

## AVRUPA ORTAK PAZARINDA TÜKETİCİNİN KORUNMASI - AVRUPA DİREKTİFİ VE ALMAN GENEL İŞLEM ŞARTLARI HAKKINDA KANUN

Prof. Dr. Dr. h.c. Erwin DEUTSCH\*

(Çeviren : Yrd. Doç. Dr. Ayşe HAVUTÇU)\*\*

1.1.1993'den beri Avrupa Topluluğuna üye ülkeler arasında serbest ticareti mümkün kılan Avrupa Ortak Pazarı, üye ülkelerden sadece ticari tutumlarında değişiklik beklememektedir. Aynı zamanda, kanuni çerçeve şartlarda belirlenen ortak asgari standartları güvence altına almak için hem iç, hem dış ticaretin dayandığı kuralların en geniş biçimde Avrupa Topluluk Hukuku ile uyumlaştırılması gerekmektedir.

5.4.1993'de yürürlüğe giren "*Tüketici Sözleşmelerinde Dürüst Olmayan Koşullar*" hakkındaki 93/13 no.lu Direktif, Avrupa birliğinin tüketicinin korunması alanında tekdüze çerçeve şartları oluşturma yolunda aldığı bir önlemdir. Direktifin amacı, tüketicinin, Avrupa Ortak Pazarında kendisi için sağlanan yeni imkânların kullanılmasına olan güvenini güçlendirmektir. Üye devletler, bu arada Almanya da, tüketicilerin dürüst olmayan sözleşme şartlarının kullanılmasından zarar görmelerini önlemek amacıyla iç hukuk düzenlerinde direktifin zorunlu kıldığı hukuki değişiklikleri yapmakla yükümlüdürler. Direktifin 10. paragrafının 1. fıkrasına göre, 31.12.1994 tarihine kadar direktifin içerdiği hükümler doğrultusunda iç hukukta değişiklik yapılmış olacaktır.

Direktifle amaçlanan koruma, Alman Hukukunda şimdiye kadar, 9.12.1976'da yürürlüğe giren "*Genel İşlem Şartları Hukuku Hakkında Kanun*" (AGBGB) vasıtasıyla sağlanmıştır ve önemli ölçüde Alman Medeni Kanunu'nun 242'inci pragrafında hükme bağlanan "*dürüstlük ve güven ilke-*

---

\* Göttingen Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim üyesi.

\*\* DEÜ. Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü, Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

sine" dayanmaktadır<sup>1</sup>. Aslında, Genel İşlem Şartları Hakkında Kanunun Avrupa Birliği direktifine uygun hale getirilmesi için büyük değişiklikler yapılması gerekmemektedir ancak yine de bazı alanlarda uyumlaştırmaya ihtiyaç vardır. Aşağıda her iki düzenleme arasındaki ortak noktalar ve farklılıklar ortaya konularak birbiriyle karşılaştırılacak ve böylelikle Alman Hukukunda yapılması gerekli değişikliklere işaret edilecektir. Yapılacak bu değişiklikler, tüketiciye sağlanan korumayı genişletici mahiyette olduğu gibi, bazı hususlarda yürürlükteki hukuk karşısında bu korumayı daraltmaktadır.

Alman Hukukunda direktiften etkilenen hükümlerin değiştirilmesinde daima, yeknesaklaştırmanın amacının, sadece tüketicinin korunması alanında asgari standartın oluşturulması olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Bundan çıkan sonuç, Avrupa Birliğine üye ülkelerde tüketiciye, bu standartları aşan, daha kapsamlı bir koruma sağlanmasının mümkün olmasıdır. Bu nedenle, Alman Genel İşlem Şartları Hukuku Hakkında Kanununun tüketiciye dürüst olmayan sözleşme koşullarının kullanılmasına karşı direktiften daha kapsamlı koruma sağlayan hükümlerinin değiştirilmesine gerek yoktur. Bu husus direktifin 8. paragrafında "üye ülkelerin, tüketicinin daha üst seviyede korunmasını sağlamak için daha sıkı şartlar öngören kanuni düzenlemeleri yapabilecekleri" şeklindeki hükmüyle de teyid edilmektedir.

Alman Hukukunda yürürlükteki kurullarla direktif arasındaki farklılıkları başlıca üç noktada ele almak mümkündür.

