

2008 ŞUBAT TARİHLİ TÜRK BORÇLAR KANUNU TASARISI'NIN GENEL İŞLEM KOŞULLARI'NA İLİŞKİN MADDELERİNİN (M. 20-25) DEĞERLENDİRİLMESİ VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Mehmet DEMİR*

I. Genel Olarak

Bilindiği üzere, özel hukuk kökenli borç ilişkilerinde en temel pozitif hukuk kaynağını oluşturan yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun, bilimsel, ekonomik ve ticari alanlarda yaşanan köklü ve hızlı değişimler karşısında, günümüz koşullarına uygun duruma getirilmek ve değişik hukuksal gereksinimleri karşılayabilmek amacıyla yeniden gözden geçirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu durum karşısında, Adalet Bakanlığı tarafından, daha önceden yasama süreçlerinden geçirilip yasalaştırılan ve 2002 yılı başından bu yana yürürlükte bulunan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nu ile uyumlu yeni bir Türk Borçlar Kanunu tasarısı hazırlanması için, önce bir '*Borçlar Kanunu Komisyonu*' kurulmuş; daha sonrasında bu komisyon, toplam 649 maddeden ibaret 2008-Şubat tarihli tasarı metnini hazırlamıştır.

Söz konusu tasarının genel gerekçesindeki açıklamalardan da anlaşıldığı gibi, yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun genel yapısının, terim birliğinin ve sistematik bütünlüğünün bozulmaması için, belli ölçülerde gerekli özen ve gayret gösterilmeye çalışılmıştır. Tasarıda terim birliği ve sistematik bütünlüğü sağlama dışında, özellikle yasama ve yargılama dilinde yerleşik bir biçimde kullanılan bazı yeni kavram ve terimlerin kullanımına da yer verilmiş olması uygun görülebilir. Örneğin, sözleşme, zamanaşımı, hükümsüzlük, nedensellik

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim dalı öğretim üyesi.

ve ödeme ifadeleri gibi. Ancak, bazı ifadelendirmelerde, borçlar hukuku terminolojisini zorlayacak ve karışıklık yaratacak bir biçimde, yasa dili ve tekniği bakımından uygun görülemeyecek bazı yeni terim ya da kavramların getirilmiş olmasına dikkat çekilmesi gerekir. Örneğin, icap=öneri, pey akçesi=bağlanma parası, tazmin=giderim gibi.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, sistematik planlama bakımından iki kısma ayrılmış olup; birinci kısımda, '*Genel Hükümler*'; ikinci kısımda ise, '*Borç İlişkilerinde Özel Durumlar*' üst başlığı altında, ayrıntılı biçimde borç ilişkilerini düzenlemeye yönelik genel ve özel nitelikli kurallar içermektedir. Birinci kısım olan genel hükümlerin '*Borç İlişkisinin Kaynakları*' başlığını taşıyan birinci bölümünün altında birinci ayrım olarak yer alan '*Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri*' arasında, ayrı bir borç ilişkisi kaynağı olarak '*Genel İşlem Koşulları Hukuku*', toplam altı madde halinde düzenlenmektedir. Getirilen bu yeni yasal düzenlemede, "*E. Genel İşlem Koşulları*" başlığı altında ise, sırasıyla: I. Genel Olarak (Madde 20); II. Kapsamı (1. Madde 21- Yazılmamış sayılma, 2. Madde 22- Yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi); III. Yorumlanması (Madde 23); IV. Değiştirme yasağı (Madde 24); V. İçerik denetimi (Madde 25) konularına ilişkin önemli kurallar yer almaktadır.

Aşağıda, genel işlem koşulları hukukunu düzenlemeye yönelik olarak getirilmek istenen yeni yasal sistem ana hatlarıyla incelenmiş ve madde metinlerine ilişkin çözüm önerilerinde bulunulmuştur:

II. Tasarıdaki Maddelerin Değerlendirilmesi

A. Genel Olarak (m. 20)

Tarafların önceden serbest görüşmeler yapmaları sonucunda kurdukları özel ve bireysel nitelikli sözleşmelerden farklı görünüme sahip olan, genel ve kitlesel (standart/formüller/tip) sözleşmeler sosyo-ekonomik yaşamımızda gittikçe daha fazla önem ve yaygınlık kazanmaktadır. Başta, bankacılık ve sigortacılık sektörleri olmak üzere, taşıma, yapım işleri, turizm ve eğitim-öğretim gibi pek çok alanda rasyonalizasyon ve standardizasyon amaçları doğrultusunda, genel işlem koşulları içeren standart sözleşmelerin yapılması yoluna gidilmektedir. Bu türden işlem tekniklerinde, taraflardan birinin önceden tek başına hazırladığı ve karşı tarafa fiilen görüşme olanağını tanımadan (âdeta, dikte ettirerek) genel işlem koşullarını içeren biçimiyle sözleşme kur-

