

# GENEL İŞLEM ŞARTLARI VE TÜKETİCİNİN KORUNMASI

## Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Yeni Alman Yasası Üstüne (\*)

Yazan

Prof. Dr. Manfred REHBİNDER

Çeviren

Asis. Dr. Ömer TEOMAN

### I. GİŞ'nin Yasal Yönden Düzenlenmesi Konusundaki Gereksime

GİŞ, 19. yüzyıldaki endüstri devriminin ortaya çıkardığı bir görünümdür. Seri halinde üretim ve sürüm, önceleri bireysel olarak yapılan sözleşmelerin birörnekleştirilmesini ve ussallaştırılmasını zorunlu kılıyordu. Tıpkı makine üretiminin münferit üretimi seri halinde yapılan mallara dönüştürmesi gibi, bundan böyle bireysel sözleşmeye her zaman için geçerli olacak biçimde hazırlanan genel şartlar «ekleniyordu» (fransızca: contrat d'adhésion). Bu yöntemin yararları kendisini, işlerin yürütülmesinin basitleştirilmesinde ve rizikoların geniş ölçüde hesaplanabilmesinde gösteriyordu. Buna GİŞ'nin çifte içeriği, yani yasanın uzmanlaştırılması ve iş rizikolarının ertelenmesi yolu ile ulaşılabilirliyordu.

---

(\*) Hâlen Zürih Üniversitesi'nde İş Hukuku Profesörü olan Dr. Manfred REHBİNDER, Genel İşlem Şartlarının Düzenlenmesine ilişkin bu yasanın hazırlanmasında etkin bir rol oynamış ve çevirisi yapılmak üzere bu yazıyı bizzat tarafımıza yollamıştır. Çeviri sırasında hukukumuzdaki uygulama benimsenerek «Genel İşlem Şartları» kavramı «GİŞ» olarak kısaltılmıştır. (Ç. N.)

Yasanın GİŞ tarafından uzmanlaştırılması, başka bir deyişle açıklığa kavuşturulması ve tamamlanması genellikle her iki sözleşme yanının yararınadır. Yasal yönden düzenlenen sözleşme türleri belirli hukuki işlemlerin görgüsel normal türlerine dayanılarak geliştirilmiştir ve bu konuda öngörülen hukuk kurallarını az ya da çok soyut bir biçimde ve yasanın sisteminin gereksemelerine göre düzenlenmiş olarak kapsarlar. Bu yüzden, yanların aydınlığa kavuşturulması amacı ile, anılan kuralların somut bir işlem türüne uygulanmasının bir kez daha saptanılması iş yaşantısının gereksemelerine uygun düşer. Bunun dışında, doldurulması gerekli yasal düzenlemeleri somutlaştırmak, özellikle hukuk dışı düzenleme örneklerine yapılan ve daima belirli bir hukuki güvensizlik getirip yargılama rizikoları taşıyan değişken yollamaları (örneğin örf ve âdet) ve yorumlama alanlarını gidermek, her iki yanın çıkarına olabilir. Aynı biçimde çıkarlar değerlendirmesi açısından yasanın belirli kuralları bazı işlemlerin nesnel gereklerine ya da sözleşme yanının öznel tasarımlarına uygun düşmeyebilir. Nihayet ortaya çıkan yeni ekonomik sorunlar çoğu kez güçlükle karışık içerikli sözleşmeler olarak eski sözleşme hukukumuz tarafından kavranılabılır. Her zaman olduğu gibi, önce yasayapıcıyı yormak zorunda kalınmaksızın burada GİŞ aracılığı ile soruna aydınlık getirmek, hukuk güvenliği ve ekonomik gelişmenin haklı gereklerine uygun düşmektedir.

Öyleyse GİŞ, endüstri toplumuna uyan çağdaş bir girişimciliği yararlandırmak konusunda elverişli bir araç oluşturuyorlardı. Bu nedenle GİŞ'nin gelişim süresince geniş bir yaygınlık kazanmalarına ve günümüzde ekonomik yaşantının, Alm. MK. ve Alm. TK.'nin değişken hukukunun bunlar tarafından değiştirilmediği hiç bir alanının kalmamasına şaşılmamalıdır. Bu herşeyden önce geniş ölçüde girişimler arasındaki hukuki ilişkide ve günlük yaşantıdaki alışverişler dışında, önemli bir bölümü ile nihai tüketiciye yapılan satımlar hakkında geçerlidir. Yasa hukukunun değiştirilmesi konusundaki kesin araştırmalar şimdiye değin salt bazı alanlar için gerçekleştirilmiştir. Federal Almanya Cumhuriyeti'nde, GİŞ'nin sigortacılık, bankacılık, kredicilik, turizm, uzaktan eğitim, otomobil ticareti, ticari alımlar konusunda % 100, yapı işlerinde, simsarlık faaliyetinde, mobilya ticaretinde ve konut kiralamasında % 90 ve taşıt tamir işlerinde, kimyasal temizlemelerde ve ev eşyaları tamir işletmeleri alanında % 50

