

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YAZILMAMIŞ SAYILMASI KAVRAMI VE BUNUN SÖZLEŞMEYE ETKİSİ

*Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN**

ÖZET:

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda md. 20 ile 25 arasında, eski Borçlar Kanununda yer almayan, genel işlem koşulları kenar başlığı altında yeni düzenlemeler getirilmiştir. Türk Hukuk sisteminde sözleşme kurulurken taraflar eşit kabul edilirler ve kural olarak birinin diğerine üstünlüğü söz konusu değildir. Bu nedenle sözleşme yapılırken bireylere sözleşmeye konu teşkil edecek ilişkileri bizzat düzenlemek, ona diledikleri şekli vermek olanağı sağlanmaktadır. Fakat genel işlem koşullarında tarafların bu şekilde eşit davranarak sözleşmenin şartlarını belirledikleri söylenemez. Genel işlem koşulu olmanın yaptırımını TBK. md. 21 hükmü yazılmamış sayılma olarak ifade etmiştir. Bu çalışmada yazılmamış sayılma kavramının ne anlama geldiği ve bunun sözleşmeye etkisi üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler:

Genel İşlem Koşulu, Sözleşme, Yazılmamış Sayılma, Sözleşmenin Geçersizliği, Sözleşme İçeriği.

ZUSAMMENFASSUNG:

Das neue türkische Obligationengesetz Nr. 6098 regelt zwischen 20-25 Artikeln die neuen allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche im alten Obligationengesetz nicht geregelt wurden. Im türkischen Rechtssystem sind die Parteien bei der Einrichtung eines Vertrags Gleichgesetzt und haben in der Regel voneinander keinen Vorrang. Bei der Einrichtung eines Vertrags haben die Parteien daher die Möglichkeit, die Beziehungen und Formen selbst zu bestimmen. Allerdings können die Parteien, die Bestimmungen des Vertrags in Bezug auf allgemeine Geschäftsbedingungen nicht durch Gleichbehandlung bestimmen. Die Sanktionen der allgemeinen Geschäftsbedingungen sind im türkischen Obligationengesetz im Artikel 21 geregelt, dennoch gezählt. Der Folgende Beitrag untersucht was der Ungeschriebenheit bedeutet und welche Auswirkungen auf das Vertrag hat.

Schlüsselwort:

Allgemeine Geschäftsbedingungen, Vertrag, Ungeschriebenheit, Ungültigkeit des Vertrages, Vertragsinhalt.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD Öğretim Üyesi

I. GİRİŞ

Modern toplumun beraberinde getirdiği yenilikler nedeniyle günümüzde bazı sözleşme tiplerinde sözleşmenin içeriğini oluşturan şartların tamamını veya birçoğunu taraflardan birisi önceden hazırlamakta ve bunlar görüşülmeden, tartışılmadan diğer tarafça da kabul edilmektedir. Başta bankacılık, sigortacılık, taşıma işleri olmak üzere pek çok alanda aynı konulara dair pek çok kimse ile ileride yapılması planlanan sözleşmelerin şartları, önceden tek taraflı olarak banka, sigorta ve taşıma işleri gibi benzer işleri yapan kurumlarca hazırlanmakta ve herhangi bir tartışma olanağı olmaksızın karşı tarafın önüne konularak dayatılmaktadır. Bu şekilde taraflar arasında ortaya çıkan adaletsizliği önlemek amacıyla TBK. md. 20 ile 25 arasında genel işlem koşulları¹ düzenlenmiştir. Eğer genel işlem koşulu olarak nitelendirilen bir sözleşme hükmü, sözleşmenin içeriğine dâhil edilebilmesi için gerekli olan TBK. md. 21/I deki şartları taşıyorsa sözleşmenin kapsamına girmemiş sayılacaktır. TBK. md. 21/I son cümle hükmü bu durumu, sözleşmenin kapsamına girmemeyi, “yazılmamış sayılır” şeklinde ifade etmiştir. Ancak bu yazılmamış sayılmadan ne anlaşılması gerektiği tartışma konusu olmuştur. Buradaki yazılmamış sayılma ifadesinden yokluk mu, kesin hükümsüzlük mü yoksa iptal edilebilirlik mi anlaşılmalıdır doktrinde tartışılmaktadır.

