



# Uygulamada Karşılaşılabilecek Bazı Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi

Stj. Av. Yasemin GÜLLÜOĞLU



## ÖNSÖZ

**G**elişen toplumda, sözleşmelerin içeriği genel işlem şartları ile düzenlenmektedir. Amaç zayıf olan tarafın yani tüketicinin korunmasıdır. Bu anlamda genel işlem şartlarının denetlenmesi zayıf olan tarafı koruma altına almaktadır.

Yasanın genel işlem şartlarının hazırlanmasında ne gibi eksikliklerinin olduğu ve bu eksikliklerin ne ölçüde çözümlendiği, denetimin ne sıklıkta sağlandığı meçhuldür. Bu inceleme ile yapılabilecekler genel anlamda ele alınsa da çözüm yollarının olmadığı kanunun bazı noktalarda eksik kaldığı gözler önündedir.

Bu çalışmanın bana kattığı en önemli nokta disiplinli çalışma sonunda bir şeylerin yapılabileceğidir. Aynı zamanda yüksek lisans tezimi hazırlarken büyük kolaylıklar sağlayacaktır.

Tez ödevimin hazırlanmasında, benden yardımını hiç eksik etmeyen, kaynak bulmamda bana yardımcı olan değerli hocam Prof. Dr. İlhan Ulusan'a sonsuz teşekkürlerimi belirtmeden geçemeyeceğim.

İlk tez ödevim olması sebebiyle çalışmalarım sırasında yardımını aldığım sevgili arkadaşım Funda Özdin'e teşekkür ederim.

## GENEL İŞLEM ŞARTLARI

### Genel İşlem Şartları Kavramı

#### 1. Genel Olarak

Genel İşlem Şartları, sözleşme taraflarından birinin, ileride kuracağı sözleşmelerde

karşı akidene değiştirilmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle, önceden, tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşullarıdır.<sup>1</sup> Amaç müteşebbisin ileride kurmayı düşündüğü ve işletmesinin uğraşı alanına giren sözleşmelerin muhtevalarının önceden ve tek taraflı olarak tayin ve saptanmasını ifade eder.<sup>2</sup>

Genel işlem şartlarıyla kural olarak bir sözleşmenin içeriğinin düzenlenmesi amaçlanmaktadır. Genel işlem şartları tek taraflı olarak ve sözleşme yapılmadan önce hazırlanmaktadır.<sup>3</sup>

Sözleşme şartlarının taraflarca görüşme ve tartışmalar sonucunda belirlenmiş olması durumunda genel işlem şartlarından söz edilemeyeceğinden, genel işlem şartları kapsamında denetim de söz konusu olamayacaktır.

Genel işlem şartları denilince genellikle akla ilk gelen; tek taraflı olarak düzenlenen, genel ve soyut nitelik arzeden, çok sayıda sözleşme için önceden düzenlenen ve taraflarca görüşme ve pazarlık yapılmadan, taraflardan biri tarafından sözleşmenin içeriği haline getirilmesi istenen sözleşme şartları anlaşılmaktadır.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Yeşim Atamer; *Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, s. 61.

<sup>2</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp, *Borçlar Genel*, s. 156. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ayşe Havutçu; *Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, s. 71.

<sup>3</sup> Atamer, a.g.e., s. 235.

<sup>4</sup> İlhan Ulusan; *Genel İşlem Şartlarında, Ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi*.

## 2. Genel İşlem Şartlarının Unsurları

Genel işlem şartları, bir sözleşmenin içerik ve şartlarını oluşturmak amacıyla hazırlanmış olmalıdır. Örnek: Tip İş sözleşmeleri.

Genel işlem şartlarının sözleşme yapılmadan önce belirlenmiş olması gerekir.<sup>5</sup>

Genel işlem şartları sözleşmeye dahil edilmek amacıyla karşı tarafa sunulmuş olmalıdır.<sup>6</sup>

## 3. Genel İşlem Şartlarının Hukuki Mahiyeti

Genel işlem şartlarının, somut bir olay nazara alınmadan, yasa benzeri cümlelerle soyut ve karmaşık olarak hazırlanması, önceleri Alman Yüksek Mahkemelerinin, bunları "hukuki normlar" olarak nitelemelerine yol açmıştır.<sup>7</sup>

Genel işlem şartları örf ve adet hukuku kuralı da sayılmazlar, çünkü uzun sürmüş devamlı ve toplu bir uygulama sonucunda oluşmuş değildir.<sup>8</sup>

Genel işlem şartları eğer sözleşmenin kurulmasında temel teşkil edecekse, hukuksal bakımdan bir kıymet olamayacağı ama sözleşmenin içine girdikten ve de kurulmuş elimizde bulunan somut bir sözleşmenin muhtevasına dahil olduktan sonra hukuki bakımından bir değer kazanır ve anlam ifade eder.<sup>9</sup>

## GENEL İŞLEM ŞARTLARININ SAKINCALARI

### 1. Genel Olarak

Genel işlem şartları müteşebbisin, her taraftan güvence ve garantiye alınmış olarak ve

<sup>5</sup> Daha fazla bilgi için bkz.: Atamer, a.g.e., s. 62.

<sup>6</sup> Veli Karagöz; "Tip İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi", s. 596.

<sup>7</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, a.g.e., s. 157.

<sup>8</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, a.g.e., s. 157.

<sup>9</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, a.g.e., s. 157. ayrıntılı bilgi için bkz.: Havutçu, a.g.e., s. 83.

düşünülmedik en küçük bir nokta bırakılmayarak, gelecekteki sözleşene karşı çok kuvvetli bir hukuksal duruma sahip olması amacıyla hazırlanır.<sup>10</sup>

Bu noktada karşımıza çıkan olgu, müteşebbisin haklarının güvence altına alındığı buna karşılık tüketicinin haklarının sınırlandırılarak müteşebbise muhtaç edilmesidir. Uygulamada bu şartlardaki ikili ilişkilere fazlasıyla rastlamaktayız. Bu durum Medeni Kanundaki dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmaktadır.

Sözleşmenin içeriği tamamen müteşebbisin iradesine uygun olmaktadır. Müşteri onun iradesine tabi olmak zorunda olup aksi halde sözleşme konusundan vazgeçmekten başka herhangi bir seçim hakkına sahip değildir.<sup>11</sup>

Müteşebbis tek taraflı olarak kendi çıkarlarını korumak için genel işlem şartlarını müşteri aleyhine ve objektif hukuk kurallarından sapan bir kapsamla saptamaktadır.<sup>12</sup>

Somut bir olayda müteşebbis otomatik olarak müşterinin kendisine bağlı kalmasına yol açmakta ve bu da genel hukuk kurallarının hakkaniyet ilkelerinden saparak müşteri aleyhine sonuç doğurmaktadır. Bu durum uygulamadaki genel işlem şartlarının denetlenmesinde ne gibi sakıncalar çıkabileceğini gösterir.