mayı kabul ettirmesi nedeniyle, taraflar arasında güç dengesi güçlü lehine zayıf aleyhine bozulmakta ve sonuçta, sözleşme adaleti ideal önemli ölçüde zayıflatılmaktadır. Zira bu yolla kurulan işlem ilişkisinde, zayıf taraf güçlü tarafın sunduğu bir standart sözleşmeyi ya içerdiği genel işlem koşullarıyla birlikte kabul etme ya da sözleşme konusu edime kavuşmaktan vazgeçmek durumunda bir tercih yapma zorunda bırakılmaktadır.

Genel işlem koşullarını yasal kurallara bağlamayı amaçlayan tasarı, 20. maddesinin birinci fıkrası hükmünde, öncelikle genel işlem koşullarının tanımına yer vermektedir. Buna göre, genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenlerin ilerde çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri anlamında ele alınmakta; bu koşulların, sözleşmenin ana metni veya ekinde yer almasının, kapsamının, yazı türü ve şeklinin yapılacak hukuksal nitelendirmeler bakımından önem taşımayacağı açıkça hükme bağlanmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında ise, aynı amaçla standart düzenlenmiş sözleşme metnlerinin birbirinin aynısı (özdeşi) olmasa bile, içerdikleri hükümlerin yine de birer genel işlem koşulu olarak kabul edileceği belirtilmektedir. Maddenin son fıkrası olan üçüncü fıkra hükmü uyarınca, genel işlem koşullarının açık, örtülü ya da global (bütünsel) benimseme biçiminde, taraflarca tartışılıp bir ilişkilendirme anlaşması sonucunda salt sözleşme içeriğine dahil edilmiş olması da, bu koşulların genel işlem koşulu olarak nitelendirilip içerik denetimlerine konu yapılmasını engellemeyecektir.

Tasarının 20. maddesinin son fıkrası hükmüne göre, genel işlem koşullarını düzenleyen emredici nitelikteki yasal kuralların, sözleşme çerçevesinde genel işlem koşullarını hazırlayan tarafın bir kamu hukuku tüzel kişisi olması durumunda dahi herhangi bir uygulama farklılığı söz konusu olmayacaktır. Getirilmek istenen bu yasal düzenleme tekniğinde, genel işlem koşullarının emredici kurallara bağlanması amaçlandığından, elektrik, su ve doğal gaz gibi tekel niteliğindeki kamu hizmetlerini sunan kişi ve kurumlar tarafından önceden tek taraflı hazırlanan standart (tip) sözleşmelerdeki genel işlem koşullarının da mutlak olarak yasal düzenleme kapsamında değerlendirilmiş olması, sonuçta, uygun ve yerinde bir yasal çözüm yoludur.

B. Kapsamı (m. 21-22)

Tasarıda, genel işlem koşulları hukukunun kapsamını düzenlemeye yönelik olmak üzere, iki önemli hususa yer verilmektedir: Bunlardan ilki (m. 21), bir genel işlem koşulunun ne zaman sözleşme metnine yazılmış sayılacağına; diğeri ise (m. 22), yazılmamış sayılmanın sözleşme ilişkisi üzerindeki hukuksal hükmüne ilişkindir.

Tasarı, 21. maddesinde, düzenleyenin muhatabı olan karşı taraf yönünden de, bir genel işlem koşulunun sözleşmenin kapsamına girebilmesi, bu koşulun varlığı konusunda, sözleşmenin yapılması sırasında açıkça bilgi verilmesine ve içeriğini öğrenebilme olanağının tanınmış bulunmasına ve ayrıca, bu kayıtların, sözleşmenin niteliği ile işin özelliğine yabancı (yani, olağan-dışı) olmamasına bağlanmıştır. Bu ise taraflar arasında genel işlem koşulunun sözleşme içeriğine dahil edilmesi hususunda açık ya da örtülü bir benimseme içeren ilişkilendirme anlaşması yapılması anlamına gelmektedir. Açık benimseme, genel işlem koşulları, ya imzalanan sözleşme metninin ön veya arka yüzünde yer almalı ya da ayrı ve bağımsız bir kağıtta (*along*) yer alıp da sözleşme kurulurken diğer tarafa verilme biçiminde gerçekleşir. Bu bağlamda, sözleşme kurulduktan sonraki aşamada karşı tarafa verilen belgelerde (örneğin, fatura ve bilet gibi) yer alan genel işlem koşulları ile sözleşme içeriğinin değiştirilmesi olanağı yoktur.

