

GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA VE ÖZELLİKLE TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNDA HAKSIZ ŞARTLARA İLİŞKİN İÇERİK DENETİMİ

Prof. Dr. M. İlhan ULUSAN¹

I. Denetime Konu Oluşturmak Üzere Genel İşlem Şartları (GİŞ.) ve Bunların Tüketicinin Korunması Açısından Denetlenmesi

1. Genel İşlem Şartları Kavramı

Genel İşlem Şartları denildiğinde genellikle; tek taraflı olarak düzenlenen, genel ve soyut nitelik arzeden, çok sayıda sözleşme için önceden düzenlenen (formüle edilen) ve taraflarca görüşme ve pazarlık (müzakere) yapılmadan, taraflardan biri tarafından sözleşmenin içeriği haline getirilmesi istenen sözleşme şartları (hükümleri) anlaşılmaktadır.²

¹ *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi*

² Genel işlem şartları kavramına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Sermet G. Akman, Genel İşlem Şartları, Günümüzde Yargı, 1979, Sayı.35, sh.13-18; Teoman Akınal, Allgemeine Geschäftsbedingungen im türkischen Recht, Avusturya-Türk Hukuk Haftası, 1983, sh.9-17; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku 7.Bası, İstanbul 1993, sh.154-157; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 1.Cilt, İstanbul 1996 (forma halinde) § 23 , sh.193-196; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Genişletilmiş 4.Bası, Ankara 2004, sh.76-78; Aydın Zevkliler/Murat Aydoğdu, Tüketicinin Korunma Hukuku, 3.Baskı, Ankara 2004, sh.159-162; Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1,Gözden geçirilmiş 6.Bası, 1998, sh.204; Polat Soyer, Genel İşlem Koşulları, İzmir 1987, sh.27; Haluk Tandoğan, Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlandırılması, Ankara 1977; Ömer Teoman, Alman Genel İşlem Şartları Yasasının Maddi Hukuka İlişkin Hükümlerinin Ana Çizgileri ve Bu Alanda Türkiye’de Uygulanabilecek Bir Yasa Taslağı, İstanbul Ticaret Odası Yayını, İstanbul 1981; Mehmet

Gerek Türk ve İsviçre Hukuklarında gerekse diğer Kara Avrupası Hukuklarında aşağı yukarı benzer tanımlara rastlanmaktadır. 31.12.2001 tarihine kadar yürürlükte kalan

Alman Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin 09.12.1976 tarihli Kanunun 1.maddesinde yer alan ve bugün Alman Medeni Kanununun 305. paragrafı (§ 305 BGB) haline gelmiş bulunan düzenlemedeki hükme göre yapılan tanım da benzer bir içeriğe sahiptir. Gerçekten sözü edilen düzenlemeye göre:

“Genel işlem şartları;çok sayıda sözleşmeler içinde sözleşen taraflardan birinin (kullananın) önceden düzenlediği sözleşmenin aktedilmesi anında, sözleşmenin diğer tarafına sunduğu sözleşme şartlarıdır. Bu hükümlerin, dışta tutularak sözleşmenin ayrı bölümünü teşkil etmesi veya bizatihi sözleşme belgesinin içine alınmış bulunması, hangi kapsamı haiz olması, hangi yazı türünün kullanılarak yazılmış olması ve sözleşmenin hangi şekilde yapılmış bulunması önem taşımaz. Sözleşme şartlarının taraflar arasında teker teker müzakere edilmiş olması halinde, genel işlem şartları söz konusu olmaz.”

Görüldüğü gibi, bir yanda girişimci (müteşebbis, işletmeci) ya da genel ifadeyle kullanan (Verwender) olarak nitelenen taraf diğer yanda ise genellikle müşteri olarak adlandırılan fakat konumuz bakımından tüketici sıfatını taşıyan kişiler, genel işlem şartlarının içeriğini oluşturduğu sözleşmenin tarafları olarak karşımıza çıkmaktadır. Genel işlem şartları kullanılmak suretiyle kurulan sözleşmelerin temel özelliği; kullananın müşteri ya da tüketiciyle karşılaştırıldığında ekonomik konumu, gücü ve sahip olduğu olanakları ve deneyimi itibariyle karşı tarafa göre çok daha kuvvetli bir durumda bulunması,

Bahtiyar, Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması, Yargıtay Dergisi, 1996, s.1-2, s.76-98; Çağlar Özel, Haksız Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması Sorununa Bir Bakış ve Almanya Örneği, BATİDER, Aralık 1999, Cilt.XX S.2, sh.53-97; Mehmet Demir, 4822 sayılı Kanun ile Tüketici Sözleşmeleri Alanında Getirilen Yenilikler, BATİDER, Haziran 2003, Cilt XXII, S.1, sh.213-215; Turgut Öz, Tüketici Bakımından Genel İşlem Şartları, İKÜ Hukuk Dergisi, Haziran 2002, S.1-2,; Özel nitelikteki araştırmalar olarak bkz. Yeşim Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999, sh.62-80; Ayşe Havutçu, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, sh.71-93; Yeşim Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof.Dr.Necip Kocayusufoğlu için Armağan, sh.303-305. Ayrıca bkz. Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, vierzehnte Auflage, München 1987, § 6 I, sh.78-79; Josef Esser/ Eike Schmidt, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 7.Auflage, Heidelberg 1992, § 11, sh.184-211, Peter Gauch/Walter R.Schluep, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, Zürich, 4.Auflage, 1987, Rdn.818-839h; Peter Gauch/Herbert Schönle, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband v 2a , Kauf und Schenkung, Art.184-191, Zürich, 1993, Vorbemerkungen zu Art.184-551, Nr.57-62.

buna karşılık karşı tarafın ise çoğu kez sözleşmenin konusu, yönelik bulunduğu amaç ile sözleşmenin yol açacağı hükümler bakımından; bilgisiz, korunmasız, deneyimsiz olmasıdır. Tüketicilerin, genel işlem şartları yoluyla üzerine aktarılan olası rizikolara karşı ekonomik ve hukuki açıdan sözleşmeye re'sen müdahale ederek kendi yararına çevirebilme olanağına sahip olmaması, sözleşme eşitliğinin kullanan yararına bozulması sonucunu doğurmaktadır. Bu durum, sözleşmede yer alan genel işlem şartları aracılığıyla kanunun tamamlayıcı (düzenleyici-dispositiv) hükümlerinin ya büyük ölçüde değiştirilmesi ya da tamamen kaldırılması suretiyle gerçekleşmektedir. Bunun sonucu olarak tüketici istemeyerek de olsa (yani istese de istemese de) öngörülen, değiştirilen veya özgür olarak düzenlenen rizikoyu kendisine yıkan, haklarını daraltan veya kaldıran ağır şartları müzakere ve pazarlık etmeden kabul etmek zorunda kalmaktadır.³

Çizilen bu tablo çerçevesinde artık eşitler arasında câri olan bir doğruluk karinesinden (Richtigkeitsgewähr) sözedilemeyeceği açıktır. Bu durumda gerek Türk Hukukunda gerekse Karşılaştırmalı Hukukta izlenen yol ; tüketicinin korunması amacıyla genel işlem şartlarının birçok açıdan sıkı bir denetime bağlı kılınması ve böylece sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması olarak karşımıza çıkmaktadır.