oranında uygulandığı tahmin edilmektedir. Aynı biçimde Devletin yurttaşına varlığını koruması ile ilgili olarak kamusal edimler sunduğu alanlarda da genellikle GİŞ'na rastlıyoruz.

Yasa hukukunun GİŞ tarafından sözü edilen biçimde değişikliğe uğraması öteden beri eleştirilmiştir. Almanya'da 20 yıldır, yasanın öngördüğü sözleşme serbestisinin bir yanın buyurma özgürlüğüne ve diğer tarafın sözleşme bağımlılığına dönüştüğü konusunda giderek artan şikâyetler ileri sürülmüştür. Ticaret ve endüstri, bankalar ve sigortalar bu durumda GİŞ'ni tek yanlı olarak buyurarak, yasanın tanıdığı irade özerkliğini kötüye kullanacaklardır. Gerçekte, ekonomik yaşantının artık geniş ölçüde endüstri toplumunun yaşantısına dönüştüğü bir dönemde Alm. TK. ve Alm. MK. hâla toplum kuramına ilişkin ve ekonomik olayların kendi kendini yöneten uyumuna bağlı bir örnekten hareket ediyorlardı. Bu nedenle de özgür bir toplumda yurttaşlara kişinin kendini geliştirebilmesi amacı ile, sözleşme serbestisi aracı sağlandığı zaman, ticaret ve meslek özgürlüğü toplumsal eşitliği sağlamaya yetiyordu. Bu küçük esnaf işletmecilerinin, sanatkârların ve tacirlerin dünyasına, «yurttaşlardan oluşan toplumun» dünyasına uyuyordu. Ne var ki, ekonomik egemenlik gelişiminin, Devlet tarafından önlenilmeksizin, bu toplum modelinin yerini kaydıracağı gözden kaçırılıyordu. GİŞ'nda sözleşme serbestisi ilkesi karşılıklı irade uyuşumunu korumamakta, fakat özel yasamanın tek yanlı olarak konulan otoriter işlemlerini getirmektedir. Böylece sözleşme serbestisi tek yanlı ayrıcalık durumuna gelmektedir. Bunun yanısıra, ekonomik yönden güçlü olanın aynı zamanda aydın bir biçimde düşünen olduğu da unutulmamalıdır. Kişiye irade özerkliğinden yararlanarak kendi hukukunu bizzat yaratmak görevini yükleyen liberal düşünce modeli, aslında gerçekte çoğu kez bağdaşmayan yetenekli ve aydın bir yurttaş örneğinden hareket etmektedir. Bu nedenle sözleşme serbestisi genellikle tecrübesizlerin ve temiz yüreklilerin hukuk kılıfı içinde sömürülmesi sonucunu doğurmaktadır. Öyleyse sözleşme adaleti salt güçlerin serbest hareketine bağlı olarak sallantıda kalmaz, bunun Devlet tarafından asgari bir düzeyde güvence altına alınması zorunludur.

Ne var ki, mahkemeler liberal hukuk anlayışına dayanan sözleşme serbestisine salt çok kuşkulu bir biçimde karışmaya ha-

zırdılar ve önceleri sadece çok ciddi olaylarda, genellikle şartların ekonomik yönden güçsüz ve tecrübesiz olan yararına «yorumu» ile yardım etmeyi deniyorlardı. Fakat bu durum söz konusu yorumlar ile şartları koyanlar arasında bir yarışmaya yol açıyor ve sonuçta şartlardan oluşan ağ giderek sık ve baskılı bir hâl alıyordu. Gerçi bir süredir Federal Almanya'da içeriğin resmen denetlenmesine başlanılmıştır ve bazı şartlar iyiniyet ölçüsüne göre değerlendirilmektedir (Alm. MK. § 242). Buna göre GİŞ'nin değişken sözleşme hukukundan ayrılabilmesi, ancak zorunlu maddi nedenlerin bunu haklı kılması halinde geçerlidir. Ne var ki, hukuki geçerliği salt somut uyumsuzlukla sınırlı olduğu için, bu içtihat hukuk yaşantısını etkileyememiştir.