## Genel İşlem Şartlarının Sakıncalarının Denetlenmesi

### 1. Genel Olarak

Genel işlem şartlarının sakıncaları İkinci Dünya Savaşı sonrasında batı ülkelerinde gittikçe gelişen ve kuvvetlenen bir şekilde bu şartların denetlenmesi, içeriklerinin kontrol edilmesi ve gereksizliklerinin hukuksal dayanakları hakkında çeşitli görüşlerin ortaya atılmasına neden olmuştur.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, a.g.e., s. 159.

<sup>11</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, a.g.e., s. 159.

<sup>12</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, a.g.e., s. 160.

<sup>13</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, a.g.e., s. 160.

## 2. Genel İşlem Şartlarının Uygunluk Denetimi

Bireysel sözleşmelerde olduğu gibi genel işlem şartlarında yer alan bir kayıt, yasanın emredici kurallarına, ahlaka, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırı ise geçersizdir. Bu gibi hallerde sözleşmelerde ki genel geçersizlik sebepleri hiç kuşkusuz genel işlem şartlarında yer alan kayıtlar hakkında da yürür.<sup>14</sup>

## 3. Genel İşlem Şartlarının Kuruluşunda ve Yorumundaki Denetleme

Buradaki denetleme, İsviçre ve Alman doktrin ve içtihatlarında “*Açık Olmama Kuralı*” diye adlandırılan esas gereğince genel işlem şartlarında yer alan bir kayıt açık ve anlaşılır değilse, birden çok anlama geliyorsa bunu hazırlayan müteşebbis aleyhine yorumlanır.<sup>15</sup>

Bir sözleşmede ihtilaflı bir konu mevcutsa, sözleşmenin yorumunda bir tereddüde düşülürse hükmü düzenleyen tarafın aleyhine olan anlam tercih edilir. Bu kural genel işlem şartlarında uygulanmaktadır.<sup>16</sup> Genel işlem şartları, yer aldıkları her sözleşme açısından, o sözleşme çerçevesinde yorumlanır ve başka sözleşmeler bakımından farklı sonuçlara ulaşılabilir.<sup>17</sup>

Şöyle ki genel işlem şartlarının yorumu yapılırken müteşebbis açık ve anlaşılır bir şekilde hazırladığı sözleşmesini tüketici aleyhine yapmaktadır. Şayet açık ve anlaşılır değilse müteşebbis aleyhine yorumlanır.

## 4. Genel İşlem Şartlarının Denetim Yorumundaki Amaç

Genel işlem şartlarının yorumundaki amaç her iki tarafın da sözleşmenin kuruluş aşamasından bitişine kadar uygunluk denetimi altında korunmasıdır.

<sup>14</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp, a.g.e., s. 161.

<sup>15</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp, a.g.e., s. 162.

<sup>16</sup> Oğuzman-Öz; *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, s. 144.

<sup>17</sup> Oğuzman-Öz; a.g.e., s. 144, dipnot 498.

## 5. Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetimi

Genel işlem şartlarının içerik denetiminde bakılması gereken yön, yapılan sözleşmenin ahlaka aykırı olup olmaması, müşterinin ekonomik hareket özgürlüğünün kısıtlanmamasıdır.<sup>18</sup> İçerik denetimi; sözleşme ile geçerli olarak ilişkilendirilen ve sözleşmenin muhtevasına dahil olan genel işlem şartlarının, içerik olarak uygun olup olmadıklarının değerlendirilmesidir.<sup>19</sup> Bu değerlendirme sonunda sözleşmenin geçersiz bir hal alacağı başta olmak üzere, söz konusu sonucu doğuran hukuki yollardan yararlanacağı söylenebilir. Bu da, Medeni Kanunumuzdaki dürüstlük ve ahlak kurallarının bariz birer ispatı olacaktır.

## 6. Yol Gösterici Bir Model Olarak “Alman Genel İşlem Şartları Yasası”ndaki Denetim

### a) Genel Olarak

Alman mahkemeleri zaman içinde genel işlem şartlarının sınırları hakkında hukuki dayanak olarak ahlaka aykırılık kuralını da aşarak daha geniş ve esnek olan objektif iyi niyet kuralını uygulamaya başlamışlardır.<sup>20</sup> Ancak bir süre sonra bu yöntemin de yetmezliği ortaya çıkmıştır. Bunun sonucunda konuyla ilgili özel bir yasa çıkartılmış ve uygulamaya konulmuştur.

### b) Alman Genel İşlem Şartları Yasasının 9. Paragrafı

Genel işlem şartlarındaki kayıtlar, karşı sözleşeni, dürüstlük ve güven ilkesine aykırı olarak uygunsuz şekilde zarara uğrattıyorsa geçersizdirler.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp; a.g.e., s. 162.

<sup>19</sup> Ayşe Havutçu; *Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, s. 154; ayrıntılı bilgi için bkz.: Atamer, s. 143.

<sup>20</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp; a.g.e., s.162.

<sup>21</sup> Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp; a.g.e., s.162.

### 3. Genel İşlem Şartlarına Uygulanması Gereken Hususlar

#### a) Genel Olarak

Hukuki düzenlemeyi tespit etmek

Hak ve borç dağılımını araştırmak

Müşterinin mağduriyetine yol açacak aykırılıkları araştırmak<sup>22</sup>

#### b) Sözleşmenin Kurulması Aşamasında Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar

##### *Genel Olarak*

Sözleşmenin kurulması aşamasında ele alınması gereken ve buna ek olarak da sözleşmenin ifası esnasında genel işlem şartlarındaki denetim sorununa baktığımızda şunları gözlemlemekteyiz.

Bir örnekle başlarsak, banka ile müşteri arasında yapılan bir sözleşmede bankanın müşterisinin haklarını gözetmeksizin kendi öngördüğü ve tek yanlı olarak hazırladığı sözleşme ile kendi haklarını kullanabildiğini görmekteyiz. Bu durumda müşterinin bile bile sözleşmeyi imzaladığı bir ortamda karşımıza çıkan asıl mesele doğrudan doğruya denetim sorunudur. Bu durumda tarafları bağlayıcı nitelikte olan, içerik olarak ne olmalı sorusunun yanıtı, hiç kuşkusuz doğru olan, “*müşteriyi yanıltmadan ve onun haklarına zeval getirilmeden hazırlanmış bir sözleşme yapılmalı*” şeklinde olacaktır.<sup>23</sup>

##### *Maddi Edimi Tek Taraflı Olarak Değiştirme*

Maddi edimi sonradan tek taraflı olarak değiştirme yetkisi meselesinde, sözleşme hukukuna hakim olan “*pacta sunt servanda*” ilkesi uyarınca kural; “*değişen koşullara rağ-*

*men sözleşmenin ilk başta tayin edilen içerikle ifade edilmesidir.*”<sup>24</sup> Yani bir sözleşme kurulduğunda; edim ve karşı edim ve karşı edimin belirli bir denge içinde olduğu, dolayısıyla bu dengenin bozulamayacağı varsayımı bu alanda belirleyici gerekçe olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>25</sup> Bir müteahhit kusuru bile olmadan tespit edilen fiyatın üstünde iş bitirirse iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği genel işlem şartları anlamında bir denetlemeyi göstermektedir. BK md. 367/1’de açık olarak bu noktaya değinilmiştir.<sup>26</sup>

BK Madde 367/1. Yapılan şeyin masrafı, evvelce müteahhit ile takribi bir surette tesbit edilen keşfi iş sahibinin sun’u olmaksızın çok fazla tecavüz ederse gerek o şeyin imali esnasında gerek imalinden sonra iş sahibi mukaveleyi feshedebilir.

