

TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDEKİ EK ŞARTLAR MESELESİNDE HAKSIZ ŞARTLAR VE GENEL İŞLEM ŞARTLARI

Arş. Gör. Fırat KORKMAZ*

ÖZET

Tüketicilerin karşılaştıkları hukukî problemlere hukuk düzeni önem verip çözmeye çalışmaktadır. Tüketicilerin güncel problemlerinden birisi de yaptıkları sözleşmelerde karşılıklarına çıkan düzenleyen tarafından sözleşmelere koyulan birtakım ek nitelikteki şartlardır. Bu şartlar ile zayıf pozisyondaki tüketicinin daha da zor duruma sokulması ve düzenleyene karşı adalet hislerini rencide edecek şekilde savunmasız bırakılması tehlikesi vardır. Bunu gözetken kanun koyucu Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanununda haksız şart hukukî kurumunu ihdas etmiştir. Bu şartlar hakkında genel koruma sağlayan genel işlem şartları da 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiştir. Makalede güncel bir tüketici sorunu olan bu şartlara karşı tüketicinin korunması hakkında haksız şart ve genel işlem şartları hukukî kurumlarının özellikleri mukayeseli olarak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Haksız Şart, Genel İşlem Şartları, Tüketici, Sözleşme Şartı, Tüketici Sözleşmesi

UNFAIR TERMS AND STANDARDIZED TERMS OF CONTRACTS ABOUT THE MATTER OF ADDITIONAL PROVISION IN THE CONSUMER CONTRACTS

ABSTRACT

Jurisprudence place emphasis on legal problems and tries to solve them which faced by costumers. One of the current problems of costumers is additional provisions which have put into contracts by the elaborator of contract. With these provisions there is a possibility of danger that the

* KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Ana Bilim Dalı

consumers weak position might change into a worse situation. By this way there is a danger of consumer become vulnerable and this would be opposite to conscience. Legislator take notice of that condition and created unfair term legal notion in the code on the protection of consumers. Standardized terms of contract legal notion about these provisions has regulated in Turkish Code of Obligation. The properties of standardized terms of contract and unfair terms legal regulations will be examined in this article by a comparison way to solve consumers current additional provision problem.

Key Words: Unfair Terms, Standart Terms, Consumer, Provision of Contracts, Consumer Contracts

GİRİŞ

Tüketicilerin korunması açısından son yıllarda birçok hukuki gelişme olmaktadır. Tüketicinin korunması hakkında 2013 yılında çıkartılan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun bunun en önemlilerindedir. Benzer şekilde tüketiciyi de ilgilendirebilecek birçok düzenlemelere 2012 yılında çıkartılan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da yer verilmiştir. Bu bağlamda iki Kanununda da tüketicilerin özellikle son çeyrek yüzyıldır karşılaştıkları genel problem olan tip sözleşmelerdeki genel şartlara ilişkin hükümler bulunmaktadır.

Sözleşmelere düzenleyen tarafından eklenen bu çeşit şartlar tüketici aleyhine oldukça ciddi dengesizliklere yol açabilmektedir. Sözleşme özgürlüğü ilkesine ve sonuçları itibarıyla da hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilen bu genel şartlar hakkında kanuni düzenlemelerin yapılması güncel bir ihtiyaç olarak bulunmaktaydı. Bu bağlamda kanuni düzenlemelerde bu ihtiyaç göz ardı edilmemiş haksız şart ve genel işlem şartları hukuki müesseseleri ihdas edilmiş, bu hukuki düzenlemelerle güncel olan birçok problemi ortadan kaldırmaya yönelik hükümler getirilmiştir. Şu an ki düzenlemeler toplumdaki genel ihtiyacı karşılamaya yönelik ve uygulamada karşılaşılabilecek birçok duruma cevap verir mahiyette olsa da güçlü şirketlerin tüketiciyle çok yoğun olarak sözleşme yapması bu bağlamda yeni sözleşme tiplerinin ortaya çıkması ve tüketiciyi bu tarz şartlarla sürekli muhattap eden değişen hayat koşulları sebepleriyle

henüz öngörülmemiş farklı durumlar da ortaya çıkabilmektedir. Bu itibarla haksız şartlar ve genel işlem şartları güncel bir tüketici sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır.

D) TÜKETİCİNİN KORUNMASINDA GENEL İŞLEM ŞARTLARI VE HAKSIZ ŞART KAVRAMLARI

Tüketicinin korunması açısından piyasada kendisine sunulan mal ve hizmetin nitelikleri yönüyle tüketiciye korunma sağlanması tüketicinin korunmasında ilk ve en önemli unsurdur. Tüketicinin korunmasında tek taraflı olarak hazırlanmış sözleşmelerdeki ek şartlarda ayrıca bir önem arz etmektedir¹. Zira tüketicinin; mal ve hizmetleri edinme şartlarının kararlaştırıldığı, tarafları borç altına sokan sözleşme metinlerine karşı da korunması gerekmektedir. Sözleşmeler hukukunda emredici hükümlerin azlığı sebebiyle tarafların sözleşme metnine dahil ettiği unsurların büyük ölçüde geçerli olması, sözleşmeden beklenen taraflar arasındaki hak ve yükümlülük dengesinin bozulmasına ve yasalardaki tüketiciyi koruyan yedek hukuk kurallarının etkisiz hale getirilmesine yol açabilmektedir².

Sözleşmenin taraflara yüklediği hak ve borçlar açısından önemli değişiklikler yapabilen ve tüketici aleyhine sonuçlar doğurabilen bu tarz şartlara karşı hukuki koruma sağlanması tüketicinin korunması açısından önem arz etmektedir. Bu korumanın sağlanabilmesi için TKHK' da haksız şart ve TBK' da genel işlem şartları hukuki kavramlarına yer verilmiştir. İki kavramda asıl itibarıyla aynı amaca hizmet eden, unsurları ve nitelikleri çok benzer tüketiciye önemli bir koruma sağlayan hukuki kurumlardır. Bu iki kavram arasındaki en büyük fark, haksız şarttan sadece tüketici faydalanabilmekteyken, genel işlem şartlarından sözleşmenin tarafı olan herkes faydalanabilmektedir.

A) Haksız şart ve Genel İşlem Şartlarının Güncel Önemi

¹ **ÖZ**, Turgut, “*Tüketici hukuku bakımından genel işlem şartları*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk fakültesi dergisi, C. I, S. 1-2, Y. 2002, s. 129.

² **ÖZ**, s. 129.