2. Genel İşlem Şartlarının Çeşitli Açılardan Denetlenmesi

Genel işlem şartlarının, doğruluk karinesinin câri olduğu bireysel sözleşmelerde⁴ (Einzelverträge) olduğu gibi, karşılıklı müzakere ve pazarlıklar sonucu sözleşme içeriğine alınmaması tüketicinin bunları olduğu gibi kabullenmek zorunda kalması, genel işlem şartlarının denetlenmesinin önemini arttırmaktadır. Denetimin, karşılaştırmalı hukukta izlenen geleneksel ayırıma uygun düşecek tarzda iki açıdan

³ Tüketicilerin genel işlem şartlarına karşı hukuki korunma gereksinimine ilişkin olarak bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, sh.154-155; Tandoğan, sh.10; Kocausufpaşaoğlu, sh.193-195; Özel, sh.52-55; Bahtiyar, sh.83-86; Atamer, sh.30-39; Havutçu, sh.20vd. özellikle 23-28; Esser/Schmidt, § 11, sh.184-186; Rona Serozan, Sözleşmelerden Dönme, İstanbul 1975, sh.207; Yahya Deryal, Tüketici Hukuku, Ankara 2004, sh.58-59; Ayrıca bkz. Ünal Tekinalp, Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları , Prof.Dr.Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan.

⁴ Bireysel sözleşme denildiğinde, tarafların kendi özgür iradeleri doğrultusunda karşılıklı yürütülen müzakere ve görüşmeler sonucu oluşan sözleşmeler kastedilmektedir. Böyle bir ortamda tarafların sahip oldukları irade özgürlüğüne bir sınırlama getirilmemektedir. Bu konuda bkz. Atamer, sh.73 vd.; Havutçu, sh.88. Ayrıca BGB § 305 hükmü gereğince, karşılıklı pazarlık konusu yapılmış sözleşme şartları genel işlem şartı niteliği taşımaz.

gerçekleştirileceği kabul edilmektedir.⁵ Birinci denetim tarzı; genel işlem şartlarının sözleşmeye (sözleşme içeriğine) alınması ile ilgili olup, tüketicinin tabi olacağı genel işlem şartlarının olabildiğince açık, anlaşılır ve saydam olmasını sağlamaktır. Ayrıca bu safhada tüketicinin sözkonusu şartlar hakkında bilgi sahibi kılınıp kılınmadıkları, genel işlem şartlarına ilişkin genel bir yollamanın ötesinde güven ilkesine uygun olarak bu şartlara ilişkin gerekli ciddi uyarıların yapılıp yapılmadığı önem taşımaktadır. Bu konuda Türk öğretisinde de kullanılan ve esas itibarıyla Alman Hukukundan kaynaklanan terimlere rastlanmakta ve genel işlem şartlarının sözleşme içeriğine sokulması yani sözleşmeyle ilişkilendirilmesi (Einbeziehung in den Vertrag) bağlamında bir ilişkilendirme anlaşmasından (Einbeziehungsvertrag) söz edilmektedir. Bu tür denetime öğreti ve uygulamada geçerlilik veya yürürlük denetimi (Geltungskontrolle) adı verilmektedir.⁶

Geçerlilik eş deyişle yürürlük denetimine ilişkin olarak belirtilmesi gereken önemli olan bir husus; tüketicinin, kullanan ile yapacağı müzakere ve pazarlıklarda, içeriğini bildiği hatta uyarıldığı bir ortamda sözleşme hükmünün içeriğine etki edebilecek bir ortamda bulunmamasıdır.⁷ Gerçekten 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun (TKHK) 4822 sayılı Kanunla değişik 6.maddesinde “eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir ” denilmek suretiyle bu husus aynen benimsenmiştir. (TKHK. md. 6/f.3).

Aynı düzenleme Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelikte de yer almaktadır (Yönetmelik md. 5/f.2). Yine TKHK.nun 6. maddesinin 4. fıkrasında ve Yönetmeliğin 5. maddesinin 2. fıkrasında, her bir genel işlem şartının geçerlilik denetimi çerçevesinde ayrı ayrı ele alınıp müzakere edilmesinden hareketle, “sözleşmenin bir 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.” hükmü yer almış

⁵ Kocayusufpaşaoğlu, sh.197vd.; Tekinalp, sh. 131-132; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, sh. 160-165; Özel, sh.60 vd.; Zevkliler/Aydoğdu, sh.163-165; Esser/Schmidt, sh.199 vd. Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi ile ilgili özel monografik incelemeler için bkz. Atamer, sh.81 vd.; Havutçu, sh.107 vd. Belirtmek gerekir ki üçüncü denetim tarzı olarak yorum yoluyla denetimden de söz edilmektedir. Ancak yorum genel işlem şartları içinde kendine özgü ayrı bir inceleme konusu sayılmak gerekir.

⁶ Havutçu, sh.107; Bahtiyar, sh.87. Konu özellikle “genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olabilmesi için kullananın yerine getirmesi gerekenler” başlığı altında Atamer tarafından sh.86 vd.da etrafı bir şekilde ele alınıp değerlendirilmiştir. Ayrıca bkz. Atamer (Yeni Açılımlar), sh.292-293.

⁷ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Havutçu , sh.88-89.

bulunmaktadır.(TKHK. md.6/f.4 ve Yönetmelik md. 5/f.2). Geçerlilik denetimine ilişkin olarak belirtilen düzenlemelerin kaynağını 93/13 sayılı Avrupa Birliği Konsey Yönergesinin oluşturduğunu belirtelim. (Yönerge md. 3/f.2).

