

## I – GİRİŞ

Günümüzde sözleşme yapmak eski günlere oranla çok daha sık kullanılan bir yöntem haline gelmiştir. Bu durum sadece tacirler arasında değil sade bir vatandaşın alışverişinde dahi fazlasıyla görülmektedir. Örneğin; herhangi bir havayolu firmasından uçak bileti almak, bir araç kiralama firmasından araç kiralamak ya da bir fidan-peyzaj bahçesinden birkaç fide almak istediğimizde hemen sözleşme imzalarız. Ancak bu durum ne yazık ki burada yazıldığı kadar basit ve kolay olmamaktadır, zira özellikle de tüketen, hizmet alan tarafında olan tüketiciler, söz konusu sözleşmeyi bir nevi imzalamak zorunda kalmaktadırlar. İhtiyaçları olan hizmeti almak için buna katlanmaktadırlar. Bu sözleşmeler farklı farklı çeşitlerde karşımıza çıkabilirler. Bazen biletimizin arkasında saklı olan bu sözleşme bazen ek bir matbuat olarak da görünebilir. Bu sözleşme ve içeriğindeki hükümler kurulan ya da kurulmak üzere olan sözleşmenin ifasının nasıl olacağını, ifası esnasında ya da sonradan ortaya çıkabilecek bir problemin nasıl çözümleneceğini içerirler. Genellikle söz konusu sözleşmelerin içeriği bu faydalı hükümler ile sınırlı kalmamakta ve hizmet sağlayan tarafın neredeyse bütün sorumluluklarını silip süpüren bir anlayış içermektedir. Örneğin; herhangi bir problemde iddia külfetini baştan karşı tüketici tarafa yükleyen, yetkili mahkemeleri tayin eden, sözleşmede yapılacak her türlü değişikliği baştan kabul ettiren hatta sözleşmenin sona erme hakkını kendine tanıyan hükümler içerebilmektedir. Sözleşmelerin bu hükümlerine hukuk sistemleri GENEL İŞLEM ŞARTLARI adını vermiştir. Biz de bu çalışmamızda GENEL İŞLEM ŞARTLARI'nın ne olduğunu, hangi koşullarda oluşabileceğini ve niteliklerini ele almaya çalışacağız.

## II - GENEL İŞLEM ŞARTLARI

### 1- GENEL İŞLEM ŞARTLARI KAVRAMI – TANIMI

Konumuz ile ilgili herhangi bir kavram açıklamasını ya da tanımını mevcut Borçlar Kanunumuzda bulamamaktayız. Zira ne kanunun hazırlandığı dönemde İsviçre'de ne de ülkemizde kabul edildiği süreçlerde böyle bir sorun gündemde değildi. Ancak birkaç kanundaki bir kısım hükümleri yorumlama yolu ile konu ile ilişkilendirebiliriz. TTK'nın 766. maddesi ve 1266. Maddesinin 2. fıkrası bu konuda ilk olarak gösterebileceğimiz örneklerdendir. TTK'nın haricinde sınırlı da olsa uygulama alanı oluşturan bir başka örnek, Sermaye Piyasası Kurulu'nun Seri V, No. 19, Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in (Seri V, No:38) 1. Maddesinde yer alan, ve müşteriler ile aracı kuruluşlar arasında yapılacak çerçeve sözleşmede “.....müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici ve aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayan hükümlere..... yer verilemez” hükmüdür. Mevcut Borçlar Kanunumuzda konu ile ilgili hüküm olmamasına rağmen TKHK içerisinde şu an yer almaktadır. Bunun yanında Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın da konu ile ilgili hazırladığı 13 Haziran 2003 tarihli bir yönetmelik de mevcuttur. Henüz yasalasmamış olsa da Borçlar Kanunu tasarısında da Genel İşlem Şartları yer bulabilmiştir. Bunların haricinde doktrinde Ahmet M. Kılıçoğlu HUMK m. 19/2' yi bu örneklere dâhil etmiştir. Hukukumuzda görüldüğü üzere genel işlem şartlarına karşı genel bir koruma getiren yasal düzenleme henüz tam olarak hazırlanabilmiş değildir. Fakat yukarıda sayılan hükümler ve ileride değineceğimiz ilkeler ışığında genel işlem şartlarında yer alan hükümlerin geçersizliğinin kabulüne hem öğretide hem de bazı yargı kararlarında rastlanmaktadır. Çalışmamızın genelinde ülkemizdeki bu mevzuatı kaynak olarak aldığımız gibi mevzuatımıza ilham olan uluslar arası ve bazı yabancı ülkelerdeki mevzuatları da göz ardı etmeden açıklamalarda bulunacağız.

Genel İşlem Şartlarının öncelikle karşılaştırmalı hukuktaki durumuna bakmamız gerekirse;

#### a- Karşılaştırmalı Hukukta

Avrupa ülkelerinin neredeyse tümünde ülkemize örnek teşkil edebilecek düzenlemeler mevcuttur. Bunun ana nedeni de Avrupa Birliği'nin 1993 yılında “Tüketici Sözleşmelerindeki Kötüye Kullanılabilir Hükümler Hakkında Yönerge”yi kabul etmiş ve yayınlamış olmasıdır. Bunun üzerine de AB'ye üye devletler söz konusu düzenlemeyi iç hukuklarına monte etmişlerdir. Elbette bundan önce de düzenlemeler yapılmıştır.

Örneğin Almanya GİŞ ile ilgili ilk yasasını 1976 yılında hazırlamış ve 1977 yılında kabul etmiştir. Daha sonra ise 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren yeni Alman Medeni Kanunu içerisinde 305 ile 310. Paragraflar arasında GİŞ yine yer bulmuştur. Genel işlem şartları konusunda Portekiz'de de 22.2.1986 tarihinde özel bir yasa kabul edilmiştir. Alman hukukunda olduğu gibi, Portekiz'de de genel işlem şartları probleminin yasadaki kapsamlı bir şekilde ele alındığı görülmektedir. Büyük ölçüde Alman yasasına benzerlik gösteren Portekiz yasasının kişi bakımından uygulama alanına tüketicilerin girdiği gibi belli şartlar altında bu sıfatı taşımayan müşteriler de girmektedir.

Avusturya, Yunanistan, Lüksemburg, İtalya, Danimarka ve İsveç de AB yönergesinden önce GİŞ hususunda düzenlemeleri bulunan bazı devletlerdir.

AB yönergesine bakacak olursak ki yukarıda da geçtiği gibi, yönergenin metni "kötüye kullanılabilir şartlar" olarak çevrilmiştir. Yönergenin 3. Maddesinin ilk fıkrası bize kavram olarak bir fikir vermektedir. Madde 3: Bireysel olarak müzakere edilmeyen bir sözleşme şartı, dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde, tüketici aleyhine, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerin dağılımında önemli ve haksız bir oransızlık yaratması halinde, kötüye kullanılabilir şart olarak nitelendirilir.

Bu madde fıkrası ile birlikte toplam 11 maddeden oluşan yönerge konu ile ilgili etkin bir sistem getirmiştir. Buna göre; sözleşmenin tek taraflı feshine dair hükümler, sözleşmeye mecbur kalmış tarafın haklarını kısıtlayan hükümler, sözleşmeyi hazırlayan tarafın sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirmesine imkân veren yorum gerektirdiğinde hazırlayan lehine yorum yapılmasını öngören hükümler, karşılıklı onay alınmadan sözleşmenin devrine ilişkin hükümler, tüketicinin dava hakkını ve ispat yollarını kısıtlayan hükümler gibi sözleşmeyi hazırlayan tarafın lehine, tüketicinin aleyhine olan hükümler geçersiz olacaktır.

