizlik ilkesi öngörülmektedir. Belirsizlik ilkesi TBK m. 23’te, genel işlem koşullarının yorum denetimi açısından düzenlenmektedir. Genel işlem koşullarının yorumlanması açısından zaten Türk öğretisinde belirsizlik ilkesi genel kabul görmekteydi. Belirsizlik ilkesinin kanunî olarak düzenlenmesinden amaç, objektif olarak birden fazla anlama gelebilecek hükümlerdeki tereddütte kalma durumları için bir yorum kuralı öngörmektir. Belirsizlik ilkesinin devreye girmesi için, kabul edilen yorum metodlarıyla izale edilemeyen bir tereddüt mevcut olmalıdır. Bu yüzden, bu ilke sadece talî bir ilke olarak geçerlidir. Burada asgarî iki hukukî yorum olasılığı hukuksal olarak kullanılabilir olmalıdır. Bu yorum olasılıklarından birinin diğerine önceliği de olmamalıdır. Ayrıca belirsizlik kuralı uygulanırken, içerik denetimi ile ulaşılabilen daha olumlu sonuçları engellemeyen bir yorum uygun olabilir.

Genel işlem koşullarının denetiminin ağırlık noktasını içerik denetimi oluşturmaktadır. Yönerge doğrultusunda, TKHK m. 5 ve Yönetmelik müzakere konusu yapılmamış bütün sözleşme koşullarını, genel işlem koşulları içinde yer alsın almasın, denetime tâbi tutmakta ve tüketici korunmaktadır. Dolayısıyla TKHK haksız şart hükmünün uygulama alanı, sadece standart bir sözleşmede genel işlem koşulları hükmü bulunması durumu ile sınırlı değildir. Müzakere

edilmemiş bir şartın haksız olup olmadığı hususunda, Yönerge m. 3 f. 1'e tekbül eden TKHK m. 5 f. 1 önem arz etmektedir. İsviçre Haksız Rekabet Kanunu yeni m. 8 normu da benzer bir düzenleme öngörmektedir. Buna göre, tarafların sözleşmeden doğan haklarında ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları haksız şarttır. Burada birinci adımda ilgili şartın haklar ve yükümlükler açısından tüketici aleyhine bir dengesizliğe sebebiyet verip vermediği araştırılacaktır. Bunu takiben, ikinci adımda bu dengesizliğin dürüstlük kuralına aykırılık oluşturup oluşturmadığı değerlendirilmesi yapılacaktır. Yeni Yönetmelik ekinde artık hâkimi bağlayıcı olan bir kara haksız şartlar listesinin yer aldığı belirtilebilir. Bu durumda, hâkim ek bir araştırmaya gitmeksizin haksızlığa hükmedebilir.

Yönetmeliğin ekindeki listede yer almayan şartlar açısından bir dengesizliğin oluşup oluşmadığının tespiti daha zordur. Dengesizliğin tespiti farklı hakların ve yükümlülüklerin karşılaştırılmasını gerektirir. Sözleşmeye katılan tarafların menfaatlerinin doğru değerlendirilebilmesi için ölçüt, öncelikle mevcut hukuksal düzenlemelerden, özellikle yedek hukuk kurallarından çıkarılabilir. Bu bağlamda TTK m. 55 f. 1 bent (f) hükmü de bu denetim ölçütünü düzenlemektedir. Hukuksal düzenlemeler kavramına, bütün normlar, özellikle yedek hukuk kuralları, Avrupa hukuku ve yabancı hukuk da dâhildir. Karşılaştırma yapılabilecek herhangi bir norm söz konusu değilse, doğru bir menfaat değerlendirmesi için sözleşmenin amacına bakılır. Yani sözleşmenin doğasından kaynaklanan en uygun hak ve borç dağılımı denetim ölçütü olabilir. Yine TTK m. 55 f. 1 bent (f) hükmü bu denetim ölçütünü de düzenlemektedir. TKHK m. 5 f. 4 c. 1'de saydamlık kuralı öngörülmektedir. Yönerge m. 5 c. 1 ve AMK § 307 f. 1 c. 2'de de bu ilke yer almaktadır. Söz konusu saydamlık kuralı genel işlem koşullarının temel bir ilkesidir. Bu ilke şartın haksızlığının değerlendirilmesinde bir kriter olarak kullanılabilir. Zira saydam olmayan bir sözleşme şartı dengesizliğe sebebiyet veriyorsa bu şartın dürüstlük kuralına da aykırı olduğu kabul edilebilir.