Son olarak yine geçerlilik denetimi içinde kalan ve ilişkilendirme anlaşmasına rağmen sözleşmede yer alan bazı düzenlemelerin bağlayıcılık kazanamamasını sağlayan iki hale değinmekle yetineceğiz:⁸

a) Borçlar Kanunumuzun 19. ve 20. maddelerine aykırılık oluşturan kanunun emredici kurallarına, ahlaka ve kişilik haklarına, kamu düzenine aykırı olan şartlar hükümsüzdür.

b) Olağandışı ve şaşırtıcı şartların (ungewöhnliche und überraschende Klauseln) bağlayıcılığı yoktur.Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin geçerlilik(yürürlük) denetimi ile ilgili sayılabilecek 18.03.1996 tarihli ve E. 1996/1734, K.1996/2495 sayılı kararında “gerçekten mahkemeler, somut olayın kendine özgü verileri ve koşullarının gerçekleşmesi halinde ve yasal kurallar çerçevesinde; dikkati özel olarak çekilmeksizin sözleşmeye konulan ve alışılmamış şartlarla tüketiciyi bağlı tutmamalı ve hükümsüz saymalıdır.” , doğrultusunda konuya yetersiz de olsa değinmiş bulunmaktadır.⁹

Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesinde ikinci safhayı, “içerik denetimi” (Inhaltskontrolle) oluşturmaktadır. Bu tür denetim, yukarıda açıklamaya çalıştığımız geçerlilik (yürürlük) denetiminden sonra gerçekleşen bir hukuksal daha doğru bir söylemle yargısal bir değerlendirmeye dayanmaktadır. Gerçekten özellikle tüketicinin korunması hukuku alanında genel işlem şartlarının karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile sözleşmenin içeriğine alınmış bulunması, bunların hüküm ifade etmesi bakımından tek başına yeterli sayılmaz ve bu alanda kesin bir bağlayıcılıktan söz edilmesi beklenilemez. Ayrıca genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasındaki özel durumların, dürüstlük kuralı (doğruluk ve güven ilkesi), sözleşmenin yönelik bulunduğu amaç, sözleşmenin içerdiği hak ve borçların adilane paylaşılması gibi, içeriklerinin de değerlendirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.¹⁰ Bu açıdan konunun ayrı bir bölüm altında ele alınması gerekmektedir.

⁸ Havutçu, sh.132-135.

⁹ Yarg.13.HD.'nin 18.3.1996 tarih ve E.1996/1734, K.1996/2495 sayılı kararı için bkz. Yarg.KD.Mayıs 1996, S.5,sh.750

¹⁰ Havutçu, sh.41 ve özellikle sh.153 vd.; Atamer, sh.143 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 160 vd.

II. Genel Olarak İçerik Denetimi ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde İçerik Denetimine İlişkin Düzenleme

1. Genel Olarak İçerik Denetiminin Dayandığı Görüşler

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve sözkonusu kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelikte yer alan önemli hükümler bir tarafa bırakılırsa, Türk Borçlar Hukukunda konuyu doğrudan ele alıp düzenleyen hükümler bulunmamaktadır. Bu bakımdan TKHK.nun 6. maddesinde ve konuyla ilgili yönetmelikte yer alan hükümlerin varlığının Türk Hukuku bakımından önemli bir gelişmeyi yansıttığını söylemek gerekir.

Türk Hukuk öğretisinde içerik denetiminin bir hakkaniyet denetimi olduğu gözetilerek, özellikle Alman Hukukunda genel işlem şartlarını düzenleyen ve 31.12.2001 tarihine kadar yürürlükte kalan 1976 tarihli Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Kanunun yürürlüğe girmesinden önce, Alman öğretisinde ileri sürülmüş görüşlere benzer düşünce ve değerlendirmeler yapılmıştır. Benzer görüşler ve değerlendirmeler İsviçre Hukukunda da yapılmıştır.

Bu düşünce ve değerlendirmelerin dayandırıldığı dogmatik esasların önemlilerini sadece sergilemekle yetinmek doğru olacaktır.¹¹

a) Kamu Düzenine Aykırılık Görüşü

Bir düşünceye göre, genel işlem şartları BK. md. 19/f. 2 anlamında kamu düzenine aykırılık oluşturabilir. Genel işlem şartlarının ülke düzeyinde yoğun bir biçimde uygulanması, yasalardaki yedek hukuk kurallarının (tamamlayıcı hükümlerin) fiilen sürekli olarak yürürlükten kaldırılması anlamını taşıdığı hallerde, kamu düzeni zedelenmiş olur. Bu tür sözleşmeleri geçersiz saymak gerekir. Türk Yargıtayı da, 11. Hukuk Dairesi'nin 14.04.1995 tarihli E.1993/3369 sayılı kararında; dolaylı olarak tamamlayıcı hukuk kurallarının düzenleme işlevinin,

¹¹ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, sh.201-205; Bahtiyar, sh.90-95; Atamer, sh.146 vd.; Havutçu, sh.161vd. azarın Türk Hukukuna ilişkin açıklamaları için bkz. Sh.210vd.

sigorta genel şartlarında yer alan bazı kuralların geçersizliğinin saptanmasındaki yönüne yer vererek, bu görüşe yakın bir eğilim sergilemiştir.¹²

b)Anayasanın Üstünlüğü İlkesine Dayanan Görüş

Bu görüşe göre; Anayasanın özel hukuk yargıcı da dahil olmak üzere bütün kişileri bağlayıcı özelliği ve Anayasada öngörülmüş eşitlik, sosyal adalet ve sosyal devlet ilkeleri karşısında “hodkam” işlem koşullarını geçerli kılmaya olanak bulunmamaktadır. Öğretide Rona Serozan tarafından savunulan bu görüşün özel hukuka giriş kapısı, yine BK. md. 19/f.2 de yer alan kamu düzeni kavramı olmaktadır.¹³

c)Edimin Tek Yanlı Belirlenmesinde Hakkaniyete Uyuma Doğrultusundaki Görüş

Alman Hukukunda BGB § 315’e dayandırılan İsviçre Hukukunda İsviçre Borçlar Kanununun 71. maddesi (OR. Art. 71) ve Türk Hukukunda BK. md. 70 hükmüyle bağlantı kurularak savunulan bu görüş, öğretide Polat Soyer tarafından dile getirilmektedir. BK md.70 c.2 borçların ifasıyla ilgili olup, cins borçlarının ifasında borçlunun mutavassıt (orta) kaliteden aşağı nitelikte bir şey veremeyeceğini hükme bağlamaktadır. Bu durumda yargıç BK. md. 71 hükmünü esas almak suretiyle, genel işlem şartlarını kullanan tarafın hakkaniyet ilkesine aykırı davranıp davranmadığını denetleme olanağına sahip olacaktır.¹⁴

d) Doğruluk ve Güven İlkesine (Dürüstlük Kuralına; MK md.2/f 1) ve Özellikle Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağına Dayanan Görüşler

Bu başlık altında çeşitli alt görüşlerin ele alındığı gözlemlenmektedir.¹⁵ Güven ilkesinin ışığı altında hakim, sözleşmelerin yorumlanması, tamamlanması, yeni şartlara uydurulması, tarafların uyması gereken yan yükümlülüklerin belirlenmesi gibi temel bazı işlemlere ilişkin uygulamalarda MK md.2/ f. 1 e dayanmak olanağı bulunmaktadır. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 7.4.1981 tarihli E.1045/ K.2514 sayılı

¹² Karar için bkz. Yarg.KD.1995, sh.1407 ve 1411; Atamer, sh.187 vd.da özellikle sh.190’da sözkonusu görüşe ilişkin olumlu değerlendirmelerde bulunmaktadır.