Geçersiz sayılan hükümlerden sonra da sözleşmeyi yapan tarafın sarılabileceği savunmalardan birine de ket vurulmuş ve sözleşmeyi hazırlayanın yasaklardan birine takıldığı için geçersiz sayılan hükümler olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmayacağını ileri sürerek sözleşmenin diğer hükümleri ile bağlı kalmaktan kurtulma imkânı da ortadan kaldırılmıştır.

b- Türk Hukukunda

Genel işlem şartları denildiğinde genellikle; tek taraflı olarak düzenlenen, genel ve soyut nitelik arz eden, 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.

Genel İşlem şartları kural olarak bir sözleşmenin içeriğini düzenlemek üzere hazırlanırlar ve faaliyet tek taraflı olarak sözleşmenin kurulmasından önce gerçekleşir. Amaç, birden çok sözleşme ilişkisinde kullanılacak şartlar saptamak ve bunları karşı tarafın müdahalesine imkan tanımadan bir bütün olarak sözleşmeye dâhil etmektir. Bu şartların nasıl hazırlandığı, kağıda dökülüp dökülmediği, yazı türü, metnin sözleşme metnine dâhil olup olmadığı gibi hususlar GİŞ nitelendirmesi açısından önem taşımaz. Zira genel işlem şartları nitelendirmesi bazı objektif unsurların varlığına bağlıdır. Tarafların sıfatı bu noktada dikkate alınmaz. Buna karşılık GİŞ'in denetlenip denetlenmeyeceği farklı bir sorundur ve tarafların hangi kimlikle işleme katıldıkları bu değerlendirmede önem taşıyabilir.

Bir sözleşme kaydı veya koşulunun GİŞ bağlamında haksız olup olmadığını belirlemede en önemli nokta, o kayıt veya koşulu taraflardan birinin önceden tek başına hazırladığı sözleşme içeriğine dâhil etmesi, diğer sözleşen tarafın (karşı âkidin), önceden belirlenmiş içerik üzerinde herhangi bir etki ya da katkı yapmamasıdır. Tarafların aralarında serbestçe görüşerek bir anlaşmaya vardıkları her bir münferit durumda ortada bir GİŞ ile ilgili herhangi bir ciddi sorun ile karşılaşılmaz. Bu bağlamda, GİŞ kavramını şu şekilde tanımlama olanağı vardır: GİŞ, taraflardan birinin, ileride kurulacak bir sözleşmeye dâhil edilmek üzere, henüz daha sözleşme kurulmadan önceki aşamada, sözleşme içeriğini tek başına belirleyip ve bunu bir düzenlemeye bağladıktan sonra bu içerik üzerine hiçbir etkisi olmayan diğer tarafa (sözleşene, karşı âkide) sunduğu kayıt ve koşullardır.

Öğretide kabul görmüş bu tanımın haricinde mevzuatımızda GİŞ'in nasıl tanımlandığına da bakmamız gerekirse; 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile son halini alan TKHK'nın 6. Maddesinin ilk fıkrası Sözleşmedeki Haksız Şartlar başlığı ile GİŞ'i tanımlamıştır.

Buna göre;

"Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır."

Sanayi ve Ticaret Bakanlığının Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliği'nin 4. Maddesinin d bendinde de bir tanımlama mevcuttur.

“Haksız Şart: Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliği neden olan sözleşme koşullarıdır.”

Yönetmelikte ve TKHK içerisinde kendine yer bulan GİŞ, 818 sayılı mevcut Borçlar Kanunumuzda yer bulamamıştır. Ancak hazırlanan Borçlar Kanunu tasarısında 20-25 maddelerinde yer bulmuştur.

Tasarının 20. Maddesinin ilk fıkrasında genel işlem şartları tanımlanmıştır. Buna göre;

“Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.”

Mevzuatımızdaki mevcut tanımlamaları ve yönergedeki tanımı karşılaştırdığımızda genel manada benzer olmakla beraber bazı farklılıkların da olduğu görülmektedir. Bunlardan en dikkat çeken yönergedeki tanımda dürüstlük kuralı olarak kullanılan tabirin bizim mevzuatımızda iyi niyet kuralı olarak görünmesidir. Bir diğeri de yönergede tüketici aleyhine oluşacak bir oransızlıktan bahsederken bizde dengesizlik tabirinin kullanılmasıdır. Elbette ki kullanılan tabirlerin uyum ve fonetiğinin yanında içerik olarak da eksikler ve yanlışlar söz konusudur. Şöyle ki; mevzuatımızdaki tanımlardan anlaşılabilir; sözleşmenin tarafları arasındaki her türlü dengesizliğin mevcut olduğu hükümler genel işlem şartlarının koşullarını oluşturabileceğidir. Hâlbuki AB yönergesindeki tanımdan anlaşılabilir ve bizce de doğru olan dengesizliğin (oransızlığın) önemli ve haksız olması halinde genel işlem şartları koşullarının olabileceğidir. Aksi halde her dengesizlik durumunda denetim ihtiyacı hissedilecektir. Yapılan her sözleşme için de tam bir denge aranması neredeyse imkânsızdır. Bu aynı zamanda tarafların bütün iradelerini hiçe saymak manasındadır. Bunun haricinde yukarıda da bahsi geçen iyi niyet – dürüstlük kuralı farkı vardır. Yönetmeliğimizin 2. Maddesine yani kapsam başlıklı maddeye baktığımızda dürüstlük kuralı tabiri de kullanılmıştır. Bu durum da bir çelişki oluşturmuştur. Konumuzun yapısına uygun düşen ilke bize göre de dürüstlük kuralı olmalıdır.

Sonuç itibarıyla kendi tanımımızı yapmamız gerekirse; “Tek taraflı olarak çok sayıda sözleşme için önceden düzenlenen, genel ve soyut nitelik arz eden, taraflarca müzakere edilmeden taraflardan biri tarafından sözleşmeye dâhil edilmek istenen ve dürüstlük kuralı gereği tüketici aleyhine önemli bir oransızlığa neden olabilecek sözleşme şartlarına genel işlem şartları, denir.”

## 2- BİREYSEL VE KİTLESEL SÖZLEŞME AYRIMI

### a- Genel Olarak

Borçlar Kanunumuza göre sözleşme, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile oluşur. (BK. mad. 1) Taraflar, iradeleri uyuşuncaya kadar görüşme ve tartışma olanağına sahiptirler. İcaba davet, icap, karşı icap ve kabul gibi işlemler, bunun kanıtıdır.

Tarafların sözleşmenin her yönü üzerinde söz hakkına sahip olduğu bireysel sözleşme modeli, hep uygulanabilir gelmiştir. Bu sözleşme çeşidinin adaletli olduğu, çünkü tarafların eşit biçimde karşı karşıya geldikleri düşüncesi, yakın dönemdeki gelişmeler karşısında etkisini yitirmeye başlamıştır.

1789 Fransız Devriminden sonra sözleşme kurumu bireyin düşünce ve irade özgürlüğü zincirini kırmak zorunda kalmıştır. Ekonomide, siyasette, sanayide, sosyal hayatta yaşanan gelişmeler bazı değişiklikleri de beraberinde getirmiştir. Özellikle nüfus artışı, göç yollarının açılması ve daha fazla şehirleşme daha geniş topluluklara yönelik hizmetleri, üretimleri mecbur kılmıştır. Kısacası önceden on kişiye verilen hizmetin aynı süre içerisinde yüz kişiye verilmesi gerekmiştir. Böyle olunca da daha akılcı ve pratik yöntemler arayışı içine girilmiş ve sözleşmeler tek tipleştirilmiştir. Hukukun da biz bireyler gibi canlı olduğunu bizlerle beraber yaşadığını hukuk fakültesine giren her öğrenci öğrenmiştir. Bu durum bunun en güzel örneklerinden biridir. Hayatımızda yaşanan gelişmeler yeni gereksinimleri doğurmuştur. Bu gereksinimler de yeni sözleşme modellerini beraberinde oluşturmuştur. Bu yeni modellerin kullanılmaya başlanmasıyla da bireysel sözleşmenin yapı taşlarını oluşturan sözleşme özgürlüğü ve eşitlik ilkeleri önemlerini yitirmişlerdir. Bu özgürlük ve eşitlikten uzak yeni sözleşme modellerinden biri de kitlesel sözleşme modelidir.