Sözleşmeleri tek taraflı olarak hazırlayan ve tüketiciye sözleşmeyi farklı koşullarda yapma imkânı tanımayan kuruluşlar, bu sözleşmelerde tamamen kendi lehine birçok düzenlemeler yapmakta bu konuda uzman hukukçulardan yardım almaktadırlar. Alanında uzman hukukçuların kanunun elverdiği azami ölçülerde düzenleyen lehine hazırladıkları sözleşmeler karşısında tüketici oldukça savunmasız bir duruma düşürülmektedir³. Zira bu tarz şartlar genellikle düzenleyenin sorumluluğunu sınırlayıcı veya ortadan kaldıracı sonuçlar doğurmaktadır⁴. Tüketici bu mal veya hizmeti almak için ya sözleşmeyi imzalamak zorunda kalacak veya bu mal veya hizmeti temin edemeyecektir. Tüketicinin sözleşmede önceden hazırlanan bu şartları okuması ve sağlıklı bir şekilde anlaması da kendisinden beklenmemelidir. Zira tüketici aldığı her mal ve hizmet için oldukça uzun bu metinleri okuyup incelemek zorunda kalacak, aynı zamanda bu metinler profesyonelce hazırladıkları için tüketici kendisi aleyhine olan birçok şartı fark edemeyecektir.

Bu sebeplerle, tüketici aleyhine sözleşmeye dahil edilen bu tarz şartlar tüketici haklarının ihlâlüne sebep olmaktadır. 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda yapılan değişiklikten önce genel işlem şartlarına karşı bir kanuni koruma öngörülüyordu. Ancak öğretide ve bazı yargı kararlarında bu ihlâlin bertaraf edilmesi için şaşırtıcı hükümlerin geçersiz sayılması, tereddütlü ve tartışmalı hükümlerin bunu kaleme alan aleyhine yorumlanması, doğruluk ve güven kurallarına aykırı hükümlerin iptal edilebilmesi, genel işlem şartlarının dar yorumlanması⁵ gibi ilkeler kabul edilmekteydi. Nihayet bu ihlâlin kanun yoluyla engellenmesi amacıyla 4077 sayılı eTKHK' nın 6. m.' de ve 6502 sayılı TKHK' nın 5. m.'sinde satıcı veya sağlayıcının tüketici ile müzakere etmeden sözleşmeye tek taraflı olarak koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kurallarına aykırı düşecek şekilde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarını

³ **TOPAK**, Süleyman, “*Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları*”, S. 122, Y.2016, s. 285.

⁴ **ASLAN**, İ. Yılmaz, *6502 sayılı kanuna göre tüketici hukuku*, Bursa 2015, s. 321.

⁵ **KILIÇOĞLU**, Ahmet, *Borçlar hukuku genel hükümler*, 17. Baskı, Ankara 2013, s. 115,116.

haksız şart olarak nitelendirilmiş ve geçersiz olacağı hükme bağlanmıştır⁶. Bu düzenleme sadece tüketicileri ilgilendirdiği için aynı arızanın çözümü için genel bir düzenleme olarak 6098 sayılı TBK' nın 20. vd. maddelerinde de genel işlem şartları düzenlenmiştir⁷. Birbirine paralel ve aynı hukuki problemi çözmeye yönelik olan bu hukuki kavramlar farklı kanunlarda ancak birbirine oldukça benzer olarak düzenlenmiştir. Tüketici için her iki hukuki olanaktan da yararlanmak mümkündür.

Haksız şart kavramı 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun ilk metninde mevcut değildi. Nitekim kanunun çıkarılması sırasında yasaya bu yönde benzer hükümler konulması görüşleri ileri sürülmüş olsa da buna itibar edilmemişti⁸. Ancak aradan sekiz yıl geçtikten sonra 6 Mart 2003 tarihinde yapılan değişikliklerle tüketicinin korunması sorununda önemli adımlar atılmıştır⁹. Böylece 6. m.' de şu anki 6502 sayılı TKHK 5. m' ye oldukça benzer düzenlemeler getirilmiştir. Nitekim 6502 sayılı TKHK 5. m. hükmünün 4077 sayılı kanunun 6. m'sindeki hükümden nerdeyse farkı bulunmamaktadır. TKHK' da farklı olarak yalnızca 3. fıkra ile bir sözleşmedeki haksız şartın standart şart olması halinde bu şartın müzakere edilip edilmediği konusundaki ispat yükünün standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia eden tarafa ait olduğunu düzenlemiştir¹⁰. Ayrıca sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi

⁶ **AKINCI**, Şahin, *Borçlar hukuku bilgisi*, 8. Baskı, Konya 2015, s.111; **KILIÇOĞLU**, s. 113; **KARA**, Mustafa Sencer, "*Genel işlem şartlarına ilişkin haksız rekabet hükümleri*", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 1-2, Y. 2013, s. 726; **UZUNALLI**, Sevilay, "*Genel işlem şartlarının haksız rekabet hükümleriyle denetlenmesi*", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S.2. Y. 2013, s. 402.

⁷ **AKINCI**, s. 111.

⁸ **KILIÇOĞLU**, s. 113.

⁹ **KILIÇOĞLU**, s. 113.

¹⁰ Haksız şartın müzakere edildiğine dair ispat yükünü de içeren bir Yargıtay kararı için Bkz. 13. Hukuk Dairesi, E. 2008/4345, K.2008/6088, T.2.5.2008; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13hd-2008-4345.htm>, Erişim: 26.12.2018.

halinde, bu hüküm tüketicinin lehine yorumlanacaktır düzenlemesi de tüketicinin lehine yeni bir düzenlemedir¹¹.

Bu kavramların iki kanunda da son on beş yıllık süreç içerisinde kendisine yer bulması güncel önemlerine işaret etmektedir. Büyük şirketlerin ekonomik hayatta kendisine gittikçe daha fazla yer bulduğu ve standart sözleşmelerin¹² gün geçtikçe ticari hayatta daha çok kullanılabilir hale geldiği görülmektedir. Hemen her tüketici hayatında bu tip sözleşmelere veya içinde haksız şartların bulunduğu sözleşmelere taraf olmakta ve hukuki sonuçlarıyla muhattap olmak zorunda kalmaktadır. Bu itibarla haksız şart ve genel işlem şartları güncelliği gün geçtikçe artan, tüketiciler açısından büyük önemi haiz hukuki kurumlardır.

B) Genel İşlem Şartları

Genel İşlem Şartları taraflardan birinin, ileride kurulacak çok sayıda sözleşmeye dahil edilmek üzere, henüz sözleşme kurulmadan önce, sözleşme içeriğinde karşı tarafla müzakere etmeksizin tek başına belirlediği ve sözleşmeye dahil ettiği koşullardır¹³. Genel işlem şartları

¹¹ 4077 – 6502 sayılı tüketicinin korunması hakkındaki kanun karşılaştırması, s.21,22;<http://www.ankarabarasu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/tuketici-kitap-web.pdf>, Erişim: 25.12.2018.

¹² Standart sözleşme kavramı hakkında detaylı bilgi için Bkz. **AYDOĞDU**, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIII, S.2, Y.2011, s. 6 vd.