Örtülü benimseme ise genel işlem koşullarına yollama yapılmasının orantısız güçlükler yarattığı; taraflar arasında daha önceden mevcut olup halen de sürmekte olan iş ve işlem ilişkisi çerçevesinde bir taraf diğer tarafa genel işlem koşullarını bildirmiş ve daha sonraki sözleşmelerde bunlara yollama yapıldığı durumlarda söz konusudur. Bu gibi durumlarda, güven ilkesine dayalı yorum ışığında, genel işlem koşullarının örtülü kabulle bu biçimde sözleşme içeriğine dahil edilmesi mümkündür.

Tasarının 22. maddesinde ise yazılmamış ve dolayısıyla sözleşme içeriğine dahil olmadığına karar verilmiş bulunan genel işlem koşulları dışında kalan sözleşme hükümlerinin geçerliliğini koruyacağı kabul edilmiştir. Burada, sözleşmenin kısmen geçerli kısmen geçersiz sayıldığı durumlarda söz konusu olan kısmî butlan yaptırımından farklı olarak, düzenleyen yazılmamış sayılan koşulların yer almadığı ve sadece diğer hükümlerle sözleşmesel borç ilişkisini kurmayacağı iddiasını ileri sürerek sözleşmeyi yapmaktan kurtulma olanağından

yoksun bırakılmaktadır. 22. maddedeki mevcut bu yasal düzenleme tekniği ile sonuçta, istisnaî bazı durumlar için, genel işlem koşulları hukukuna özgü olarak, yasa gereği bir sözleşme yapma zorunluluğu hali getirilmiş olmaktadır. Diğer bir anlatımla, yazılmamış sayılan genel işlem koşullarını içeren sözleşme, bu koşullar dışında kalan diğer hükümleriyle birlikte varlık ve geçerliliğini sürdürecektir. Bu noktada, Alman hukukundaki yasal düzenlemeden farklılık görülmektedir. Zira Alman Medeni Kanunu'nda (BGB § 306), yazılmamış sayılan genel işlem koşullarının sözleşmeye etkisi konusunda, geçerlilik ilkesinden hareketle, olası sözleşme boşluklarının mutlak ve nispi nitelikteki yasal kurallarla tamamlanması yolu kabul edilmiştir.

C. Yorumlaması (m. 23)

Tasarının bu maddesi, Alman Medeni Kanunu'nun şaşırtıcı (alışılmadık, olağan dışı) ve çok anlamlı (çeşitli anlamlara gelen) kayıtlarla ilgili paragrafındaki düzenlemesine (BGB §305 c) paralel biçimde, bir yasal yorum aracı öngörülerek kaleme alınmıştır. Alman Medeni Kanunu'nun anılan paragraftaki düzenleme, esasen, belirsizlik ilkesini temel almakta ve 'Şaşırtıcı ve Değişik Anlamlı Kayıtlar' başlığı altında şu hükmü içermektedir: *"Genel işlem koşullarından özellikle sözleşmenin dışarıya çıkış biçimine ve somut durumlara göre konulmuş olan kayıtlar, bunları düzenleyenle sözleşme yapan karşı taraftan hesaba katması beklenemeyecek ölçüde alışılmamış (olağan-dışı) ise, sözleşme içeriğine dahil değildir. Şaşırtıcı (alışılmamış) ve değişik anlamları olan genel işlem koşulu ile ilgili kuşkulu durumlarda, bu koşulu içeren bir kayıt, onu düzenleyen ve kullanan taraf aleyhine yorumlanır."*

Bilindiği gibi, genel işlem koşulları hukuku ile ilgili doktrin ve uygulamada, standart (kitlesel, tip, formüler) sözleşmelerin içeriğinde yer alacak genel işlem koşullarının nasıl yorumlanacağı konusu, önemli bir hukuksal sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Tasarıda, genel işlem koşullarının yorumlanması ile ilgili olarak, tıpkı sözleşme hukukunda olduğu, gibi güven ilkesini temel alan bir yorum yöntemine üstünlük verilmektedir. Buna göre, somut sözleşme ilişkisindeki özel durum ve koşullar objektif biçimde yorumlanmayıp; kuşkulu durumlarda sözleşme metnini kaleme alan taraf aleyhinde yorum (*in dubio contra stipulatorem*: kuşkunun düzenleyen aleyhine olma-

sı) biçiminde, güven ilkesini temel alan özel bir yasal yorum yöntemi kabul edilmiş olmaktadır. Diğer bir anlatımla, tasarıdaki bu yasal yorum kuralı (TBK m. 23) gereği, genel işlem koşulları arasında yer alıp da, açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen bir hüküm düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanacaktır. Ancak, hemen belirtilmelidir ki, genel işlem koşullarının yorumlanması aşamasına geçilebilmesi için, yorum konusu hükmün taraflar arasındaki sözleşmenin içeriğine açık ya da örtülü bir benimseme yoluyla kesin olarak dahil edilmiş olması zorunludur.