II. YAZILMAMIŞ SAYILMA KAVRAMI

Türk Borçlar Kanunu 21. maddesi, “Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında

¹ Genel işlem koşulu ile ilgili daha geniş bilgi için bkz. **FIKENTSCHER**, Wolfgang/**HEINEMANN**, Andreas, Schuldrecht, 10., völlig neu bearbeitete Auflage, München und Lausanne 2006, s. 97 vd.; **GAUCH**, Peter/**SCHLUEP**, Walter, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zurich 2008, s. 245 vd.; **MEDICUS**, Dieter/**PETERSEN**, Jens, Bürgerliches Recht, 22. Auflage, Köln 2009; s. 29 vd.; **MEDICUS**, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 4. neubearbeitete Auflage, Heidelberg 1990, s.145 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, İstanbul 2008, s. 225 vd.; **EREN**, Fikret, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 215 vd.; **KILIÇOĞLU**, Ahmet, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2012, 110 vd.; **OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2012, s. 162 vd.; **ANTALYA**, O. Gökhan, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012, s. 285 vd.; **AYAN**, Mehmet, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2012, s. 149, 150; **AKINCI**, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış 6. Baskı, Konya 2012, s.110-112; **ATAMER**, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001, s. 61 vd.; **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi/**AKMAN**, Servet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yedinci Baskı, İstanbul 1993, s. 154 vd.; **KAŞAK**, Esra, Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, Y. 2012, s. 415-429; **ÖZEL**, Çağlar, Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri, Sosyo Ekonomi, Y. 2, S. 3, 2006-I, s. 153-168.

düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır” şeklinde kaleme alınmıştır. Buna göre bir genel işlem koşulunun sözleşmenin kapsamına dâhil olabilmesi diğer bir ifadeyle yürürlük imkânı kazanıp sonuç doğurabilmesi için öncelikle düzenleyen tarafça karşı tarafa bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verilmeli ve karşı tarafa bu koşulların içeriğini öğrenme imkânı sağlanmalıdır. Son olarak da karşı taraf bu iki şart altında bu koşulları kabul etmiş olmalıdır. Bu kurallara uyulmadığı takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Ayrıca TBK. md. 21/II'e göre de sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.

Yazılmamış sayılma ifadesi Türk Borçlar Hukuku terminolojisine yabancı bir kavramdır. Yazılmamış sayılma ifadesinde meseleye kelime anlamı bakımından bakılırsa yazılı şekilde yapılan sözleşmede bir hükmün yazılı şeklin dışında kalması gibi bir mana verilebilir. Esasen kanunda yazılmamış sayılır şeklinde bahsedildiği için acaba yazılı şekilde olması bir zaruret midir tartışması da ortaya çıkmaktadır. Teorik olarak genel işlem koşullarının yazılı şekilde yapılma zorunluluğu da yoktur, sözlü şekilde de kararlaştırılmaları mümkündür². Kanun koyucunun gayesi elbette söz konusu hükümlerin sözleşme içeriğine dâhil olmaması, sözleşmenin bir parçası olmamasıdır. Aksi takdirde yazılı şekle tabii olmayan sözleşmelerin de mevcudiyeti düşünülürse genel işlem koşullarına ilişkin hükümler yazılı şekilde yapılma zorunluluğu getirmiş olur ki bu durumun kabul edilmesi söz konusu olamaz. Dolayısıyla kelime anlamı yaklaşımlarından hareketle yazılı bir metin içinde yazılmamış sayılmanın yok sayılma anlamına geleceği savunulabilir. Ancak bu hükmün geçersizliği, buradaki yazılı şeklin geçerlilik şekli olmasına ve bu dışarıda bırakılan hükmün de sözleşmenin esaslı unsurlarından olmasına bağlıdır³.