##### *Faiz Oranının Sonradan Tek Taraflı Olarak Değiştirilmesi*

##### *Genel Olarak*

Faiz oranının sonradan tek taraflı olarak değiştirilebileceği sorunu karşımıza çıktığında genel işlem şartları içinde bu hususun geçerli olup olmayacağı, geçerliyse denetim sorununun nasıl halledileceği meselesi karşımıza çıkmaktadır.

Böyle bir durumun denetimi ancak bankanın faiz artırımını müşteriye tutarı ve zamanında bildirmesiyle mümkün olabilir. Yoksa denetim sorunu müşteriye de fesih hakkı tanıyarak ve sözleşmenin baştan hükümsüz olamayacağını belirterek, müteşebbis banka karşısında müşteriyi koruma altına alabilecektir.<sup>27</sup>

Genel işlem şartları içinde yer alan geçerlilik kaydının uygulamada hüküm doğurup doğuramayacağı ayrıca kredili mevduat hesapları ve kredi kartı sözleşmeleri gibi sabit bir faiz

<sup>22</sup> Atamer, a.g.e., s. 235.

<sup>23</sup> Çeşitli tanımlar için bkz.: Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Alttop, a.g.e., s. 154; Oğuzman-Öz, a.g.e., s. 19; Atamer, a.g.e., s. 14; Havutçu, a.g.e., s. 2.

<sup>24</sup> Atamer, a.g.e., s. 238.

<sup>25</sup> Atamer, a.g.e., s. 238.

<sup>26</sup> Atamer, a.g.e., s. 239. AB-yönergesi uyarınca bir mal satan veya bir hizmet sunan kişiye, edimin ifası anında fiyat tespit etmek veya yükseltmek imkanı veren hükümler kötüye kullanılabilir hükümlerdir. Ayrıntılı bilgi için, bkz.: Atamer a.g.e., Ek m. 1/1 ve Ek m. 2/c.

<sup>27</sup> Atamer, a.g.e., s. 240.

oranının olmadığı sözleşmeler açısından olaya nasıl yaklaşılacağı meçhuldür.<sup>28</sup>

### Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İçeriği Olmadığının İleri Sürülmesi

Belirli bir süre ve amaçla bankadan alınan kredinin geri ödeme koşulları, özellikle aylık taksitler ve tabii ki faiz oranı taraflar arasında tek tek saptandığından burada bireysel sözleşme hükmünün var olduğu ve bunun karşısında zaten faiz artırımına ilişkin genel işlem şartları hükmünün sözleşme içeriği olmadığı da ileri sürülebilir.<sup>29</sup>

### Avrupa Ekonomi Topluluğu Yönergesine Göre Şart<sup>(1)</sup>

AB yönergesi Ek m. 1/j'de, işletmenin, sözleşmede sayılmış olan önemli sebeplerden biri gerçekleşmeksizin sözleşme hükümlerinin tek taraflı olarak değiştirebileceğine ilişkin hükümlerin kötüye kullanılabilir hükümler olduğu belirtilmiştir. Ancak Ek m. 2/b'de buna bir istisna getirilmiş ve finans sektöründe, tüketicinin ödeyeceği veya tüketiciye ödenecek faiz oranının, geçerli bir sebebin varlığı halinde önceden bir ihbara gerek olmaksızın değiştirilebileceği kabul edilmiştir. Bu tür hükümlerin geçerliliği ise bankanın müşteriyi her artıştan derhal haberdar etmesi ve ayrıca müşteriye sözleşmeyi bu değişiklik nedeniyle feshetme hakkının tanınmış olmasına bağlıdır.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Atamer, a.g.e., s. 241.

<sup>29</sup> Atamer, a.g.e., s. 241, dipnot 28.

<sup>(1)</sup> EK-2 Avrupa Birliği Hukuku, Konseyin 93/13 AET Yönergesi, 5 Nisan 1993.

<sup>30</sup> Atamer, a.g.e., s. 243. Türk hukuku açısından yönergenin çözümüyle tamamen örtüşen bir çözüm teklif eden Kostakoğlu na göre, müşteriye ihbar yapılmadan faizin istendiği zaman ve miktarda arttırılmasına ilişkin sözleşme kayıtları, bankanın daha sonra müşteriyi artıştan haberdar etmeyeceği ve kendisine hesabı kapatma imkanı vermeyeceği anlamında yorumlanmamalıdır; Atamer'in görüşü, a.g.e., s. 244. Bu tür hükümlerin, artıştan müşterinin derhal haberdar edilmesi ve kendisine sözleşmeyi fesih hakkının tanınması koşuluyla baştan geçersiz olmadığı kabul edilmelidir; Yargıtay ve doktrin bu hakkın kullanılmasında dürüstlük kurallarına uygun davranılması gerektiği görüşün-

### Temsil Yetkisine İlişkin Kayıtlarda Denetim

#### Genel Olarak

Bankalarla akdedilen sözleşmelerde sık sık, müşterinin yetkilendirdiği temsilcilerin yetkilerinin kapsamının değiştirilmesi veya sona erdirilmesi halinde bu durumun bankaya yazılı olarak bildirilmesi zorunluluğu getirilmektedir. Yazılı bildirim yapılmadığı sürece temsilcinin yaptığı işlemlerle müşterinin bağlı olacağı öngörülmektedir.<sup>31</sup>

#### Temsil Yetkisindeki Denetim

Temsilcinin yaptığı genel işlem şartlarında denetim nasıl sağlanacaktır diye baktığımız da karşımıza çıkan sorunun çözümünde ancak yazılı bildirim yapıp yapılmaması hususu ağırlık kazanmaktadır. Yazılı bildirim yapılmadığı sürece, temsilcinin yaptığı işlemlerle müşterinin bağlı olacağı öngörülmüştür.<sup>32</sup>

### Müşteri Hakkındaki Bilgilerin Üçüncü Kişilere Aktarılmasına İlişkin Kayıtlarda Denetim

#### Genel Olarak

Bankaların kredi sözleşmelerinde sık sık karşılaşılan bir durum da bilgilerin aktarılması meselesidir. Banka müşteriyle baştan imzaladığı sözleşmesinde; üye ve/veya ek kart hamilleri kendilerine ait kartın iptal edildiğine dair bilgiler ile banka ile arasındaki kredi kartlarından doğan kredi ilişkilerine dair bilgilerin, banka tarafından uygun görülen kişiye ve/veya kuruluşlara aktarılmasına muvafakat ettiklerini şimdiden ve gayri kabili rücu olarak beyan ve kabul ederler, tarzında bir kayıt yer almaktadır.<sup>33</sup>

dedir, yani bankanın faizi, fahiş bir oranda arttırması mümkün değildir.

<sup>31</sup> Atamer, a.g.e., s. 244.

<sup>32</sup> Atamer, a.g.e., s. 244.