D. Değiştirme Yasağı (m. 24)

Değiştirme hakkını saklı tutmaya yönelik kayıtlar, aynı zamanda genel işlem koşullarının yargısal yoldan açık içerik denetimine konu oluşturan bir mutlak yasak kayıtlardan sayılmaktadır. Değiştirme hakkını saklı tutma amacı güden bu türden yasak kayıtlar sayesinde, kendi lehine kaydı kullanan, karşı tarafın rızasını daha baştan almak suretiyle, sözleşmede borçlandığı edim yükümünü, sözleşmenin ifası sürecinde değiştirebilme veya ondan sapabilme olanağına kavuşmak istemektedir.

Uygulamada, çoğu kez genel işlem koşullarını düzenleyen ve kullanan tarafın sadece kendi lehine olmak üzere, borçlandığı edimi değiştirme hakkını saklı tutmasına ilişkin kayıtlarla sıkça karşılaşılır. İşte, tasarıda, yasal değiştirme yasağı getirilmek suretiyle, değiştirme ve/veya sapma olanağı sağlamaya yönelik bu kayda karşı tarafın rıza göstermesinin beklenilebilir olamayacağı noktasında, bu türden kayıtların yasa gereği geçersiz sayılması yolu kabul edilmektedir. Bu madde nedeniyle, genel işlem koşullarını düzenleyen taraf, kendisi lehine saklı tuttuğu değiştirme yetkisine dayanarak, sözleşmeden tek taraflı irade beyanında bulunmak suretiyle dilediği zaman kurtulamayacağı gibi, dilediği biçimde içeriksel değişiklikleri de yapamayacaktır. Ancak, sadece düzenleyen lehine değişiklik yapabilme yetkisi veren genel işlem koşullarının geçersizliği kabul edilmiş olduğu için, diğer taraf lehine bir değişiklik ya da yeni düzenleme yapabilme yetkisi veren kayıtlar geçerli olacak ve bu nedenle de sözleşmenin taraflarını bağlayacaktır.

Hukukumuzda, bu hükme benzer yasal kurallar, 4822 sayılı yasa ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un bazı tüketim sözleşmelerindeki haksız şartlarla ilgili hükümlerinde (TKHK m. 6, 6/A ve 10) yer almaktadır.

E. İçerik Denetimi (m. 25)

Genel işlem koşullarının denetiminde, yönetsel ön denetim ve yargısal içerik denetimi olmak üzere, bağlayıcılık (yürürlük) ve içerik açılarından yapılan iki tür hukuksal denetim söz konusudur. Yönetsel ön denetimde, ilgili yönetim organı ya da birimi tarafından incelenip onaylanan hükümler genel işlem koşulu olarak sözleşmelere dahil edilmektedir. Özellikle, bankacılık ve sigortacılık alanlarında bu sayede bazı aşırı ve haksız koşulların henüz uygulamaya girmeden önce, önüne geçilebilmektedir. Örneğin, bu türden denetim, 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu (m. 11) ve Türk Ticaret Kanunu (m. 1266/II) gereğince, Hazine Müsteşarlığı tarafından, sigorta poliçelerindeki genel koşullar hakkında uygulanmaktadır. Genel işlem koşullarının yönetsel ön denetimden geçtikten sonra ayrıca bir yargısal içerik denetimlerine tabi tutulabilmesi mümkündür. Tasarıda gerek görülmediği için yönetsel ön denetimlere ilişkin herhangi bir genel kurala yer verilmemektedir.

Maddede getirilen düzenleme ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (m. 6) anlamında '*Sözleşmedeki Haksız Şartlar*'ı içeren ve bu kanuna göre, özel tüketim amacı niteliği taşıyan tüketici işlemlerinin dışındaki, standart (tip) sözleşmelerde kullanılan genel işlem koşulları ve bunların yargısal içerik denetimine konu olması hususu, artık ayrı bir biçimde ele alınmış olmaktadır.