III. YAZILMAMIŞ SAYILMANIN SÖZLEŞMEYE ETKİSİ

A. Genel Olarak

TBK. md. 21 ve 22 de düzenlenen yazılmamış sayılır⁴ ifadesi farklı yorumlara sebep olmuştur. Yazılmamış sayılır ifadesinden hareket ederek yazılmamış

² OĞUZMAN/ÖZ, s. 165.

³ OĞUZMAN/ÖZ, s. 165.

⁴ Yazılmamış sayılma ifadesinin lafzi olarak da yanlış anlaşılmalara sebebiyet vereceği noktasında “Bu düzenleme ile yazılmış olanın yazılmamış sayılması gibi bir mantık hatasına düşüldüğü, ayrıca genel işlem koşullarının yazılı olma şartının zaten aranmadığı, ister yazılı olsun ister olmasın, yazılmamış sayılma ile sözleşmenin içeriğine dâhil olmamanın anlaşılması ge-

sayılan bir sözleşme hükmünün yok olarak kabul edilmesi gerektiği düşünülebilir. TBK.'nın ilgili hükümlerinin özellikle de md. 22 son cümleinin yorumlanması neticesinde buradaki geçersizlik türünün kesin hükümsüzlük olması gerektiği de savunulabilir. Doktrinde bazı yazarlar⁵ burada kısmi yokluk olduğundan da bahsetmektedirler. Bir başka görüşe göre⁶ de, buradaki geçersizlik türü esnek geçersizlik⁷ olarak da kabul edilebilir.

B. Kesin Hükümsüzlük Görüşü

Türk Borçlar Kanunu md. 22'e göre, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini koruyacaktır. Buna göre, sözleşmenin diğer hükümleri geçerli kabul edilirken genel işlem koşulu sayılan hükümleri geçersiz olarak kabul edilecektir. Ancak söz konusu geçersizliğin türü ne olacaktır? TBK. md. 22'e göre, "Bu durumda düzenleyen yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez." Söz konusu hükümden de yola çıkılarak geçersizlik türünün kesin hükümsüzlük olduğu söylenebilir⁸. Zira bu husus aslında kısmi hükümsüzlük⁹ olarak da adlandırılan geçersizlik haline işaret etmektedir. TBK. m.27'e göre, "Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur." Genel işlem koşulları bakımından TBK. md. 22 hükmünün, TBK. md. 27/II'deki sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının geçersiz olmasının diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyeceğini öngören genel kuralın yazılmamış

rektiği" görüşü için bkz. **ATAMER**, Yeşim, M., "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi", Hukukî Perspektifler Dergisi, 2005, (Borçlar Kanunu Tasarısı), s. 109-115. Benzer bir şekilde bir başka yazar da "Yazılmamış sayılma ifadesi İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) kıymetli evraka ilişkin çeşitli maddelerinde yer almakla beraber Türk Hukukunda mevcut olmayan bu yaptırım türü yerine, madde başlığı ve birinci cümledeki ifade ile BGB Pr. 305/c.I'de kullanılan "werden nicht Vertragsbestandteil" ifadesini dikkate alarak, hükmü "aksi takdirde genel işlem koşulları sözleşmenin kapsamına dâhil sayılmazlar" şeklinde düzenlemenin daha uygun olacağı kanısındayım demektedir. Bkz. **ALTOP**, Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yer Alan Bazı Önemli Yenilik ve Değişiklikler, s. 11, <http://www.iku.edu.tr/TR/userfiles/huk/20120424231037805>.

⁵ **EREN**, s. 221; **AKINCI**, s. 124.

⁶ **ANTALYA**, s. 106, 310.

⁷ Türk Borçlar Hukukunda "esnek geçersizlik ilkesinin" hâkim olduğu görüşü için bkz. **ANTALYA**, s. 104.