Bireysel sözleşme modeline baktığımızda aslında borçlar hukukunun temelini oluşturduğunu görebiliriz. Bireysel sözleşme denilince; öneri, karşı öneri ve kabul gibi en sonunda irade açıklamalarının uygunluğu ve uyuşması sağlanıncaya kadar, sözleşmenin her hükmünün tartışma ve pazarlık konusu yapıldığı sözleşmeler anlaşılır. Ancak, yukarıda da değinildiği üzere çağımızın sosyal ve ekonomik gelişimleri,

kitlere yönelik hizmet gereksinimlerini oluşturmuş ve bunlar için üretim zorunluluğunu doğurmuştur. Buna bağlı olarak bireysel sözleşme modeli yanında yeni bir sözleşme modeli olarak kitlesel (standart) sözleşme modeli ortaya çıkmıştır. Bankalar, sigorta şirketleri, seyahat işletmeleri gibi girişimciler, bireysel sözleşmenin kurulmasından önce soyut ve tek yanlı olarak kaleme alınmış sözleşme şartları hazırlamakta, bunlarla gelecekte kurulacak belirsiz sayıda, ancak aynı şekil ve tipteki hukuki işlemleri düzenlemektedirler. Hazırlanan bu tip sözleşmelere de kitlesel sözleşme modeli denilmektedir.

#### b- Kitlesel Sözleşmenin Tüketici ve Müteşebbise Etkileri

GİŞ'in piyasa şartları içinde bir ekonomik hizmetinin veya fonksiyonunun olduğu göz ardı edilmemelidir. GİŞ'in fonksiyonlarını özellikle de girişimci müteşebbislerin lehine tesir eden bu fonksiyonlarını birer kelime ile ifade etmek gerekirse; rasyonelleştirme fonksiyonu, basitleştirme fonksiyonu, ayrıntılaştırma fonksiyonu ve standartlaştırma fonksiyonu olarak sayabiliriz. Genellikle müteşebbislerin lehine sonuç doğuran GİŞ, tüketici aleyhine oluşacak sonuçlar bakımından da kontrol edilmelidir. Bu kontrolün ana sebebi sözleşme özgürlüğünü sağlamak amacıyla kitlesel (standart) sözleşmelerin taraflarını oluşturan kişilerin eşit durumda olan kişinin (tüketicinin) sosyal adalet düşüncesi doğrultusunda korunması ihtiyacıdır.

Genel işlem şartlarının kullanılmasının ortaya çıkmasındaki temel neden, modern ekonomik yaşamın ihtiyaçlarına uygun olarak, müteşebbisin müşterileri ile olan hukuki ilişkilerini rasyonel biçimde düzenleme ihtiyacıdır. Bu amaçla, müteşebbis önceden standart biçimde hazırlanan sözleşme şartlarını kullanarak, çok sayıda kişi ile aynı içerikte sözleşmeler yapma imkânına kavuşmakta, zamandan tasarruf ederken, sözleşmenin gelişim sürecinde ortaya çıkabilecek tehlikeyi hesaplayarak, kendisi için en uygun şekilde sözleşmenin içeriğini düzenleme fırsatı bulmaktadır.

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için taraflar sözleşmenin asli unsurları üzerinde anlaşmalıdırlar. Sözleşmenin yan edimlerinin olmaması ya da anlaşılammış olması sözleşmenin kurulmasına engel teşkil etmemektedir. Burada oluşan boşluklar yasanın düzenleyici kuralları ile doldurulabilir. Bu konular; ifa ihlalleri, ifanın şekli ve unsurları, ifa ihlalleri sonucunda oluşacak durumlar ve hukuki sonuçları gibi konulardır. İşte genel işlem şartları bu konularda devreye girmekte ve müteşebbis için bir can yeleği görevi görmektedir. Müteşebbis hazırladığı ya da hazırlattığı sözleşmede boşluk bırakmamaktadır. Hatta düzenleyici kurallara dahi yer bırakmayarak kendi düzenlemelerini sözleşmeye monte ederek kendi çıkarlarını korumaktadır. Müteşebbis, ihtimaller dâhilinde olabilecek bütün riski karşı tarafa yükleyerek kendini güvene alma imkânına kavuşmaktadır.

Bunların yanında taraflarca bilinen ve önceden belirli olan kuralların hukuksal ilişkiye egemen olması her iki sözleşme tarafının da yararına. Genel koşullar, yasalardaki eksiklik ve boşlukların giderilmesi ve doldurulması amacıyla hizmet etmektedir. Buna genel işlem şartlarının "uzmanlaştırma işlevi" denmektedir. Genel işlem şartları işlemlerin yürütülmesini hızlandırmakta, basitleştirmekte, ortaya çıkabilecek tehlikelerin hesaplanmasını mümkün kılmaktadır. Böylece hukuksal durumun, modern, ekonomik ve sosyal ilişkilere uydurulması sağlanmış olmaktadır.

Müteşebbislere karşı oldukça cömert bir kurum olan genel işlem şartları, tüketici için aynı işlevi görememektedir. Aslında genel işlem şartlarını kullanmasından ötürü bir nevi avantaj sağlayan müteşebbis bu durumu müşterisine hizmet kalitesi ya da fiyat olarak aynı oranda yansıtması ki olması gereken bizce budur, tüketici de genel işlem şartlarından faydalanıyor diyebiliriz. Ancak uygulamada bu durum hayat bulmamaktadır. Bu ekonomik düzende bu usulün uygulanabilirliği de çok zayıftır.

Genel İşlem Şartları; tüketici için, müteşebbise kazandırdığı zaman oranında bir zaman kazandırmamaktadır. Buna karşın genel işlem şartları için, tüketici için de daha hızlı işlem yapmasını sağlıyor diyebiliriz. Bunun yanında GİŞ'in nadiren de olsa yasadaki soyut hükümlerin ve kuralların somutlaştırılmış anlaşılabilir halini içerdiği de görülmüştür. Yasa yerine geçecek şekilde düzenlenen genel işlem şartları genellikle müteşebbis lehine olmakla beraber, yasayı açıklayıcı nitelikte olan genel işlem şartları sözleşmenin her iki tarafı için de bir avantajdır. Yani sözleşme hükmü taraflar için uygulanacak yasa hükmünü açıklıyorsa bu hüküm GİŞ niteliğinde dahi olsa sözleşmenin her iki tarafının lehine bir hüküm olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir.

#### c- Sözleşme Özgürlüğü İlkesi

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin dayandığı asıl ilke irade özerkliği ilkesidir. İrade özerkliği ilkesi, hukuk düzeninin bireylere başkalarıyla olan hukuki ilişkilerini kendi karar ve sorumlulukları altında serbestçe düzenleyebilme konusunda tanıdığı genel bir yetkidir. Bu ilkeye göre bireyler özgür, hür bir varlık olarak hukuki açıdan kendi kaderlerini bizzat tayin etme güç ve yetkisine sahiptirler. Devlet ise bu ilke ışığında

tarafların iradelerine müdahaleden olabildiğince kaçınmaktadır. Devletin görevi; kişilerin iradelerine, yaptıkları anlaşmalara - sözleşmelere hukuki açıdan bağlayıcılık tanımak, bunları güvence altına almaktır. İrade özerkliğinin temelinde, kişileri, kendi özel hukuk ilişkilerini düzenlerken her türlü dış baskıdan, özellikle devlet eliyle kurulabilecek baskılardan koruma amacı yatmaktadır.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, genel işlem şartları kurumu içerisinde kötüye kullanılan bir ilke olarak görülmektedir. Bundan anlamamız gereken, sözleşme özgürlüğünün genel işlem şartları aracılığıyla kurumsal olarak kötüye kullanılması yani sözleşme kurumundan amaca aykırı ve kötüye kullanma oluşturacak tarzda yararlanılmasıdır.