Genel işlem koşullarının yargısal içerik denetimine tâbi tutulmaları sonucunda geçersizlik yaptırımına konu yapılması, yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bulunmayan, tamamen yeni bir yasal düzenleme biçimidir. Buna göre, genel işlem koşulları arasında yer alan hükümlerden, dürüstlük kurallarına aykırı veya karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olanlar hakkında, yargısal içerik denetimleri uygulanmak suretiyle kısmî geçersizlik yaptırımı uygulanacaktır. Bu uygulama sayesinde, özellikle genel ahlâka aykırılık ölçüsünde kabul edilemeseler dahi, dürüst davranma ilkesine (TMK m. 2) aykırı olarak

nitelendirilebilecek türden davranışların genel işlem koşulları alanında önlenmesi amaçlanmış olmaktadır. Hukuken geçersiz oldukları sonucuna varılanlar dışındaki genel işlem koşulları varlık ve geçerliliklerini koruyacak, geçersiz kılınan koşullar yerine tamamlayıcı nitelikteki yasal kuralların uygulanması söz konusu olacaktır. Bu hüküm, Alman Medeni Kanunu'nun içerik denetimini ve geçersiz koşulları paragraflarına (BGB § 307 ff.) paralel düzenleme getirme amacı gütmektedir. Ancak, bir genel işlem koşulunun yargısal içerik denetimi yapılırken, bu koşulun, özellikle dürüstlük kuralına aykırılığını ya da karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olup olmadığını belirleyici işlevi görecektir olan yasal ölçütlere tasarıda yer verilmemiş olması önemli bir eksikliktir. Zira öngörülecek bu yasal ölçütler, bir yandan yargısal içerik denetiminin sınırlarını gösterecek; diğer yandan da dürüstlük ilkesine aykırılık araştırmasında, genel işlem koşulunun açık ve anlaşılabilir bir biçimde kaleme alınmadığı, ölçüsüz bir mağduriyetin varlığı hususunda olası kuşkuvarın ortadan kalkmasına yardımcı olacaktır.

Bu bağlamda, mutlak (yargısal takdire yer vermeyen) ya da nispi (yargısal takdire yer veren) anlamda yasak genel işlem koşullarının neler olduğunun yasada belirtilmesi, yargısal içerik denetimlerini daha güvenilir ve pratik bir hale getirmesi mümkün görülmektedir. Özellikle de, edimin kabul ve ifa süreleri, munzam (ek) süre, dönme ve değiştirme hakkını saklı tutan kayıtlar, varsayma kayıtları, ulaşmış sayılma kaydı, sözleşmenin tasfiyesi ve gerçekdışı ayartıcı beyanlar gibi nispi anlamda yasak genel işlem koşullarının; kısa dönemli fiyat artışları, ifadan kaçınma yetkisi, takas yasağı, ihtar ve mehil tayini, götürü tazminat talebi belirlemesi, cezaî şart, edim yükümüne aykırılığa bağlanan sorumsuzluk kayıtları, sürekli borç ilişkisinin süresi, sözleşmenin tarafında değişiklik, temsilcinin sorumluluğu, ispat yükü, bildirim ve beyanların şekli gibi mutlak anlamda yasak genel işlem koşullarının yasada açıkça gösterilmesinin, yargısal içerik denetimine dayalı çözümlerin bulunabilmesi sürecinde yol gösterici işlevleri olacağı düşünülmektedir.

II. Madde Metinlerine İlişkin Çözüm Önerileri

Aşağıda, tasarının genel işlem koşullarına ilişkin kurallarında gözlemlenen bazı önemli hukuksal eksiklik ve/veya yanlışlıkların giderilmesine ve genel işlem koşulları hukukunun yasal temelde olması

gereken kapsam ve içerikte düzenlemesini sağlamaya yönelik olarak, özgün madde metinlerini içerecek biçimde çözüm önerilerinde bulunulmuştur:

Genel İşlem Koşulları

Madde 1. Tanımı ve İçeriği (TBKT m. 20)

1. Genel işlem koşulları, bunları kullanan tarafından, standart sözleşmelere özgü bir biçimde, önceden tek başına hazırlanmış ve sözleşmenin kurulması sırasında karşı tarafa sunulmuş olan sözleşmesel kayıt ve koşullarıdır.

2. Bu koşulların içeriğinin değerlendirilmesinde, bunların sözleşmenin ana metninde ya da ayrı bir ekinde yer alması, kapsamının sınırları, kaleme alınış biçimi veya başvurulmuş şekli önem taşımaz.