- 1- Kişi bakımından uygulama alanı
- 2- Konu bakımından uygulama alanı
- 3- Öngörülen denetim kriteri

#### I. AVRUPA DİREKTİFİNİN KİŞİ BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI-KORUMA İLKELERİNDEKİ FARKLILIKLAR:

Alman Genel İşlem Şartları Hakkında Kanunun ve direktifin temelinde farklı koruma ilkeleri yer almaktadır. Alman Genel İşlem Şartları Hakkında Kanun, genel olarak, korunan kişiler açısından hiç bir fark gözetilmeksizin, sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleme özgürlüğünün kötüye kullanılmasını önlemek istemektedir. Kanun sadece tüketicileri değil, kendilerine karşı

1 Çeviricinin notu: Dürüst olmayan sözleşme şartlarına karşı tüketicinin korunması hakkında, ülkemizde, Almanya'da olduğu gibi bir hukuki düzenleme yoktur. Mevcut hukuki durumda, genel işlem şartlarını ihtiva eden sözleşmelerde, tüketicilerin dürüst olmayan sözleşme koşullarına korunmalarında yararlanılabilecek temel kural, Medeni Kanununun

formüle edilmiş sözleşme şartları kullanılan tüm gerçek ve tüzel kişileri korumaktadır. Bu husus, Alman Hukukunun; özellikle Ticaret Kanununun diğer tüketicilere oranla daha az koruma sağladığı tacirlerin bile kural olarak Genel İşlem Şartları Hakkında Kanunun 24'üncü paragrafı ile kanunun koruma sağladığı kişilere dahil edilmesi gerçeğinden açıkça ortaya çıkar<sup>2</sup>.

Buna karşılık direktif, sadece tüketicinin korunmasında bir araçtan ibaretir. Direktif, güçlü pazar konumları itibarıyla müteşebbislerin, tüketicilerin zayıflıklarından keyfi olarak yararlanmalarını, onları sömürmelerini önlemek istemektedir. Direktifin 1'inci paragrafının 1'inci fıkrasına göre, içerik denetiminin konusu tüketici ile müteşebbis arasında yapılan sözleşmelerdeki (tüketici sözleşmelerindeki) dürüst olmayan şartlardır. Direktifte tüketici kavramı, mesleki veya ticari faaliyetiyle ilgili olmaksızın sözleşmede taraf olan gerçek kişi olarak tanımlanmıştır. Müteşebbis ise ticari veya mesleki uğraşısı ile ilgili olarak sözleşmeye taraf olan gerçek veya tüzel kişidir.

Sözleşme şartlarının denetimine yönelik kanuni düzenlemelerle kimlerin korunduğu, kimlerin yükümlülük altına girdiğini tesbit edilirken, direktifin bu konuda sadece asgari şartları ihtiva ettiği, ayrıntılı düzenlemeleri üye ülkelerin hukuk sistemlerine bıraktığı gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle, Alman Genel İşlem Şartları hakkında kanunun kişi bakımından uygulama alanıyla ilgili hükümlerinde değişiklik yapılmasına gerek yoktur. Bununla birlikte, burada kanun tekniğiyle ilgili bir problem ortaya çıkmaktadır: Aca-ba, biri, yürürlükteki kanunda mevcut olmayan, direktifin öngördüğü yeni koruma ilkelerini ihtiva eden bir kanun, diğeri direktife oranla tüketiciye daha kapsamlı koruma sağlayan ve değiştirilmesi gerekmeyen yürürlükteki

---

2'nci maddesindeki dürüstlük kuralıdır. Ayrıca, sigorta sözleşmelerinde Türk Ticaret Kanununun 1466'ncı maddesi, kapıdan satışlarda 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 9'uncu maddesi, genel işlem şartı mahiyetindeki bazı sözleşme şartlarının kullanılmasına karşı tüketicileri koruyan münferit hükümlere örnek gösterilebilir. Türk Hukukunda da bu alanda kanuni düzenleme yapılmasına ihtiyaç vardır.