Sözleşme özgürlüğü, bireylere geniş yetkiler sağlayan bir hukuki müessesedir. Sözleşme özgürlüğü, bireylerin bir sözleşmeyi yapıp yapmama, sözleşmenin diğer tarafını seçme, sözleşmenin tipini belirleme ve içeriğini düzenleme, sözleşmenin şeklini seçme, sözleşmeyi ortadan kaldırma veya sözleşmenin içeriğini değiştirme yetkilerini kapsamaktadır.

Sonuç olarak yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere sözleşme özgürlüğü ilkesi genel işlem şartları kullanılmış bir sözleşmenin her iki tarafı için de önem arz etmektedir. Genel işlem şartları tüketici tarafın özgürce bir sözleşme hazırlamasını ya da hazırlanan sözleşmeye kendi iradesini yansıtmasını engellemektedir. Ancak diğer taraftan da sözleşmeyi düzenleyen müteşebbis, özgürce hazırladığını söylediği sözleşmeyi genel işlem şartlarının yaptırımlarını kullanarak (irade özerkliğine ters düşecek şekilde) bu hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir. Her iki taraf için de haklı görünen bu açıklamalardan sonra her olayı kendi içinde ayrıca değerlendirmek gerektiğini söylemeliyiz. Bu şekilde de her olay için tarafların durumu ayrı ayrı müzakere edilmelidir. Aradaki ince çizgiye dikkat edip iki tarafın da haklarının ihlal edilmemesi için azami özen gösterilmelidir.

### 3- GENEL İŞLEM ŞARTLARININ NİTELİKLERİ

#### a- Önceden Tek Yanlı Belirlenmiş Olma

Genel işlem şartlarının en önemli özelliği önceden tek yanlı belirlenmiş olmalarıdır. GİŞ ekonomik açıdan daha güçlü olan tarafça (müteşebbis) önceden tek yanlı olarak hazırlanıp tek taraflı olarak belirlenir ve bu şartlar tüketiciyle müzakere edilmez. TKHK'nin 6. Maddesinin ilk fıkrasında da bu konuya açıkça değinilmiştir. Tüketici önceden tek yanlı olarak hazırlanan şartları önceden görüp içeriğine etki edemediği gibi sözleşme görüşmeleri sırasında da pazarlık konusu yapamamaktadır. Böylece de sözleşme özgürlüğünün en önemli ilkelerinden olan "tarafların eşitliği" ilkesi zedelenmiş olmaktadır.

Konu ile ilgili örnek Yargıtay kararları da mevcuttur. Bunlardan birine bakacak olursak "..... Yine davalı şirketin istediği işletme giderlerinin yapılmış olan ve sözleşmede belirtilen masraf kalemlerinden oluşması, yapılmayan masrafların ve sözleşmede belirtilmeyen masrafların işletme giderlerine dahil edilmemesi gerekir. Sözleşmenin 27/son maddesinde davalı şirketin tespit ettiği işletme giderlerine İtiraz edilmeyeceği belirtilmiş ise de, davacılar ile müzakere edilerek sözleşmeye konulduğu kanıtlanmayan ve sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde davacılar aleyhine dengesizliğe neden olabilecek bu hüküm, 4077 sayılı Kanunun 6. maddesi kapsamında haksız şart niteliğinde olduğundan geçersizdir. İşletme giderinin belirlenmesi hakkı davalıya tanınmış ise de bu hak Medeni Kanunun 2. maddesinde düzenlenen iyiniyet kurallarına uygun olarak kullanılmalı ve sözleşmede işletme giderleri için yabancı para cinsinden belirlenip ödeneceğine ilişkin bir karşılaştırma olmadığından işletme gideri Türk para birimi cinsinde belirlenmelidir. Davalının bu hakkını kötüye kullandığı iddia edildiğinde de bunun mahkemece denetlenmesi gereklidir."

GİŞ, tüketiciyle sözleşme kurulmadan önce hazırlanırken benzer şekildeki birçok sözleşmede kullanılacağı öngörülerek hazırlanır. Aslında önceden hazırlanılmasındaki ana neden de burada yatmaktadır. Tek tip sözleşme ile aynı tür işlemlerde tek yol göstermek ve oluşacak ilişkileri tek tip üzerinden daha tecrübeli biçimde devam ettirmek amaçlanmaktadır.

Ortada bir sözleşme mevcuttur ve bu sözleşme tek tarafça hazırlanmıştır. Bu tarafın da güçlü olan taraf yani müteşebbis olduğu açıktır. Fakat sözleşmeyi cidden müteşebbis mi hazırlamıştır? Yoksa müteşebbis sadece bunu kullanıyor mudur? Mevzuatımızdaki tanımlara bakacak olursak sözleşmeyi kullanan tarafın hazırlamasından söz edilmektedir. Borçlar Kanunu taslağımızda dahi hemen aynı manaya çıkacak bir tabir kullanılarak "düzenleyenin tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu..." denmiştir. Burada da yine AB yönergelerinin daha çözümcül olduğunu görüyoruz. Hazırlayanın kullanmasını gerektirecek bir tanım, ya da şart yoktur. Hatta tanımlar maddesinin c bendinde girişimcinin tanımı yapılmıştır ve buna göre "girişimci: bu direktife tabi olan sözleşmelerde, kamu hukukuna dahil bir faaliyet de olsa, mesleki faaliyeti çerçevesinde hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir." Şeklinde ifade bulmuştur. Zira bizce de doğru olan

bu şekilde olmasıdır. Genel işlem şartı içeren bir sözleşmeyi onu kullananın hazırlaması gibi bir şart gerçekçi olmayacaktır. Bu sözleşme müteşebbis tarafından uzman hukukçulara hazırlanabilir, meslek odaları ilgilileri için hazırlanmış olabilir, hatta müteşebbis sözleşmeyi herhangi bir sözleşme kitabından dahi almış olabilir. Bunların hiç biri sözleşmenin genel işlem şartları hükümleri içermesine engel değildir.

Genel işlem şartları tek taraflı hazırlanarak sadece bir tek tarafın iradesini yansıtmaktadır. Bu irade karşı tarafın kabulü ile de bağlayıcılık kazanmaktadır. Bazen de bağlayıcılık bu tek tarafın iradesi değil de yasaların öngördüğü işlem şartlarından ötürü olabilir. Yasadan aldığı güçle sözleşmeye önceden giren hükümler bir taraf iradesi değildir. Genel işlem şartı niteliğine de haiz değildir.

Bu bağlamda, yasayla tanınan hukuki tekel veya imtiyaza dayanarak kamu hizmeti niteliğindeki hizmetleri kişilere sağlayan kurum ve kuruluşların, bu hizmetlerden yararlanmak isteyen kişilerle yaptıkları sözleşmelerde, önceden yazılmış olan sözleşme metinlerinde, sözleşme şartları ayrıntılı biçimde düzenlenmektedir ki bu sözleşme türüne iltihaki sözleşme adı verilir. Bu sözleşmelerde yer alan koşullar genellikle hizmeti sağlayan kamu tüzel kişisi tarafından hazırlandığından, bunun doğal sonucu olarak da karşı taraf olan hizmetten yararlanan kesim bu şartları tartışma imkânına sahip değildirler. Eğer bu sözleşmelerin içinde, yukarıda belirtilen durum söz konusuysa, yani; sözleşmenin içeriği hizmeti sağlayan kurumların bu hizmetleri sağlamasında yasayla belirlenmiş koşullar veya yasanın verdiği yetki çerçevesinde bu kamu tüzel kişisinin çıkardığı tebliğ/yönetmeliklerle belirlenen koşullar bulunuyorsa, bu koşullar genel işlem şartı niteliğinde olmazlar. Ancak buna karşın bu sözleşmelerde “kamusal tasarruf” alanı dışında, tamamen bir özel hukuk süjesi gibi hareket edilerek sözleşmede yer verilen koşulların genel işlem şartı niteliğini taşıdıkları şüphesizdir. Buna karşılık Yargıtay’ın bazı kararlarında ayırım yapılmadan, kamu kuruluşları tarafından kullanılan bütün sözleşme koşulları genel işlem şartı olarak nitelendirilmektedir. Buna benzer bir diğer durum da, ilgili kamu tüzel kişisinin ‘genel işlem şartı’ niteliğinde hazırladığı koşulların bir kamusal makam tarafından onaylanması durumudur ki bu onay bu şartların genel işlem şartı olma özelliğini ortadan kaldırmaz. Görüldüğü üzere önemli olan, şartların hangi kimlik ile kaleme alındığıdır.