⁸ Kanun koyucunun kesin hükümsüzlüğü amaçladığı yönündeki görüş için bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 165. **OĞUZMAN/ÖZ**, her ne kadar kanun koyucunun gayesinin kesin hükümsüzlükten yana olduğunu söylemekte ise de burada bir tür yokluk olduğu görüşünü savunmaktadır, bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 166.

⁹ **ATAMER**, Genel İşlem Şartları, s. 223, 224.

sayılma için tekrarından¹⁰ ibaret olduğu söylenebilir¹¹. Dolayısıyla buradan hareketle aslında kanun koyucunun gayesinin kesin hükümsüzlüğe işaret etmek yönünde olduğu söylenebilir. 6098 sayılı TBK. md. 22 hükmünün mefhumu muhalifinden burada bir kesin hükümsüzlük (butlan) durumunun düzenlendiği anlamı çıkmaktadır¹². Ayrıca geçersizliğin kesin hükümsüzlük olduğu görüşü, gerekçeden¹³ hareketle ve TBK. md. 25 hükmünde yer alan içerik denetiminin yaptırımı ile paralellik kurularak da savunulabilir¹⁴. Zira 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 22'nci maddesinin gerekçesinde, "Böylece sözleşmeyi düzenleyen Tasarının 27'nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmünden kıyas yoluyla yararlanması önlenmiş bulunmaktadır. Sözleşmenin diğer tarafının ise, söz konusu hükümden yararlanabileceğinde duraksama yoktur." Şeklinde bir ifade kullanılmıştır. Özellikle atıf yapılan TBK. m.27'e bakıldığında ke-

¹⁰ **ATAMER**, Genel İşlem Şartları, s. 222; TBK. md. 22, esasen TBK. md. 27/II deki kuralın bir istisnası niteliğindedir. Şayet TBK. md. 22 deki kural olmasaydı, TBK. md. 27/II uygulanacak ve sözleşmenin tamamı geçersiz hale getirilebilecekti. Bunun önlenmesi adına TBK. md. 22 sevk edilmiştir.

¹¹ **ANTALYA**, s. 310.

¹² **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 165; **DİMDİK**, Hakan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümleriyle Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi, Y. 77, Sayı 2, 2012, s. 101; **ÖZ**, M. Turgut, Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2012, s. 9. **ÖZ**, bu eserinde yazılmamış sayılma ifadesi ile sadece "yazılı şeklin dışında sayılma" değil, "kesin olarak geçersiz (kesin hükümsüz)" sayılma kastedilmektedir demektedir. **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, isimli bir başka eserinde (s. 166) yokluk görüşünü savunmaktadır.

¹³ Madde gerekçesi şu şekildedir: "Maddeye göre, yazılmamış sayılan genel işlem koşullarını içeren bir sözleşmenin, bu genel işlem koşulları dışındaki diğer hükümleri geçerli olmaya devam edecektir. Nitekim aynı konuyu düzenleyen Alman Medeni Kanununun (BGB) 306'ncı maddesinde yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi ile ilgili olarak geçerlilik ilkesi benimsenmiş ve oluşabilecek sözleşme boşluklarının kanun hükümleriyle doldurulacağı ifade edilmiştir. Bu sonuç, Hukukumuzda yabancı değildir. Meselâ, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1266'ncı maddesinin son fıkrasında sigorta poliçelerinde okunamayan genel işlem koşulları yerine kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmekle, sözleşmelerin geçerli kalacağı esası benimsenmiş bulunmaktadır. Tasarının 22'nci maddesinin ikinci cümlesinde ise, düzenleyen tarafından, yazılmamış sayılan genel işlem koşulları olmasaydı asıl sözleşmenin yapılmaya-acağı ve bu sözleşmeyle bağlı olunmayacağının ileri sürülemeyeceği öngörülmüştür. Bu düzenlemeyle, Alman Medeni Kanununun (BGB) 306'ncı maddesinin üçüncü fıkrasından ayrılmıştır. Böylece sözleşmeyi düzenleyen Tasarının 27. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmünden kıyas yoluyla yararlanması önlenmiş bulunmaktadır. Sözleşmenin diğer tarafının ise, söz konusu hükümden yararlanabileceğinde duraksama yoktur. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1466'ncı maddesinde de özdeş bir düzenlemeye yer verilmiştir. Gerçekten bu düzenlemede, kanun ya da yetkili makamlarca belirlenen en yüksek bedeli aşan sözleşmelerin bu bedel üzerinden yapılmış sayılacağı ve bu bedelden fazla olarak yerine getirilmiş edimlerin iadesinin gerekeceği, bu durumlarda 818 sayılı Borçlar Kanununun 20'nci maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin uygulanmayacağı öngörülmüştür." Bkz. **DİNÇ**, Mutlu, Türk Borçlar Kanunu, Birinci Baskı, Ankara 2011, 66, 67.