İkinci adımda, tüketici aleyhine dengesizliğin değerlendirilmesi dürüstlük kuralı ölçütüne göre yapılacaktır. Yönerge m. 3 f. 1'de, AMK § 307'de ve İsviçre Rekabet Kanunu yeni m. 8'de öngörüldüğü üzere, Türk hukukunda da dürüstlük kuralına aykırılığın önemsiz bir ağırlıkta olmaması aranmalıdır. TTK m. 55 f. 1 bent (f)'de de dürüstlük kuralına aykırılığın önemli olması aranmaktadır. Buna göre, uygulanacak kanunî düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan ya da sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı hak ve borçlar dağılımını öngören genel işlem koşulları kullananlar dürüstlük kuralına aykırı davranmış olur. Bir hükmün haksız olup olmadığının tespitinde, sözleşmenin yapılmasına refakat eden tüm şartlara, özellikle de sözleşmenin diğer bütün hükümlerine riayet edilmelidir. Tüm sözleşmenin içeriğine riayet edilmesi gereğine göre, yalnız başına değerlendirildiğinde geçerli olan bir genel işlem koşulları hükmü başka hükümlerle ya da bireysel anlaşmalarla etkileşimi durumunda tüketici aleyhine

bir dengesizliğe sebebiyet verebilir; bu yüzden de geçersiz kabul edilir. Bunun aksi de imkân dâhilindedir; ancak, tüketicinin korunması açısından, böyle bir etki kötü şartların iyi şartlarla dengelenmesini sınırsız kabule sebebiyet vermemelidir.

Saydamlık gereğine uygun olmak koşuluyla, edim veya karşı edimi belirleyen genel işlem koşulları denetlenmez. Hukuk düzeni de sadece istisnâî durumlarda edim ile karşı edim arasında sözleşme ile kararlaştırılan eşdeğerliliğe müdahale eder. Söz konusu istisnâî durumlardan birisi aşırı yararlanma diğeri ise sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasıdır. Bunların haricinde bir fiyat/edim eşdeğerliliği mahkeme denetimine tâbi değildir. Bu durum genel işlem koşullarının içerik denetimi için de geçerlidir. Ancak, edim ve karşı edimi belirleyen genel işlem koşullarının içerik denetiminden muaf olabilmeleri için saydamlık gereğine uygun olmaları icap eder (TKHK m. 5 f. 7).

Uygulanması gereken hukuksal düzenlemeyi tekrarlayan genel işlem koşulları denetlenmez. Ancak, burada söz konusu kural bu hukukî ilişkiye hiç uygulanmayacak bir kuralsa denetlenir.

Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların içerik denetiminin sonucu kesin hükümsüzlüktür (TKHK m. 5 f. 2 c. 1). Kesin hükümsüzlük mahkeme tarafından re'sen göz önünde bulundurulmalıdır. Kesin hükümsüz olan haksız şartlar dışındaki hükümler geçerliliğini korur (TKHK m. 5 f. 2 c. 2). Ancak geri kalan sözleşme kesin hükümsüz sayılan hükümler olmadan ayakta kalabilecek durumda olmalıdır. Aksi takdirde, kesin hükümsüz kabul edilen haksız şart nedeniyle oluşan sözleşme boşluğu, mevcutsa yedek hukuk kuralıyla, mevcut değilse hâkimin bulacağı kural ile doldurulur. Bir genel işlem koşulları hükmünün kanunen geçerli olan ölçüyü aşması durumunda ise, söz konusu hüküm yasal had üzerinden geçerli kabul edilmeyip, tüm içeriğiyle geçersiz sayılmalıdır (kanunî geçerli olana indirimin yasak olması). AMK § 306 f. 3 istisnâî olarak sözleşmenin tümüyle geçersiz olacağını öngörmektedir. Bu sonuca Türk hukukunda işlem temelinin çökmesi kurumu yoluyla ulaşılabilir.