¹³ Serozan , sh.213.

¹⁴ Soyer, sh.155 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, sh.211-212; Atamer, sh.180-181; Kocayusufpaşaoğlu, sh.203-204

¹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, sh.203-205

kararında¹⁶, davacının tüketici olması nedeniyle genel satış şartlarını uygulayan satıcı karşısında korunması gerektiğini belirterek, satıcıya tanınmış bulunan otomobilin teslim tarihini uzatarak ve arada oluşacak zamları da müşteriye yüklemek doğrultusundaki bir hakkın varlığının MK md.2 hükmüyle bağdaşmayacağına hükmetmiştir.

Hakkın kötüye kullanılması yasağının içerik denetimi bakımından uygulandığı alan sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılması olarak gözükmektedir. Bundan anlaşılması gereken, sözleşme özgürlüğünün genel işlem şartları aracılığıyla kurumsal olarak kötüye kullanılması yani sözleşme kurumundan amaca aykırı ve kötüye kullanma oluşturacak tarzda yararlanılmasıdır.¹⁷

2. İçerik Denetiminin Dayandığı Esaslar Çerçevesinde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelikte İçerik Denetimi

a) Genel Açıklamalar ve Özellikle Haksız Şart Kavramı

Konuyla ilgili olarak iki temel düzenlemenin varlığına değinmek gerekir. Bunlardan biri 4077 sayılı ve 23.02.1995 tarihli TKHK. dur. Söz konusu kanun 6.03.2003 tarihli ve 4822 sayılı yeni bir kanunla önemli değişikliklere uğramıştır. Tüketicinin korunmasıyla ilgili içerik denetimini düzenleyen 6. madde bu kanun değişikliği çerçevesinde gerçekleştirilip yeni bir düzenleme olarak yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Kanunda “sözleşmedeki haksız şartlar” başlığı altında düzenlenen 6. maddenin taşıdığı bazı eksiklikler ve yetersizlikler, haksız şartlarla ilgili değişik hükümleri içeren bir yönetmelikle tamamlanma yoluna gidilmiştir.

Kanunda başta tüketicinin, satıcının (Verkäufer) ve sağlayıcının (Erbringer) yani tüketici sözleşmelerinin esas itibarıyla taraflarını oluşturan kişilerin tanımları yapılmış olup satıcı, tüketiciye mal sunan kamu tüzel kişileri de dahil gerçek ve tüzel kişiler olarak tanımlanırken, sağlayıcı; kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye hizmet sunan gerçek veya tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır. Tüketici işlemi (Verbrauchergeschäft) ise,

¹⁶ Yasa Hukuk Dergisi, S.5, 1981, sh.658-659. Aynı doğrultuda olmak üzere Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 18.11.1981 tarihli ve E.6416/K.7369 sayılı kararı (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.163 dn.19 ve orada yer alan kararlar.)

¹⁷ Havutçu, sh.163-165 ve özellikle sh.213’deki değerlendirmeler ; Kocayusufpaşaoğlu, sh.203

mal ve hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlemi ifade etmek üzere kullanılmıştır (bkz. TKHK. md. 3/f, g, h).

Kanunda ve yönetmelikte dikkati çeken yön, genel işlem şartları yerine “sözleşmedeki haksız şartlar” teriminin benimsenip kullanılmış olmasıdır. Haksız şartlar tanımının ilk bakışta hukuka aykırılık teşkil eden her türlü eylem ve müdahaleyi içine alabilecek bir genişliğe sahip olabileceği düşünülebilir. Ancak burada kastedilen; tüketici hukukunun doğasından kaynaklanan belli bazı niteliklerin de eklenmesiyle varlığı kabul edilen “kötüye kullanılabilir sözleşme şartları” veya hükümleridir (missbräuchliche Vertragsklauseln)”

Gerçekten 6. maddenin içeriği okunduğunda bu sonuç doğrulanmaktadır. TKHK’nın 6. maddesinin ilk fıkrasında haksız şart şöyle tanımlanmıştır: “Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyiniyet kuralına aykırı düşecek bir biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır.” Yönetmelikte ise aynı söyleme, satıcı ve sağlayıcının yanısıra “veya kredi veren...” demek suretiyle bir eksiklik tamamlanmak istenmiştir. Hukuk dili açısından çok özenli olmayan yönetmelik ile kanun hükmü arasında fark yaratan bir düzenleme ile karşı karşıya bulunduğumuz söylenebilir. Ancak burada 5 Nisan 1993 tarih ve 93/13 sayılı Avrupa Birliği Konsey Yönergesiyle ayniyet göze çarpar niteliktedir. Gerçekten gerek Kanun gerekse Yönetmelik içerik denetimi bakımından sözkonusu yönergeyi benimsemiş gözükmektedir.

Haksız şart ile ilgili tanıma bakıldığında, bu tanımın, bazı hata ve eksikliklerle içerik denetiminin şartlarına uydurulmak istendiği görülmektedir. Gerçekten tüketicinin çıkarlarının zedelendiği ve bunun tüketici aleyhine dengesizliğe yolaçtığı açıkça ifade edilmektedir. Ancak dengesizlikten kasıt 93/13 sayılı Yönergede daha açık belirtildiği gibi, tarafların hak ve borçlarında haksız bir nisbetsizlik (ein ungerechtfertigtes Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner) olduğu anlaşılmaktadır. İçerik denetiminin genel kriteri olarak görülen “dürüstlük kuralına (objektif iyiniyet kuralına) aykırılık” ise yine 6. maddenin içeriğinde doğru bir nitelendirme yapılmadan sadece iyiniyet kuralına aykırılık olarak ifade edilmektedir.¹⁸

¹⁸ Atamer (Yeni Açılımlar), sh.203 vd.da haksız şart kavramına ilişkin önemli açıklamalar yer almaktadır. Yazarın düşüncesine göre de TKHK md.6/f.1’de Avrupa Konseyi Yönergesinde belirtildiği gibi dengesizliğin önemli olması zorunludur. Keza aynı hükümde iyiniyet kuralından sözedilmesi de katkı sağlayıcı değildir.