- 2 Çeviricinin notu: Kural olarak, Genel İşlem Şartları Hakkında Kanun, 23'üncü paragrafıyla kapsam dışında bırakılan konular dışında, kendisine karşı genel işlem şartları kullanılan kişinin statüsüne bakılmaksızın, 1'inci paragrafındaki tanıma uyan tüm genel işlem şartları hakkında uygulanır. AGBGB § 24, kanunun kişi bakımından uygulama alanının bir istisnasıdır. Bu paragrafta göre, tacirin ticari işletme ve faaliyetiyle ilgili olarak taraf olduğu bir sözleşmede, tacire karşı kullanılan genel işlem şartları hakkında, Kanunun 2,10,11 ve 12 nci paragrafları uygulanmaz (§24/f.1, cümle 1). Bu hükmün zıt anlamından, sözleşmenin tacirin ticari işletme ve faaliyetiyle ilgili olmaması durumunda, onun muhatap olduğu genel işlem şartları hakkında da kanunun anılan hükümlerinin uygulanacağı, tacir sıfatını taşımayan bir tüketici gibi kanunun sağladığı himayeden yararlanabileceği ortaya çıkmaktadır.

kanun hükümlerini ihtiva eden iki ayrı kanun mu yapılmalıdır; yoksa, hem direktifin içerdiği ilkeleri hem de yürürlükteki kanunun buna ters düşmeyen hükümlerini tek bir kanun bünyesinde mi toplamak daha doğru olacaktır? Bu problem, sadece Almanya için değil, iç hukuklarını direktife intibak ettirmek zorunda olan ve aynı zamanda halen dürüst olmayan sözleşme şartlarıyla ilgili hukuki düzenlemeleri yapmış olan her Avrupa ülkesi için sözkonusudur. İngiltere'de de kanunkoyucu kanun yapma tekniği bakımından benzer problemle karşı karşıyadır.

Alman Genel İşlem Şartları Hakkında Kanun ile Avrupa Direktifinin ortak yanları, her iki hukuki düzenlemenin de dürüst olmayan sözleşme koşullarının kullanılmasına başka hükümlerin uygulanmasını önleyici biçimde kaleme alınmamış olmalarıdır. Bu nedenle, akdi borç ilişkilerinde edim ve karşı edim arasındaki dengeyi korumaya yönelik borçlar hukukunun genel hükümlerinin de, bu hükümler yanında, aynı ölçüde uygulanması mümkündür. Alman Hukukunda sözü edilen bu genel hükümler, BGB §§ 134 -138 ve özellikle gabini düzenleyen hükümlerdir.

## II. KONU BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI:

Alman Hukukunda direktifle yapılması zorunlu hale gelen en önemli değişiklik, Genel İşlem Şartları Hakkında Kanun'un konu bakımından uygulama alanıyla ilgilidir. Alman Genel İşlem Şartları Hakkında Kanun'un 1.pragrafına göre, "*eğer bir şart çok sayıda kullanım için önceden hazırlanmış ve taraflardan biri (kullanıcı) tarafından sözleşmenin kuruluşu sırasında diğer tarafa sunulmuş*" ise genel işlem şartı niteliğini kazanır ve kanun bu sözleşme şartları hakkında uygulanır. Bu nitelikteki şartları ihtiva eden sözleşmeler, şimdiye kadar, standart sözleşme olarak nitelendirilmiştir. Genel İşlem Şartları Hakkında Kanun §1/f.2'ye göre, taraflarca karşılıklı görüşme sonucu kabul edilmiş şartlar genel işlem şartı niteliğinde olmadıklarından, kanun, bunlar hakkında uygulanmaz, bu şartlar içerik denetimine tabi değildirler.

Buna karşılık, direktifin 3'üncü paragrafında kullanılan "*dürüst olmayan şartlar*" kavramı, ileride kaç sözleşmede kullanılacağı sorusundan bağımsız olarak, "*taraflarca üzerinde görüşülüp tartışılmadan*" kabul edilen tüm sözleşme şartlarını kapsar, bu haliyle dürüst olmayan şartlar kavramı, genel işlem şartları kavramından daha geniş kapsamlıdır, çünkü Alman Genel İşlem şartları hakkında kanununun 1'inci paragrafına göre, genel işlem şartından bahsedebilmek için, bu şartların çok sayıda sözleşmede kullanıl-

mak üzere, önceden formüle edilmesi gereklidir. Bu noktada, kanunda değişiklik yapılarak, bir sözleşme şartının taraflarca görüşülüp tartışılmamış olmasını o şartın genel işlem şartı olarak kabul edilmesi için yeterli görülmesi, direktife uyum için gereklidir.