<sup>33</sup> Atamer, a.g.e., s. 246. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Tekinalp, *Banka Hukuku*, s. 284.

## Ek Kart Hamiline Yapılan Bildirim Denetimi

Müşteri hakkındaki bilgilerin tek taraflı olarak bildirim meselesi de bankanın 3. kişilere yani ek kart sahiplerine yaptığı bildirimle yükümlü olup olmayacağıdır. Buradaki denetim nasıl sağlanacaktır? Bu tür genel işlem şartlarının denetiminde izlenen yol, bankanın bunu yapacağını müşteriye baştan bildirmesi ile olur. Ancak bu durumda karşımıza çıkan sorun kurumun bilgileri kime bildireceğidir. Bu durumda, uygulamaya bakıldığında meselenin çözümünde yasal düzenlemeye aykırılıklar görülmektedir.<sup>34</sup>

## Genel İşlem Şartları Kullananın Sorumluluğu İle İlgili Kayıtlar

### Genel Olarak

Borçlunun sorumluluğu, kendi edimini hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde söz konusu olacaktır. Bu durum, borçlunun temerrüde düşmesi, kusuruyla ifanın imkansızlaşmasına veya sözleşmenin müspet ihlaline sebep olması hallerinde ortaya çıkar.<sup>35</sup>

## Genel İşlem Şartlarında Kullananın Sorumluluğu

Genel işlem şartlarının kullananın sorumluluğuna baktığımızda borçlunun sorumluluğu, kendi edimini hiç yada gereği gibi yerine getirememesinden kaynaklanmaktadır. Yasal düzenlemede getirilen açıklama borçlunun eğer kusuru varsa tam tazminatla sorumlu olacağıdır. Genel işlem şartlarının uygulamada yaptığı denetimde soruna bulunan çözüm, ancak sorumluluğun tamamen ortadan kaldırılmasıyla sağlanabileceğidir. Borcun geç ifasında BK md. 102 temerrüde düşen borçlu, kusurlu olması halinde temerrütten doğan zararı, kusurdan bağımsız

olarak da kazadan doğan zararı tazmin etmekle sorumludur.<sup>36</sup>

## Genel İşlem Şartlarında Kullananın Sorumluluğunun Denetlenmesi

Genel işlem şartlarına göre denetlemenin yapılabilmesi ancak ihbarın yapılmasına ve mehil tayin edilmesine bağlanmaktadır. Uygulamada denetleme ile ilgili karşımıza çıkan başka bir olumsuzluk da, bankaya verilen talimatların yanlış veya eksik yerine getirilmesi ve de bankanın kendisine verilen talimatın yanlış yerine getirilmesine rağmen sorumlu tutulamayacak olmasıdır. BK md. 390, vekil, işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabidir diyor ve eksiklik kendini bu maddeyle daha belirgin hale getirmektedir.<sup>37</sup>

## Elektronik Ortamdaki Denetim Sorunu

### Genel Olarak

Elektronik bankacılık olanaklarından faydalanırken talimatların yanlış veya eksik yerine getirilmesi meselesinin çözümünde banka, elektronik ortamda meydana gelebilecek, bankamatikten dolayı oluşan yanlışlık ve hatalardan sorumlu olmayacağını söylemektedir.

## Bankanın Talimatında Yer Alan Taahhütname

Bu konuda bankaların, müşterilerine imzalattıkları sözleşmelerde yer alan bir hükümle söze başlamak yerinde olacaktır. Buna göre;

“İş bu taahhütname kapsamında kullanımına açılacak her türlü enstrüman ile gerçekleştirilecek işlemlerde teknik arıza nedeniyle işlemlerin yapılamaması, iptal edilmesi, kısmen yapılması, kaybolması, sair durumlarda banka-

<sup>34</sup> Atamer, a.g.e., s. 246.

<sup>35</sup> Atamer, a.g.e., s. 248-249. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Cevdet Yavuz; *Borçlar Özel*, s. 78; Oğuzman-Öz, a.g.e., s. 285.

<sup>36</sup> Atamer, a.g.e., s. 252.

<sup>37</sup> Atamer, a.g.e., s. 255.

nızın hiçbir sorumluluğu olmadığını kabul ve beyan ederim.”<sup>38</sup>

Bu ibare müşterinin uygulamada bankaya karşı herhangi bir hak iddia edememesi için öngörülmuş hukuka aykırı bir düzenlemedir. Maalesef uygulamada sıkça karşılaştığımız bir durumdur ve denetleme sorununu birlikte getirmektedir.

Örneğin müşteri bir havale yapmak istiyor, yanlış kişiye gidiyor, zamanında gelmiyor ve talimat verilmesine rağmen işlem hiç yapılmıyor. İlgili banka genel işlem şartları uyarınca sorumlu tutulamayacaktır.<sup>39</sup> Çözüm ne olacak? Müşterinin mağduriyeti nasıl giderilecek? İşte bu tür düzenlemelerin batıl olması gerektiği kanaatine varmaktayız.

## **TİP İŞ SÖZLEŞMELERİNDE ÖNGÖRÜLEN CEZAI ŞARTIN GENEL İŞLEM ŞARTLARI BAĞLAMINDA DENETLENMESİ**

### **1. Genel Olarak**

Sanayileşme ile birlikte çalışma yaşamı ve işçi işveren ilişkileri kitlesel bir nitelik kazanmış ve bu ilişkilere tek düze bir yapı kazandırılması ihtiyacı doğmuştur. Bunun sonucunda işyerindeki çalışma kuralları ve tarafların karşılıklı yükümlülükleri önceden ayrıntılı olarak hazırlanan belgelerde somutlaştırılmaya başlanmıştır.

Genel işlem şartları iş hukukunda ve iş sözleşmelerinde çoğu kez genel iş koşulları olarak nitelendirilmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, genel işlem şartları tüketicilerin korunması amacıyla geliştirilmiştir ve işçi tüketici değildir.<sup>40</sup>

İşyerinde işçi işveren ilişkilerinin önceden hazırlanan, genel ve tek düze kurallar içeren tip iş sözleşmeleri ile düzenlenmesine bir engel yoktur. Genel işlem şartları bakımından

söz konusu olan tarafların arasındaki denge-sizlik, iş ilişkilerinde çok daha belirgindir.<sup>41</sup>

### **2. Tip İş Sözleşmelerinde Denetleme Sebebi**

İşçinin genel işlem şartlarını imzalamasındaki amaç, işçinin ve ailesinin tek geçim kaynağı genellikle işçinin iş gücüdür. Bu nedenle işçi kendisine teklif edilen işi ve dolayısıyla iş sözleşmesine konu olan genel işlem şartlarını kabul etmek zorunda kalmaktadır. İşçiye diğer işçilerin tip iş sözleşmesinin imzalamış olduklarının telkin edilmesi ve sözleşme şartları hakkında yeterince değerlendirme yapabilecek birikime sahip olmaması da genel işlem şartlarını kabul etmesinde etkili olmaktadır. Bu da işçinin irade serbestisini sınırlamaktadır, içerik yönünden denetleme ihtiyacı doğmaktadır. İş sözleşmesinin ifa edilmesinin güvence altına alınması, sözleşmeye aykırılığın önlenmesi ancak önceden kararlaştırılabilecek cezai şartın önlenmesi ile olabilir.<sup>42</sup>