#### b- Genel ve Soyut Özellikte Olması

Genel işlem şartları yasa hükümlerine benzer bir biçimde genel ve soyut olarak hazırlanırlar. Yani genel işlem şartlarının henüz oluşumu aşamasında herkes için uygulanmak üzere hazırlanırlar. Ancak yasalar gibi objektif bir özellik taşımazlar. Çünkü genellikle bu genel işlem şartları hükümlerini içeren sözleşmeyi hazırlayan ya da kullanan lehine hükümler içermektedirler.

Genel işlem şartlarını içeren sözleşmeler yukarıda da değinildiği üzere sözleşme kurulmadan önce tek taraflı olarak hazırlanır. Bu da bize sözleşmenin kiminle ne zaman yapılacağını bilinmediğini gösterir. Ne zaman kiminle yapılacağı bilinmeyen bir sözleşme de olaya, şahısa göre değil genel nitelik arz etmektedir. Kiminle yapılacağı belirli olmamasının yanında hazırlandıktan sonra aynı türdeki birden çok sözleşmelerde kullanılacağından dolayı da soyut nitelik arz etmektedir.

İsviçre-Türk Hukuk öğretisinde bazı yazarlar, genel işlem şartlarının genel ve soyut olma özelliğini, kavramsal açıdan belirleyici görmemekte oldukları gibi Alman Medeni Kanunundaki tanım da genel işlem şartlarının genel ve soyut nitelikte olmalarından açıkça söz edilmiştir. Ancak buna karşılık, genel işlem şartlarının temel mantığı, daha önce de belirtilen zamandan tasarruf, tarafın kendisini emniyete alması gibi gerekçelerden ötürü, daha sonra birçok farklı kişi ile yapılacak sözleşmeye zemin hazırlamak amacıyla oluşturulması, bunların sonraki birçok sözleşmede yer alabilecek şekilde soyut ve genel bir karakterle yazılmalarını, yasa kuralları gibi tipleştirilmelerini gerektirdiğinden, sözleşme hükümlerinin soyut ve genel karakterinin, hazırlayanın bu yöndeki amacını ortaya koyduğu da kabul edilmektedir. Çünkü neticede bu koşulların yazımındaki amaç, kimliği önceden bilinmeyen birçok kişi ile yapılacak aynı türdeki sözleşmeleri, içinde bulunan somut olayın özellikleri, sözleşmenin diğer tarafının kimliği gibi unsurların etkilemeyeceği bir biçimde düzenlemektir. Sonuç olarak Alman Hukukunda, genel işlem şartlarının genel ve soyut karakteri, açıkça ifade edilmemekle beraber, “çok sayıda sözleşmede kullanım amacıyla hazırlanmış olma unsuru” içinde görülmektedir.

#### c- Çok Sayıda Sözleşme İçin Hazırlanmış Olma

Genel işlem şartlarının tarihsel sürecine bakıldığında ve kullanımının yaygınlaştığı süreçler ve nedenleri incelendiğinde görüleceği üzere birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere önceden hazırlanmış şartlar karşımıza çıkmaktadır. Kitleli sözleşmelerin oluşmasına neden olan faktörler gibi ekonomik ve zamandan tasarruf etme amacıyla, genel işlem şartlarının da birden çok sözleşme için hazırlanmış olmaları doğal

sayılabilir.

Önceden belirlenen genel işlem şartları, aynı türde birden fazla sözleşmede kullanılma amacıyla hazırlanmış olmalıdır. Ancak bu şartların ilk kullanımı da yeterlidir. Yani en az üç-beş defa kullanılması gibi bir koşul aranmaz. Şu halde satıcı ya da sağlayıcı bir defa kullanmış olsa da daha önceden birden çok kullanılma amacıyla hazırlanan sözleşme şartlarına dayanıyorsa, genel işlem şartlarını kullanmış olmaktadır.

Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere çok sayıda kullanımın uygulanmış olması aranmamaktadır genel işlem şartları statüsü için, GİŞ'nin bu amaçla hazırlanmış olması yeterlidir.

Daha önceden hazırlanan ve genel işlem şartlarına haiz olan sözleşmenin belirli sayıda sözleşmeler için hazırlanmış ve kullanılmış olması bunları genel işlem şartı olmaktan çıkarmayacaktır. Bunun yanında örneğin bir tek dairesini kiralamak isteyen bir ev sahibinin kırtasiyeden aldığı matbu bir kira sözleşmesini kullanması da bir seferliktir ancak matbu bir sözleşme kullanması o sözleşmeyi GİŞ statüsüne sokmaktadır. "Özellikle GİŞ'in varlığını kabul için aranan diğer şartlara bakıldığında bunların hepsinin müşterinin bakış açısından bir değerlendirmeye dayandığı dikkat çekmektedir. Sözleşme şartlarının önceden, tek taraflı olarak saptanmış olması, bunların kendisine kabul edilmek üzere sunulması, kendisinin bunlarda bir değişiklik yapamayacağı inancının körüklenmesi gibi. Oysa birden fazla kullanım olgusu müşterinin hiçbir şekilde bilebileceği ve değerlendirmeye katabileceği bir unsur değildir. Bu hususta AB yönergesi birden fazla kullanım kriterinden tamamen vazgeçmiş ve sözleşme koşullarının sadece pazarlık konusu yapılmamış olmasını bunların denetimi için yeterli saymıştır."

d- Taraflardan Birinin Önceden Hazırlanmış Sözleşme Şartlarına Dayanması

Genel işlem şartları, ekonomik açıdan daha güçlü olan müteşebbis tarafından önceden tek yanlı olarak hazırlanıp ya da hazırlatılıp belirlenir ve bu şartlar tüketici ile müzakere edilmez. Sözleşmenin kurulması esnasında üstün olan taraf yani müteşebbis sahip olduğu pazarlık gücü ve konumundan faydalanarak, genel işlem şartlarının müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilmesini ve sözleşmenin bu şekilde kurulmasını isteyerek bu şartları tüketiciye dayatmakta ve sözleşme özgürlüğü ilkesinden tek taraflı olarak yararlanmaktadır. Yani bir tarafın diğer taraf o sözleşme ve şartlarını empoze etme durumu söz konusudur. Empoze etme olayının olmadığı durumlarda genel işlem şartlarını da aramanın manası yoktur. Örneğin; tarafların daha önceden irtibatının olmadığı bilindiği objektif bir avukatın ya da noterin kendi görüş ve inisiyatifleri sonucu hazırlanan sözleşmelerde bir dayatma, empoze etme durumu söz konusu değildir. Bu tarz sözleşmelerde genel işlem şartlarının aranmasının manası yoktur. Görünüşte bir avukatın ya da herhangi bir danışmanın taraflara önerdiği metinler (koşullar) daha önceden hazırlanmış olsa da iki tarafın da arzusuyla müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edildiyse tarafların birbirine dayatması olmadığından genel işlem şartı niteliği aranmamalıdır.

AB yönergesine baktığımızda ise; sözleşme şartlarının önceden hazırlanmış olması ve bu nedenle de tüketicinin içeriğine etki edememiş olması, GİŞ denetimi için yeterlidir. Yönergeye göre önceden hazırlanan sözleşme şartlarının sözleşmeye alınmasını taraflardan bir başkasının sağlaması ya da tavsiye etmesi önemli değildir.