¹³ **ATAMULU**, İsmail, “Genel İşlem Şartlarında Şahsî (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII, S.1, Y.2018, s.106; **EREN**, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Ankara 2015, s. 219; **HATEMİ**, Hüseyin/ **GÖKYAYLA**, Emre, *Borçlar hukuku*, 2. Baskı, İstanbul 2012, s.60; **İNAN**, Ali Naim/**YÜCEL**, Özge, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Türk Borçlar Kanunu’ na Göre Güncellenip Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2014, s.301; **OĞUZMAN**, M. Kemal/ **ÖZ**, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt -1*, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2013, s.164; **AKINCI**, s.111; **KILIÇOĞLU**, s.112; **ÖĞÜZ**, Tufan/ **ERGÜNE**, Mehmet Serkan/ **ERİŞGİN**, Nuri, *Borçlar Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2013, s.19; **ERDOĞAN**, İhsan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2013, s.66.

sanayi devrimiyle meydana gelen üretim artışının, sözleşmeler hukuku alanındaki yansımasıdır¹⁴. Sanayinin ilerlemesi ve seri üretimin artışı; üretilen mallar hakkındaki sözleşmelerin belirli bir tipte ve sözleşmelere ilerde birçok sözleşmede kullanılmak üzere önceden hazırlanan şartların da bireysel sözleşmeye eklenmesiyle yapılmasına sebebiyet verdi¹⁵. Böylece bireysel sözleşmeler belirli bir kalıpta ve her zaman geçerli olacak genel şartların eklenmesiyle yapılmaya başlandı. Bu durumun oldukça genel bir seyir izlemesi ve satıcıların ekseriyetinin bu şekilde davranması karşısında tüketicilerin mecburen bu şartları kabul etmek zorunda kaldığı söylenebilir.

Tüketicinin aleyhine olarak sözleşmedeki hak ve yükümlülük dengesinin düzeltilmesi ve tüketicinin bozulan bu dengeden doğabilecek zararlara karşı korunması gerekmektedir. Satıcılar ekonomik olarak güçlü ve örgütlü iken, tüketicilerin satıcılara göre daha zayıf konumda bulunmaları, korunmalarını gerektirmektedir. Seri üretim ve büyük alışveriş merkezleri ile iyice güçlenmiş bulunan satıcıların bu durumu sebebiyle sözleşmelerdeki tüketici aleyhine olan bu tarzdaki şartların dürüstlük kuralına uygun hale gelecek şekilde bertaraf edilmesi veya tüketici lehine olarak yorumlanması gerekmektedir. Bunun sağlanması içinde TBK.' da genel işlem koşulları¹⁶, TKHK.'da da haksız şartlar hakkında hükümler düzenlenmiştir.

Genel işlem şartları terimi taraflar arasında müzakere ve pazarlık konusu olmamış akit şartları için kullanılır¹⁷. Bu bağlamda GİŞ.' in geçerli

¹⁴ ASLAN, s. 322.

¹⁵ Önceden hazırlanarak standart hale gelen şartların şirketler arasında rekabeti arttırdığı söylenebilir. Zira bu şartlar kişilere farklı şirketlerin sunduğu standart sözleşmelerdeki hükümlerin inceleyerek onlar arasında mukayese yapılması olanağı verir. Bkz. PATTERSON, Mark R., "Standardization of Standard-Form Contracts: Competition and Contract Implications", William&Mary Law Review, C.LII, S.2, Y.2010, s.327,328,333.

¹⁶ ATAMULU, s.121.

¹⁷ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s.60.

kabul edilebilmesi için karşı taraf genel işlem şartlarının varlığından haberdar edilmeli bunun sağlanması için somut olayın gerektirdiği özen gösterilmelidir. Bu özen yükümlülüğü dürüstlük kuralına göre belirlenir¹⁸.

Genel işlem şartlarının sözleşmenin içinde yer alması veya ayrı bir bölümünü teşkil etmesi, yazı türü ya da puntosu, şartların kapsamı ya da yapıma şekli şartları genel işlem şartı olmaktan çıkarmaz¹⁹. GİŞ. içeren sözleşmelerin hemen hepsi matbu sözleşmelerdir. Bununla beraber GİŞ. bir şekle bağlanmadığı için matbu olmayan sözleşmelerin de genel işlem şartı içermesi mümkündür²⁰.

Genel işlem şartlarının hukukî niteliği tartışmalı olmakla beraber bu konuda hâkim görüş GİŞ.' in sözleşme niteliğinde olduğudur²¹. Genel işlem şartlarının kanun hükümleriyle belirli bir müeyyideye bağlanmasının sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülse de bu görüşe katılmıyoruz. Zira sözleşme özgürlüğü; sözleşme adaletini tesis etmelidir²². Taraflardan birisi alanında uzman hukukçuların yardımıyla uzun süren çalışmalarla ve büyük bir tecrübe ve öngörüyle sözleşme şartlarını hazırlarken diğer tarafın neyi imzaladığını bile bilmeden imzalamak zorunda bırakılması, sözleşme koşullarının serbest bir müzakere sonucu yapılmadığını göstermektedir. Bu durum ise sözleşme adaletine aykırı netice verir. Zira tarafların eşit konumda bulunmadıkları ve bir tarafın bunu kendi lehine karşı taraf aleyhine kullandığı görülmektedir.

Kanun koyucu Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik' in Ek' inde bazı haksız şart hallerini örnek olarak

¹⁸ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 61.

¹⁹ ULUSAN, İlhan, "Genel işlem şartlarında özellikle tüketicinin korunması hakkında kanunda haksız şartlara ilişkin içerik denetimi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S.1-2, Y.2004, s.28.

²⁰ YENİOCAK, Umut, "Borçlar kanunu hükümlerine göre genel işlem koşullarının yargısal denetimi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.107, Y.2013, s.80,81.

²¹ EREN, s. 218. GİŞ' nin norm olduğunu söyleyen yazarlar da olmuştur.

²² HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 60.

saymıştır ancak bu yol GİŞ. açısından tercih edilmemiştir²³. Halbuki benzer bir düzenlemeyle, geçersiz sayılması gerektiği açık olan bazı tipik genel işlem koşulları örnek olarak belirtilerek uygulamaya yol gösterilebilirdi²⁴.

C) Haksız Şart

Genel işlem koşulu TBK.' da "*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir*" şeklinde²⁵ tanımlanırken; TKHK.' nın 5. maddesinde haksız şart "*Haksız Şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır*" şeklinde tanımlanmıştır. Haksız şartın tanımlamasında oldukça geniş bir hukuki alanı kapsayabilecek bir unsur olarak tüketici aleyhine dengesizlik unsuruna yer verilmiş böylece genel işlem şartı tanımlamasındaki çok sayıda sözleşmeler için hazırlanma şartından farklı ve daha geniş bir tanımlama yapılmıştır²⁶. Haksız şartın tanımında genel işlem şartlarına karakteristiğini veren önceden hazırlanma ve birçok sözleşmede kullanılma unsuruna yer verilmemiştir. Haksız şart için aranan unsur ise sözleşmeye dahil edilen şartın, sözleşmede olması gereken menfaat dengesini tüketici aleyhine dürüstlük kuralına aykırı şekilde bozacak nitelikte olması ve bu şartın taraflar arasında müzakere edilmemiş olmasıdır²⁷.

1) Tek yanlı olarak konulması

Bir sözleşme şartının, haksız sayılabilmesi için sözleşme şartının müzakere edilmeden konulmuş olması gerekmektedir. Sözleşmeye

²³ AKÇAAL, Mehmet, "*Borçlar kanununun genel işlem koşullarına dair hükümleri hakkında bir inceleme*", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, S.1, Y.2014, s. 63.