KAYNAKÇA

- Açıköz, Osman:* Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, 1. Bası, İstanbul 2013
- Akcaal, Mehmet:* Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/18_1_2.pdf (03.08.2016)
- Antalya, Gökhan:* Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 1. Bası, İstanbul 2012
- Anwalt Kommentar:* Schuldrecht, Bonn 2002 (AnwKomm/İşleyen)
- Aslan, İ. Yılmaz:* 6502 Sayılı Kanununa Göre Tüketici Hukuku, 4. Bası, Bursa 2014
- Atamer, Yeşim M.:* Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999
- Atamer, Yeşim M.:* Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, Ankara 2004, 291 (Armağan)
- 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, Ankara 2012, 9 (Sempozyum)
- Atamer, Yeşim M.:* 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Fiyat Denetimi, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Derleyen Murat İnceoğlu, 1. Bası, İstanbul 2015 Denetimi (Fiyat Denetimi)
- Atamer, Yeşim M./Baş, Ece:* Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk, İBD, Cilt 88, 2014, Özel Sayı 1, 19
- Aydın, Ramazan:* Die Berücksichtigung des Verbraucherschutzes bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen im deutschen und türkischen Recht, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Hamburg 2007, Schriftenreihe der Forschungsstelle des Türkischen Rechts der Universität Augsburg, Bd. 1
- Aydın, Ramazan:* Aşırı Yararlanma (TBK m. 28), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VIII, Sayı 1, Kayseri 2013, 87 (Aşırı Yararlanma)
- Aydoğdu, Murat:* Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015
- Aydoğdu, Murat:* Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, Ankara 2014 (Genel İşlem Koşulları)
- Aydoğdu, Murat:* Tüketici Kılavuzu – Hukuk Rehberi, 1. Bası, İstanbul 2014 (Tüketici Kılavuzu)
- Baş, Ece:* 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, 276
- Başalp, Nilgün:* Sorumsuzluk Anlaşmaları, 1. Bası, İstanbul 2011
- Baudenbacher, Carl:* Wirtschafts-, schul- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1983

- Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht*, Rolfs/ Giesen/ Kreikebohm/ Udsching
Stand: 15.03.2016 (Beck-Online die Datenbank), (BeckOK ArbR/ *İşleyen*)
- Beck'scher Online-Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, Stand: 01.05.2016, (BeckOK
BGB/ *İşleyen*)
- Bucher, Eugen*: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil Ohne
Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988
- Çınar, Ömer*: Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009
- Damm, Reinhard*: Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Recht, JZ 1994, 161
- Ehle Bernd/Brunschweiler, Andre*: Schweizer AGB-Recht im Umbruch, RIW 2012, 262
- Eren, Fikret*: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2012
- Erman, Walter*: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl.,
Münster/Köln 2004 (Erman/*İşleyen*)
- Fervers, Matthias*: Anmerkung, EuZW 2014, 510
- Frey, Kaspar*: Wie ändert sich das AGB-Gesetz?, ZIP 1993, 572
- Gauch, Peter*: Die Übervorteilung - Bemerkungen zu Art. 21 OR, recht 1989, 91
- Gierke, Otto v.*: Die soziale Aufgabe des Privatrechts, unveränderte 2. Aufl., Frankfurt
a.M. 1948
- Graf von Westphalen/ Thüsing*: Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 37. EL 2016
(Beck-Online die Datenbank) (AGB-Klauselwerke/*İşleyen* Auslegung)
- Grunsky, Wolfgang*: Allgemeine Geschäftsbedingungen und Wettbewerbswirtschaft,
BB 1971, 1113
- Grunsky, Wolfgang*: Erwiderung auf Löwe, Walter, Verstärkter Schutz für Kunden vor
unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Wettbewerb?, BB 1972, 189
- Gümüş, Mustafa Alper*: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt
1, İstanbul 2014
- HK-BGB*, Schulze u.a., Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Auflage 2014 (Beck-Online die
Datenbank) (HK-BGB/*İşleyen*)
- Hart, Dieter*: Allgemeine Geschäftsbedingungen und Justizsystem, Kronberg/Ts. 1975
- Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre*: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011
- Havutçu, Ayşe*: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı
Korunması, İzmir 2003
- Havutçu, Ayşe*: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin
Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi, Sayı 2, Nisan 2011, 29
(İzBD 2011/2)
- Heinrichs, Helmut*: Die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in
Verbraucherverträgen, NJW 1993, 1817