Yasa yapıcı bugüne değin «bireysel hukuktan toplumsal hukuka» dönüşüm süreci içinde (Radbruch) geniş ölçüde değişken olan yasa hukukunu önceleri salt bazı sözleşme türlerinde buyurucu normlarla güçlendirmiştir, (örneğin taksitle satım işlemlerinde, sigorta sözleşmelerinde, hizmet sözleşmesinde, konut kirasında). Ayrıca tüketicinin korunması amacı ile GİŞ'na ilişkin resmi onaylar özel sigortalar ve konut tasarruf sandıkları, emlak bankaları ve yatırım ortaklıkları ve havayolu ile insan taşınması alanlarında öngörülmüştür. Fakat bunun dışında kalan konularda «bağımsız» ekonomik yaşantıya karışılmak istenilmemiştir.

Ne var ki, giderek artan bir biçimde, devletsel yasayapıcının «ekonomik yaşantının kendi kendine oluşan hukuku olarak» GİŞ karşısında kayıtsız kalmasının, özellikle nihai tüketicinin bu «yasayapıcısız yaşamaya» tâbi olduğu durumlarda, sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmayacağı düşüncesi güç kazandı. Zaman tüm sözleşme hukukunun ayrıntılı bir biçimde değiştirilmesi için elverişli görülmediğinden, önce ileride Alm. MK.'na işlenecek özel bir GİŞ yasası yapılması kararlaştırıldı.

## II. GİŞ Yasasının Oluşum Öyküsü

1972 sonlarında Federal Adalet Bakanlığı'nda tüketicinin genel işlem şartları karşısında korunması konusunda 16 bilim adamı ve uygulamacıdan oluşan bir çalışma grubu kuruldu. Bu

grup 1974 ve 1975 yıllarında maddi hukuka ilişkin kurallar ile yargılama hukukuna ilişkin çözümler getiren bir yasa tasarısı sundu (1). Ayrıca GİŞ sorunu 1974 yılında 50. Alman Hukukçular Günü'nde tartışıldı ve burada 328: 17: 27'lik bir oy çoğunluğu ile GİŞ hukukunun çalışma grubunun maddi hukuka ilişkin önerileri doğrultusunda yasal yönden getirilecek önlemlerle düzenlenmesi zorunluğu onaylandı (2). Bunun üzerine hazırlanan Hükümet Tasarısı çalışma grubunun maddi hukuka ilişkin düşüncelerini kabul etti, buna karşılık yargılama hukukuna ilişkin bölümünde salt bir asgari çözümü, yani birlik davasını öngördü (3). Federal Meclis ve Hükümet ayrıntıdaki bazı sorunlarda uzlaşamadıkları için yapılan ortak birleşimde kesin metin hazırlandı (4) ve bu, ekim ayının ilk yarısında genel işlem şartları hukukunun düzenlenmesine ilişkin yasa (GİŞ - Yasası) olarak kesin bir biçimde kararlaştırıldı (5). Girişimlere GİŞ'ni yeni hukuki duruma uyarlayabilmek için yeterli süre tanımak amacı ile, yasa ancak 1 Nisan 1977 tarihinde yürürlüğe girecektir (GİŞ - Yasası § 32).

### III. Yasanın Maddi ve Kişisel Geçerlik Alanı

Yasanın her iki ağırlık noktasına, yani maddi hukuka ve yargılama hukukuna ilişkin kurallarının ayrıntılı olarak incelenmesine geçmeden önce, geçerlik alanının önemli sayılabilecek maddi ve kişisel bazı sınırlandırmalarına kısaca değinmek istiyorum.

İş hukuku, miras, aile ve ortaklıklar hukuku alanındaki genel sözleşme kuralları maddi geçerlik alanından tümü ile ayırık tutulmuştur (§ 23, f. 1). İş hukukunun ayırık tutulmasının nede-

(1) Federal Adalet Bakanlığı (Yayınlayan): Tüketicinin Genel İşlem Şartları Karşısında Korunmasının Düzenlenmesi Konusunda Öneriler, Federal Adalet Bakanlığı'ndaki Çalışma Grubunun Birinci Raporu, Mart 1974, İkinci Raporu Mart 1975.