#### **a) Hukuka Aykırılık Sebebi**

Genel işlem şartları, önceden hazırlanırken genellikle bu konuda uzman olan kimseler tarafından ve bütün olasılıklar düşünülerek emredici hükümlerin sınırlarını zorlayacak şekilde şartlar içermektedir. Hatta bazen, karşı tarafın hukuki bilgi ve mücadele gücü olmamasından yararlanılarak emredici hükümlere aykırı kayıtlara dahi yer verebilmektedir.<sup>43</sup>

Genel işlem şartları tek taraflı düzenlemeler olmaları nedeniyle, daha çok bunu hazırlayan tarafın menfaatlerine hizmet etmektedir. Ayrıca, genellikle genel işlem şartları kendisine sunulan taraf ekonomik, sosyal veya kültürel yönden zayıftır. Bu eşitsizlik ve denge-sizlik nedeniyle karşı taraf adeta kendisine zorla dayatılan genel işlem şartlarını kabul

<sup>38</sup> Atamer, a.g.e., s. 257.

<sup>39</sup> Atamer, a.g.e., s. 257.

<sup>40</sup> Veli Karagöz; “Tip İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi”.

<sup>41</sup> Ulusan, a.g.m., s. 14. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Turgut Öz, “Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları”.

<sup>42</sup> Karagöz, a.g.e., s. 594.

<sup>43</sup> Karagöz, a.g.e., s. 597.

etmek zorundadır. Sonuç olarak genel işlem şartlarının söz konusu olduğu durumlarda genellikle tarafların eşitliğinden ve sözleşme özgürlüğünden söz edilemez. Bu nedenle genel işlem şartlarının içerik yönünden denetlenmesi gerekmektedir.<sup>44</sup>

Öncelikle genel işlem şartları, BK 20 hükmü gereğince sözleşmelerde olduğu gibi hukukun emredici kurallarına, ahlaka, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırı oldukları taktirde geçersizdirler. BK 21’de gabin ile hükümlerde aynı şekilde belirtilmiştir<sup>45</sup> Ayrıca genel işlem şartlarının açık olmayan kayıtlar içermesi durumunda, hazırlayan taraf aleyhine yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. Genel işlem şartlarının denetlenmesi bakımından başvurulabilecek kriterlerden birisi ve hatta en önemlisi BK’daki “dürüstlük kuralı”dır.

Özellikle genel işlem şartları arasında beklenmedik hükümlerin bulunması sözleşme hakkının kötüye kullanılması olarak nitelendirilmekte ve denetlenmektedir.<sup>46</sup>

## b) Hakim Tarafından Denetlenmesi

Genel işlem şartlarında, mevcut hukuki düzenlemelerin tekrar edilmiş olduğu kayıtların denetlenmesi söz konusu değildir. Aksi taktirde hakime dolaylı olarak yasaları denetleme olanağı tanınmış olacaktır. Bunların örf ve adet hukuku kuralı veya bir mertebeye ulaşmamış hakimın yarattığı bir hukuk kuralı olması önem taşımaz.<sup>47</sup>

Genel işlem şartlarının hakim tarafından denetlenmesi, bazı kayıtların sözleşme kapsamına dahil sayılmaması veya geçersizliği sonucunu doğurabilecektir. Bu durumda söz-

leşme kayıtlarının kısmi geçersizliği, diğer kayıtların ve sözleşmenin tamamının geçersizliği sonucunu doğurmaz.<sup>48</sup> Bir genel işlem şartının emredici hükümlere aykırılık nedeniyle geçersizliği durumunda, kural olarak BK m. 20/II-c.2 hükmünün uygulanamayacağı ifade edilmektedir. Buna göre, taraflar anılan hükümlerin geçersizliğinin bilinmesi halinde sözleşmenin yapılmayacağını ve dolayısıyla sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri süremezler.<sup>49</sup>

Yargıtay’ın genel işlem şartlarının denetlenmesine ilişkin görüşü de, münferit bir sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanamayacağı, kişilik haklarını sınırlandıran kayıtların hükümsüz olacağı ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır.<sup>50</sup>

## 3. İş İlişkilerinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi

### a) Genel Olarak

Tip iş sözleşmesi önceden hazırlanmış olması, işçinin müdahale olanağı bulunmaması ve işçi aleyhine hükümler içermesi olasılığı nedeniyle içerik denetimine tabi tutulabilmelidir. Bu nedenle önemle belirtmek gerekir ki, tip iş sözleşmesi kayıtları, öncelikle mevcut İş Hukuku mevzuatı açısından denetlenmelidir.<sup>51</sup> Taraflar cezai şart kararlaştırılırken alacaklının cezai şartın yanı sıra uğramış olduğu zararın tamamını isteyebileceğini kararlaştırabilirler.<sup>52</sup>

Tip iş sözleşmelerinin denetlenmesinde ahlaka aykırılıktan da yararlanılabilir. Bununla birlikte bu kriterin uygulanması, ahlaka aykırılığın çok açık olmadığı durumlarda zorluk gösterir. Tip iş sözleşmesinde öngörülen cezai şarta ilişkin kayıtlar iş görme borcunun konusunun ahlaka aykırı olması durumunda ise geçersiz olacaktır.<sup>53</sup>

<sup>44</sup> Karagöz, a.e.g., s. 597.

<sup>45</sup> Karagöz, a.g.e., s. 597. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ünal Tekinalp, *Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları*, Ernst E. Hirsch’in Hatırasına Armağan, s. 140 vd.

<sup>46</sup> Karagöz, a.g.e., s. 597. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp, a.g.e., s. 161-162. Tüketicinin genel işlem şartlarını olduğu gibi kabul etmek zorunda kalması, genel işlem şartları alanında zayıf olan taraf için sözleşme özgürlüğünün kağıt üzerinde kalmasına neden olmaktadır. Havutçu, a.g.e., s. 39.

<sup>47</sup> Atamer, a.g.e., s. 217.

<sup>48</sup> Karagöz, a.e.g., s. 598.

<sup>49</sup> Karagöz, a.g.e., s. 598, dipnot 23.

<sup>50</sup> Karagöz, a.e.g., s. 598, dipnot 24: Y. 3HD. 02.06.1998/4263, K. 1998/6098 (YKD, Temmuz 1998, s. 976-978)

<sup>51</sup> Karagöz, a.g.e., s. 598.

<sup>52</sup> Karagöz, a.g.e., s. 600.

<sup>53</sup> Karagöz, a.g.e., s. 600.