Böylelikle, şimdiye kadar birbirinin karşısı olan standart sözleşme "--" bireysel sözleşme" kavram çifti, yerini "önceden hazırlanmış" -- "görüşme sonucu kabul edilmiş" sözleşme şartları şeklindeki kavram çiftine bırakmıştır. Direktifin 3 üncü paragrafının 2'nci fıkrasına göre, bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve bu sebeple tüketici bu şartın muhtevasına etki edememişse; bu sözleşme şartı görüşülmeden, tartışılmadan kabul edilen bir sözleşme şartıdır. Genel İşlem Şartları Hakkında Kanunun uygulama alanının bu şekilde genişletilmesinden doğan en önemli sonuç, öncelikle, sadece standart sözleşmelerin değil, karşılıklı görüşme sonucu yapılmayan bireysel sözleşmelerin de, içerik denetimine tabi olabilecekleri ve olmak zorunda olduklarıdır. Böylelikle, Almanya'da, karşılıklı görüşmeler sonucunda akdedilmeyen bireysel sözleşmelere Genel İşlem Şartları Hakkında Kanunun içerik denetimine ilişkin §§ 9-11 hükümlerin kıyas yoluyla uygulanıp uygulanmayacağı konusunda uzun yıllar süregelen tartışma da sona ermiştir. Ancak, direktifin uygulama alanının "tüketici sözleşmeleriyle" <sup>3</sup> sınırlı olduğu, bu nedenle de, anılan tartışmanın Genel İşlem Şartları Hakkında Kanunun uygulama alanının tamamı bakımından sona ermediğini de gözden kaçırmamalıdır.

Diğer taraftan, direktif, şimdiye kadar AGBGB §1/1'inci cümlede yer alan, içerik denetimine tabi tutulacak şartın, kullanıcı tarafından sözleşmeye konulması unsurundan da vazgeçmektedir. AGBGB de aranan bu unsur, belirli bir sözleşme şartıyla kimin ilgili olduğu sorusunun cevaplandırılması yoluyla, AGBGB § 1 anlamında kimin o şartın kullanıcısı olduğunu belirleyici bir işleve sahiptir. İç hukukun direktife uygun hale getirilmesinde şimdi, kanun metninden, bir şartın konulması unsurunun çıkarılmasının gerekip gerekmediği tartışılır hale gelmiştir. Pratikte bu soru özellikle, BGB § 313'e göre noterin tasdikine tabi olan sözleşmelerde, bir sözleşme şartının noter tarafından önerildiği durumlarda önem taşımaktadır. Direktif, bir sözleşme şartının içerik denetimine tabi tutulabilmesi için, böyle bir kriter ihtiva etmediğinden, AGBGB § 1'in metninden de bu unsurun çıkarılması uygun olacaktır.

3 Çeviricinin notu: Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu sözleşmeler, tüketici sözleşmeleri olarak nitelendirilmektedir. Tüketici sözleşmelerinin ayırıcı özellikleri hakkında bakınız: ZEVKLİLER, Aydın, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, İzmir, 1996, s.17 vd.

tır. Direktife göre bir sözleşme şartının bizzat müteşebbis veya 3'üncü kişi tarafından önerilmiş olması arasında fark yoktur. Kapsamlı sonuçlar çıkarmak mümkün olmamakla birlikte, direktifin uygulama alanının tüketici ve müteşebbis kavramlarının tanımıyla sınırlandırılmış olmasının temelinde de, aynı anlayışın yer aldığı düşünülebilir.

Direktifin kapsamına girmeyen alanda, tüketici veya müteşebbis tanımlarına uymayan kişiler arasında yapılan sözleşmelerde, sözleşme şartlarının denetlenmesinde "*bir şartın taraflardan birince sözleşmeye konması*" unsuru, Alman Kanun koyucusunun direktifin düzenlenmesine aykırı düşmeksiz öngördüğü bir ayırıcı kriter olarak kabul edilebilir.

### III. DENETİM KRİTERLERİNDEKİ FARKLILIKLAR:

Bugün yürürlükteki Genel İşlem Şartları Hakkında Kanunun 8-11 inci paragrafları, genel işlem şartlarının içerik denetimine ilişkin esasları ihtiva etmektedir. Bu hükümlerin de gözden geçirilmesi gereklidir.