²⁴ AKÇAAL, s. 63.

²⁵ KARA, s. 731.

²⁶ ASLAN, İ. Yılmaz, *Tüketici hukuku dersleri*, Bursa 2014, s. 162.

²⁷ ASLAN, Tüketici, s. 162.

tarafların birlikte müzakere ederek koydukları hükümler haksız şart sayılmamaktadır. Bu müzakereden kasıt sözleşmeye eklenen şartın muhtevassından ve manasından tüketicinin haberdar olması ve bu şartı değiştirme olanağının bulunduğunu bildiği halde şartı olduğu şekliyle kabul etmesidir. Şayet sözleşmeye konan şartı tüketicinin değiştirme olanağının olmadığı bir durum olursa yapılan müzakere sözleşmedeki şartın içeriğini değiştirmeyecek sadece tüketicinin sözleşmeyi yapıp yapmama konusundaki kararını etkileyecektir. Zira tüketici müzakere ile şartı değiştiremeyecek ve o şartın varlığıyla beraber sözleşmeyi yapacak veya vazgeçecektir. Bu ise gerçek anlamda bir müzakere değildir. Ayrıca bu müzakerenin sözleşme şartlarından herhangi birisi için yapılmış olması başka sözleşme şartlarının haksız şart sayılmamalarına sebep olmaz. Müzakerenin her sözleşme şartı sayılan hususlar için ayrı ayrı yapılması gerekmektedir²⁸.

2) Önceden Hazırlanmış Olması

Önceden hazırlanan sözleşmelerdeki şartlara tüketici etki edememişse TKHK. 5. Maddesinin (3). Fıkrasındaki hüküm gereği burada müzakere şartının gerçekleşmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen bunun müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür. Sözleşmeyi düzenleyen bunu ispat etmediği sürece bu tip şartlar taraflar arasında müzakere edilmemiş sayılacaktır. Bir şartın müzakere edilmemiş olması onun tek başına haksız şart olarak kabul edilmesi için yeterli değildir. Haksız şartın gerçekleşmesi için haksız şartın taraflar arasında hak ve yükümlülüklerde dengesizliğe yol açması ve dürüstlük kuralına da aykırı olması gerekmektedir²⁹.

Sözleşmedeki her şartın müzakere edilip edilmediğini TKHK. 5. Madde (3). fıkrasına göre ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir³⁰. Aksine bir kabul, bazı sözleşme şartları tüketiciyle müzakere edilse bile

²⁸ ASLAN, Tüketici, s. 165.

²⁹ KILIÇOĞLU, s. 114; Haksız şartın hak ve yükümlülüklerde tüketici aleyhine dengesizlik oluşturması hakkında Yargıtay kararı için Bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E.2006/13233, K. 2007/1091, T. 1.2.2007, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> , Erişim: 26.12.2018.

³⁰ ASLAN, Tüketici, s. 167.

bazı başka sözleşme şartlarının müzakere edilmeden ve haksız şart olarak nitelendirilmeden geçerli olarak sözleşmeye dahil olmasına sebep olabilir. Bu sözleşme şartlarının da tüketicinin aleyhine olması durumunda tüketici bu müzakere etmediği şartlara karşı korunamamış olur. Bu itibarla TKHK. 5. m. 3. f. tüketiciiye haklı ve kanunun amacına uygun bir koruma sağlayarak tüketicinin durumunu biraz daha güçlendirmektedir. Bu durumda sözleşmenin kısmen geçersiz olması durumu söz konusu olmaktadır³¹.

Bir görüşe göre önceden hazırlanmış olan ve kullanılan standart sözleşmenin mevcut olması haksız şartın bir unsurudur. Bu görüşe göre tüketici hukukundaki standart şart kavramı GİŞ. kavramı ile farklı değildir³². Nitekim GİŞ.' in bir unsuru sözleşme şartlarının önceden hazırlanmış olmasıdır. Daha isabetli görülen görüş uyarınca her ne kadar standart şart kavramı ile genel işlem koşulu birbirine paralellik gösterse hatta aynı kavramlar olarak kabul edilseler bile haksız şartın kanundaki tanımında önceden hazırlanma ve birçok sözleşmede kullanılma unsuruna yer verilmemiştir. Önceden hazırlanan sözleşme şartlarının müzakere edilmemiş olarak kabul edilmesi de önceden hazırlanmış şartların haksız şart olarak değerlendirilmesine kâfi gelmez. Zira kanun hükmüne göre önceden hazırlanan sözleşme şartlarının müzakere edildiğinin düzenleyen tarafından ispat edilmesi halinde bu sözleşme şartları haksız şart niteliğini haiz olmayacaktır. Bu itibarla sözleşmenin taraflar arasında müzakere edilmemiş olması haksız şartın bir unsurudur. Sözleşme şartının önceden hazırlanmış olması ise haksız şartın bir unsuru değil haksız şartın varlığına kuvvetli olarak delalet eden aksi ispat edilebilir kanuni bir karinedir³³.

3) Hak ve Yükümlülüklerde Dengesizlik

Bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak kabul edilebilmesi için sözleşmenin taraflarının hak ve yükümlülüklerinde tüketici aleyhine dengesizlik meydana getirmiş olması şartı aranmaktadır. Bu şartın tahakkuk edip etmediğinin tespit edilmesinde, sözleşmeye konulan her hükmün münferiden incelenmesi yerine sözleşme şartlarının tüketicinin

³¹ KILIÇOĞLU, s. 114.

³² AYDOĞDU, Murat, *Tüketici hukuku dersleri*, Ankara 2015, s. 214

³³ KILIÇOĞLU, s. 114.

lehine ve aleyhine olabilecek durumlarının beraberce değerlendirilmesi yolu tercih edilmelidir³⁴. Zira sözleşmedeki bir hüküm tüketici aleyhine netice doğurabilecekken diğer bir hüküm tüketicinin fazlasıyla lehine netice doğurabilmekte ve bütün olarak bakıldığında, sözleşmeye dengesizlikler getiren şartların bazı başka şartlarla değerlendirildiğinde sözleşmede dengesizliğe yol açmayabildiği görülmektedir. Gerçekten de tüketiciye başka noktalarda önemli tavizler verilmesi suretiyle sözleşmedeki dengenin yeniden tesis edilmiş olması mümkündür³⁵. Sadece münferit değerlendirilme yapılmamalı mamafih sözleşmedeki bütün şartların beraberce değerlendirilmesiyle de yetinilmemelidir. Zira sözleşmeye eklenen şartlar birbirinden bağımsız nitelikte ve tamamen ayrı hususları düzenleyen şartlar olabilir. Bu halde de şartlardan bir kısmı lehe ve bir kısmı aleyhe nitelikte hükümler içerebilir. Kanaatimizce bu durumda şartların tüketici lehine ve aleyhine olan hükümlerini toplu bir değerlendirme yapmak suretiyle inceleyerek hak ve yükümlülük dengesi hakkında menfi ya da müspet bir karara varmak, tüketicinin korunması amacıyla getirilen düzenlemelerin ihdas amacına tam mânasıyla uygun olmayabilir. Bu durumlarda aynı veya benzer hususları inceleyen şartların da ayrıca beraberce değerlendirilmesi veya yerine göre şartların münferiden incelenmesi haksız şart hukuki müessesinin amacına daha uygun olacaktır. Hâsılı sözleşmedeki tüketici lehine şartların varlığı, aleyhe olan hükümlerin kolaylıkla kabul edilip haksız şart olarak nitelendirilmemesine yol açmamalıdır. Zira tüketicinin lehine olan şartları bilinçli bir müzakere ile kabul etmesi ancak aleyhe olan şartlarla beraber değerlendirdiğinde nasıl bir neticeye varılacağını kestirememesi gibi ihtimaller de vardır. Sözleşmeye eklenen şartların değerlendirilmesinde sözleşmeye konu olan mal ve hizmetin niteliği, sözleşmenin içinde yapıldığı iktisadi ve hukuki ve diğer şartlar da göz önüne alınmalı, sözleşme ile bağlantılı başka bir sözleşme varsa bu sözleşmeler de dikkate alınmalıdır³⁶.