## b) Tip İş Sözleşmelerinin Denetleminde Hakkaniyete Aykırılık Kuralı (İlkesi)

Tip iş sözleşmesi ile işçi aleyhine öngörülmuş olan cezai şarta ilişkin kayıtların denetlenmesinde başvurulabilecek unsurlardan birisi de hakkaniyete aykırılıktır. Böylece işveren tarafından işçiye kabul ettirilen cezai şarta ilişkin kayıtların sözleşme hakkının kötüye kullanılması niteliği taşıyıp taşımadığı ve hakkaniyete uygunluğu denetlenebilecektir. Tip iş sözleşmesi ile işçi aleyhine cezai şart öngörülebilmesi için işverenin haklı menfaatinin bulunması gerekir.<sup>54</sup>

Cezai şartın iş sözleşmesinin haksız feshinin önlenmesi, rekabet yasağının güvence altına alınması amacına hizmet etmesi durumunda işverenin haklı menfaati bulunduğu kabul edilir. Aynı şekilde sır saklama yükümlülüğünün garanti altına alınması da cezai şart yoluyla sağlanabilir.<sup>55</sup>

## c) Tip İş Sözleşmelerindeki Olağan Dışı Kayıtlar

Genel işlem şartlarını içeren sözleşmenin, güven ilkesinin sınırlarını aşması, bunu hazırlayanın karşı tarafın dikkatini çekmemesi halinde, karşı tarafın bu sözleşme hükümlerini hesaba katmayacak olması nedeniyle, olağan dışı kayıtlardan söz edilir. Dolayısıyla, sözleşme kayıtları karşı tarafın hiç beklemediği, hesaba katmadığı veya katmasının beklenemeyeceği bir sonuç doğuruyorsa geçersizdirler. O halde genel işlem şartları içerisinde yer alan kayıtlar, olağan ve beklenebilir oldukları takdirde bağlayıcılık kazanırlar.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Karagöz, a.g.e., s. 601.

<sup>55</sup> Karagöz, a.g.e., s. 601; Berlin Eyalet Mahkemesi bir kararında, işçinin bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davranması halinde ödenmek üzere kararlaştırılan cezai şartı, işverenin uğramış olduğu zararı ispat gücüne bulunmadığı dolayısıyla işverenin haklı ekonomik menfaati olmadığı gerekçesiyle geçerli kabul etmemiştir. (Lag Berlin vom 22.5.1997) Karagöz, a.g.e., s. 601-602, dipnot 44.

<sup>56</sup> Karagöz, a.g.e., s. 602. Alman hukukunda "hal ve şartlara ve özellikle sözleşmenin dış görünüşüne göre karşı tarafın tahmin edemeyeceği kadar olağan dışı olan genel işlem şartları sözleşme kapsamına dahil

## d) Tip İş Sözleşmelerinde Açık Olmayan Kayıtların Yorumlanması

Genel işlem şartlarında yer alan kayıtların açık ve anlaşılır şekilde düzenlenmesi gerekir. Sözleşme kayıtlarının, ortalama hukuk bilgisine sahip vatandaşın hukuki yardım almasına gerek kalmaksızın aleyhe sonuç doğuran hükümlerin etkilerinin farkına varabilecek nitelikte hazırlanmış olması gerekir. Açık olmama kuralı tartışmaya elverişli değildir. Diğer deyişle, tip iş sözleşmesine dayanan işveren, işçinin sözleşme kayıtlarını anlayabilecek yeterliliğe ve niteliğe sahip olduğunu ileri süremez.<sup>57</sup>

Önceden hazırlanan genel işlem şartlarında yer alan bazı kayıtlar açık ve anlaşılır değilse veya birden fazla anlam içeriyorsa, bunu hazırlayan aleyhine yorumlanır. "Açık olmama kuralı" olarak da adlandırılan bu yorum kuralının iş veren tarafından önceden hazırlanan tip sözleşmelerinde yer alan açık olmayan kayıtların yorumlanması bakımından uygulanmamasına engel bir durum bulunmamaktadır.<sup>58</sup> Alman Federal İş Mahkemesi, uyuşmazlık konusu bir olayda önceden hazırlanan tip sözleşmeye ilişkin kararını açık olmama kuralına dayandırmıştır.<sup>59</sup>

## 4. Uygulamada Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi

Genel işlem koşulları, bilgisiz, tecrübesiz, güçsüz insanların hukuk kılıfı içerisinde sömürülmesini doğurmaktadır. Kaldı ki genel koşullar, bireysel sözleşme modelinin etkisini azaltacağından, güçlü kuruluşlara, tekel yoluyla diledikleri koşulları müşterilere kabul ettirme olanağı sağlamaktadır. Müşteri ise, sözleşmenin diğer tarafını seçme ve sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünden tamamen yoksun bırakılmaktadır. İşte bu sakıncalar

sayılmazlar." Bu kural iş sözleşmesi bakımından da geçerlilik arzeder. Dipnot 47.

<sup>57</sup> Karagöz, a.g.e., s. 603.

<sup>58</sup> Karagöz, a.g.e., s. 603; Dipnot; 55 Alman Hukukunda kural şu şekilde ifade edilmektedir; "Genel işlem şartlarının yorumlanmasından kaynaklanan tereddütler, bunları kullanan aleyhine sonuç doğurur."

<sup>59</sup> Karagöz, a.g.e., s. 604.

nedeniyle İkinci Dünya Savaşının hemen sonrasında batı ülkelerinde, gittikçe gelişen, kuvvetlenen bir şekilde, bu şartların denetlenmesi, içeriklerinin kontrol edilmesi ve geçersizliklerin hukuksal dayanakları hakkında çeşitli görüşlerin ortaya atılmasına neden olmuştur.<sup>60</sup>

## 5. Tip İş Sözleşmelerindeki Cezai Şarta İlişkin Kayıtların Değerlendirilmesi

Tip iş sözleşmeleri ile hukukun genel prensiplerine ve iş hukukunun emredici hükümlerine aykırı düzenlemelerde bulunmak mümkün değildir. Tip iş sözleşmesinde ön görülen cezai şarta ilişkin kayıtlar, hakkaniyete aykırılık yönünden de denetlenebilir. Bu tür kayıtların öngörülmesinde işverenin haklı menfaatlerinin bulunması gerekir. Aksi takdirde işverenin sözleşme hakkını kötüye kullanması ve hakkaniyete uygunluk denetimi söz konusu olabilecektir. Cezai şarta ilişkin tip iş sözleşmesi kayıtları tek başına işçi aleyhine olduğu gerekçesiyle reddedilemez. Önemli olan nokta, eğitim giderleri karşılığında cezai şart kararlaştırılmasında olduğu gibi sözleşmenin işçiye sağlamakta olduğu menfaatler ile getirmiş olduğu yükümlülükler arasında karşılıklı ilişki ve denge bulunmasıdır.<sup>61</sup>

## İNTERNET ÜZERİNDEN YAPILAN HUKUKİ İŞLEMLERDE GENEL İŞLEM ŞARTLARI VE UYGULAMADAKİ DENETİMLER

### 1. Elektronik Ortamda Yapılan İrade Beyanları

İrade beyanı, belirli bir hukuki işlemin gerçekleştirilmesine yönelik arzunun ifade edilmesinden başka bir şey değildir. Elektronik olarak dermeyan olunan bir irade beyanında

<sup>60</sup> Nihat Yavuz; "Genel İşlem Şartlarının Tanımı, Yorumu ve Denetlenmesi".