Madde 2. Kapsamı (TBKT m. 21-22)

1. Genel işlem koşulları, kullanan tarafından karşı taraf açıkça uyarılıp, bilgilendirilmiş olduğu ölçüde sözleşme kapsamında kabul edilir. Kullananın, karşı tarafa gerekli uyarıları yapmadığı, içeriğini öğrenme olanağını da tanımadığı durumlarda genel işlem koşulları sözleşmeye yazılmamış sayılır.

2. Taraflar arasındaki somut işlem ilişkisine özgü durum ve koşullar ile sözleşmenin niteliğine göre alışılmadık türden olan kayıtlar da geçerlik kapsamı dışında kalır.

3. Sözleşme kapsamında değerlendirilmeyip, yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışında kalan diğer koşullarla birlikte sözleşme varlık ve geçerliliğini sürdürür. Bu durumda, genel işlem koşullarını düzenleyen taraf, yazılmamış sayılarak kapsam dışı bırakılan koşullar olmaksızın, sadece diğer koşulları içerecek biçimde bir sözleşme kurmayacağı iddiasında bulunamaz.

Madde 2. Uygulanma Alanı (TBKT -----)

1. Satıcı-sağlayıcı ile tüketici arasında kurulan sözleşmelerde haksız kayıtlara ilişkin 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki özel hükümler uygulanır.

2. Genel işlem koşullarının içeriksel denetiminde yasaklayıcı kayıtlara ilişkin yasal kurallar, kamu hukuku tüzel kişilerinin elektrik, su ve doğal gaz gibi tekel niteliğindeki kamu hizmetlerine konu enerji kaynaklarının üretimi, dağıtımı ve temini amacıyla tüketicilerle yapmış oldukları sözleşmelere uygulanmaz.

3. Genel işlem koşullarını düzenleyen bu hükümler, aile, miras ve şirketler hukuku ile toplu iş hukuku sözleşmelerinde uygulama alanı bulmaz. Ancak, genel işlem koşullarının bireysel iş hukukuna özgü iş sözleşmelerine uygulanmasında, yürürlükteki iş yasalarının özel kuralları göz önünde tutulur ve bunlarda genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilmesine ilişkin kurallar uygulanmaz.

Madde 3. Genel İşlem Koşullarının Sözleşme İçeriğine Dahil Edilmesi (TBKT. ----)

1. Genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilebilmesi, genel işlem koşullarını kullananın, sözleşmenin karşı tarafına, açıkça uyarı yapmasına ve kendisinden beklenildiği ölçüde bunların içeriği hakkında bilgilendirme olanağını kullanmış olmasına; diğer tarafında bu koşulları içeren sözleşmenin uygulanmasını kabul etmiş bulunmasına bağlıdır.

2. Taraflar, kurdukları bir sözleşme ilişkisi çevresinde, birinci fıkra hükmünde belirtilen gereklere uygun davranmak kaydıyla, münferit belli bazı işlemleri için belirli genel işlem koşullarının uygulanmasını önceden serbestçe kararlaştırabilirler.

Madde 4. Münferit Anlaşmaların Önceliği (TBKT. -----)

Tarafların aralarında yapmış oldukları özel ve bireysel anlaşmalar, genel işlem koşullarını düzenleyen ve emredici nitelikte olmayan kurallar karşısında öncelikle uygulanır.

Madde 5. Hileli İşlem ve Değiştirme Yasağı (TBKT m. 24)

Genel işlem koşullarını düzenleyen kurallar, tarafların farklı yollara başvurarak yasayı dolandığı durumlarda dahi uygulama alanı bulur.

Madde 6. Şaşırtıcı veya Değişik Anlamlı Kayıtlar ve Belirsizlik Kuralı (TBKT m. 23)

Somut işlem ilişkisine özgü durum ve koşullar ile sözleşmenin dıştan ortaya çıkış ve görünüm biçimine göre, şaşırtıcı (alışılmamış) olan ve değişik anlamlara gelen bir genel işlem koşulu ile ilgili kuşku durumlarda, bu türden bir koşul içeren kayıtlar, düzenleyen ve kullanan taraf aleyhine yorumlanır.

Madde 7. İçerik Denetimi (TBKT m. 25)

Genel işlem koşullarının geçerliliği ve bağlayıcılığı konusundaki yargısal denetim, aşağıdaki denetim ölçütleri yardımıyla yapılır. İçerik denetimine özgü bu kurallar, taraflarca sapıldığı veya boşluk içerecek biçimde tamamlayıcı kayıtlar öngörüldüğü sürece uygulanır.