¹⁴ **ANTALYA**, s. 310.

sin hükümsüzlük yaptırımının düzenlendiği görülecektir. Dolayısıyla gerekçedeki bu ifadeden hareketle “yazılmamış sayılmadan” anlaşılması gereken hususla ilgili kanun koyucunun gayesinin kesin hükümsüzlüğe yönelik olduğu söylenebilir.

Ancak doktrinde bir başka görüşe¹⁵ göre, burada kesin hükümsüzlük yaptırımından daha ileri bir seviyede hükümsüzlük olduğu savunulmaktadır. Bu görüşe göre, Türk Borçlar Kanununu 21’nci madde hükmünde yazılmamış sayılma, karşı tarafın kabul beyanının bu hükümleri kapsamadığı anlamında kullanılmıştır. Ayrıca bu görüşe göre yazılmamış sayılma, tarafların genel işlem koşullarının sözleşmede yer alması hususunda anlaşmadıklarını gösteren bir maddada kullanılmıştır. Bu nedenle hükümsüzlük yokluk derecesine çıkmaktadır. Zira taraflar arasında iradeler uyuşmuyorsa yokluktan bahsedilir.

Doktrinde bir diğer görüşe¹⁶ göre de yazılmamış sayılma durumunda mutlak olarak kısmi hükümsüzlük söz konusudur. Ancak bu görüş sahipleri, burada mutlak olarak kısmi hükümsüzlük söz konusu olur dedikten hemen sonra, anlaşılabilir bir şekilde, yazılmamış sayılma yaptırımı yokluk değil, kısmi hükümsüzlük sayılmamalıdır¹⁷ şeklinde bir görüş ortaya koymuşlardır. Bu görüşe göre, burada belki takdiri kesin hükümsüzlükten de söz edilebilir ise de yeni TBK. metninin tümünden çıkan anlam göz önünde tutulursa takdiri hükümsüzlük gibi terimlerin terk edilmesi gerekecektir¹⁸. Kanaatimizce de 6098 sayılı TBK. hükümleri incelendiğinde “takdiri butlan” kavramından artık bahsedilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Bu nedenle de yazılmamış sayılma ifadesini takdiri kesin hükümsüzlük olarak değerlendirmeye de imkân yoktur. Zaten bu nedenle olsa gerek söz konusu görüş sahibi yazarlar, hâkime takdir yetkisi tanınmadığını da ifade ederek bunu üstü kapalı da olsa ifade etmişlerdir.

B. Yokluk Görüşü

Doktrinde yazılmamış sayılır ifadesinden yokluk şeklinde bir geçersizliğin anlaşılması gerektiğini ifade eden yazarlar¹⁹ da mevcuttur. Bu görüşe göre, genel işlem

¹⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 166.

¹⁶ HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 62 de 9 no’lu paragraf.

¹⁷ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 62 de 13 no’lu paragraf.