<sup>61</sup> Karagöz, a.g.e., s. 605-606 dipnot: 65; Alman Hukukunda "Bireysel Anlaşmalar Genel İşlem Şartlarına Göre Önceliğe Sahiptir" bireysel anlaşmalar önceliği vardır.

da dış dünyaya yöneltilmiş bir beyan ve bu beyanla bağlı olma arzusunun varolması gerekir. Buna karşın otomatik olarak bilgisayarlar tarafından yapılan irade beyanları birtakım özellikler gösterir.<sup>62</sup>

Bu sistemde bilgisayara yüklenmiş olan bir program —araya insan unsuru girmeden— otomatik olarak irade beyanında bulunur ve bunun yine otomatik olarak muhatabına gönderir. Mesela büyük bir hipermarketin bilgisayar sistemi kendiliğinden deponun son durumunu kontrol etmekte ve gerekirse ihtiyaç halinde daha önceden belirlenmiş firmaya siparişte bulunmaktadır. Görüldüğü gibi bu sistemde insan tarafından yapılan aktif bir hareket söz konusu olmamaktadır. Bu tür hallerde çoğunlukla normal insan tarafından yapılmış bir iradenin mevcudiyeti kabul edilmektedir. Zira beyanda bulunan burada sadece irade beyanının kurulması ve karşı tarafa iletilmesinde bilgisayardan faydalanmaktadır. Bu beyan daha önce belirlenmiş parametreler vasıtasıyla yapılmaktadır ve dolayısıyla beyanda bulunanın arzusuna uygundur.<sup>63</sup>

Ayrıca böyle bir bilgisayar sistemi kullanan müteşebbis, bu sistem tarafından yapılan irade beyanlarıyla bağlı olacağı hususunda karşı tarafa haklı bir güven oluşturmuştur ve dolayısıyla bu tür beyanlar kendisine izafe edilmek gerekir.<sup>64</sup>

### 2. Elektronik Ortamda Yapılan İrade Beyanlarının Hüküm İfade Etmesi

#### a) Elektronik Ortamda İrade Beyanında Bulunma

Akitlerde icapta bulunan kural olarak icabıyla bağlıdır.<sup>65</sup> Elektronik vasıtalarla yapılan irade beyanları (icap-kabul) "*Gaipler Arasın-*

<sup>62</sup> Bozbel, Savaş; [http://www.hukukcu.com/bilimsel/-kitaplar/internet\\_uzerinden\\_hukuki\\_islem.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/-kitaplar/internet_uzerinden_hukuki_islem.htm), s. 5.

<sup>63</sup> Bozbel, a.g.e., s. 5.

<sup>64</sup> Bozbel, a.g.e., s. 5.

<sup>65</sup> Türk Hukukunda BK 5-9'da "kişinin icabıyla bağlı olacağı icabın kabulü" hükmü yer almaktadır, ayrıntılı bilgi için bkz.: Oğuzman-Öz, a.g.e., s. 49 vd. Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Alttop, a.g.e., s. 42 vd.

da" yapılmış bir irade beyanıdır. Bilgisayar tarafından otomatik olarak yapılan irade beyanlarında da aynı husus geçerlidir. Mesela internet üzerinden sanal bir marketten yapılan alışverişlerde durum böyledir.<sup>66</sup>

### b) İnternette Yapılan Arzların Durumu

İnternette yapılan mal arzlarının bir icap mı yoksa icaba davet mi olduğu ancak muhatabın web sitesinin muhtevasını dürüstlük kuralına göre nasıl algıladığına bağlıdır. Mesela müşteri internet üzerinden ısmarlayacağı malın bedelini kredi kartı numarası vererek bu şekilde ısmarlıyorsa burada herhangi bir sorun yoktur.<sup>67</sup>

## 3. İnternet Üzerinden Yapılan Muamelelerde ve Genel İşlem Şartları

### a) Genel Olarak

Kanun çerçevesinde sözleşme özgürlüğü prensibi korunsu da önceden hazırlanmış tip sözleşmelerde bu tam anlamıyla gerçekleşmemektedir.<sup>68</sup> Elektronik ortamda masaya oturarak karşılıklı sözleşme prensibinden farklı bir durum vardır. Bu durumların korunması için hakime müdahale imkanı verilmektedir. Her ne kadar kanunumuzda açık bir düzenleme getirilmemişse de doktrin ve içtihat yardımıyla genel işlem şartlarının denetimi yoluna gidilmektedir.<sup>69</sup>

Yukarıda bu konulara konuyla ilgili olduğu ölçü ve içerik içinde değinmiş bulunuyoruz. Ancak internet üzerinden yapılacak işlemler bakımından tekrar niteliğinde olsa da aşağıdaki açıklamaları yapmak yararlı olacaktır.

<sup>66</sup> Bozbel, a.g.e., s. 6.

<sup>67</sup> Bozbel, a.g.e., s. 6.

<sup>68</sup> Tüketici kendisine sunulan sözleşme metnini incelemeyen imzalamak zorunda olduğundan dolayı kabul eder ve karşımıza sözleşme özgürlüğü prensibine ters düşecek bir durum çıkmaktadır. Amaç burada tüketicinin aleyhine olacak hükümler hazırlamaktır.

<sup>69</sup> Bozbel, a.g.e., s. 9.

### b) Genel İşlem Şartlarının Sözleşmeye Dahil Edilmesi Denetimi

Genel işlem şartlarının sözleşmeye dahil edilmesi denetiminde hakim, söz konusu genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olup olmadığını tespit edecektir. Bu meyanda tüketici genel işlem şartı (GİŞ) kullanımı hakkında sözleşmenin kurulmasından önce açık bir şekilde uyarılmış ve kendisine GİŞ metni teslim edilmişse ancak o zaman GİŞ'in sözleşmenin içeriği olduğundan bahsedilebilir. Acaba bu kaideler internet üzerinden yapılan muamelelere nasıl uygulanabilecektir?

İnternet üzerinden yapılacak muamelelerde GİŞ kullanımı halinde bunun sözleşmeye dahil edilebilmesi için her şeyden önce açıkça GİŞ kullanımına dikkat çekilmiş olması gerekir. Bu, internette ya siparişin verileceği websitede bulunan GİŞ'e bir link vasıtasıyla veya kısa GİŞ ile sipariş formundan önce GİŞ'in websitede tüketicinin görüşüne sunulması ile olur. Önemli olan sipariş formunun bulunduğu sayfada GİŞ'e direkt bağlantıyı temin eden bir link vasıtasıyla müşterinin aramasına gerek olmadan GİŞ'in görünür okunabilmesidir. Buna karşın özellikle uzun GİŞ de, GİŞ'nin tüketiciye ürün tanıtımından önce veya sipariş formu ulaşmadan önce tam metin halinde sunulması gerekli değildir.<sup>70</sup>

### c) Genel İşlem Şartlarının Yorumlanması Denetimi

Muhtemel yorum yöntemlerinden müşterinin lehine olanın tercih edilmesi<sup>71</sup> bu bölümde yer alan açıklamalar bakımından da geçerlidir. Konuyla ilgili olarak yukarıda yaptığımız açıklamalara atıf ile yetiniyoruz.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> Bozbel, a.g.e., s. 9.