1. Aşağıda, örnekleyici biçimde sayılan ve bir sözleşmede yer alan genel işlem koşulları, mahkemece, yargısal takdir yetkisi çerçevesinde denetlenip, geçersiz kılınabilir:

a. Edimi kabul ve ifa süreleri: Bir icabın kabulü, reddi veya edimin ifa sürelerini, aşırı uzun bir zamana yaymış ya da yeteri kadar belirlenmemiş süreler biçiminde, sadece kullanan lehine saklı tutan kayıtlar;

b. Ek süre verilmesi: Kullanan lehine üstlendiği edimin ifasında aşırı uzun veya yeteri kadar belirlenmemiş bir biçimde ek süre verme hakkını saklı tutan kayıtlar;

c. Dönme hakkının saklı tutulması: Sürekli borç ilişkisi içeren sözleşmeler dışında, kullanan, herhangi bir somut bir gerekçe göstermeden ve sözleşmede öngörülmüş nedenler dışında edim yükümünden kurtulmasını sağlayacak biçimde sözleşmeden dönme hakkı tanıyan kayıtlar;

d. Değiştirme hakkının saklı tutulması: Kullananın edimini değiştirmesi veya ondan sapmasında göz önünde tutulan çıkarlarına katlanmasının karşı taraftan beklenebilir olmadığı durumlarda, kullanan sözleşme ile borçlandığı edimi değiştirebilme veya bundan sapabilme hakkı veren kayıtlar;

e. Varsayılan beyanlar: Kullanan, karşı tarafa açık bir beyanda bulunabilmesi için uygun bir süre vermemiş ve onu, sözleşme süre-

sinin başlamasında sergileyeceği davranışlarının sonuçları hakkında uyarma yükümü altına girmemişse, karşı tarafın belli bir davranışta bulunması ya da bulunmamasının, belirli bir beyanı yapmış olup ya da olmama olarak varsayılacağına ilişkin kayıtlar;

f. Ulaşmış sayma kaydı: Kullanan yönünden özel önem taşıyan beyanların karşı tarafa ulaştığını öngörülmesine ilişkin kayıt;

g. Sözleşmelerin çözülme sürecine ilişkin kayıtlar: Karşı tarafın sözleşmeden dönmesi veya sözleşmeyi feshetmesi üzerine, ifa konusu edimi kullanmış veya ondan yararlanmış olma nedeniyle, kullana ölçüsüz derecede yüksek bir bedelin ödenmesini talep etme veya yapılan masraflar karşılığında aşırı fazla tazminat isteme yetkisi veren kayıtlar.

2. Aşağıda, sınırlayıcı biçimde belirtilen ve bir sözleşmede yer alan genel işlem koşulları, yargısal takdire olanak vermeyip, kesin geçersizdir:

a. Sürekli borç ilişkisi niteliği taşımayan sözleşmelerin kurulmasından itibaren üç ay içerisinde malın teslimi veya hizmetin sağlanması karşılığı ödenecek para tutarının arttırılmasını öngören kayıtlar;

b. Karşı tarafın ödemezlik defini ve ifadan kaçınma yetkisini bertaraf eden kayıtlar ile aynı sözleşme ilişkisinde alıkoyma hakkını ortadan kaldıran, sınırlandıran ya da ayıplı edimi kabul etmesi koşuluna bağlayan kayıtlar;

c. Karşı tarafın muaccel hale gelmiş ve kesinleşmiş bir karşı alacağının takasa konu yapılmasını bertaraf eden kayıtlar;

d. Kullananın, karşı tarafa herhangi bir ihtarda bulunmadan veya mehil tayin etme gibi yasal yükümlerden kurtulmasını sağlamaya yönelik kayıtlar;

e. Kullanan lehine olmak üzere, olağan iş akışına göre doğması olası bir zararın veya değer azalmasının karşılığını aşacak ya da karşı tarafın, karşılanması gerekli bir zararın veya değer azalmasının meydana gelmediğini veya bunların götürü tutarın çok altında kaldığını kanıtlama olanağını ortadan kaldıracak biçimlerde, bir tazminatı veya değer azalması karşılığını talep yetkisinin götürü tespitine yönelik kayıtlar;

f. Kullanana, karşı tarafın üstlendiği edimi hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi, temerrüdü, sözleşmeden dönmesi durumları için cezai şart ödeme yükümü öngören kayıtlar;

g. Sözleşme öncesi görüşme ilişkisindeki yükümlülük ihlalleri de dahil olmak üzere, kullananın kendi ağır kusuru ya da yasal temsilcisi veya ifa yardımcısının kast veya ağır kusuru ile sözleşmenin ihlali edilmesi sonucunda doğan zararı tazmin etmesi yükümünü ortadan kaldıran ya da sınırlayan sorumsuzluk kayıtları;

h. Kullananın üstlendiği edimin ifasında temerrüde düştüğü veya kusurlu imkansız yarattığı durumlarda, diğer tarafa sözleşmeden dönme hakkını veya tazminat talebini ortadan kaldıran veya geçersiz sorumsuzluk koşullarıyla sınırlayan kayıtlar;