¹⁸ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 62 de 13 no’lu paragraf. “Hâkime bu konuda uygulanacak yaptırım bakımından takdir yetkisi verilmiş değilse, diğer bir deyişle hâkim aykırı şart bulunduğu tespit ettikten sonra dahi kesin hükümsüzlük sonucuna varıp varmamakta yetkili kılınmış değilse takdiri hükümsüzlükten bahsetmemek gerekir. Bu gibi durumlarda sadece MK. m. 4 gereğince durumun gereğinin, somut olay şartlarının takdiri söz konusudur. Yaptırımında takdir yetkisi verilmiş değildir.” Bkz. HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 62, 63.

¹⁹ KILIÇOĞLU, s. 117; AYAN, s. 150; OĞUZMAN/ÖZ, s. 166.

koşulu sayılabilecek sözleşme hükümlerinin kendiliğinden geçersiz sayılmasına benzer yokluk türünde bir yaptırım söz konusudur. Yine aynı görüşe göre, bu hükümlerin diğer taraf için bağlayıcı olmaması bir irade açıklamasını ya da dava açılmasını gerektirmez. Teknik olarak yokluk yaptırımından bahsedilebilmesi için hukuki işlemin kurucu unsurlarından birisinde eksiklik olması gerekir. Hâlbuki genel işlem koşulu olarak kabul edilen sözleşme hükmünün yoklukla malul olduğunu söylemeyi gerektiren herhangi bir kurucu unsur eksikliği söz konusu değildir. Zira irade beyanı veya hukuki sonuç yoktur denilemez. Belki irade beyanının mevcudiyeti tartışma konusu olabilir. Ancak her ne kadar karşı tarafın önceden hazırlayıp sunmasıyla, müzakere edilmeksizin oluşan bir irade beyanı mevcut ise de sonuç olarak ortada bir beyan iradesi mevcuttur. Beyan iradesinin olduğunu kabul ettikten sonra da irade beyanının yokluğu nedeniyle yazılmamış sayılır ifadesinden yokluk yaptırımının anlaşılacağını söylemek mümkün değildir.

C. Kısmi Yokluk Görüşü

Bu görüşe²⁰ göre, genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girebilmesi, dolayısıyla yürürlük imkânı kazanıp sonuç doğurabilmesi için gerekli olan şartları taşıması halinde yazılmamış sayılmasından maksat yokluktur. Yine aynı görüşe göre, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri TBK. m.22 uyarınca geçerliliğini koruduğu için burada aslında “kısmi yokluk” yaptırımı söz konusudur. Ancak kanaatimizce buradaki kısmi yokluk, yazılmamış sayılan genel işlem koşullarının kısmi yokluğu şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira yokluk görüşü kabul ediliyorsa yokluğundan bahsedilmesi gereken husus genel işlem koşullarıdır. Ancak kısmi yokluk ifadesiyle genel işlem koşulu sayılan bir hükmün de kısmi yokluğundan bahsedilebilir gibi bir anlam çıkarılabileceği için yanlış anlaşılmalara sebebiyet verilebilir. Elbette burada, sözleşmenin genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlerinin yokluğunun yanı sıra diğer hükümlerin geçerli olmasından hareketle kısmi yokluk ifadesinden bahsedilmiştir. Fakat kısmi yokluk ifadesi, genel işlem koşulu olarak kabul edilen hükmün de kısmi yokluğu şeklinde yanlış anlamalara sebep olabilmektedir. Bu nedenle kısmi yokluk görüşünün aslında yokluk görüşü olarak kabul edilmesi ve değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır.

D. Esnek Geçersizlik Görüşü

Türk Borçlar Kanunu madde 27/I hükmü, hukuka, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı sözleşmelerle konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğunu belirterek, geçersizliğin temel kuralını ortaya koy-

²⁰ EREN, s. 221; AKINCI, s. 124.