<sup>71</sup> Bozbel, a.g.e., s. 10. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Atamer, a.g.e., s. 124.

<sup>72</sup> Bkz.: Yukarıda 4-1.

#### d) Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetimi

Genel işlem şartlarına ihtiva eden sözleşmeler 1) emredici hükümlere, 2) ahlaka aykırı olamazlar. Emredici hükümlere aykırılık bir sözleşmenin bizzat kendisi, sözleşme konusu veya sözleşmenin amacı açısından söz konusu olabilir. Hangi hükümlerin emredici olup olmadığı ancak normun hakim tarafından anlama ve amacının yorumlanmasından sonra anlaşılabilir.<sup>73</sup> Bu konuya da daha önce değinmiş bulunmaktayız.

#### 4. Genel İşlem Şartlarının Hazırlanmasında Sözleşme Dili

İnternet üzerinden yapılan muamelelerde ortaya çıkabilecek en sık problem ise sözleşmenin ve hazırlanmış olan GİŞ'in yabancı dilde olmasıdır. Mesela internet üzerinden kitap ismarlayan bir tüketicinin, kitapevinin Fransızca olan GİŞ'nin içeriğinden ne derece haberdar olacağı tartışmalıdır. Tüketicinin dilini ölçü kabul edersek wepsite üzerinden ulaşan her müşterinin diline hitap edilmelidir. Esas alınan da müşterinin sözleşmeyi doldurduğu dildir.<sup>74</sup>

#### 5. Elektronik Ortamda Yapılan Genel İşlem Şartlarındaki Şekil

##### a) Genel Olarak

BK m. 11/f.1'de yer alan düzenlemeye göre akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle bağlı değildir. Sözleşmelerdeki asıl şart kişilerin irade açıklamalarını içeren sözleşmeleri, el yazılarıyla imzalamaları gerekliliğidir. Ancak elektronik ortamda bu mümkün değildir. Yürürlükteki mevzuat açısından internet üzerinden sözleşme kurulabileceği, ancak sözleşme aslının tarafa ulaşması gerektiği belirtilmektedir.<sup>75</sup>

#### b) Hakimin Şekil Sorununda Takdir Yetkisi

HUMK m. 367'de sayılan özel hükümler burada delil olarak hakim karşısına sunulduğunda hakimin takdir yetkisi söz konusu olacaktır. Bilgisayar ortamında saklanan veriler ve alınan çıktılar bu bağlamda özel hüküm sebepleri olarak değerlendirilebilir.<sup>76</sup>

#### 6. Genel İşlem Şartlarının Uygulamadaki Denetiminde Dijital İmzanın Yeri

##### a) Genel Olarak

Sanal ortamda yapılan bilgi değişimlerinde kişilerin kendi adlarına bazı dokümanlar düzenlemesi veya kendisini düzenleyici olarak göstermesi mümkündür. Burada doğabilecek güvenlik boşluğunun, dijital imza ile belirli bir şahsa izafe edilerek aşılması mümkün görülmektedir.

##### b) Dijital İmza İçin Gerekenler

**a. Onay Şifresi:** Dijital imza ile, belirli bir dokümanın ve içeriğinin belirli bir şahsa izafe edilebilmesi mümkün olmaktadır. Dokümanla birlikte gönderilen şifreli imzayı deşifre eden kimse bu sayede dokümanın sözkonusu kişiden geldiğinden ve herhangi bir değişikliğe uğramadığından emin olabilmektedir. Bu şekilde dijital imzanın şifrelenip deşifre edilmesine "Onay Şifrelemesi" denilmektedir.

**b. Güvenlik Şifrelemesi:** Gönderilen herhangi bir dokümanın bir başkası tarafından görülmesi, okunması güvenlik şifrelemesi ile mümkün olmaktadır.<sup>77</sup> Dijital imza ile gönderilen bir doküman güvenlik şifrelemesi ile gönderilebildiği gibi aynı şekilde dijital imza olmadan bir mektup güvenlik şifrelemesi ile de gönderilebilir.<sup>78</sup>

<sup>73</sup> Bozbel, a.g.e., s.10; içerik denetiminde esas olarak borçlar kanunundan yararlanılmıştır.

<sup>74</sup> Bozbel, a.g.e., s.10.

<sup>75</sup> Bozbel, "Alman Federal Yüksek Mahkemesi varması gerekli irade beyanlarında yazılı aslının kanunen öngö-

rüldüğü şekilde muhataba ulaşması gerektiği görülmüştür." hukukçu.com.

<sup>76</sup> Bozbel, a.g.e., s.11.

<sup>77</sup> Bozbel, a.g.e., s.11.

<sup>78</sup> Bozbel, a.g.e., s.11.

### c) Dijital İmzanın İşleyiş Tarzı

Dijital imzaların dayandıkları onay şifresi ve güvenlik şifrelemesi sayesinde doküman sahibinin kimliği ve dokümanın maniple edilmediği ispatlanabilmektedir. Bu sayede o doküman sahibine izafe edilebilmektedir. Dijital imza, elektronik bir dokümanın şifreli kısa özetini izafe edebilmektedir.<sup>79</sup>

### SONUÇ

Sözleşme ilişkisinin yaygınlaşmaya başladığı, hazırlanmış ve müşteriye okuma şansı bile verilmeden imzalaması istenen genel işlem şartları mukayeseli hukuk içinde bakıldığında içerik denetiminin özellikle tüketicinin korunması amacıyla yapılan düzenlemeler doğrultusunda hazırlandığı görülmektedir. Bunun sebebi de sözleşme özgürlüğünün tek yanlı olarak hazırlanmasında en fazla olumsuz yönde etkilenecek olan kesim tüketicilerdir. Uğranılan zararın dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacağı da açıktır.

Borçlar kanunu ile yapılan düzenlemelerde denetim esasları getirilerek zayıf durumdaki tüketiciyi denetimle koruma altına almaya çalışmaktır. Genel işlem şartlarının hazırlanmasında temel neden, taraf menfaatlerinin dengelenmesi ve değer yargıları doğrultusunda müşterinin imzaladığı sözleşme sonucunda mağdur hale gelmemesidir. ■

### Kaynakça

- Ayşe Havutçu; *Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, İzmir: 2003.
- İlhan Uluşan; "Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, İstanbul: 2004.
- Nihat Yavuz; "Genel İşlem Şartlarının Denetimi ve Yorumlanması", *Yargıtay Dergisi*, cilt 1, Sayı 1-2, 2002.
- Oğuzman-Öz; *Borçlar Genel*, 3. Bası, İstanbul: 2000.
- Savaş Bozbel; "İnternet Üzerinden Hukuki İşlem", [http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/internet\\_uzerinden\\_hukuki\\_islem.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/internet_uzerinden_hukuki_islem.htm)
- Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop; *Borçlar Genel*, 7. Bası, İstanbul: 1993.
- Veli Karagöz; "Tıp İş Sözleşmesinde Öngörülen Cezai Şartların Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi", Atatürk Üniv. Hukuk Fak., cilt. 8, sayı 1, 22004.
- Yeşim Atamer; *Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, 2. Bası, İstanbul: 2001.

<sup>79</sup> Bozbel, a.g.e., s.11.