4. Dürüstlük kuralına aykırılık

³⁴ ASLAN, Tüketici, s. 165.

³⁵ AYDOĞDU, s. 224.

³⁶ ASLAN, Tüketici, s. 166.

Düzenleyen tarafından sözleşmeye dahil edilen şartların, taraflar arasındaki hak ve yükümlülükleri etkileyeceği, tarafların lehine veya aleyhine olabileceği tabiidir. Bunun neticesinde taraflardan birisi bu şartlarla belirli avantajlar elde edebilmektedir. Bu hal tek başına tüketici aleyhine hak ve yükümlülüklerde bir dengesizlik oluşturuyorsa dahi bu dengesizliğin haksız şart kabul edilebilmesi için dürüstlük kurallarına da aykırı kabul edilebilmesi gerekmektedir. Şayet hak ve yükümlülüklerdeki bu dengesizlik dürüstlük kurallarına göre makul karşılanabiliyorsa bu haksız şart olarak nitelendirilememektedir. Sözleşmelerin yorumlanmasında dürüstlük kuralının işlevi³⁷ bu noktada haksız şart kavramı hakkında ortaya çıkmaktadır. İsbetli görülen görüş uyarınca bu hususta dürüstlük kuralıyla yorum tarafların bulunduğu konular dikkate alınarak yapılmalıdır. Zira bir tarafta sözleşmeleri yukarıda bahsedildiği surette profesyonelce hazırlayan güçlü konumdaki satıcı varken diğer tarafta korunmaya daha çok ihtiyacı olan daha zayıf taraf olan tüketici bulunmaktadır. Bu durum ise dürüstlük kurallarının daha çok tüketici lehine yorumlanmasını gerekli kılar. Eşit konumdaki iki taraf arasında karşı tarafın aleyhine olan ve dürüstlük kurallarına göre makul kabul edilebilecek bazı şartların, güçlü konumdaki düzenleyen tarafından tüketici aleyhine sözleşmeye eklenmesi durumunda bu durumun dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edebileceği kabul edilmelidir. Nitekim Kanun koyucunun tüketiciyi zayıf ve korunması gereken taraf olarak kabul edip bu konuda birçok hüküm ihdas etmesi de kanun koyucunun tüketiciyi koruma amacına işaret etmektedir. İşte tüketiciyi koruma amacının gerçekleştirilebilmesi için söz konusu şartlar dürüstlük kuralı marifetiyle bu amaca uygun bir çerçevede yorumlanmalıdır.

Sözleşmenin asli edimlerine ait hak ve yükümlülüklerdeki dengesizlikler sözleşmenin kurulması sırasında olsun veya daha sonradan ortaya çıksın haksız şart kapsamında değerlendirilmemektedir³⁸. Asli edim yükümlülüğüne dair bu tür dengesizliklerin dürüstlük kuralına aykırı olup

³⁷ OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami, Medenî Hukuk, 22. Bası, İstanbul 2016, s. 289 vd.; AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşen, Medeni Hukuka Giriş, 10. Baskı, Konya 2014, s. 211 vd.

³⁸ AYDOĞDU, s. 224,225.

olmadığı inceleme kapsamı dışındadır³⁹. Zira sözleşmedeki asli edimler tarafların ulaşmak istedikleri sonuca yönelik olup, tarafların asıl iradelerini yansıtmaktadır. Nitekim TKHK. 5/7’ de “... *hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.*” hükmüne yer verilmiştir. Haksız şartlar ancak sözleşmeye eklenen yan yükümlülükler, yan edim yükümlülükleri veya tali haklar hakkında olabilir. Mesela tazminat sorumluluğunun sınırlandırılması, ifa ile ilgili sınırlamalar ya da sözleşmeden dönme ve fesihe ilişkin ya da sözleşmenin tek taraflı olarak değiştirilmesine veya yükümlülüklerin kısıtlanmasına ilişkin kayıtlar haksız şart teşkil edebilmektedir.

II) Genel İşlem Koşulları ile Haksız Şartın Mukayesesi

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’ da kabul edilen haksız şart kavramı aslında TBK.’daki genel işlem koşullarına oldukça benzer ancak daha özel nitelikte bir düzenlemedir. Bununla beraber TBK.’da kabul edilen genel işlem şartlarına dair hükümler ile TKHK.’da kabul edilen haksız şarta dair hükümler birbirinden belirli yönlerden farklılık arz etmektedir. Bu farklılıklar aslında tüketici açısından bir zenginlik olmaktadır. Zira tüketici sözleşmedeki haksız şart için daha çok lehine olan hukuki imkânını tercih etme imkânına sahip olacaktır. Bu itibarla tüketicinin haksız şarta karşı kullanabileceği kanun hükümlerindeki farklılıkların ortaya konulması, konunun açıklığa kavuşması açısından önemlidir.

A) Kavram Olarak

GİŞ.’in unsurları haksız şartın unsurlarına benzemektedir. İki hukuki kavram için de şartın müzakere edilmeden konması bir unsurdur. Şu farkla ki söz konusu şartın ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla hazırlanmış olması haksız şart için sözleşmenin

³⁹ Asli edimlerdeki dengesizliklere ilişkin genel hükümlere müracaat edilebilir. Bu bağlamda emredici kurallara aykırılık sebebiyle mesela karaborsa fiyatlarının resmi rakamların üzerinde olması durumunda veya hata hile, gabin gibi durumlar varsa artık haksız şartla ilgili hükümlerle değil bu hukuki müesseselere ilişkin hükümler vasıtasıyla sözleşmeye müdahale mümkündür. **AYDOĞDU**, s. 225.

müzakere edilmediğine karine iken⁴⁰, TBK.’ ndaki düzenlenen genel işlem şartı için doğrudan kurucu bir unsurdur. Böylece genel işlem şartının bu unsur açısından daha kolay ortaya çıktığı söylenebilir.