Sonuç itibarıyla bu durumu bir ispat sorunu olarak görmek gereklidir. Müteşebbisin kesinlikle hazırlığına katılmadığı sözleşme hükümlerinden peşinen sorumlu tutulması doğru bir yöntem olmamalıdır. Sözleşme taraflarından güç dengesizliği olmadığı her iki tarafın da sözleşmeye aynı oranda etki etme şansı olduğu durumlarda sözleşme hükümleri matbu da olsa artık bir bireysel sözleşmenin varlığını kabul etmek gereklidir. Ancak yine de karine olarak tüketicinin sözleşmeye dâhil etmediği her türlü sözleşme hükmünün müteşebbise atfedilmesi daha akılcı bir çözümdür. İspat külfeti müteşebbistedir ve bireysel sözleşmenin varlığını o ispat etmelidir. Bu açıklamalar da bize mevcut Borçlar Kanunu Taslağımızda kullanılan "düzenleyen" tabirinin ilgili madde hükmünün etki alanını daraltacağını göstermektedir. Zira Alman Hukuku'nda "kullanan" olarak düzenlenen tabir üçüncü kişilerin hazırlamış oldukları sözleşme hükümlerinin GİŞ çerçevesinde değerlendirilmesini sağlamaktadır.

TKHK'nın 6. Maddesinin 3. Fıkrasında ve yönetmeliğin 5. Maddesinin 1. Fıkrasında, AB 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.

Dikkat edilmesi gereken bir husus da müzakere edilen hükümlerdir. Tek cümleyle özetlemek gerekirse karşılıklı olarak müzakere edilmiş hükümler GİŞ niteliğinde değildir. Ancak burada da müzakere edilip edilmediğinin ispatı sorunu ortaya çıkmaktadır. İlk öncelikle söylemek gerekirse bu durumun da ispatı

müteşebbise düşmektedir. Bu ispat külfeti de günümüz düzenlemelerine göre bir hayli zordur. Borçlar Kanunu Tasarımızdaki hükümlere bakıldığında dahi bu hususta müteşebbislere tabiri caizse göz açtırmamak istendiği gayet açıktır. Tasarının ilgili hükmüne ve gerekçesine bakmamız gerekirse; “Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan

çıkarmaz.” Hükmün gerekçesi ise; “.... Gerçekten çok sayıda tip sözleşmede, metinde sözleşmenin tüm hükümlerinin her birinin okunduğu, tartışıldığı ve bu şekilde kabul edildiğine dair düzenlemeler yer almaktadır. Hatta, sözleşme sırasında imza ile birlikte ek düzenleme yapılarak, sözleşme metninin ve/veya genel işlem koşullarının okunduğuna, anlaşıldığına ve bu yolla kabul edildiğine ilişkin açıklamaları içeren tutanaklar düzenlenebilmektedir. Aynı şekilde, çok sayfalı tip sözleşmelerde sayfalardan her birine katılanın yalnızca imza atması ya da bu türden açıklamalarla birlikte imza atması farklı bir uygulamaya yol açmayacaktır. Hatta her maddenin ayrı ayrı ya da bu tür açıklamalarla imzalanması da genel işlem koşullarına ilişkin emredici hükümleri dolanmaya yetmeyecektir. Çünkü fıkra hükmüyle, böyle kayıtların tek başına genel işlem koşullarına ilişkin emredici düzenlemenin uygulanmasını önleyemeyeceği kabul edilmiştir.” Şeklinde dir. Bu açıklamadan da yukarıda belirtilen değerlendirmelerin doğruluğu anlaşılmaktadır.

Gerçekten de BKT'nın yirminci maddesinin üçüncü fıkrasında yapılan düzenleme ile uygulamada sıkça rastlanan bir durum göz önünde tutulmuştur. Sözleşme metinlerinde, sözleşmenin tüm hükümlerinin her birinin okunduğu, tartışıldığı ve bu şekilde kabul edildiğine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Hatta sözleşme sırasında imza ile birlikte ek düzenleme yapılarak, sözleşme metninin veya genel işlem şartlarının okunduğuna, anlaşıldığına ve bu yolla kabul edildiğine ilişkin açıklamaları içeren tutanaklar düzenlenebilmektedir. Tasarının yukarıda belirtilen hükmüyle, bütün durumların, genel işlem şartlarının emredici düzenlemesine tabi olacağı açıkça öngörülmüştür. Aynı şekilde, sözleşmelerde sayfaların her birine katılanın yalnızca imza atması ya da bu türden açıklamalar ile birlikte imza atması farklı bir uygulamaya yol açmayacaktır. Her maddenin ayrı ayrı ya da bu tür açıklamalarla imzalanması da genel işlem şartlarına ilişkin emredici hükümleri dolanmaya yetmeyecektir.

#### 4- GENEL İŞLEM ŞARTLARI KAVRAMI İÇİN VARLIĞI ZORUNLU OLMAYAN UNSURLAR

##### a- Kapsam

Genel işlem şartları kavramını kapsamlı bir hazırlık evresi olarak görenlerin olduğu gerçeğini göz ardı etmemeliyiz. En azından özellikle de 1976 senesindeki Genel İşlem Şartları Hakkındaki Alman Kanunu'ndan önce. Ancak daha sonra kapsam şartı genel işlem şartları için aranmamıştır. Günümüzde gelişen ekonomi ve sürekli değişkenlik arz eden piyasa koşulları beraberinde çeşitliliği artırmıştır. Teknolojinin de nimetlerinden faydalanılarak her hale büründürülebilmektedir GİŞ. Borçlar Kanunu Tasarımızdaki tanımda dahi bu husus açıkça belirtilmiştir. “...Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli nitelendirmede önem taşımaz.” Örneğin, leasing sözleşmeleri için hazırlanmış hiçbir eksiği olmayan kapsamlı şartların genel işlem şartı olabileceği gibi, herhangi bir otoparkın park fişindeki çalınan eşyalardan sorumsuzluğu ifade eden tek bir cümle de genel işlem şartı olabilir.

##### b- Konu

Genel işlem şartlarını oluşturan hükümlerin kurulan sözleşmenin ana noktalarına dair olabileceği gibi, tali hususlarıyla da ilgili olabilir. Genel kullanım yan edimler ile ilgilidir ancak bu asli unsurlar için geçersiz olacaktır sonucunu çıkarmamaktadır. Örneğin, satılan malın teslim yerinin belirlenmesi de malın bedeli de genel işlem şartı olabilecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus AB yönergelerinin 4. Maddesinin ikinci fıkrasında karşımıza çıkmaktadır. “Sözleşme şartının kötüye kullanılabilirliğinin değerlendirilmesi, ne sözleşmenin asli konusuna ne de mal veya hizmet edimi ile bu edimin karşılığı olan ivaz veya bedel arasındaki dengeye ilişkin olamaz, yeter ki ilgili kayıtlar açık ve anlaşılır şekilde saptanmış olsun.” Bu maddeden de anlaşıldığı üzere asli edimler arasında taraflar arasında denge olup olmadığı hususu

genel işlem şartları denetimlerinin dışında kalmaktadır.

Görüldüğü gibi AB yönergesi sözleşmelerde tarafların iradesine asli konularda önem vermiştir. Sözleşmeyi yapan zayıf taraf da olsa sözleşmenin ana konusunu teşkil eden hususta anlaşılır hüküm olduğu müddetçe GİŞ çerçevesine sokmayarak taraf iradelerini gözetmiştir. Ülkemizde ise durum diğer hususlarda olduğu gibi biraz daha zayıf taraf yani tüketici lehine ele alınmaktadır. Müteşebbise karşı tüketicinin gereksiz abartılan bir korunması söz konusudur. Örneğin, tüketici sözleşmedeki bedelin uygunluğunu ya da fazlalığını gözetmelidir. Herhangi bir hile ya da gizli bir hüküm olmadığı müddetçe tüketiciyi bu gibi asli hususlarda verdiği kararlarla baş başa bırakmak bizce de en doğru yoldur.

c- Şekil

Genel işlem şartlarının varlığı için yukarıda kapsam başlığı altında verdiğimiz tasarı hükmünden de anlaşılacağı üzere herhangi bir şekil şartı aranmamaktadır. Genellikle yazılı olarak çoğaltılırlar ancak bu bir mecburiyet değildir.