(2) Bkz. 50. Alman Hukukçular Gününe İlişkin Tartışmalar, 1974, Heinz Kötz'ün mütalaası ve P. Ulmer'in raporu.

(3) Federal Almanya Meclisi Yayını 7/3419.

(4) Federal Almanya Meclisi Yayını 7/5412, 5422, 5636.

(5) Alman Resmi Gazetesi I, 1976, s. 3317.

ni, burada zayıf olan sözleşme yanının zaten sıkı bir buyurucu kurallar ağı ve kollektif hukuki anlaşma sistemi tarafından korunmuş bulunmasıdır. Miras hukuku, aile hukuku ve ortaklıklar hukukunun ayırık tutulmasının nedeni ise, GİŞ - Yasasının kurallarının borçlar hukukuna ilişkin değişim sözleşmeleri için elverişli olmamasıdır. Bu alanların dışında önceden formüle edilen şartların içeriğinin somut olayda bugüne değin geçerli olan ve Alm. MK. § 242'de yer alan iyiniyet ölçüsüne göre denetlenmesi yasaklanmamıştır. Ayrıca, koşulları kamu hukuku niteliği taşıdıkları ve kavramsal açıdan GİŞ oluşturmadıkları için küçük tüketicilerle elektrik, gaz, su ve ısı nakli konusunda yapılan sözleşmeler ayırık tutulmuşlardır. Ne var ki, burada Federal Ekonomi Bakanı, bu tür koşulların da bu yasanın maddi hukuka ilişkin kurallarına uymasını güven altına alabilmek için, Tüzükler çıkarmaya yetkili kılınmıştır (§§ 26, 27).

Yasanın geçerlik alanından yapılan bu genel nitelikteki ayırımın yanısıra, Devlet tarafından onaylanan ya da denetlenen bazı sözleşme türleri, somut bazı koruyucu hükümler açısından ayırık tutulmuşlardır. Bunlar özellikle demiryolu ve diğer araçlarla taşıma koşulları, sigorta ortaklıklarının, yapı tasarruf sandıklarının ve yatırım ortaklıklarının koşulları, Devlet tarafından onaylanan piyango ya da oyun sözleşmeleri, yapı işleri ihaleleri ve ihtira hukukuna ilişkin lisanslardır (§ 23, f. 2, 3).

Yasanın kişisel geçerlik alanından, belirli kuralların kuvvetlendirilmiş korunmasını gerektirmeyen iki grup, yani tacirler ve Devlet ayırık tutulmuştur (§ 24). Tacirlerle ticari işlemleri çerçevesinde ya da Devletle yapılan sözleşmelerde, GİŞ'nin geçerliliği, somut sözleşmede GİŞ'nin kullanılmasının ağırlaştırılmış koşullarına bağlı kılınmamıştır. Burada da yasanın yasaklanmış şartları ayrıntılı bir biçimde sayan hükmü değil, aksine yerinde-sizlik nedeniyle GİŞ'nin yokluğunu öngören genel kural geçerlidir. Bu ölçünün uygulanması gerçi yasanın açık düzenlemesine göre burada da yasanın özel olarak saydığı somut bazı şartların yokluğu sonucunu doğurabilir ve o zaman yasanın yargılama hukukuna ilişkin kuralları uygulama alanı bulur. Fakat bu kişiler çerçevesinde her zaman özel olarak ticari yaşantıdaki teamül ile örf ve âdetin de gözönüne alınması zorunludur.

## IV. Yasanın Maddi Hukuka İlişkin Kuralları

Böylece Yasanın maddi hukuka ilişkin kurallarına gelmiş bulunuyoruz. Bunlar yargısal inançların bugüne değin GİŞ'nin değerlendirilmesinde izledikleri yolu doğrulamakta ve salt bazı noktalarda bunun dışına taşmaktadırlar.