muştur²¹. Doktrinde bir görüşe göre²², kanunda yer alan hukuka aykırılık yaptırımının mutlaka TBK. m.27/I'de öngörülen kesin hükümsüzlük yaptırımı ile birebir örtüşmesi gerekli değildir. Bu görüşe göre, kanun koyucu işlemin hüküm ve sonuç doğurmamasına ilişkin kendine özgü bir geçersizlik türü de yaratabilir. Bu esnekliğin sağlanabilmesi için TBK. m.27'de kesin hükümsüzlüğün tanımı verilmemiş; nitelik ve özellikleri gösterilmemiştir. Doktrinde bu haller esnek geçersizlik olarak isimlendirilmektedir²³. Kesin hükümsüzlük merkezli, sadece ondan veya onun alt çeşitlerinden oluşan bir geçersizlik söz konusu değildir. Yine aynı görüşe göre, kesin hükümsüzlük geçersizliğin kanun koyucu tarafından düzenlenmiş bir şeklidir, ondan daha ağır veya daha hafif geçersizlik çeşitleri öngörülmüş olabilir. Bu görüş, tek tip ve onun alt çeşitlerinden oluşan bir geçersizlik türünden değil de, geçersizliğin ağır ve hafif türevlerinden oluşan farklı geçersizlik çeşitleri olduğundan hareketle Borçlar Hukuku'nda "esnek geçersizlik ilkesinin" hâkim olduğunu iddia etmektedir²⁴. Esnek geçersizlik görüşü sahiplerince esnek geçersizlik hallerine ilişkin olarak verilen örnekler arasında genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması da ifade edilmektedir. Buna göre, yazılmamış sayılma yaptırımı kesin hükümsüzlük yaptırımından farklı, yokluğa en yakın kesin hükümsüzlükten daha ağır yaptırımları olan geçersizlik çeşididir. Kesin hükümsüzlük halleri, onama veya dürüstlük kuralı ile düzeltilebilir olduğu halde, yazılmamış sayılmanın düzeltilme imkânı bulunmadığı gibi tahvil yoluyla başka bir işleme dönüştürülmesi de mümkün değildir.

E. Görüşümüz

Buraya kadar yapılan açıklamalar da göstermektedir ki, yazılmamış sayılma kavramından ne anlaşılması gerektiği oldukça tartışmalı bir husustur. Kanaatimizce doktrinde kesin hükümsüzlük görüşü olarak ifade edilen ve yazılmamış

²¹ ANTALYA, s. 103.

²² ANTALYA, s. 103.

²³ ANTALYA, s. 103.

²⁴ "Geçersizliğin hükümleri onu düzenleyen yasak kuralının amaç ve niteliğinde belirtilmiştir; kuralın amacına uygun olarak farklılık göstermesi de normaldir. Esnekliğin sınırsız (mutlak) olarak anlaşılması gerekir. Yaptırımın nitelik ve özelliğini belirlerken, aykırı davranışın hukuk kuralının amaç ve anlamından hareketle geçersizlik yaptırımından farklı ve temel geçersizlik sebebinden ayrı bir anlam yüklenmesine gerek yoktur. Unutmamak gerekir ki hukuka aykırılığı düzenleyen yaptırım özel olarak belirlenmişse, bu yaptırımın niteliği ve özelliği, o hükmün içinde yer aldığı kuralın amaç ve niteliğine göre belirlenir. Ancak özel hüküm hukuka aykırılık halinde buna kesin geçersizlik yaptırımını açık atıfta bağladığı takdirde, bundan ayrılmayı gerektirecek başka bir haklı sebep olmadıkça, geçersizliğin TBK. m. 27/I anlamında bir geçersizliğin nitelik ve özelliklerini taşıdığı kabul edilmelidir. Alman Hukukunda kanunen yasak olan işlemin geçersizliğini kesin geçersiz kabul eden BGB §134 hükmü (kesin geçersizlik) lehine karinenin bulunduğu kabul edilmektedir. Türk-İsviçre Hukuku içinde de kesin geçersizlik lehine karinenin varlığından hareket edilmektedir." Bkz. ANTALYA, s. 104, 105.