GİŞ hükümlerinin yazılı, görsel, sözlü, el ya da makine ürünü olması da muhtemeldir. Bunun yanında bu hükümlerin sözleşmeye nasıl dahil olacağı da önem arz etmemektedir. Bir sözleşme maddesi gibi içinde olabileceği gibi ek protokol de olabilir. Ya da fatura arkasına belirtilmiş bir ibare de olabilir.

d- Taraflara Göre Oluşacak Durumlar

Genel işlem şartlarının niteliklerinden bahsederken önceden hazırlanan genel ve soyut niteliklere haiz olduğunu belirtmiştik. Bunun yanında birden çok kişi ile yapılmak amacından da bahsetmiştik. İşte genel ve soyut nitelikteki hükümlerin oluşturduğu sözleşmenin taraflarının genel işlem şartları açısından bir önemi yoktur. Herkesin o sözleşmeyi yapabilme ihtimali göz önüne alınarak hazırlandığından ötürü tarafların isimleri, sıfatları, yaşları, cinsiyetleri önem taşımaz. Ancak GİŞ'in genel manada koruduğu taraf zayıf olan taraftır. Yani taraflardan birinin güçlü diğerinin zayıf olduğu sözleşmeler ilgi alanını oluşturmaktadır.

Sözleşmenin her iki tarafının da konularından anlayan iki tacir olduğu durumlarda, taraflardan biri veya her ikisi GİŞ'e göre hareket etseler bile, karşı tarafın sıradan bir tüketici gibi korunmaya ihtiyacı olmayacaktır. Yani tacirler bakımından bir istisna söz konusu mudur sorusunun değerlendirilmesi gereklidir. Bir kitlesel sözleşmenin karşı tarafında yer alan tacirin sözleşme özgürlüğünün sağlanmasına yönelik olarak hukuki açıdan korunmasına gerek yoktur. Bu tür bir ilişkide kanunun amacı tacir olan kişinin sözleşme eşitliğini sağlamaya yönelik korunmasına gerekli değildir. Meğerki hukuki müdahale söz konusu olursa, bu müdahale piyasa şartlarına yapılmış bir müdahale olacaktır ve bu da piyasadaki dengeyi bozabilecektir. Bu tür tacirler arası ilişkiler için TTK ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri yeterli olacaktır.

Gerçekten iki büyük tacir arasında GİŞ hükümlerinin uygulanmasına gerek olmayabilir ancak buna da bir istisna getirilmelidir. Özellikle taraflarından birinin KOBİ gibi küçük bir işletme olan diğerinin de ona göre büyük ölçekli bir işletme olduğu durumlarda GİŞ hükümleri uygulama alanı bulmalıdır. Bu tip durumların denetiminde de basiretli iş adamı ilkesi esas alınarak dürüstlük kuralına aykırılıkların değerlendirilmesi gereklidir.

5- GENEL İŞLEM ŞARTLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

a- Objektif Norm Görüşü

Bu görüşe göre; genel şartlar, herkes için bağlayıcı nitelikte olan, genel, soyut hukuk normlarıdır. Genel şartlara yasa niteliği veren bu görüş Alman yüksek mahkemeleri tarafından 1941-1953 döneminde verilen kararlarda yer almakta idi. Gerekçe olarak, genel şartların yasa gibi somut olaylar göz önüne alınmadan ve önceden hazırlanmış olduğu ileri sürülmekteydi.

Ne işlevine ne de karakteristik özelliğine bakarak genel işlem şartlarının kanun hükümlerine benzemesinden dolayı onların da norm olduğu yorumu yanlıştır. Bu nedenlerle, Alman hukukunda genel işlem şartlarını düzenleyen 1976 tarihli yasa açıkça genel işlem şartlarını sözleşme hükümleri niteliğinde olduğu düzenlemesini yapmış ve böylece genel işlem şartlarının hukuki niteliği konusundaki bu yanıltıcı görüşün üzerindeki tartışmaları sona erdirmiştir.

## b- Sözleşme Görüşü

Günümüzde hâkim anlayış, genel işlem şartlarının hukuki niteliğini sözleşme görüşü ile açıklamaktadır. Sözleşme görüşüne göre, genel işlem şartları ne objektif normlar olarak, ne de örf ve adet, teamül olarak nitelendirilemez, genel işlem şartlarının bağlayıcılığı için, sözleşme taraflarının bu konuda karşılıklı, birbirine uygun irade beyanlarının bulunması gereklidir. Bireysel bir sözleşme ilişkisinde genel işlem şartlarının bağlayıcı olabilmesinin yolu, tarafların bu şartların sözleşmede yer almasına ilişkin iradeleridir. Eğer ortada böyle bir irade mevcut değilse, bu şartların bu sözleşme ilişkisinde uygulanmasına imkân yoktur ki bu da zaten sözleşme serbestisinin getirdiği en temel haktır.

Genel işlem şartlarının birçok sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanmış bulunması, somut hukuki ilişki ile ilişkilendirilmedikçe, sadece hazırlanmış haliyle, hukuken hiçbir anlam taşımamaktadır. Çünkü henüz tarafların karşılıklı iradeleri oluşmamış, dolayısıyla sözleşme aşamasına geçilmemiştir. Dolayısıyla bu durumda genel işlem şartları sadece, taraflardan birinin sözleşme öncesi hazırladığı bir 'taslak metin'den öteye geçmez. Genel işlem şartlarının hukuken önem kazanması ancak bu şartların, tarafların iradesiyle sözleşme kapsamına alınması durumunda gerçekleşir.

## c- Örf – Adet – Teamül Görüşü

Genel işlem şartlarının yaygın biçimde kullanılması, bunlara örf ve adet niteliği kazan-dırılmaz. Hukuk kaynaklarından biri olan Örf ve Adet kuralları, toplumsal yaşamda benzer durum ve davranışlarda sürekli olarak uygulanan, bu yolla belirli bir zaman sürecinde toplumda yerleşerek kökleşen, o toplumun bireylerinde bunlara uymanın zorunlu olduğu konusundaki bir inanç doğuran, devlet tarafından da tanınarak yaptırıma bağlanan hukuk kurallarıdır. Belirli bir konuda örf ve adet kuralının var sayılabilmesi için, toplumda o kural uzun zamandan beri uygulanmış gelmiş olmalı, bu kurala uyulması gerekliliği herkes tarafından kabul edilmelidir. İsviçre-Türk Hukukunda, bu şekilde örf ve âdetin ancak genel olarak meydana gelebileceği, yöresel örf ve âdetin oluşamayacağı kabul edilmektedir. Örf ve âdetin unsurları açısından değerlendirildiğinde, öncelikle, içerdikleri kurallar anlam itibarıyla benzerlik gösterse dahi, işin gerekleri bakımından iş kolları arasında değişiklikler olacağı ve hatta aynı iş kolu içerisindeki şirketlerde bile ihtiyaçlara binaen farklı genel işlem şartları kullanılabileceği göz önüne alınmalıdır. Bu şartların belirli bir çevreye ait oluşu, daha doğru bir deyişle 'toplum'u kapsayan bir genelliğinin olmayışı, onların örf ve adet hukuku olarak kabul edilmelerinin önüne geçmektedir.