Bu bağlantıda, öncelikle, direktifin 4'üncü paragrafının 2'nci fıkrasında belirtilen sözleşme şartları -ki bunlar sözleşmenin esaslı unsurları ve edim karşı edim arasındaki denge ile ilgilidir- açık ve anlaşılır biçimde kaleme alınmış iseler daha başlangıçta içerik denetiminin konusu dışında kalacaktır.

Direktifin bu hükmüyle içerik denetiminin bu şekilde sınırlandırılması, Alman Hukukunda şimdiye kadar mevcut olan hukuki durum karşısında bir yenilik değildir; Tam tersine bu, sadece uygulamaya hakim olan anlayışın daha açık, net olarak ortaya konulmasıdır. Genel İşlem Şartları Hakkında Kanunun 8'inci paragrafının pek de açık olmayan metnine göre, Kanunun 9-11'inci paragrafları, kanun hükümlerinden sapan veya onları tamamlayan kurallar içeren genel işlem şartları hakkında uygulanır<sup>4</sup>. Bu hükmü, Alman

4 Çeviricinin notu: Formüler sözleşme çerçevesinde, taraflardan birinin veya her ikisinin asli edim yükümlerinin önceden tesbit edilmiş olması halinde de, asli edim yükümlerine ilişkin şartlar, kavramsal olarak genel işlem şartı teşkil ederler ancak AGBGB § 8 hükmü gereği bu şartlar içerik denetiminin konusu dışında kalırlar. 8 inci paragrafın konusu, düzenleyici hukuk kurallarından sapan, dürüst olmayan sözleşme şartlarıdır ve Alman Hukukunda doktrin, ABGBG'nin edim ve karşı edim arasındaki denklik ilişkisini koruma amacı gütmeyeceğini, bu nedenle asli edim yükümlerine ilişkin genel işlem şartlarının 8'inci paragrafın konusu dışında kaldığı, bunların kanuna göre içerik denetimine tabi tutulamayacağı hususunda görüş birliği içindedir. (Ayrıntılı bilgi için bakınız: ULMER/BRANDNER/HENSEN, AGB-Gesetz, Kommentar zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 4. Auflage, § 1, N.7; KOCH/STÜBING, Allgemeine Geschäftsbedingungen, § 8, N.11). AGBGB, genel işlem şartları yoluyla sözleşme adale-

Mahkemeleri uzun yıllar asli edim yüküleriyle ve edim ve karşı edim arasındaki ilişkiyle ilgili olmayan sözleşme şartları olarak yorumlamış, asli edim yükümleri ve edim ve karşı edim arasındaki ilişkiyle ilgili sözleşme şartlarının daha ziyade Borçlar hukukunun genel hükümlerinin (BGB §§ 134, 138) uygulama alanına girdiği kabul edilmiştir. Tüketicinin korunması hakkındaki özel hükümlerin uygulama alanının belirlenmesinde asli edim yükümlerini ve akdi yan yükümleri düzenleyen kuralların birbirinden ayırılabilmesi problemi halen sürmektedir, bu noktada direktif hiçbir şeyi değiştirmemiştir.

Dürüstlük ve güven ilkesine aykırı Genel İşlem şartlarının geçersizliğini düzenleyen Genel İşlem Şartları Hakkında Kanunun 9'uncu paragrafının değiştirilmesi gerekli değildir. Zira Genel İşlem Şartları Hakkında Kanunun 9'uncu paragrafı, direktifin 3'üncü paragrafının 1'inci fıkrasındaki düzenlemeyle uyum içindedir. Burada, Kanunun genel kısmına ait olan "*genel işlem şartları*" ve taraflarca müzakere edilmemiş sözleşme şartları arasındaki kavramsal farklılık dikkate alınmaz, Bunun gibi, direktifin 3'üncü paragrafının 1'inci fıkrası, dürüstlük ve güven ilkesine dayanmayı da içerir; pratikte, bu fıkra da anılan "*önemli ve haksız oransızlık*", dürüstlük ve güven ilkesi ışığında, zaten AGBGB § 9/f.1 de mevcut olan "*uygunsuz şekilde zarara uğratan*" şartlar şeklinde anlaşılacaktır.