Haksız şart için geçerli olan hak ve yükümlülük dengesinin bozulması unsuruna benzer bir unsur genel işlem şartı içinde geçerlidir ki bu da karşı taraf aleyhine onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulmasıdır. Karşı taraf aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı hükümlerin dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil etmesi gerekir. Her iki hukuki kurumda da aleyhe olan hükmün veya bozulan menfaat dengesinin dürüstlük ilkesine aykırılığının da arandığı gözetildiğinde bu hususta iki hukuki kurum arasında lafız farkından başka bir fark görülmemektedir. Bununla beraber dürüstlük kuralının yorumunda tarafların konumları, özellikle bir tarafın diğer taraf üzerine hâkim konumda olup olmadığı, şaşırtıcı nitelikte bir hüküm olup olmadığı gibi hususlar göz önünde tutulacağı için bir tarafın tüketici olacağı sözleşmelerde bu yorum daha çok tüketici lehine olacaktır. Zira tüketici ekseriyetle zayıf taraftır. Fakat bu durum iki hukuki kurum arasındaki bir farka işaret etmez ancak tüketicinin diğer sözleşmeye giren kimselere nazaran GİŞ.’ den de daha kolay istifade edebileceği anlamına gelir.

B) Müeyyide Açısından

Haksız şartın müeyyidesi kesin hükümsüzlük (butlan) iken⁴¹, TBK.’ da genel işlem şartlarının yazılmamış sayılma müeyyidesine yer verildiği görülmektedir⁴². Haksız şarttaki kesin hükümsüzlük sadece tüketici tarafından ileri sürülebilir. Bu sebeple bu çeşit hükümsüzlük için

⁴⁰ KILIÇOĞLU, s. 114.

⁴¹ AÇIKGÖZ, Osman, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Haksız Şartlarla İlgili Getirdiği Yenilikler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C XXI, S. 2, Y. 2015, s. 832,833.

⁴² ŞEKER, Muzaffer, *Yazılmamış Sayılma*, İstanbul 2015, s. 35 vd; HAYRUNNİSA, Özdemir, “Genel İşlem Şartlarında Şaşırtıcı Ve Beklenmedik Şartlar”, Cevdet Yavuz Armağan, s. 2350.

esnek hükümsüzlük veya tek taraflı hükümsüzlük de denilmiştir⁴³. Bu sadece tüketici tarafından ileri sürülebilse de mahkemelerin tüketiciyi göz önüne alarak bu durumu re' sen değerlendirmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁴.

Yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği ise tartışmalıdır. Yazılmamış sayılma bir görüşe göre kesin hükümsüzlük bir görüşe göre yokluk diğer bir görüşe göre kendisine mahsus bir geçersizlik türüdür⁴⁵. Yazılmamış sayılma şayet kesin hükümsüzlük olarak değerlendirilecekse bu kısmî butlan olacaktır. Zira genel işlem şartları ancak sözleşmenin bir kısmında söz konusunu oluşturur. Ancak TBK. madde 22' nin metni yazılmamış sayılmanın kısmî butlandan farklı bir mahiyeti olduğuna işaret etmektedir. Zira madde metninde düzenleyenin yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürmesi hukuki imkânını kabul edilmemiştir⁴⁶. Ancak kısmi kesin hükümsüzlük (kısmî butlan) müeyyidesinin düzenlendiği TBK. 27. maddede batıl olan sözleşme hükümleri olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa sözleşmenin tamamı geçersiz olur hükmü bulunmaktadır⁴⁷. Bu yönüyle yazılmamış sayılma, kesin hükümsüzlük

⁴³ AÇIKGÖZ, s. 833.

⁴⁴ AÇIKGÖZ, s. 833.

⁴⁵ Yazılmamış sayılma hakkında doktrindeki farklı görüşler hakkında detaylı bilgi için Bkz. ŞEKER, s. 137-172.

⁴⁶ KAŞAK, Esra, “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S.1, Y.2012, s. 415,420.

⁴⁷ KILIÇOĞLU, s. 122, Bu hususa TBK.' nın 22. maddesinin gerekçesinde de şu şekilde değinilmiştir: “...Tasarının 22. maddesinin ikinci cümlesinde ise, düzenleyen tarafından, yazılmamış sayılan genel işlem koşulları olmasaydı asıl sözleşmenin yapılmayacağı ve bu sözleşmeyle bağlı olunmayacağını ileri sürülemeyeceği öngörülmüştür. Bu düzenlemeyle, Alman Medenî Kanununun (BGB.) 306. maddesinin üçüncü fıkrasından ayrılmıştır. Böylece sözleşmeyi düzenleyenin Tasarının 27. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmünden kıyas yoluyla yararlanması önlenmiş bulunmaktadır. Sözleşmenin diğer tarafının ise, söz konusu hükümden yararlanabileceğinde duraksama yoktur...”

hukuki müessesesinden daha hafif bir müeyyidedir. Bazı hükümlerin yazılmamış sayılması sebebiyle sözleşmenin tamamının geçersizliği söz konusu olmayacaktır. Diğer bir görüşe göre ise yazılmamış sayılmanın hukuki müeyyidesi kısmi yokluktur⁴⁸. Yokluk butlandan da daha kuvvetli bir müeyyidedir. Zira yok olan bir hukuki işlemin geçerliliği söz konusu da olamazken istisnâi de olsa bazı hallerde kesin hükümsüz olan bir hüküm geçerli hale gelebilmektedir⁴⁹.

Haksız şart durumunda da tıpkı genel işlem şartlarında olduğu gibi haksız şartlar dışındaki sözleşme hükümleri geçerliliğini korur. Gene genel işlem şartlarında olduğu gibi haksız şartın varlığı durumunda sözleşmeyi düzenleyen kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyecektir. Bu hükümle sözleşmen ilişkisi canlı tutulmak istenmiştir⁵⁰. Sözleşmenin kalanının ayakta kalması açılarından haksız şartlar ve genel işlem şartları son derece benzer yapıdadır. Haksız şart aslında butlan olduğu halde her ikisi de bu yönüyle kısmi kesin hükümsüzlükten ayrılmaktadır. Zira TBK. m. 27/2’ de bulunan “...bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur” hükmü gereği kesin hükümsüz olan kısımlar olmaksızın sözleşmenin anlam ifade etmemesi halinde sözleşme ilişkisinin tamamı geçersiz olmaktadır.

C) Şartların Geçerli Hale Gelebilmesi Açısından

Türk Borçlar Kanunu’ nun 20. maddesine göre genel işlem şartı içeren bir sözleşmede bu şartların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar tek başına bu şartları genel işlem şartı olmaktan çıkarmaz.

⁴⁸ EREN, s. 221; AYAN, Mehmet, *Borçlar hukuku genel hükümler*, 8. Tıpkı Baskı, s. 150; AKÇAAL, s. 61.

⁴⁹ AKINCI, s. 121.

⁵⁰ YÜCE, Aydın Alber, “*Haksız rekabet hukuku bakımından genel işlem şartları*”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S.10, Y.2012, s. 193.