§ 1 genel işlem şartları kavramının yasal bir tanımını içermektedir. Buna göre GİŞ, bir sözleşme yanının diğer sözleşme yanına, bir sözleşmenin yapılması sırasında sunduğu ve birçok sözleşme için önceden formüle edilen sözleşme koşullarının tümüdür. Yasa bilinçli bir biçimde yargısal inançlar tarafından geliştirilen ve koşulların *belirsiz* sayıdaki sözleşmeler açısından konulmuş bulunmasını öngören zorunluktan vazgeçmiştir (6). Çünkü sözleşme yanının, bunlar önceden belirli sayıda satım ya da kira konuları hakkında öngörülmüş bulunsalar bile, satım ya da kira sözleşmelerine karşı korunması gereklidir. Öyleyse, koşulların birden fazla sözleşme için konulmuş olması yeterlidir. Ayrıca koşulların gerçekte birden fazla olaya uygulanmış bulunması gerekli değildir. Bunun gibi şartları kimin koyduğu ve sözleşme ilişkisine kimin dahil ettiği de önem taşımamaktadır. Bunlar üçüncü bir kişi tarafından (örneğin bir birlik tarafından ya da formüler kitaplarında) tavsiye edilseler ve birden fazla olay için düşünülmüş bulunsalar bile, kullanılmaları GİŞ - Yasasına tâbi olacaktır.

Yasal tanımın kapsamını daha da aydınlatabilmek amacı ile yasa, açıkca formüler sözleşmelerinin de, yani özel olmayıp sözleşme belgesine bizzat alınan önceden formüle edilen koşulların GİŞ'na tâbi olduğunu açıklamaktadır. Ayrıca şartların kapsamı ve kaleme alınış biçimi önem taşımamaktadır. Öyleyse sözleşme belgesine yazı makinesi ile ya da elle yazılan somut şartlar da buna tâbi olacaktır. Bunun gibi belgenin biçimi de önemli değildir, bizzat noterce yapılan sözleşmeler de bunun kapsamına girerler.

(6) Alman Federal Mahkemesi Özel Hukuk Bölümü Kararı (BGHZ) 33, 216, 218.

GİŞ'nin yürürlük nedeni sorununda yasa egemen olan görüşle birlikte, GİŞ'nin hukuk normu olmadığından ve bu nedenle geçerlikleri için her iki sözleşme yanının birbirine uyan iradeleri ile bireysel sözleşmenin içine dahil edilmesi gerektiğinden hareket etmektedir. Yargısal inançlar dahil etme konusunda, müşteri bunun varlığını bilmek zorunda idiyse, GİŞ'nin anlaşma olmaksızın da sözleşme içeriği düzeyine çıkarılmasını öngördüğü için, yasada geçerlik koşulları biraz yükseltilmiştir (§ 2, f. 1).

Bundan böyle GİŞ'ni kullanan bir kişi sözleşmenin yapılması sırasında açıkca bunlara yollama yapmak zorunluğundadır. Bu sözlü ya da yazılı olabilir, örneğin bir sipariş belgesi üzerine basılabilir. Sadece açık bir yollama sözleşmenin yapılmasının türü nedeniyle salt aşırı güçlükler altında olanaklı ise, açık bir yollamanın yerine sözleşmenin yapıldığı yerde görülebilen bir yere asılması yeterli sayılacaktır. Bu GİŞ'nin olağan olarak beklenildiği ve açık bir yollamanın uygulamada kesinlikle olanaksız bulunduğu, örneğin taşıma sözleşmelerinde, park yeri, gardrop kullanılmalarında ya da banka işlemlerinde söz konusudur. Buna karşılık GİŞ'nin kullanılması konusundaki bir teamül tek başına uygulama nedeni olarak kabul edilemez.

Bunun dışında kullanan salt kendi GİŞ'na yollamakla yetinemez, o ayrıca diğer sözleşme yanına bunun içeriğini gereken biçimde öğrenme olanağını da sağlamakla yükümlüdür. Buna söz konusu şartların zahmetsizce okunabilmesi de dahildir. GİŞ'nin geçerli bir biçimde kullanılabilmesinin koşulu, hiç kuşkusuz diğer sözleşme yanının da bunun yürürlüğünü daima kabul etmesidir.

Sürekli iş ilişkilerinin varlığı durumunda sözleşme yanları, GİŞ'ni bir çerçeve anlaşma ile kendiliğinden ve sonraki münferit sözleşmelerde her defa anmaksızın kullanabilirler (§ 2, f. 2). Ne var ki, GİŞ'na «o zaman yürürlükte oldukları biçime» yollama yapılarak, çerçeve anlaşmalarının sonradan değiştirilmesi önceden sözleşmesel açıdan kararlaştırılmaz.