Diğer önemli endüstri toplumlarının tüketicinin korunması hakkındaki benzeri hukuki düzenlemelerinde de, benzer hükümler vardır. Bu konuda, U.S.A. örnek verilebilir, U.S.A. da geçerli olan "*Uniform Commercial Code*" da<sup>5</sup> kullanılan "*unconscienable*" kavramı, "*şaşırtıcı*" veya "*uygunsuz şekilde zarara uğratan*" şeklinde yorumlanır.

---

tinin ortadan kalkmasını, edim ve karşı edimle tesbit edilen menfaatler dengesinin taraflardan biri (tüketici) aleyhine bozulmasını önlemek istemektedir. Edim ve karşı edim arasındaki denge, yan edim yükümlerine ilişkin sözleşme şartlarıyla bozulmamalıdır. Eğer yan yükümler, rizikoların paylaşımı konusundaki sözleşme şartları, asli edim yükümlerinin bir unsuru ise, içerik denetimine tabi değildir. Genel işlem şartı, asli edim yükümünün alanı dışında kaldığı ölçüde ve oranda, içerik denetimine tabi tutulur. Diğer taraftan, gözden kaçırılmaması gereken bir nokta daha vardır: Sözleşmelerde bedel unsuru, asli edim yükümü olmasına rağmen, sigorta sözleşmeleri, katalog satışlarında olduğu gibi, çoğu kez genel işlem şartı şeklinde kararlaştırılır ve Alman Genel İşlem Şartları Hakkında Kanunun genel kısmı, asli edim yükümü belirlemesine rağmen bu şartlar hakkında uygulanır ve kanuna göre içerik denetimine de tâbi tutulurlar (KOCH/STÜBING, § 8, N.9, 10).

5 Uniform Commercial Code: Genel Ticaret Kanunu

Direktifin 4'üncü paragrafındaki hüküm, Genel İşlem Şartları Hakkında Kanunun 9'uncu paragrafında değişiklik yapılmasını gerektirmektedir. Direktifin bu hükmüne göre, sözleşme şartlarının içeriğinin denetlenmesinde sözleşmenin yapılması sırasında mevcut olan hal ve şartlar da dikkate alınacaktır. Bunlar başlıca, taraflar arasındaki ekonomik ve entellektüel güç ilişkisi veya tüketiciyi zarar tehlikesine maruz bırakan etkenlerdir. AGBGB, bugüne kadar, somut olayda etkili olan hal ve şartlardan ziyade, kullanıcının menfaatleri karşısında müşterinin menfaatlerinin tartılmasına yönelik genel bir değerlendirme yapılmasını öngörmekteydi. Bu genel değerlendirmede sözleşmenin konusu, amacı ve türü dikkate alınmıyordu. Sadece somut olayda sözleşmenin kurulmasında etkili olan hal ve şartlar içerik denetiminde dikkate alınmıyordu. Bu husus, şimdiye kadar mevcut olan hukuki durumdan olduğu kadar, ekonomik açıdan zayıf olan tarafın, genel işlem şartlarının kullanıcısı olmasının şüpheli görülmesinden de kaynaklanmaktaydı. Direktif, şimdiye kadar geçerli olan *"uygun olmayan içerik"* kriteri yerine *"uygun olmayan hal ve şartlar"* kriterinin geçirilmesini ve böylelikle bizzat sözleşme metniyle ilgili olmasa da, sözleşmenin yapılmasına etkili olan somut olaydaki hal ve şartlarında dikkate alınmasına izin veren hatta bunu şart koşan yeni bir anlayış getirmektedir. Kanun tekniği bakımından bu değişikliğin nasıl gerçekleştirileceği henüz açıklık kazanmamıştır.