TKHK md.6/f.2'de "taflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir" hükmü yer almaktadır. Yönetmelik ise; satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından sözleşmede öngörülen şartların batıl olduğu (nichtig) ve hükümsüz olan bu şartlar olmadan da sözleşme ayakta tutulabiliyorsa, sözleşmenin geri kalanının varlığını koruyacağını öngörmektedir (Yönetmelik md.7 c.1 ve c.2).¹⁹ Getirilen bu düzenlemenin de , tam anlamıyla içerik denetimi sayılmasa da , kabul edilen genel anlayışla uygunluk arzettiği, özellikle de BGB § 305 Abs. 1 ve 2 hükmüyle bağdaştığı söylenebilir. Sözleşmenin geçersiz veya bağlayıcı olmayan hükümlerinin yerine yedek hukuk kurallarının uygulanması yoluna gidilebilir (BGB § 306 Abs.2). Ancak bu son durumda oluşan değişikliğin taflardan biri için katlanması beklenmeyecek denli ağır bir durum yaratması halinde sözleşmenin geçersiz olduğunu kabul etmek de gerekebilir (BGB §306 Abs.3) . Değinilen son iki hal TKHK'da ve Yönetmelikte yer almamakta ancak Alman Medeni Kanunu'nda (BGB § 306 Abs.2 ve 3) öngörülmüş bulunmaktadır.²⁰

b-) TKHK'da ve Yönetmelikte İçerik Denetimini Sağlamaya Yönelik Düzenlemeler

aa-) Önceden Hazırlanan Sözleşme Şartlarının Müzakere Edilmediğine Dair Karine

TKHK.nun 6. maddesinin 3. fıkrasında ve Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasında, Avrupa Birliği Yönergesinin 3. maddesinin 2. fıkrasıyla aynı içerik yansıtılarak " eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle, tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşmenin tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir", hükmü yer almaktadır.

Söz konusu kavramla kastedilenin dürüstlük kuralı (doğruluk ve güven ilkesi) olduğuunda kuşku yoktur. Aynı tenkitlerin, Yönetmeliğin 4.maddesinin (d) bendi bakımından da geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Ayrıca Yönetmelikte madde 2'de "dürüstlük kurallarına aykırı biçimde konulmuş haksız şart"tan söz ederken md.4'de iyiniyet sözcüğüünün kullanılması özensizliğin düzeyini daha da arttırmaktadır. Konuyla ilgili benzer tanım , içerik denetimine ilişkin bir düzenleme olarak BGB § 307 Abs.1, c.1'de de bulunmaktadır.

¹⁹ TKHK md.6/f.2'de kullanılan "bağlayıcı değildir" ifadesi Yönergenin yabancı dillerdeki karşılıklarının (unverbindlich, not binding) çevirisinden kaynaklanmaktadır. Yönetmelikte ise md.7'de haksız şartların batıl olacağı söylenmektedir. İçerik denetimi bağlamında haksız şartlara ilişkin yaptırımın butlan (kesin hükümsüzlük) olduğuunda kuşku duymamak gerekir. Ayrıca bkz.Atamer (Yeni Açılımlar), sh.318-319.

²⁰ Konunun kısmi butlan (BK.m.20/f.2) açısından değerlendirilmesi ve menfaatler dengesi açısından haksız şartların denetimi açısından BK.md.20/f.2c.2'ye getirilmiş bir istisnanın bulunduğunun savunulması açısından bkz. Atamer (Yeni Açılımlar), sh.318-319.

Görüldüğü gibi getirilen düzenleme ile sadece çok sayıda sözleşmeler için önceden hazırlanan genel işlem şartları ile yetinilmemiş , bundan daha ileri gidilerek önceden hazırlanmak ve etki edilmemek kaydıyla bir kez kullanıma özgü sözleşmelerin dahi (vorformulierte Verträge, die nur zur einmaligen Verwendung erfasst sind) kanun ve yönetmelik çerçevesinde içerik denetimine bağlı kılındıkları kabul edilmiştir.²¹ Bilindiği gibi bir kere kullanılmak üzere kurulan bireysel sözleşmelerin de içerik denetimine tabi kılınacağına ilişkin olan bu düzenleme Alman Medeni Kanunu'nun tüketici sözleşmeleriyle ilgili § 310 Abs.3/2 hükmünde de açıkça ifade edilmiştir (BGB § 310 Abs.3/2).

bb-) Standart Sözleşmelerde Yürütülen Müzakerelerin Sınırlı Nitelik Taşınması ve Sözleşmenin Bütünü Etkilememesi

İçerik denetiminin dayandığı esaslardan biri olan her bir şartın ayrı ayrı görüşülmesi gereği, TKHK.nun 6. maddesinin 4. fıkrasında ve Yönetmeliğin 5. maddesinin 2. fıkrasında dile getirilmiştir. Avrupa Birliği Yönergesi'nin 3. maddesinin ikinci cümlesinde de yer alan düzenlemelerde ifade olunduğu gibi, "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".²²

Nihayet zikredilen TKHK. nun 6. maddenin 5. fıkrasında, Yönetmeliğin 5. maddesinin 2. fıkrasında ve Avrupa Birliği Komisyonunun 93/13 sayılı Yönergesinde müzakerenin yapıp yapılmadığı konusundaki ispat yükü düzenlenmiştir. Kanuna göre, "bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir". Görüldüğü gibi önceden hazırlanmış bir sözleşmede veya bir standart sözleşmede, tüketicinin içeriğine etkide bulunmadığı hallerde, şartın müzakere edilmediğine dair karinenin, satıcı veya sağlayıcı ve Yönetmeliğe göre bunlara ek olarak kredi veren tarafından aksi ispat edilerek, sonuçsuz bırakılma olanağı açıkça kabul edilmiş bulunmaktadır.

²¹ Havutçu, sh.84; Atamer (Yeni Açılımlar), sh.296-297.