Buna bağlı olarak, genel işlem şartlarının, örf ve âdetin sübjektif unsuru olan 'insanların bu kurallara uyulması gerekliliği konusunda genel bir kabullerinin bulunması' gerekliliğini de taşıdıkları söylenemez. Evet, belki bu inanç bu şartları kullananlarda var olmuş olabilir; ancak bu inancın 'toplumda' var olduğunu söylemek imkânsızdır. Bunun yanı sıra genel işlem şartlarını kullananlar için bile bunu söylemek çoğu zaman güçtür. Örneğin; bankalarda olduğu gibi sözleşmelerde bulunan uzun genel işlem şartlarını tüketicilerin hepsinin okuyup onlar hakkında bilgi sahibi olduklarını ve bunlara uyulması gerektiğini bildiklerini söylemek, tahmin edilebileceği üzere, çok zordur.

Genel işlem şartlarının bireysel bir sözleşmede bağlayıcılığı, teamüle de açıklanamaz. Çünkü teamülden söz edebilmesi için, hukuki işlemin her iki tarafının ilgili olduğu kişi çevresinde uygulamanın tanınması ve bilinmesi gereklidir. Ancak genel işlem şartlarının geçerli olduğu tüm sözleşmelerde tarafların böylesine yakın bir çevrede olup tüm kuralların da bu denli bilinip benimsenmiş olduğu bir kurguda olduklarını düşünmek de hayli zordur.

## 6- GENEL İŞLEM ŞARTLARININ SAKINCALARI

Günümüzde artık sözleşmeler, yüzyıl öncesinin egemen hukuk anlayışının öngördüğü biçimde ve tarafların sözleşme şartları üzerinde yapacakları pazarlıklar sonucu gerçekleşmemektedir. Genellikle girişimcinin dayattığı genel işlem şartları biçimindeki kayıtlamalara tüketici kendisini bırakmak zorunda kalmaktadır. Girişimci ise, bu kayıtlar yoluyla, bütün koşulları akla gelebilecek bütün varsayımları kendi lehine olmak üzere benzetme, yerinde ise "nalıncı keseri gibi yontarak" düzenlemekte ve tüketiciyi "kısıkvrak" bağlamaktadır. Tüketicinin piyasadaki edilgen konumu ve girişimcinin güçlü kadrosu karşısındaki etkisizliği, tüketiciye başka şans da tanımamaktadır.

Sözleşmelerin artık genellikle genel işlem şartları kullanılarak yapılması, sözleşmelerin adalet teminatının tipik olarak bertaraf edildiği bir alan haline gelmiştir. Zira tüketiciler ile yapacakları aynı türden çok sayıda sözleşme için işletmelerin önceden saptadığı ve genelde yazılı bir metne sokarak tüketiciye aynen kabul

edilmek üzere sunduğu genel işlem şartları, sözleşme içeriğinin tek belirleyicisi olmaktadır. Müteşebbis, çıkarlarını en üst seviyede koruyabilmek için sadece kendi lehine olan şartlar saptamakta, taraflar arasında makul bir denge kurmaya çalışan yedek hukuk kurallarının tümünü bertaraf ederek kendi sorumluluk alanına girmesi gereken sonuçları müşteriye yansıtmaktadır. Tüketici ise bu şartları hiç değiştirmeden kabul etmek veya o sözleşmeyi hiç kurmamak alternatifi ile karşı karşıya kalmaktadır.

Müteşebbislerin pazarlık yapmamasının yanında, tüketicinin işletme karşısındaki psikolojik zaafı, onun genel işlem şartlarını okuyup anlamasını, anlasa bile bunları değiştirmek yönünde bir teklifte bulunmasını adeta imkânsız hale getirir. Ayrıca akdettiği her bir sözleşme için tek tek sayfalarca uzunluktaki metinleri okuması, diğer işletmelerinki ile mukayese etmesi ve kendisi için en elverişli olanı bulmaya çalışması ekonomik açıdan da akılcı değildir. İşletmelerin birbirine benzer genel işlem şartları kullanması nedeniyle de tüketici açısından daha elverişli sözleşme bulma imkânı yok gibidir.

## 7- TÜKETİCİNİN KORUNMASI ZORUNLULUĞU

Günümüz piyasa ekonomisinin getirdiği ve tüketicilerin maruz kaldığı ve genellikle genel işlem şartlarının neden olduğu adaletsizliğin giderilerek, tüketicilerin karşılaşabileceği olası haksızlıkların önlenmesi sosyal hukuk devletlerinin görevidir. Ülkemizde giderek önem kazanan tüketici hukuku henüz tam anlamıyla istenen etkinliğe ve düzenlemelere sahip değildir. Tüketiciler halen tam anlamıyla müteşebbislerin dayatmalarına karşı tam bir koruma kalkanına sahip değillerdir. Tüketicilerin kendilerini koruyamamasından ve rekabet kurumunun da bu duruma etki edememesinden ötürü genel işlem şartlarının kullanıldığı sözleşmelerin yargısal denetime olan ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Yargının müdahalesi bozulan sözleşme adaletinin yeniden yerine oturması amacıyladır ve yargıçlar da bu denetimi üç farklı denetim yoluyla yapabileceklerdir. Bunlar; yürürlük denetimi, içerik denetimi ve hükmün tüketici lehine yorumlanmasıdır.

## 8- ATILMASI GEREKEN ADIMLAR

Çalışmamızda konumuz ile ilgili mevzuatımızda ancak bir kanun maddesi ve bir yönetmelikten esinlenebildik. Bu da mevcut durumun eksikliğinin açık bir göstergesidir. Mevcut düzenlemeler hem bu konuda gelişmiş düzenlemelere sahip ülkelerin kaynaklarıyla çelişmekte hem de kendi içerisinde çelişkiye düşmektedir.

Mevcut düzenlemeleri birbiriyle uyumlu hale getirecek, AB yönergesine paralel bir yasal düzenleme ülkemiz açısından elzemdir. Söz konusu düzenleme sonuca etkili olabilecek bir düzenleme olmalıdır. Bunun yanında tüketicilerin tekil ve buna bağlı olarak da isteksiz ve güçsüz olmalarını göz önüne alarak tüketici örgütlerine de bu konuda bazı hakların tanınması faydalı olacaktır.

## III – SONUÇ

Son olarak Genel İşlem Şartlarını genel bir çerçeveden özetlememiz gerekirse;

Sözleşme hükmü ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlandı mı?, Sözleşme hükmü önceden mi hazırlandı?, Sözleşme hükmü düzenleyen tarafından tek başına hazırlanarak ya da hazırlattırılarak karşı tarafa mı sunuldu? Sorularına “Hayır” cevabını veriyorsak GİŞ söz konusu değildir. Eğer cevaplarımız “Evet” ise “Kapsam Denetimi” aşamasına geçilmelidir.

“İlişkilendirme Denetimi” yapılmalıdır. Buna göre; Düzenleyen GİŞ’in varlığı hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verdi mi?, Düzenleyen karşı tarafa sözleşmenin yapılması sırasında GİŞ’in içeriğini öğrenme imkanı sağladı mı? Sorularına “Hayır” cevabı veriyorsak GİŞ yazılmamış sayılır. Eğer cevaplarımız “Evet” ise “Yürürlük Denetimi” aşamasına geçilmelidir.

Burada da ilk önce, karşı taraf GİŞ’i bilinçli olarak kabul etti mi? Sorusuna “Hayır” cevabını veriyorsak GİŞ yazılmamış sayılacaktır. Eğer cevabımız “Evet” olursa ve ikinci olarak GİŞ sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı mı? Sorusuna cevap “Evet” ise GİŞ yazılmamış sayılacaktır. Cevap “Hayır” olursa “Yorum Denetimi” aşamasına geçilmelidir. Tamamlayıcı, Bireysel sözleşme hükümlerine öncelik tanıyan, daraltıcı ve düzenleyen aleyhine yorum ilkeleri gibi yorum ilkeleri ile gerekli denetimden sonra son olarak “İçerik Denetimi” aşamasına geçilmelidir.

GİŞ karşı tarafa dürüstlük kuralına aykırı olarak zarar verici mi?, GİŞ karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte mi?, GİŞ düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veriyor mu? Sorularına “Evet” cevabı veriliyorsa GİŞ kesin geçersizdir. Cevap “Hayır” olursa GİŞ geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.