Genel İşlem Şartları Hakkında Kanun'un 10'uncu ve 11'inci pragraflarında yer alan *"yasak şartlar"* listesinde önemli değişiklik yapılması gerekmektedir. Bu husus öncelikle, direktifin 3'üncü paragrafının 3'üncü fıkrasından olduğu olduğu gibi; direktifin ekindeki listede sayılan sözleşme şartlarının içerik denetimine tabi tutulabilecek, dürüst olmayan sözleşme şartları olarak kabul edilebilecek şartlara delâlet edici, örnek kabilinden sayılan şartlar olmalarından da ortaya çıkar. Dürüst olmayan sözleşme şartları konusundaki bu uyarı, Avrupa Birliği ülkelerini direktife uyumlaştırma çabalarında doğrudan doğruya bağlamaz; en azından Avrupa topluluk hukukunda Genel İşlem Şartları Hakkında Kanun'un 10. ve 11. paragraflarının olduğu gibi muhafaza edilmesine engel teşkil eden sebep mevcut değildir. Buna rağmen direktifin yürürlüğe girmesi, Alman kanun koyucu için, kanunda belirtilen tipik şartlarda değişiklik yapılmasına bir vesile olmalıdır.

Yapılacak değişiklik bakımından, mevcut Kanundaki teknik aynen korunmalı, dürüst olmayan sözleşme şartları olarak görülen şartlar yine örnek kabilinden, sınırlayıcı olmadan sayılmalıdır. Bu, sadece mahkemenin yürürlükteki hukuka uygun bir karar vermesini kolaylaştırmakla kalmaz; aynı zamanda diğer hukuk sistemlerindeki benzer hukuki düzenlemelerle, örne-



ğin; aynı metodların kullanıldığı USA'nın "Uniform Commercial Code" ile uyumu da sağlar.

#### IV. DİREKTİFİN USUL HUKUKUNA İLİŞKİN SONUÇLARI

Alman Hukukunda, maddi hukuka ilişkin değişiklikler yanında, Usul Hukukunda da, direktif hükümlerine uyum sağlanması için, dar kapsamlı da olsa değişiklikler yapılması gereklidir.

Bu bağlantıda, özellikle direktifin 7. paragrafının 2'inci fıkrasında öngörülen, sözleşme şartlarının soyut yöntemle denetlenmesi ilgi çekicidir. İdari yöntem veya muhakeme yöntemi olarak düzenlenebilecek bu yöntem çerçevesinde "genel kullanım amacıyla hazırlanmış" sözleşme şartları denetlenecektir. Bu nedenle, önceden formüle edilmiş bireysel sözleşme şartları daha baştan soyut yöntemle denetimin konusu dışında kalabilir. Bu denetim yöntemi, fiilen, AGBGB § 13'de olduğu gibi birlik davası açılması yoluyla uygulanacaktır. Direktif, dürüst olmayan sözleşme şartlarına karşı sadece birlik davası açılmasını öngörmemekte, üye devletlerin dürüst olmayan sözleşme şartlarıyla mücadelede uygun ve etkili başka tedbirler alabileceklerini, hatta almakla yükümlü olduklarını da bildirmektedir (Direktif, § 7/f.1). Direktifteki bu düzenleme olumludur, çünkü, halihazırda birlik davası ile belirli genel işlem şartlarının kullanılması çoğu kez başarıyla önlenmiştir. Özellikle, azımsanmayacak sayıdaki birçok olayda, tüketici dava masraflarından ürktüğü için, bu dava dürüst olmayan sözleşme şartlarıyla mücadelede önem taşımaktadır. Bu duruma, Alman Federal Mahkemesinin yakın bir tarihte, 29.3.1994 de verdiği karar örnek gösterilebilir<sup>6</sup>. Alman Federal Mahkemesinin bu kararı, kredi kartları şirketinin kullandığı genel işlem şartına ilişkindi. Bu karara konu olan olayda, kredi kartları şirketi, kart sahibine sağlanan kredinin aylık borç bildiriminden itibaren 21 gün içinde geri ödenmemesi halinde, toplu limit aşım ücreti ödeneceğine ilişkin genel işlem şartlarına dayanmıştı ve tüketici birliğinin açtığı dava üzerine federal mahkeme bu genel işlem şartının hükümsüz olduğuna karar vermişti. Bu olayda, tüketici birliğinin AGBGB § 13'de öngörülen dava yetkisini kullanmamış olması halinde muhtemelen müşteri dava masraflarından ürkecek ve dava konusu genel işlem şartı geçerli olarak kalacaktı. Birlik davası açılarak söz konusu genel işlem şartının iptal edilmesinden dolayı müşteri sadece 5 Mark tutarında zarara maruz kalmıştır.