²² Havutçu, sh.89; Atamer (Yeni Açılımlar), sh.299'da "Bu durumda GİŞ kullanılan sözleşmelerde, ilgili hükümlerin içerik denetiminden sıyrılabilmesi için satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin her bir hüküm açısından tek tek bunların pazarlık konusu yapılmış olduğunu ispat etmesi aranacaktır. Aksi takdirde haksız sözleşme koşullarına ilişkin TKHK md.6 ve ilgili Yönetmelik hükümlerinin uygulanması engellenemeyecektir" savını yerinde olarak dile getirmektedir.

cc-) Tüketici Sözleşmelerinin İçerik Denetiminde Sözleşmenin Taraflarına İlişkin Sınırlama

TKHK md. 6'da “ satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu” şartlardan söz edilmektedir. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelikte de “Kapsam” başlığı altında 2. maddede şu hüküm yer almaktadır: “Bu yönetmelik, taraflardan birisini tüketicinin oluşturduğu tüketici sözleşmelerinde satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tek taraflı olarak ve dürüstlük kurallarına aykırı biçimde konulmuş her türlü şartı kapsamaktadır”. Yönetmeliğin “Amaç” başlıklı 1. maddesinde ise yönetmeliğin amacı , tüketici sözleşmelerinde yer alan “tüketici aleyhine haksız şartların tespiti” ve “bu şartların tüketiciyi korumaya yönelik olarak denetlenmesi” olarak belirlenmiştir.

Bu düzenlemelerden ilk bakışta anlaşıldığına göre; kanun koyucu haksız şartların sadece satıcı, sağlayıcı ve kredi veren tarafından sözleşmelere konulmasına ağırlık vermiş gözükmektedir. Genel işlem şartlarına ilişkin olarak yapılan değerlendirmelerde yer alan ve 93/13 sayılı Avrupa Birliği Konsey Yönergesi bakımından da varlığı kabul gören , üçüncü kişilerin, özellikle Noter, Avukat veya Meslek Birlikleri tarafından hazırlanarak sözleşmelere konulan şartların da sözleşmenin tarafı olan girişimci yani satıcı, sağlayıcı ve kredi veren adına yapıldığı ve bir temsil ilişkisi bağlamında hukuki sonuçların bu kişilere ilişkin olarak belirdiğini, doğru yorum tarzı olarak, Türk Hukuku için de kabul etmek gereği bulunmaktadır.²³

c-) Sözleşme Şartlarındaki Haksızlığın Değerlendirilmesi

aa-) Değerlendirmeye Yol Gösteren Kriterler

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelikte 6. madde altında “Sözleşme Şartlarındaki Haksızlığın Değerlendirilmesi” başlığı tercih edilmiştir. Türkçenin kullanılmasındaki bozukluğun dışında, Kanunda ve Yönetmelikte “Kötüye Kullanılabilir Şartlar (mißbräuchliche Klauseln)” yerine genel ve donuk “Haksız Şartlar” teriminin yeğlenmesinin getirdiği ifade zayıflığı da konuya yaklaşımı baştan güçleştirmektedir. İçerik denetimi bakımından büyük önem taşıyan söz konusu bölümün kanun yerine yönetmelikte düzenlenmesi de yerinde bir davranış olarak nitelendirilemez.

²³ Havutçu, sh.77; Zevkliler/Aydoğdu, sh.160; Atamer,sh.69 vd. özellikle sh.71.

Bütün bu tenkitlere karşın bu bölümde yer alan düzenlemenin temelinde kötüye kullanılabilir şartların belirlenmesinde gözetilmesi gereken ölçütlerin tayinine çalışıldığı görülmektedir. Söz konusu düzenlemenin yine 93/13 sayılı Avrupa Birliği Konsey Yönergesi'nin 4.maddesinin 1. veya 2. fıkrasıyla uyumlu olduğunu belirtmek gerekli olacaktır. Yönetmeliğin konuyla ilgili 6. maddesinin 2. ve 3. fıkraları şöyledir:

“Bir sözleşme şartının haksızlığı değerlendirilirken, sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin yapılmasını sağlayan şartlar ve/veya onun bağlı olduğu sözleşmelerin tüm şartları dikkate alınır” (Yönetmelik m.6/ f.2).

Bu düzenleme çerçevesinde sözleşme şartlarının haksızlığını değerlendirirken şu kriterlerin gözönünde tutulması aranmaktadır:

- **Sözleşme Konusu Mal ve Hizmetin Niteliği**

93/13 Sayılı Avrupa Birliği Konsey Yönergesi nitelik sözcüğü yerine “mal ve hizmetlerin türü (Art der Güter und Dienstleistungen)” terimini kullanmaktadır (md.4/f.1). Burada hangi terimin doğru olduğu tartışılabilirse de nitelik sözcüğünün içerik denetimi bakımından daha doğru olduğunu belirtmek gerekir. Bu bağlamda kastedilenin, sözleşme şartlarının, taşıdıkları hükümlerin içeriği itibariyle tarafların hukuk alanlarında yapacağı etki olarak görülmesi yerinde olur.

- **Sözleşmenin Yapılmasını Sağlayan Şartlar**

Değerlendirmede sadece sözleşme içeriğinin değil fakat sözleşen tarafların sözleşmenin kurulması aşamasında içinde bulundukları hal ve şartların , taraf menfaatlerinin , sözleşmenin kurulmasına eşlik eden tüm olguların (alle den Vertragsabschluss begleitende Umstände) gözetilmesi gerekir. Bu değerlendirme sonucunda sözleşmenin kurulduğu an itibariyle, sözleşme şartlarının haksızlığı konusunda bir sonuca varma olanağı sağlanmış olacaktır. 93/13 Sayılı Avrupa Birliği Konsey Yönergesinin 4. maddesinin 1. fıkrasından hukukumuza alınan bu düzenleme Alman Medeni Kanununun § 310 Abs.3 s.3 hükmünde de yer almaktadır.

- **Haksız Şartların İçinde Yer Aldığı Sözleşmedeki veya Onun Bağlı Olduğu Diğer Sözleşme veya Sözleşmelerdeki Şartların Değerlendirilmesi**

Avrupa Birliği Konsey Yönergesinde 4. maddenin 1. fıkrasında yer alan ve içerik denetimi bakımından ileri sayılabilecek özenli bir incelemeyi içeren sözkonusu düzenleme de, modern hukukta içerik denetiminin unsurlarının benimsenmesi

açısından önem taşımaktadır. Maddede yer alan sözleşmeler ifadesi hem standart sözleşmeleri hem de bireysel sözleşmeleri kapsar. Keza bu sözleşmelerde şartların müzakere edilmiş olup olmadıklarına da bakılmaz.²⁴

bb-) Haksız Şartların Değerlendirilmesinin Sınırları

Yönetmeliğin 6. maddesinin 3. fıkrasında 93/13 Sayılı Avrupa Birliği Komisyon Yönergesi'nin 4. maddesinin 2. fıkrasına paralel olarak, sözleşme şartlarının haksızlığının değerlendirilmesinde, değerlendirme dışı tutulacak alan da belirlenmiş bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemede yer alan hüküm şöyledir:

“Şartların haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmış olmak koşuluyla, gerek sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki, gerekse mal ve hizmetin gerçek değeri ile sözleşmede belirlenen fiyatı arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz”.