Gerçekte müzakere edilerek sözleşmeye konan şartlar genel işlem şartı niteliğini haiz değildir. Uygulamada ise zayıf konumdaki tüketiciye genel işlem şartları içeren sözleşmeyle beraber bu tip kayıtlar imzalatılmaktadır. Tüketici şartları okuyup gerçekten değiştirilebileceğini ve etki edebileceğini bilerek ve bunu müzakere ederek değil rutin bir şekilde kendisine dayatılan bu tip kayıtları da tıpkı sözleşmeyi imzaladığı gibi imzalamaktadır. Böyle bir tehlikenin önüne geçilmesi için kanun koyucu bu hükmü getirerek tüketiciyi korumak ve kanunun arkasına dolanılmasını engellemek istemiştir⁵¹.

Haksız şart açısından da TKHK. m.5 3. f.' da benzer bir koruma hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm tüketicinin içeriğine hiç etki edemediği önceden hazırlanan tip standart sözleşmelerdeki şartlarla ilgilidir. Buna göre düzenleyen standart sözleşmedeki bir şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür. İspat yükünün doğrudan standart sözleşmeyi düzenleyen aleyhine konulmuş olması uygulama açısından da tüketiciyi oldukça koruyucu bir düzenlemedir. Zira standart sözleşmedeki bir şart düzenleyen tarafından tüketiciyle müzakere edildiğini ispat etmedikçe kesin hükümsüz olur. Tüketici açısından da bir ispat külfeti söz konusu olmaz. Ayrıca aynı maddede bir haksız şartın müzakere edildiği düzenleyen tarafından ispat edilse bile; diğer şartlar için de ayrı ayrı ispat şartının devam ettiği düzenlenerek⁵² tüketicinin standart sözleşmelerdeki bu şartlara karşı korunması iyice kuvvetlendirilmiştir.

D) Açık Olmayan Hükümlerin Durumu Açısından

Sözleşmeye konulan bir şartın anlamının muğlak ve birden çok anlama gelmesi durumlarında haksız şart tüketici lehine yorumlanır. Bir hükmün açık ve anlaşılabilir sayılmasındaki ölçü ise objektif bir ölçü olarak ortalama bir tüketiciden beklenen anlama seviyesidir. Ortalama tüketici açısından anlaşılır olmayan ya da birden fazla anlama gelen ifadeler tüketicinin en lehine olacak şekilde yorumlanır⁵³. TBK. madde 23' e göre genel işlem şartlarında yer alan bir hüküm açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa , düzenleyen aleyhine ve karşı tarafın lehine

⁵¹ AYDOĞDU, GİŞ Kişi, s. 34,35.

⁵² AYDOĞDU, GİŞ Kişi, s. 34.

⁵³ ASLAN, Tüketici, s. 168.

yorumlanır⁵⁴. Bu hususta da genel işlem şartları veya haksız şartlar açısından neredeyse birbirinin aynısı hükümler getirilmiştir.

E) Şartlarda Tek Taraflı Değişiklik Yapabilmek Açısından

Genel işlem şartlarının tek taraflı olarak değiştirilmesine olanak veren kayıtlar geçersizdir⁵⁵. Kanun koyucu sözleşmede daha sonra tek taraflı değişiklik yapma imkânı tanıyan sözleşmeleri geçersiz saymıştır. Nitekim TBK. madde 24' şü şekildedir: “*Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren bir sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.*” TKHK.' da haksız şartın düzenlendiği 5. maddede bu hususa yer verilmemiştir. Bu itibarla tüketicilerin, düzenleyen tarafından daha sonradan tek taraflı değişiklikleri yapılabileceğine dair kayıtları imzalamış olmaları durumunda haksız şart yerine genel işlem şartlarına ilişkin hükümlere gitmeleri daha uygun gözükmektedir. Kanaatimizce böyle bir anlaşma esas sözleşmenin asli edimi olmadığı ve dürüstlük ilkesine göre de tüketicinin son derece aleyhine olduğu için haksız şart olarak da nitelendirilebilir. Ancak bu şartın tüketicisiyle müzakere edilmemiş olması ve değiştirme yetkisinin çerçevesinin dürüstlük kurallarıyla bağdaşmayacak şekilde tüketici aleyhine sonuç verecek nitelikte olması gerekir.

SONUÇ

Değişen dünya şartları ile büyük şirketlerin yoğun sayıdaki tüketiciyle hukuki ilişkilerini arttırmıştır. Tüketicisiyle yapılan sözleşmeye eklenen ve netice itibariyle hakkaniyete aykırı sonuçlar veren ayrıca tarafların kuvveti göz önüne alındığında sözleşme özgürlüğü prensibini zedeleyen genel şartların bu sözleşmelere eklenmesi çözülmesi gereken bir hukuki meseledir. Bu noktada bir çözüm olarak kanun koyucu belirli düzenlemeler yapmış ve genel işlem şartları ve haksız şart hukukî müesseselerine yer vermiştir. Bu iki kavram arasındaki en büyük fark,

⁵⁴ AYDOĞDU, s. 223.

⁵⁵ AKÇAAL, s. 60.

haksız şarttan sadece tüketici faydalanabilmekteyken, genel işlem şartlarından sözleşmenin tarafı olan herkes faydalanabilmektedir.

Genel İşlem Şartları taraflardan birinin, ileride kurulacak bir sözleşmeye dahil edilmek üzere, henüz daha sözleşme kurulmadan önceki aşamada, sözleşme içeriğinde karşı tarafla müzakere etmeksizin tek başına belirlediği ve sözleşmeye dahil ettiği koşullardır. Haksız şart ise 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. Bu iki kavram için de şartların taraflar arasında müzakere edilmeden tek yanlı olarak konulması bir unsurdur. Önceden hazırlanmış bir sözleşmenin varlığı da genel işlem şartlarının oluşması için yeterliyen haksız şartın oluşması için önceden hazırlanan sözleşmenin müzakere edilmediği aksi düzenleyen tarafından ispat edilebilir karine olarak kabul edilmektedir. Sözleşmeyle konulan bu şartlarla hak ve yükümlülük dengesinin bozulması ve bu bozulmanın dürüstlük kuralına aykırı olması haksız şart kavramı için kurucu birer unsurken genel işlem şartlarının varlığı için de bu durumların gerçekleşmesi gerektiği görülmektedir. Bu yönleriyle iki kavram arasında son derece benzer bir yapı bulunmaktadır. Tüketici her iki kavrama da müracaat edebilecektir.

Genel işlem şartı içeren bir sözleşmede bu şartların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar bu şartları genel işlem şartı olmaktan çıkarmaz. Haksız şart açısından da benzer bir koruma hükmü bulunmaktadır. Buna göre düzenleyen standart sözleşmedeki bir şartın müzakere edildiğini iddia ediyorsa her şart için ayrı ayrı ispatla yükümlüdür. İspat etmediği sürece şartların müzakere edilmediği karine olarak kabul edilmektedir. Bu noktada haksız şartın korumasının GİŞ.' e nazaran küçük bir derece daha fazla olduğu söylenebilir.. Ancak haksız şart açısından sözleşmede bu şartların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar imzalanmışsa bu ispat şartının gerçekleşmediğine ilişkin TKHK.' da doğrudan bir kanuni düzenleme yoktur. Dolayısıyla bu tarz durumlar içinse tüketicinin genel işlem şartları müessesesini tercih etmesi lehine olabilecektir. Zira bu tarz kayıtlar tek başına söz konusu şartları GİŞ. olmaktan çıkarmazken haksız şart için bununla ilgili bir düzenleme söz konusu değildir.