GİŞ'nin somut bir sözleşmede kullanılmasına ilişkin koşullar yerine getirilmiş bulunsa bile, bunlar duruma, özellikle sözleşmenin dış görünümüne göre sözleşme yanının bunu gözönüne alması gerekmeyeceği bir biçimde alışılmamış iseler, sözleşmenin bir



ögesi haline gelmezler (§ 3). Öyleyse koşullar duruma göre sözleşmenin yapılması sırasında beklenilebilir olanın sınırları içinde kalmalıdır. Sözleşmenin konusu yönünden gözönüne alınması gerekmeyen münferit yan yükümler ya da hukuki işlemlerin GİŞ'na saklanması olanaksızdır. Bu, örneğin satılan eşyanın korunmasına ilişkin sürekli bir yükümlün yüklenmesini yasaklar.

Bireysel bir sözleşme GİŞ'nin içeriğine aykırı düşüyorsa, o zaman bireysel anlaşma öncelik taşır (§ 4). Sözleşme koşulları yanlar arasında tek tek ele alınmışsa, önceden formüle edilmiş şartlar kullanılsa bile, sözleşmenin temelinde bu yasa anlamında genel işlem şartları bulunmaz (§ 1, f. 2). Belirli şartların salt anılması ise, bunları bireysel anlaşma düzeyine çıkarmak açısından yeterli değildir. Bu nedenle yargısal inançlar somut olayda, bir sözleşme yanının diğer sözleşen tarafından önceden formüle edilmiş şartların kullanılmasına karşın, bireysel anlaşmadan sözedilecek kadar anlaşmaya etki yapıp yapmadığı konusunda karar vermek zorunluğunda kalacaktır.

Bir koşulun içeriği açıkça saptanılamıyorsa, müşteri GİŞ'nin kapsam yönünden biçimlendirilmesine etki yapmadığı için; bu yorum sırasında GİŞ'ni kullanan aleyhine kabul edilecektir (§ 5).

GİŞ'ni kullanan bunları bireysel sözleşmeye etkili bir biçimde dahil etmemişse ya da münferit şartlar yoklukla mâlul bulunuyorsa, o zaman tüm sözleşmenin tartışılması sözleşme yanının yararına değildir. Yasa (§ 6) bu nedenle Alm. MK. § 139'un aksine sözleşmenin geçerliğini korumasını kabul etmiştir. Böylece düzenleme boşlukları ortaya çıkabilir. Bu durumda sözleşmenin içeriği yasal hükümlere göre değerlendirilmek gerekir. Bu tür hükümlerin yokluğunda Alm. MK. § 157 sözleşmenin tamamlayıcı bir biçimde yorumlanmasını olanaklı kılmaktadır. Koşulların kaldırılması ile edim ve karşı edim ilişkisi, sözleşmenin varlığını sürdürmesinin bir sözleşme yanı açısından beklenilmeyen bir güçlük oluşturacak biçimde çekilmez oluyorsa, o zaman tüm sözleşme geçersizdir.

GİŞ'ni kullanan sözleşme içeriğinin biçimlendirilmesinde sözleşme serbestisini kural olarak salt kendi açısından kullandığı ve diğer sözleşme bölümünü salt sözleşme özgürlüğü ile sınırlan-

dırdığı için, GİŞ aracılığı ile değişken hukukun kurallarından ayrıldığı ya da bunların tamamlandığı durumlarda, bu çıkarların haksız bir biçimde zarara uğratılmamasına dikkat edilmelidir. (§ 8). Yasa belirli tipik şartları daima ya da somut olaydaki adaletsizlik halinde geçersiz sayarak, adaletli bir çıkarlar dengesi sağlamaya çalışmaktadır. Her kazuistik düzenleme boşluklu ve eksik bulunmak zorunda olduğu için, yasa genel bir şartı öngörmektedir. Bu da bugüne kadarki yargısal inançların yeknesaklaştırılmasını ve ortaya konulmasını oluşturmaktadır. Buna göre GİŞ'ndeki kurallar iyiniyete aykırı olarak kullananın sözleşme yanını zarara uğratiyorlarsa, geçersizdirler (§ 9, f. 1). Uygunluğun değerlendirilmesi somut olayın koşullarının gözönüne alınmasını zorunlu kılar ve burada GİŞ düzenlemesi ile değiştirilmek istenen yasa hukukunun hakkaniyet değerleri yerine getirilmez. Bu arada GİŞ'ni kullanan karşılığın tutarını uygun GİŞ'na dayanarak hesaplamak zorunda olduğu için, özellikle düşük bir fiyata dayanılması gözönüne alınmayacaktır. Yasa uygunluk biçimindeki güvensiz ölçünün kullanılmasını iki ölçüt saptıyarak kolaylaştırmaktadır (§ 9, f. 2). Herşeyden önce, GİŞ düzenlemesi ayrılmak istediği yasal düzenlemenin önemli ilkelerine aykırı düşüyorsa, uygunsuzluk vardır. Bundan başka, sözleşmeden doğan önemli haklar ve yükümler amaca ulaşmayı tehlikeye düşürecek bir biçimde sınırlandırılıyorsa, uygunsuzluk vardır.