Görüldüğü gibi, sözleşmede yer alan tarafların temel edim yükümlülükleri değerlendirmenin kapsamı dışında kalmaktadır. Genel İşlem Şartlarına ilişkin içerik denetiminde genel olarak bu düşüncenin savunulduğu ve düzenlemelerde bu kurala yer verildiği görülmektedir. Avrupa Birliği Konsey Yönergesinin değindiğimiz 4. maddesinin 2. fıkrası da aynı eğilimi yansıtmaktadır. Bu düzenlemenin altında sözleşmenin esaslı noktaları (essentia negotii) konusunda irade özerkliğinin (Privatautonomie) korunması düşüncesinin yattığı belirtilmektedir. Bununla birlikte tarafların temel edim yükümlülükleri konusunda her zaman titiz ve dürüstlük kuralına uygun davranacakları söylenemez. Bu nedenle söz konusu düzenlemenin tüketici bilincinin, tüketici örgütlerinin yeterince gelişmediği ortamda yadsınacak yönleri olduğunu belirtmek gerekir. Yan edim yükümlülüklerinin yanı sıra, ifa yeri, ifa zamanı, cezai şart, temerrüt faizi, muacceliyet şartları, sözleşmeden dönme, sorumluluk, tazminat, sözleşmeye aykırılığın sonuçları, yetkili mahkeme, tahkim şartı gibi sözleşme hükümlerine ilişkin şartlar içerik denetimine tabidir.²⁵

²⁴ Söz konusu düzenleme çerçevesinde sözleşme şartlarının dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacak tarzda haksızlığın saptanmasında başvurulacak diğer genel nitelikteki ölçütler ve ilkelere ilişkin geniş açıklamalar için bkz Atamer, sh.207 vd.; aynı yazar (Yeni Açılımlar), sh.306 vd.

²⁵ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Atamer, sh.220-222; aynı yazar (Yeni Açılımlar), sh.315-316; Esser/Schmidt, sh.197-198.

İkinci olarak yönetmelikte, sözleşmede bir mal veya hizmetin gerçek değeri ile sözleşmede belirlenen fiyatı arasındaki dengenin de değerlendirmenin dışında tutulacağı öngörülmüştür. Bu yön de içerik denetiminde genellikle genel işlem şartlarının dışında tutulan bir alan olarak kabul edildiğinden, öğretide savunulan genel anlayışa uygundur. Ancak Türk Hukuku bakımından ne denli doğru sonuçlar vereceği konusunda kuşku duymak gerektiği kanısındayız.

d-) Saydamlık (Şeffaflık) İlkesi (Das Transparenzgebot)

Saydamlık ilkesine gereğine uyulması, genel işlem şartlarına ilişkin yasal düzenlemelerde büyük önem taşır. Yönetmelik , 6. maddenin 1. fıkrasında bu ilkeyi “sözleşme şartlarının tüketicinin anlayabileceği şekilde açık ve anlaşılır dille yazılmış olması gerekir” şeklinde dile getirmiştir.

Bu düzenlemeden anlaşılacağı gibi ; okunaksız, hükümlerin anlaşılmasını güçleştirecek bir söylem ve biçem (üslup) içinde yazılmış, hükümler arasındaki bağlantının kolayca kaymasına yol açan , hükümlerin mantıki bir sıra izlemediği bir yazım tarzının yer aldığı sözleşmenin içerik açısından saydamlık gereğine uygun olmadığı açıktır.²⁶

Bu konuya ilişkin olmak üzere, TKHK. md. 6/f.6’da yasa koyucu daha somut bir düzenleme yapmak gereğini duymuştur. Söz konusu hükümde yazılı olarak yapılması öngörülen belirli bazı tüketici sözleşmelerine yollama yapılmakta ve bunların en az oniki punto ve koyu siyah harflerle düzenlenmesi gereğine işaret edilmektedir. Bu sözleşmeler taksitle satış (md.6/A), devre tatil (md.6/B), paket tur (md.6/C), kampanyalı satışlar (md.7), mesafeli sözleşmeler (md.9/A), tüketici kredisi (md.10), kredi kartı sözleşmesi (md. 10/A) ve abonelik sözleşmeleri (md.11/A) olarak ortaya çıkmaktadır.

TKHK’nın değindiğimiz m.6/f.6 hükmünde bu düzenlemenin bir parçası olarak, “...sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik satıcı veya sağlayıcı tarafından derhal giderilir” hükmü yer almaktadır.

²⁶ Saydamlık ilkesi veya saydamlık gereği, tüketicinin sözleşmeden kaynaklanan haksız şartların içerik denetimine bağlı kılınmasını sağlayan temel düşüncelerden biridir. Ayrıntılı açıklamalar için bz.Atamer sh.209vd. ; aynı yazar (Yeni Açılımlar), sh.308; Esser/Schmidt, sh.198-199.

TKHK. nun 6. maddesinin 6. fıkrası gereğince yollama yapılan maddelerde varlığı aranan unsurların eksik olması ve bunların satıcı veya sağlayıcı tarafından giderilmemesi halinde, tüketici ne yapacaktır. Öğretide Turgut Öz tarafından savunulan fikre göre, tüketici talebine yanıt almazsa tüketici mahkemesine başvurup, hakimden boşluk doldurma yoluyla sözleşmede varlığı gereken unsurların belirlenmesini isteyebilir. Hakim davalı satıcı veya sağlayıcıya bu gereği yerine getirmesini ihtar etmeli ve bunun sonuçsuz kalması halinde kendi takdirıyla boşluğu doldurmalıdır.²⁷

Bu son düzenlemenin kanundaki yeri tartışılabilir. Ayrıca yukarıda belirtildiği gibi, sözleşmede bulunması gereken bir hususun bulunmaması, ve bunun satıcı veya sağlayıcı tarafından derhal giderilmemesi halinde ne yapılacağı kanunda açıklanmamıştır. Bunun yanısıra geçersiz olan sözleşme şartları yerine tamamlayıcı veya düzenleyici (dispositiv) hukuk kurallarının uygulanacağını açıklanmamış olması da bir eksiklik olarak görülebilir. Bu konuda BGB § 306 Abs.2 ve 3'e benzer bir hükmün öngörülmüş olması yerinde olurdu. BGB § 306'a göre, söz konusu sözleşme boşluklarının varlığı halinde, sözleşmenin içeriği yasal hükümlerle belirlenir. Ancak bu halde dahi sözleşmeyle bağlı kalmak taraflardan biri için beklenilmez nitelikte ağır bir duruma yol açarsa, sözleşmenin hükümsüz olduğu kabul edilir (BGB § 306 Abs.2 ve 3).

e-) Tüketici Lehine Yorum Kuralı

Yönetmeliğin 6. maddesinin 4. fıkrasında bu yorum yöntemi şu şekilde yer almaktadır:

“Sözleşmede yer alan bir şartın ne anlama geldiği hukukun yorum yöntemleriyle belirlenemiyorsa, tüketici lehine olan yorum tercih edilir.”