Direktifin metninden, tüketicinin korunması amacıyla başka tedbirlerin de alınabileceği, özellikle İskandinav ülkelerinde olumlu neticeler vermiş tedbirlere de yer verebileceği anlaşılmaktadır. Direktif § 7/f.2'ye göre, soyut denetim yönteminin, iç hukuka göre tüketicinin korunmasında haklı menfaati olan kişi ya da kuruluşlar tarafından da işletilebilmesi, hal ve şartlara göre, İsveç'te uzun zamandır başarılı bir şekilde uygulanan tüketici vekili (=Consumer Ombudsman)<sup>7</sup> uygulamasına da yer verilmesine imkan tanıyacaktır.

Kısa zaman önce İskandinav ülkelerinin, özellikle eski ETFA devletlerinin Avrupa Birliğine girmelerinin, gelecekte "Ombudsman" gibi bir müessesenin Avrupa Topluluğu Hukukuna girmesine etki edip etmeyeceği zamanla görülecektir.

#### V. DİREKTİF VE ALMAN MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKU:

Direktifin 6'ncı paragrafı, bir kanunlar ihtilafı kuralı ihtiva etmektedir. Direktifin 6'ncı paragrafının 2'nci fıkrası, üye ülkeleri, "sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak üçüncü bir ülkenin hukukunun seçilmesi yoluyla, tüketiciye bu direktifle sağlanan hakların yitirilmemesi ve sözleşmenin üye ülkelerin hukuklarıyla sıkı bağlantı içinde kalması için" gerekli tedbirleri almakla yükümlü kılmaktadır.

Direktifin bu hükmü doğrultusunda Alman Milletlerarası Özel Hukukunda bir değişiklik yapılması gerekli değildir. EWG- Roma anlaşmasının akdi borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkındaki 5.paragrafına uygun olarak, 1986 yılında EGBGB<sup>8</sup> nin yeniden düzenlenen 29 uncu paragrafı bu açıdan tüketicinin korunmasını tatminkâr biçimde düzenlemektedir. Bu hüküm, maddede belirtilen şartlar altında hukuk seçimi yoluyla hiç bir tüketicinin, mutad meskeninin bulunduğu ülkenin tüketicinin korunmasını düzenleyen emredici kuralların sağladığı himayeden yoksun bırakılmayacağını hükme bağlamaktadır. Bu açıdan, Alman Milletlerarası Özel Hukukunda uyumlaştırma ihtiyacı bulunmamaktadır.

7 İsveç'te "Consumer Ombudsman" (=tüketici vekili) olarak adlandırılan kişi, tüketici adına dava açma yetkisine sahiptir ve bir tür kamu davası açmaktadır. Bu dava Anglo-Amerikan hukuk sisteminde "Class-Action" (sınıf davası) olarak bilinen, az çok ondan farklı bir davadır.

8 EGBGB: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Alman Medeni Kanununa Giriş Kanunu)

## SONUÇ

Sonuç olarak, tüketici sözleşmesinde dürüst olmayan şartlar hakkında direktifin Alman Genel İşlem Şartları Hukuku Hakkında Kanunda sadece marjinal değişiklikler yapılmasını gerektirdiği söylenebilir. En önemli yenilik AGBG § 1 ile ilgilidir ve genel işlem şartlarının tanımından, "*çok sayıda sözleşmede kullanım için önceden hazırlanmış olma unsurunun çıkarılması*" gerekmektedir.

Bunun yanında sözleşme şartlarının içeriğinin denetlenmesinde, sözleşmenin yapılması sırasında sözleşmenin yapılmasına etki eden, somut olaydaki mevcut hal ve şartların da dikkate alınması gerekecektir.

Usul Hukuku bakımından, direktifin 7'nci paragrafının 2'nci fıkrasında öngörülen soyut denetim yöntemi Alman Hukukuna da kabul edilecektir ve birlik davası imkânıyla da uygulanması yaygınlaştırılacaktır.

Kanun tekniği bakımından bu değişikliklerin nasıl yapılacağı henüz çözümlenmemiştir. Sadece Genel İşlem Şartları Hukuku Hakkında Kanunun tadili veya bunun yanısıra sadece direktifin farklı hükümlerine yer veren ikinci bir kanunun mu çıkarılmasının yerinde olacağı Almanya'da halen bilimsel tartışmanın konusudur ve tartışmanın nasıl sonuçlanacağını kestirebilmek henüz mümkün değildir.