Münferit şart türlerinin kazuistik açıdan incelenmesi halinde yasa, GİŞ'na tâbi olanlar yönünden taşıdığı tehlike nedeniyle daima ve başkaca bir denetlemeye gerek olmaksızın geçerli sayılacak ve daima geçersiz sayılmamakla birlikte ulaşılmak istenen «uygun çıkarlar dengesi» nin korunup korunmadığı açısından somut olayda denetlenecek koşulları birbirinden ayırdetmektedir. Böylece yasa değerlendirme serbestisi alanı bulunan ve bundan yoksun şart yasağı ayırımını yapmaktadır (§ 1).

Değerlendirme serbestisi alanı bulunan şart yasaklarında (§ 10) tıpkı genel koşullarda olduğu gibi «uygunsuz», «oransız» ve «beklenilmeyen» gibi bir dizi belirsiz hukuki kavram ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle bu kuralların düzenleme değeri genel koşullarıninkinden önemli ölçüde ayrılmamaktadır. Bunun yararı kendisini genel koşulların tipik ve önemli uygulama alanlarının belirlenmesinde göstermektedir. Bunlar bir uygunluk denetimi-

nin sözkonusu olduğu tehlikeli münferit koşula yollama yapmaktadırlar.

Değerlendirme serbestisi alanı bulunmayan şart yasaklarında ise durum başkadır (§ 11), çünkü burada uygunsuzluk yasal değerlendirme uyarınca genel olarak ve somut olayda inceleme yapılmaksızın kabul edilmek zorunluğundadır. Burada bir çok alt tür ile birlikte 16 münferit koşul sözkonusudur. Bunlar Federal Adalet Bakanlığı'ndaki çalışma grubu tarafından bugüne kadarki hukuki olgu verilerine dayanılarak saptanılmışlardır. Günümüzdeki Alman sözleşmeler hukukunun yasal düzenlenmesi ile ilgili oldukları için, bunları burada teker teker incelemiyor, salt üç örneği anmakla yetiniyorum: GİŞ'da yer alan sözleşme cezası taahhüdü, ağır kusurdan doğan sorumluluğun kaldırılması ve yasal garanti sürelerinin kısaltılması. Şart yasaklarını kaleme alış biçimleri ile dolanma çabası, yasanın dolanma yasağını açıkça anması nedeniyle (§ 7) başarısız kalacaktır.

## V. Tasanın Yargılama Hukukuna İlişkin Hükümleri

Maddi hukuka ilişkin hükümler genellikle salt yürürlükte olan yargısal inançları doğruladıkları için, yasanın yargılama hukukuna ilişkin bölümünde GİŞ'nin sınırlarının uygulamada daha iyi bir biçimde saptanılması önem kazanıyordu. Ne var ki, yasayapıcı bu noktada uzun süreden beri tartışılan çözüm modelleri arasından en az olanaklı bulunanı seçmek ve bunu henüz yasama çalışmaları sırasında geniş ölçüde anlamsız kılmakla başarısız olmuştur. Tek başına ya da birleştirilerek önerilen denetim usulü modelleri arasından şunlar anılabilir :

(1) İdari merciler tarafından yapılacak ihtiyati denetim. Bu da değişik biçimlerde gerçekleştirilebilir, örneğin,

- a) Genel bir onaylama yükümü ile (en güçlü araç),
- b) İhtiyari bir onaylama ile (bunlara sonraki bir denetime oranla ayrıcalık tanınsa bile zayıf bir araçtır), ya da,
- c) GİŞ'nin tescili çerçevesinde ağır bir denetim ile (tescil etme yükümü ile sonraki denetim kolaylaştırılmakta ve tescil

nedeniyle şartlar belirli, kesinlikle geçersiz şartlar açısından denetlenmektedir).