Bu düzenlemenin 93/13 Sayılı Avrupa Birliği Konsey Yönergesinin 5. maddesinin 2. cümlesinde yer aldığını görmekteyiz. Sözü geçen maddeden anlaşıldığına göre; öncelikle güven ilkesine dayanan objektif yorum yöntemlerine başvurmak, bir sonuç alınamadığı takdirde söz konusu –öznel- tüketici yararına yorum yeğlenmek gerekecektir.²⁸

²⁷ Öz, sh.148-149.

²⁸ Belirsizlik İlkesi (Unklarheitenregel) olarak ifade edilen görüşe göre, tek taraflı olarak sözleşmeyi düzenleyen kişilerin; açık, net ve anlaşılır, yani yoruma gerek bırakmayacak bir sözleşme metnini kaleme almaları gerekir. Sözleşme hükümlerinin gerçek anlamlarının saptanamaması, birden fazla anlama gelmesi halinde güven ilkesinin yapılacak olan yorum bir sonuç vermediği takdirde, tüketici lehine yorum tercih

f) Yargısal Denetim

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik, yargısal denetim başlığı altında, haksız şartların varlığı halinde bu şartların kullanılmasının önlenmesi için dava açılabilirliğini öngörmüştür. Gerçekten, Yönetmeliğin 8.maddesine göre, “meşru menfaati olan gerçek veya tüzel kişiler, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların kullanılmasının önlenmesi için dava açabilirler. Bu hallerde mahkeme, önlem için gerekli tedbirlere hükmeder.”

Bu maddede yer alan yargısal yol ile kastedilen husus; genel işlem şartlarının (haksız şartların) ortaya çıkmasından sonra bunların daha başlangıçta uygulanmasının önüne geçilmesidir. Mahkemenin bu sonucu sağlamak üzere tedbir kararı vermesi de mümkündür.²⁹

Davacı sıfatını haklı (meşru) çıkarları bulunan gerçek veya tüzel kişiler taşıyabilirler. Davalı ise genel işlem şartını içeren sözleşmeyi hazırlamış bulunan satıcı, sağlayıcı veya kredi verendir.

Yargısal denetimin asıl anlamı, haksız şartın tüketiciyi bağlamaması halinde bunun tüketici tarafından her zaman ileri sürülebilmesi ve yargısal uyuşmazlıkta yargıç tarafından re’sen gözetilmesidir. Yönetmelik haksız şartların batıl olduğunu açıkça öngörmektedir. Tüketici, geçersizliğin varlığına karşın edimini ifa ettiği hallerde, sonradan sebepsiz zenginleşme davası açarak iade isteminde bulunabilir.³⁰

III- Yönetmelikte Yol Gösterici Nitelikte ve Sınırlayıcı Olmamak Üzere Yer Alan Haksız Şartlar Listesi

Son olarak aslında TKHK’da yer alması gerekirken Yönetmelikte ayrı ayrı sayılmış bulunan geniş içerikli haksız şartlar listesi bulunmaktadır. Bu bağlamda sergilenen

edilir. Bu konuda Alman Hukukuna ilişkin gelişmeleri de içeren ayrıntılı açıklamalar için bkz. Atamer, sh.134 vd.; aynı yazar (Yeni Açılımlar), sh.300-302

²⁹ Yargısal denetime ilişkin ayrıntılı açıklamalar, Atamer (Yeni Açılımlar), sh.321-322’de yer almaktadır. Bu safhada hakim esas itibarıyla sözleşme hükümlerinin, dürüstlük kuralı çerçevesinde bir hakkın kötüye kullanılması uygulamasına yol açabilecek bir niteliğe sahip olup olmadıklarını değerlendirip saptamalıdır. Tüketici lehine yorum kuralının bu davalarda uygulama alanı bulup bulamayacağına ilişkin olarak bu tür davalarda “..en tüketici aleyhine olabilecek anlam esas alınarak ilgili genel işlem şartının kullanılmasının engellenmesine gidilmelidir (Atamer, sh.321).

³⁰ Öz, sh.146.

şartlar tümüyle 93/13 sayılı Avrupa Birliği Konsey Yönergesinde sergilenen kötüye kullanılabilir şartların örneği olarak eklenen listenin aynıdır. Bunları aynen sunmak , haksız şartların daha somut olarak anlaşılabilmesi için yararlı olacaktır.

EK :

Beşinci Maddenin Son Fıkrasında Anılan Türden Haksız Şartlar

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

- 1- Tüketicinin, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yapma veya yapmama şeklinde bir fiili sonucu hayatını kaybetmesi veya maddi zarara uğraması halinde, satıcı , sağlayıcı veya kredi verenin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar,
- 2- Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden birisini kısmen veya tamamen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin satıcı, sağlayıcı veya kredi verene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği taleplerini, herhangi bir alacağını satıcı, sağlayıcı ve kredi verene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil , bertaraf eden ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar,
- 3- Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin, sadece kendisi tarafından belirlenen koşullarda edimini ifa edeceği , buna karşılık tüketicinin her halde ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar,
- 4- Tüketicinin sözleşmeyi kurmaktan veya ifa etmekten vazgeçmesi hallerinde satıcı, sağlayıcı veya kredi verene , tüketicinin kendisine ödediği bedeli muhafaza etme hakkı tanıyan , ancak satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin aynı türden davranışları için tüketiciye benzer bir tazminat hakkı tanımayan şartlar,
- 5- Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketiciyi ölçüsüz derecede yüksek bir tazminatla mükellef kılan şartlar,
- 6- Satıcı, sağlayıcı veya kredi verene sözleşmeyi özgürce feshetme hakkı tanıyan , ancak tüketiciye aynı hakkı vermeyen şartlar ile , satıcı, sağlayıcı veya kredi verene fesih hakkını kullanmasına rağmen , henüz ifa

etmediği edimler karşılığı almış olduklarını muhafaza etme hakkı veren şartlar,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3- (7), (10) ve (12). bentler aşağıdaki işlemlere uygulanmazlar:

- Fiyatı borsa kotasyonuna veya endeksine veya sermaye piyasasındaki kur oynamalarına bağlı olarak, sağlayıcının

müdahalesi olmaksızın değişebilen menkul kıymet , finansal araç veya diğer mal ve hizmetlere ilişkin işlemlere,

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

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