1. Kullananın ifada kısmî temerrüdü veya kusurlu kısmî imkansızlığı durumlarında, diğer tarafın kısmî ifada bir çıkarı olmamasına rağmen, edimin tamamen ifa edilmemesi nedeniyle, onun tazminat talep etme ya da sözleşmeden tümüyle dönme haklarını ortadan kaldıran kayıtlar;

i. Eser teslim sözleşmelerinde;

- Kullanana karşı ayıba karşı tekeffülden doğan yasal talep haklarını tamamen veya kısmen kaldıran ya da üçüncü kişilere karşı talepte bulunmaya veya yargısal yollara başvurmaya bağlayan kayıtlar,

- Karşı tarafın ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını, onun yönünden ayıbın giderilmesi (onarım) veya yenisiyle değiştirmenin bir yarar sağlamadığı ve sözleşmede açıkça bedelin indirilmesi veya bir inşaat yapma ediminin tekeffül konusu yapılmamış olması kaydıyla sözleşmeden dönme hakkı tanınmış olduğu durumlarda, sadece ayıbın giderilmesi veya yenisiyle değiştirme hakkı ile sınırlayan kayıtlar,

- Kullananın onarım yükümlüsü olarak, ayıbın giderilmesine bağlı olan özellikle taşıma, aktarma, çalıştırma, parça ve malzeme temin giderlerini karşılama yükümünü ortadan kaldıran veya sınırlayan kayıtlar,

- Ayıbın giderilmesini veya yenisiyle değiştirmeyi bedelin tamamını ödeme veya ayıbın boyutuyla orantısız ölçüde yüksek bir bölümünü ödeme koşuluna bağlayan kayıtlar,

– Kullananın, karşı taraf lehine özellikle gizli ayıpların bildirebilmesi için tanınan yasal hak düşürücü süreleri kısaltacak biçimde, daha kısa süreler öngörmesine ilişkin kayıtlar,

– Ayıba karşı tekeffül yükümlüsü kullananın yasal tekeffül sürelerini kısaltan kayıtlar.

j. Kullananın satım, eser veya hizmet sözleşmelerinde bir nitelik vaadinde bulunmaması nedeniyle, diğer tarafın yasal tazminat taleplerini ortadan kaldıran veya sınırlayan kayıtlar,

k. Düzenli olarak malın teslimine, hizmet ifasına veya eser yapımına ilişkin sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerde,

– Karşı tarafı iki yıldan fazla süreyle bağlayan,

– Belirli süresi biten sözleşmeyi zımnen bir yıldan daha fazla süreyle uzatan,

– Feshi ihbar (bozma bildirim) beyanında, karşı taraf aleyhine belirli sürenin bitimine veya zımnen uzatılmış sürenin bitimine üç aydan daha uzun bir süre kalmasını arayan kayıtlar.

1. Sözleşmelerin devrine bağlı taraf değişimlerinde, kullananın kendisi yerine geçecek üçüncü kişiyi, daha baştan kimliğinin belirlenmemiş veya diğer tarafa bu durumda sözleşmeden dönme hakkı tanınmamış bir biçimde üstleneceğini veya üstlenebileceğine ilişkin kayıtlar;

m. Kullananın, diğer tarafın temsilcisini, açık ve ayrı bir beyanda bulunarak belirtmeksizin şahsen veya yasada yetkisiz temsile bağlanan sonuçlardan daha kapsamlı ve ağır bir biçimde sorumlu tutacağına ilişkin kayıtlar;

n. Kullananın, kanıt yükünü kendisi lehine hafifletip, diğer taraf aleyhine ağırlaştırmak amacıyla, kendi sorumluluk alanındaki hususların kanıtlanmasını diğer tarafa yükleyici veya onun bazı olguları teyit etmesini sağlayıcı yönde özel ispat kuralları öngören kayıtlar;

o. Karşı tarafın, genel işlem koşulunu kullanan ya da üçüncü kişilere yönelik her türlü irade beyanı ile bildirimlerin yapılması ve ulaştırılmasını, normal yazılı biçim koşullarından daha ağır biçim koşullarına bağlayan kayıtlar.