sayılmanın kesin hükümsüzlük şeklinde yorumlanması gerektiğini kabul eden görüş daha makul görünmektedir. Zira TBK'nın 22. maddesinin ikinci cümlesine ve aynı maddenin gerekçesine bakıldığında, kanun koyucunun gayesinin kesin hükümsüzlüğe işaret ettiğini söylemek mümkündür. Buna karşılık kanun koyucu o halde neden genel işlem koşulu, kesin hükümsüzdür şeklinde ifade kullanmamıştır şeklinde bir soru sorulabilir. Ancak zaten bu noktadaki tartışmaların kaynağı kanun koyucunun ifade tarzıdır. Bu bağlamda hangi görüş kabul edilirse edilsin, örneğin yokluk görüşünün kabul edilmesi durumunda da neden genel işlem koşulu sayılan sözleşme hükmü yok hükmündedir, şeklinde açık bir ifade tarzı kullanılmamıştır şeklinde bir soru akla gelebilir. Alman Medeni Kanununda (BGB) 306'ncı paragrafta "Sözleşme Kapsamına Dâhil Sayılmamanın ve Kesin Hükümsüzlüğün Hukuki Sonuçları/Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit" kenar başlığıyla genel işlem koşulunun sözleşmenin içeriğine dâhil olmaması durumunda kesin hükümsüz (Unwirksamkeit) olduğu kabul edilmiştir. Aslında BGB Art. 306 hükmüne uygun bir şekilde sözleşmenin içeriğine dâhil edilemeyecek olan genel işlem koşullarının kesin hükümsüz olduğu açık bir şekilde ifade edilebilir ve doktrinadaki tartışmaların önüne geçilmiş olurdu.

IV. SONUÇ

Netice itibarıyla Türk Borçlar Kanunu ile getirilen genel işlem koşullarının yazılmamış sayılmasından kesin hükümsüzlük yaptırımının anlaşılması gerektiği ifade edilebilir. TBK. 22'inci maddenin ikinci cümlesindeki "Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez" ifadesi ve aynı maddenin gerekçesinden hareketle kanun koyucunun gayesinin de kesin hükümsüzlüğü işaret ettiğini söyleyebiliriz.

BİBLİYOGRAFYA

- AKINCI**, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış 6. Baskı, Konya 2012.
- ALTOP**, Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yer Alan Bazı Önemli Yenilik ve Değişiklikler, s. 11, <http://www.iku.edu.tr/TR/userfiles/huk/2012042-4231037805.pdf>
- ANTALYA**, O. Gökhan, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012.
- ATAMER**, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001. (Genel İşlem Şartları)
- ATAMER**, Yeşim, M., "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi", Hukukî Perspektifler Dergisi, 2005, s. 109-115, (Borçlar Kanunu Tasarısı).
- AYAN**, Mehmet, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2012.
- DİMDİK**, Hakan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümleriyle Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi, Y. 77, Sayı 2, 2012, s. 95-119.
- EREN**, Fikret, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- FIKENTSCHER**, Wolfgang/ **HEINEMANN**, Andreas, Schuldrecht, 10., völlig neu bearbeitete Auflage, München und Lausanne 2006.
- GAUCH**, Peter/ **SCHLUEP**, Walter, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zurich 2008.
- HATEMİ**, Hüseyin/ **GÖKYAYLA**, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2012.
- KAŞAK**, Esra, Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, Y. 2012, s. 415-429.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2012.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, İstanbul 2008.
- MEDICUS**, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 4. neubearbeitete Auflage, Heidelberg 1990.
- MEDICUS**, Dieter/ **PETERSEN**, Jens, Bürgerliches Recht, 22. Auflage, Köln 2009.
- OĞUZMAN**, Kemal/ **ÖZ**, M. Turgut, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2012.
- ÖZ**, M. Turgut, Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2012.
- ÖZEL**, Çağlar, Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri, Sosyo Ekonomi, Y. 2, S. 3, 2006-1, Ankara 2006, s. 153-168.
- TEKİNAY**, Selahattin Sulhi/ **AKMAN**, Servet/ **BURCUOĞLU**, Haluk/ **ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yedinci Baskı, İstanbul 1993.