- v. Hippel, Eike: Verbraucherschutz, 3. Aufl., Tübingen 1986
- Hommelhoff, Peter/ Wiedenmann, Kai-Udo: Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber Kaufleuten und unausgehandelte Klauseln in Verbraucherverträgen, ZIP 1993, 562
- Honsell, Thomas: Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders, JA 1985, 260
- Kapnopoulou, Elissavet N.: Das Recht der missbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union, Tübingen 1997
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2011
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölün, Cilt 1, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, 5. Bası, İstanbul 2010
- Köndgen, Johannes: Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht, NJW 1989, 943
- Locher, Horst: Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 3. Aufl., München 1997
- Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2,7. Auflage 2016 (Beck-Online die Datenbank) (MüKoBGB/İşleyen)
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 9. Bası, İstanbul 2011
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin: Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulama Alanı), AÜHFD 2001, Cilt 50, Sayı 1, 55
- Öz, Turgut: Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları, <http://www.iku.edu.tr/TR/userfiles/huk/98.pdf> (03.08.2016)
- Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Aufl., München 2004 (Palandt/İşleyen)
- Pfeiffer, Thomas: Europäisch-autonome Auslegung der Klauselrichtlinie am Beispiel der Hauptleistungsklauseln, NJW 2014, 3069
- Raiser, Ludwig: Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935 (unveränderter Neudruck, Bad Homburg 1961)
- Raiser, Ludwig: Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1
- Roth, Herbert: Geltungserhaltende Reduktion im Privatrecht, JZ 1989, 411
- Roth, Herbert: Funktion und Anwendungsbereich der Unklarheitenregel des § 5 ABGGesetz, Teil 1, WM 1991, 2085
- Roth, Herbert: Funktion und Anwendungsbereich der Unklarheitenregel des § 5 ABGGesetz, Teil 2, WM 1991, 2125
- Sambuc, Thomas: Unklarheitenregel und enge Auslegung von AGB, NJW 1981, 313

- Schmidt-Salzer, Joachim*: Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2. Aufl., München 1977
- Spindler/Schuster*: Recht der elektronischen Medien, Dritter Teil. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), 3. Auflage 2015 (Beck-Online die Datenbank) (Spindler/Schuster/İşleyen)
- Stoffels, Markus*: AGB-Recht, München 2003
- Töckli*: Der neue Art. 8 UWG - offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, BR 1/2011, 184
- Şeker, Muzaffer*: Yazılmamış Sayılma, 1. Bası, İstanbul 2015
- Tan, Turgut*: Anayasal Ekonomik Düzen, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg7/tan.pdf (31.05.2016)
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla*: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993
- Thouvenin, Florent*: Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, in: Jusletter 29. Oktober 2012
- Topuz, Murat*: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, 1138
- Uffmann, Katharina*: Vertragsgerechtigkeit als Leitbild der Inhaltskontrolle, NJW 2012, 2225
- Ulmer, Peter*: Teilunwirksamkeit von teilweise unangemessenen AGB-Klauseln? Zum Verhältnis von geltungserhaltender Reduktion und ergänzender Vertragsauslegung, NJW 1981, 2025
- Ulmer, Peter*: Zur Anpassung des AGB-Gesetzes an die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, EuZW 1993, 337
- Ulusan, M. İlhan*: Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi, <http://www.iku.edu.tr/TR/userfiles/huk/71.pdf> (03.08.2016)
- Wendehorst, Christiane*: Das neue Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, NJW2014, 577
- Wendenburg, Albrecht*: Anmerkung, EuZW 2012, 758
- Werner, Olaf*: Die Aufnahmepflicht privatrechtlicher Vereine und Verbände, Zugleich ein Beitrag zum Spannungsverhältnis zwischen privater Macht und Privatautonomie, Habilitationsschrift, Göttingen 1981
- Wolf, Manfred/Horn, Norbert/Lindacher, Walter F*: AGB-Gesetz, Kommentar, 4.Aufl., München 1999
- Yelmen, Adem*: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014