(2) Yargılama yöntemi ile sonradan yapılacak denetim, yani,

a) Kaçınma davaları yolu ile (tüketici birlikleri, ekonomik birlikler ya da bir tüketici vekili aracılığı ile) ya da,

b) Sonraki gözetleme yöntemi yolu ile (soyut yargısal, belki de idari, vicahi denetim usulü ile soyut bir norm denetimi türü olarak; Federal Adalet Bakanlığı'ndaki çalışma grubunun önerisi böyleydi) ve,

c) Lâyiha sunulması yöntemi ile.

(3) GİŞ'nin ortaklaşa düzenlenmesi ya,

a) Ortak anlaşmalar yolu ile (tıpkı bir toplu iş sözleşmesinde olduğu gibi girişimci ile tüketici birlikleri arasında yapılacak toplu hukuka ilişkin bir sözleşme ile) ya da,

b) Örnek şartların yapılması ile (örnekleri hukuki yönden ayrıcalıklı ve özellikle genel olarak bağlayıcı sayılan ve eşit açıdan işgal edilen kurullar tarafından).

(4) Bir tüketici vekilinin atanması ile (karar verme yetkisine sahip bir merci ya da «toplumsal vekil» olarak).

Yasayapıcı medeni hukuka ilişkin sözleşme serbestisi ilkesinin ve Federal Alman ekonomi düzeninin resmi merciler tarafından yapılacak bir yönetime katlanamayacağı noktasından hareket etmiş ve bu nedenle Alman haksız rekabet hukukunda olduğu üzere, birlikler tarafından açılacak bir kaçınma davasında karar kılmıştır. Somut olarak çözümü şöyle açıklanabilir :

Maddi hukuk yönünden geçersiz kuralları içeren GİŞ'ni kullananlar kaçınmaya davet edilebilirler (§ 13, f. 1). Bu tür koşulları hukuki işlemler için tavsiye edenler (birlik tavsiyeleri, formler kitapları) geri almaya davet edilebilirler (tekzip). Dava açma yetkisi hak ehliyetine sahip tüketici birliklerine ve ekonomik birliklere tanınmıştır (§ 13, f. 2). İlgili münferit müşteriler ise, bireysel yargılamada geçersizliği ileri sürmek olanağına sahiptirler. GİŞ tacirlere karşı kullanılmış ya da tacirler arasında

kullanılması tavsiye edilmiş bulunuyorsa, tüketici birliklerinin dava hakkı düşer (§ 13, f. 3). Bunun dışında birliklerin istemleri söz konusu GİŞ'ni öğrenmelerinden başlayarak iki yıl ve herhalde en geç kullanma ya da tavsiyeden itibaren dört yıl geçmesi ile zamanaşımına uğrar (§ 13, f. 4).

Birlik davaları konusunda Eyalet Mahkemeleri yetkilidir (ayrıntı için bkz. § 14). Yargılama kuralı olarak Usul Yasası hükümlerine göre yapılır (§ 15). Sadece az sayıda özel zorunluklar getirilmiştir. İstek üzerine davacıya da bir kamuya açıklama yetkisi verilebilir (§ 18). Davanın açılması, kesinlik kazanmış yargılar ve sair dava sonuçlanmaları mahkeme tarafından bu konuda bir sicil tutan Federal Kartel Dairesi'ne bildirilmelidir. Yazımların içeriği konusunda dileyen her kişiye bilgi verilir (§ 20). Böylece hem mahkemelerin hem de hukuki ilişkilere katılanların tümünün, yani dava açmaya yetkili birliklerin, GİŞ'ni kullananların ve müşterilerin çıkarları gözönüne alınmış olmaktadır. Kesinlik kazanmış yargılara aykırı davranılması durumunda müşteri kullanana karşı açacağı bir bireysel dava ile kaçınmayı isteyebilir. O zaman GİŞ'nin geçerliğinin yeniden denetlenmesi söz konusu olmaz (§ 21). Birlik davalarında müddeabih 500.000 DM. ile sınırlandırılmıştır (§ 22). Ne var ki, tüketici birliklerinin parasal yönden güçsüzlüğünü bilenler, burada yasa-yapıcının yargılama hukukuna ilişkin ve etkili bir tüketici korumasını sağlayan aracı getirmeye hazır olmadığını görecektir. Fakat, bu durumla yetinmemiz için bir neden yoktur. Bu ilk adımdan sonra hemen ikinciye girişmek ve tüm sözleşme hukukumuzun geleceğin toplumsal devletinin gereklerine uyup uymadığını denetlememiz gerekmektedir.