Genel işlem şartlarının tek taraflı olarak değiştirilmesine olanak veren kayıtlar geçersizdir. Kanun koyucu sözleşmede daha sonra tek taraflı değişiklik yapma imkânı tanıyan sözleşmeleri geçersiz saymıştır. TKHK.’ da bu hususa yer verilmemiştir. Bu sebeple tüketicilerin, düzenleyen tarafından daha sonradan tek taraflı değişiklikleri yapılabileceğine dair kayıtları imzalamış olmaları durumunda haksız şart yerine genel işlem şartlarına ilişkin hükümlere gitmesi daha lehlerine olacaktır. Kanaatimizce böyle bir anlaşma esas sözleşmenin asli edimi olmadığı ve dürüstlük ilkesine göre de tüketicinin son derece aleyhine olduğu için rahatlıkla haksız şart olarak da kabul edilebilir.

Yukarda da bahsedildiği gibi bazı hallerde genel işlem şartlarının daha lehe sonuç vermesi söz konusu olsa da GİŞ.’ in sözleşmenin zayıf tarafı olan tüketici açısından da zararlı sonuçları olabilmektedir⁵⁶. Ayrıca tüketicilerin doğrudan tüketici kanununa dayanarak haksız şartı ileri sürmelerinin GİŞ.’ e nazaran lehlerine olduğu durumlar da olabilmektedir. Mesela şartın dürüstlük kuralına göre menfaat dengesini bozup bozmayacağı noktasındaki değerlendirmelerde bir tarafın tüketici kanununa göre korunması amaçlanmış tüketici olması durumunda böyledir. Tüketicinin dava harici tüketici hakem heyetine başvurma imkânı açısından da benzer bir durum söz konusudur.

Kısaltma Listesi

BGB.	:Alman Medeni Kanunu
Bkz.	:Bakınız
C.	:Cilt
eTKHK.	:4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

⁵⁶ TOPAK, s. 285.

f.	:Fıkra
GiŞ.	:Genel İşlem Şartları
m.	:Madde
S.	:Sayı
s.	:Sayfa
TBK.	:6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK..	:6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
Y.	:Yıl
vd.	:Ve devamı

KAYNAKÇA

AÇIKGÖZ, Osman, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’ un Haksız Şartlarla İlgili Getirdiği Yenilikler”, Marmara

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C XXI, S. 2, Y. 2015, s. 805-838.

AKÇAAL, Mehmet, “*Borçlar kanununun genel işlem koşullarına dair hükümleri hakkında bir inceleme*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, S.1, Y.2014, s.49-69.

AKINCI, Şahin, *Borçlar hukuku bilgisi*, Sayram Yayınları, 8. Baskı, Konya 2015

ATAMULU, İsmail, “*Genel İşlem Şartlarında Şahsî (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü*”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIII, S.1, Y.2018, s. 101-147.

ASLAN, İ. Yılmaz, *Tüketici hukuku dersleri*, Ekin Yayın Basım Dağıtım, Bursa 2014. (Tüketici)

ASLAN, İ. Yılmaz, *6502 sayılı kanuna göre tüketici hukuku*, Ekin Yayın Basım Dağıtım, Bursa 2015.

AYAN, Mehmet, *Borçlar hukuku genel hükümler*, Mimoza Yayınları, 8. Tıpkı Baskı.

AYAN, Mehmet/**AYAN**, Nurşen, *Medeni Hukuka Giriş*, Mimoza Yayınları, 10. Baskı, Konya 2014.

AYDOĞDU, Murat, “*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIII, S.2, Y.2011, s. 1-50. (GİŞ Kişi)

AYDOĞDU, Murat, *Tüketici hukuku dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

ERDOĞAN, İhsan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Gazi kitapevi, Ankara 2013.

EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 19. Baskı, Ankara 2015.

HAYRUNNİSA, Özdemir, “*Genel İşlem Şartlarında Şaşırtıcı Ve Beklenmedik Şartlar*”, Cevdet Yavuza Armağan, s. 2349-2360.

HATEMİ, Hüseyin/ **GÖKYAYLA**, Emre, *Borçlar hukuku*, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul 2012.

İNAN, Ali Naim/ **YÜCEL**, Özge, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Türk Borçlar Kanunu’ na Göre Güncellenip Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014.

KARA, Mustafa Sencer, “*Genel işlem şartlarına ilişkin haksız rekabet hükümleri*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 1-2, Y. 2013, s.723-742.

KAŞAK, Esra, “*Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S.1, Y.2012, s. 415-430.

KILIÇOĞLU, Ahmet, *Borçlar hukuku genel hükümler*, Turhan Kitabevi, 17. Baskı, Ankara 2013.

OĞUZMAN, Kemal/ **BARLAS**, Nami, *Medenî Hukuk*, Vedat Kitapçılık ,22. Bası, İstanbul 2016.

OĞUZMAN, M. Kemal/ **ÖZ**, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt -1*, Vedat kitapçılık, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2013.

ÖĞÜZ, Tufan/ **ERGÜNE**, Mehmet Serkan/ **ERİŞGİN**, Nuri, *Borçlar*

Hukuku, Saray Matbaacılık, 2. Baskı, Ankara 2013.

ÖZ, Turgut, “*Tüketici hukuku bakımından genel işlem şartları*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk fakültesi dergisi, C. I, S. 1-2, Y. 2002, s.128-151.

PATTERSON, Mark R., “*Standardization of Standard-Form Contracts: Competition and Contract Implications*”, William&Mary Law Review, C.LII, S.2, Y.2010, s. 326-414.

ŞEKER, Muzaffer, *Yazılmamış Sayılma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

TOPAK, Süleyman, “*Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları*”, S. 122, Y.2016, s. 281-314.

ULUSAN, İlhan, “*Genel işlem şartlarında özellikle tüketicinin korunması hakkında kanunda haksız şartlara ilişkin içerik denetimi*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S.1-2, Y.2004, s. 27-47.

UZUNALLI, Sevilay, “*Genel işlem şartlarının haksız rekabet hükümleriyle denetlenmesi*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S.2. Y. 2013, s.383-420.

YENİOCAK, Umut, “*Borçlar kanunu hükümlerine göre genel işlem koşullarının yargısal denetimi*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.107, Y.2013, s.75-96.

YÜCE, Aydın Alber, “*Haksız rekabet hukuku bakımından genel işlem şartları*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.10, Y.2012, s.183-204.

“*4077 – 6502 sayılı tüketicinin korunması hakkındaki kanun Karşılaştırması*”, s.21,22;http://www.ankarabarasu.org.tr/Siteler/2012_yayin/2011_sonrasikitap/tuketici_kitap-web.pdf, Erişim: 25.12.2018.

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim: 26.12.2018.

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13hd-2008-4345.htm>, Erişim:
26.12.2018.